

UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL – UNISC
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Albano Busato Teixeira

**PARTICIPAÇÃO E CONTROLE SOCIAL NO SERVIÇO PÚBLICO E FOMENTO
ADMINISTRATIVO: LIMITES E POSSIBILIDADES NO CENÁRIO BRASILEIRO**

Santa Cruz do Sul
2023

Albano Busato Teixeira

PARTICIPAÇÃO E CONTROLE SOCIAL NO SERVIÇO PÚBLICO E FOMENTO ADMINISTRATIVO: LIMITES E POSSIBILIDADES NO CENÁRIO BRASILEIRO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – na Área de Concentração em Demanda Sociais e Política Públicas, Eixo Temático Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Caroline Müller Bitencourt

Coorientadora: Profa. Dra. Adriana da Costa Ricardo Schier

Santa Cruz do Sul
2023

Albano Busato Teixeira

PARTICIPAÇÃO E CONTROLE SOCIAL NO SERVIÇO PÚBLICO E FOMENTO ADMINISTRATIVO: LIMITES E POSSIBILIDADES NO CENÁRIO BRASILEIRO

Esta tese foi submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – na Área de Concentração em Demanda Sociais e Política Públicas, Eixo Temático Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Profa. Dra. Caroline Müller Bitencourt
Orientadora (UNISC – Brasil)

Profa. Dra. Adriana da Costa Ricardo Schier
Coorientadora (UNIBRASIL – Brasil)

Prof. Dr. Janriê Reck Rodrigues:
(UNISC – Brasil)

Profa. Dra. Vivian Cristina López Vale:
(PUCPR– Brasil)

Profa. Dra. Lígia Maria Silva Melo de Casimiro:
(UFC – Brasil)

Santa Cruz do Sul
2023

CIP - Catalogação na Publicação

Teixeira, Albano

Participação e controle social no serviço público e fomento administrativo: limites e possibilidades no cenário brasileiro / Albano Teixeira. – 2023.

254 f. ; 30 cm.

Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, 2023.

Orientação: Profa. Dra. Caroline Bitencourt.

Coorientação: Profa. Dra. Adriana Schier.

1. Fomento administrativo. 2. Controle social. 3. Participação social. 4. Sociedade civil. 5. Serviço público. I. Bitencourt, Caroline. II. Schier, Adriana. III. Título.

RESUMO

A investigação trata dos espaços de participação e de controle social na atividade de fomento administrativo. O problema de pesquisa intenta responder o seguinte questionamento: Os espaços existentes para a participação e controle social, na seara administrativa, estão presentes no Terceiro Setor quando recebem fomento do Estado e prestam serviços públicos? Quais são os espaços e se estes se apresentam como suficientes para possibilitar o exercício da cidadania? É possível ampliá-los? De que maneira? A partir disso, elenca-se a seguinte hipótese: considerando que a atividade de fomento é uma atividade estatal que deve realizar os direitos fundamentais e produzir o desenvolvimento nacional, bem como, considerando que todas as atividades estatais devem estar sob o crivo dos princípios da Administração Pública de forma que sejam suficientes a refletir, inclusive, sobre alguns aspectos do regime jurídico de direito administrativo, o que pressupõe-se espaços para a participação e controle social, a hipótese é, portanto, que os espaços para participação e controle social, nas atividades de fomento administrativo, atualmente são insuficientes, devendo o Estado criar e ampliar novos mecanismos para que sejam suficientes participação cidadã a fim de abarcar os princípios da Administração Pública. O objetivo geral do trabalho consiste em diagnosticar e observar criticamente os espaços de participação e controle social na atividade do fomento administrativo, construindo propostas para um modelo que viabilize e amplie esses espaços para um modelo de fomento administrativo condizente com os princípios da Administração Pública e seu regime jurídico. O método de abordagem é o dedutivo e o método de procedimento é o monográfico. Foi realizada pesquisa bibliográfica, documental e exploratória com base em livros, artigos, teses e dissertações, utilizando-se de leis, jurisprudência, acórdãos e projetos de lei em tramitação.

Palavras-chave: Fomento administrativo; Controle social; Participação social; Sociedade civil; Serviço público.

ABSTRACT

The investigation deals with the spaces of participation and social control in the activity of administrative development. The research problem tries to answer the following question: Are the existing spaces for participation and social control, in the administrative area, present in the third sector when they receive State support and provide public services? What are the spaces and are they sufficient to enable the exercise of citizenship? Is it possible to enlarge them? In what way? From this, the following hypothesis is listed: considering that the development activity is a state activity that must fulfill fundamental rights and produce national development, as well as, considering that all state activities must be under the scrutiny of the principles of Public Administration in such a way that they are sufficient to reflect, including, on some aspects of the legal regime of administrative law, which presupposes spaces for participation and social control, the hypothesis is, therefore, that spaces for participation and social control, in administrative promotion activities, they are currently insufficient, and the State must create and expand new mechanisms so that citizen participation is sufficient in order to embrace the principles of Public Administration. The general objective of the work consists of diagnosing and critically observing the spaces of participation and social control in the activity of administrative development, building proposals for a model that enables and expands these spaces for a model of administrative development consistent with the principles of Public Administration and its legal regime. The method of approach is deductive and the method of procedure is monographic. Bibliographical, documentary and exploratory research was carried out based on books, articles, theses and dissertations, using laws, jurisprudence, judgments and bills in progress.

Key-words: Administrative fomentation; Social control; Social participation; Civil society; Public service.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	6
1. AS REFORMAS DO ESTADO BRASILEIRO: DO ESTADO PROVIDOR AO ESTADO FOMENTADOR/FISCALIZADOR UM OLHAR SOBRE OS AVANÇOS E POSSÍVEIS RETROCESSOS.....	11
1.1 As reformas do aparelho do Estado, projetos e iniciativas: entre textos e contextos	12
1.2 A atual proposta de reforma do Estado: avanços ou retrocessos na concepção do papel do Estado à luz da Constituição de 1988?	35
1.3 O eterno debate da subsidiariedade na prestação do serviço público no Brasil: de quem deve ser o protagonismo na prestação de serviço público?	52
1.4 As entidades do Terceiro Setor na prestação dos serviços públicos: o protagonismo é de fato da sociedade civil?.....	60
2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL CONTROLE SOCIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: A LEGITIMIDADE CIDADÃ E A DEMOCRACIA.....	77
2.1 Conceito, função, ciclo e regime jurídico das políticas públicas no Brasil pós 1988.....	77
2.2 Democracia e a função legitimadora e controladora da Constituição	87
2.3 As noções e distinções entre participação e controle social	98
2.4 O estado da arte de mecanismos de participação e controle social no Brasil: contornos constitucionais e legais	109
3. O PAPEL DO ESTADO A PARTIR DO PROTAGONISMO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: A IMPORTÂNCIA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS COMO INSTRUMENTO DE SUA REALIZAÇÃO	123
3.1 Constante diálogo das políticas públicas e dos serviços públicos: definições e funções.....	123
3.2 Serviço público prestado pelo Estado e seus meios de controle	130
3.3 Serviço público prestado por delegação para entes privados e seus meios de controle	145
3.4 Serviço público prestado por meio do Terceiro Setor e seus meios de controle.....	161
4. ATIVIDADE DE FOMENTO NO BRASIL COMO INSTRUMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: A NECESSÁRIA REVISÃO DOS ESPAÇOS DE PARTICIPAÇÃO E CONTROLE DA ATIVIDADE NO BRASIL.....	175
4.1 O desenvolvimento na perspectiva no Estado Social Democrático de Direito: as políticas públicas e seus instrumentos de realização	176
4.2 As distintas concepções de fomento e os espaços de liberdade da atuação estatal: há um compromisso com as políticas públicas?.....	182
4.3 A noção do fomento administrativo como instrumento de uma política pública voltada ao desenvolvimento sustentável e multidimensional	195
4.4 O fomento administrativo como instrumento de políticas públicas para o desenvolvimento atrelado a concretização dos direitos sociais: uma análise das experiências brasileiras.....	200

4.5 Análise dos espaços e perspectivas para uma maior implementação da participação e controle social nas atividades de fomento administrativo alinhadas a teoria das políticas públicas.....	208
CONSIDERAÇÕES FINAIS	226
REFERÊNCIAS.....	235

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O Estado brasileiro sofre uma constante mudança desde a reforma gerencial iniciada pelo governo de Fernando Henrique Cardoso e implementada pelo Ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira. As mudanças que vêm ocorrendo desde então, além de focar em privatizações, substitui a função primordial do Estado como provedor de Direitos Sociais e Fundamentais através principalmente de políticas públicas, estando cada vez mais inclinado a ser um Estado Fiscalizador e Fomentador da atividade econômica e de serviços públicos.

A reforma, que servirá como marco inicial para a presente pesquisa, ocorre logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, forçada por uma onda neoliberal que tomou conta do ocidente, modificando drasticamente a forma e o contexto da prestação dos serviços públicos.

Baseada na ideia de que o Estado de Bem-Estar-Social havia falido, por ser demasiadamente caro e ineficiente, faz renascer concepções antigas baseadas na, muitas vezes falsa, premissa de que o Estado é inimigo e o privado é a solução para tudo. A burocracia, que deveria ser considerada um forte mecanismo de controle dos atos da Administração Pública, vira a principal inimiga da eficiência da gestão da coisa pública.

A reforma gerencial aposta fortemente no fortalecimento do Terceiro Setor e atribui, à sociedade civil, o protagonismo na realização dos direitos sociais e fundamentais previstos constitucionalmente.

O controle de políticas públicas, pela sociedade civil, é um elemento fundante e garantidor de constitucionalidade dos atos da Administração Pública, contudo, a sua efetivação vem encontrando entraves com a chamada fuga do direito administrativo e a inexistência de possibilidade de controle efetivo, o que se observa em um grau crescente especialmente diante da onda privatizadora de direitos.

Não se olvida que a reforma gerencial tinha como pressuposto uma sociedade civil forte e participativa, apta a auxiliar na fiscalização da Administração Pública. No entanto, o que se verifica, na contemporaneidade, é exatamente o oposto, ou seja, o esvaziamento da esfera pública.

O regime jurídico de direito administrativo passa por um movimento de privatização diante de novas figuras jurídicas criadas pela reforma. Com a nova figura

do Estado Fomentador/Fiscalizador, a função do Estado, como provedor de atividade social, passa a ser terceirizada, pois os serviços públicos e atividades econômicas deixam de ser prestadas diretamente pelo Poder Público e passam a ser prestadas por entes privados (concessões, permissões etc...) pelo Terceiro Setor ou por meio de fomento (este se diferencia do conceito de serviços públicos), o que dificulta ainda mais o controle da execução destas atividades.

O que se verifica, com esta mudança de Estado Provedor de Direitos Sociais e Fundamentais para Estado Fomentador/Fiscalizador, é a dificuldade de vislumbrar claramente quais os tipos de controle (social, administrativo e judicial) efetivamente recaem sobre as atividades que são objeto de fomento pelo Estado.

Esta dificuldade se vislumbra quando uma atividade pública é objeto de fomento administrativo, verifica-se atualmente que há a fuga do regime público para o regime de direito privado, possibilitando, assim, não apenas ações corruptivas, mas abusos das mais diversas naturezas com atividades que antes eram prestadas pelo Estado e conseqüentemente sujeitas a um controle de procedimentos.

A visão de que o Estado é um mau prestador de serviços públicos e que o privado é a solução de todos os problemas é baseada em um senso comum com raízes que remontam à escravidão e ao patrimonialismo e suas diversas vertentes como o coronelismo.

Detendo este pressuposto como base inicial, a presente tese visa investigar os espaços de participação e controle social, delimitando-se na atividade de prestação de serviços públicos através do fomento quando prestada por entidades do Terceiro Setor, visando compreender que a atividade de fomento estatal pressupõe o interesse público e a adequação aos princípios da Administração Pública para a sua utilização, pelo Terceiro Setor, dentro dos limites da Constituição Federal do Brasil.

O problema a que se propõe investigar é relativamente singelo, cujos resultados podem ser significativos em termos práticos e podem ser resumidos através dos seguintes questionamentos: Os espaços existentes para a participação e controle social na seara administrativa estão presentes no Terceiro Setor quando recebem fomento do Estado e prestam serviços públicos? Quais são os espaços e se estes se apresentam como suficientes para possibilitar o exercício da cidadania? É possível ampliá-los? De que maneira?

Para os questionamentos acima, é prevista uma hipótese que será testada ao longo da presente pesquisa. A hipótese leva em consideração a premissa de que a atividade de fomento é uma atividade estatal que visa a realização de direitos fundamentais e a produção de desenvolvimento nacional, portanto, pressupõe-se a existência de algum grau de espaço para a participação e controle social.

A hipótese se baseia na constatação de que, inobstante o regime das entidades do Terceiro Setor não se confunda com a do Estado, não se pode ignorar que estas, quando recebem fomento, são verdadeiras prestadoras de serviços públicos e, por haver investimento público através do fomento, é imprescindível que haja as mesmas formas de participação e controle social, sob pena de possibilitar que haja desvirtuamentos na destinação do fomento, deturpando a sua finalidade. Por esta razão, a hipótese trabalha a necessária ampliação dos espaços de participação a fim de aumentar o controle social, considerando a natureza dos valores investidos e os serviços prestados são públicos.

Do ponto de vista jurídico, a pesquisa se justifica diante da inexatidão e da dificuldade de se vislumbrar previsões jurídicas claras que possibilitem o controle social para as atividades prestadas por meio de fomento.

Na esfera social, a pesquisa se mostra relevante diante da mudança na forma de prestação de direitos sociais que vem sendo prestada por entes privados, fomentados pelo Estado. Portanto, o incentivo à participação social, para efetivar o controle social em atividades de fomento, é uma forma de incentivar a cidadania.

O tema é relevante para a comunidade acadêmica nacional, pois propõe um diagnóstico detalhado de como ocorre os diferentes tipos de controle (social, administrativo e judicial) em diferentes tipos de prestação de serviços sociais (direta, indireta, Terceiro Setor) e mediante atividade de fomento.

De igual maneira se mostra importante para o Programa de Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, em decorrência da proposição de implementação de políticas públicas de controle social, porquanto se concentra na área de “Direitos Sociais e Políticas Públicas” e, por consequência, amolda-se com a linha de pesquisa “Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas” do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Doutorado, na qual a pesquisa se insere.

O desenvolvimento da tese está alinhado aos temas que estão sendo pesquisados e trabalhados pela orientadora profa. Dra. Caroline Müller Bitencourt,

que coordena o grupo de pesquisa “Controle Social de Políticas Públicas”, com foco na atuação da população no controle social de políticas públicas.

Assim, a abordagem está em consonância com o que tem sido estudado em projetos de pesquisa do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul e busca trazer novos resultados científicos que possibilitarão propor avanços no ramo do direito administrativo e do controle social, mediante a proposição de controles sociais obrigatórios para as atividades de fomento.

Pode-se afirmar que a realização da pesquisa trará contribuições no sentido de diagnosticar dogmaticamente quais tipos de controles sociais recaem sobre as atividades estatais de prestação de serviço e fomento, podendo propor formas de participação e controle social para atividades submetidas a termo de fomento.

Em decorrência da necessidade de comprovar o ineditismo da tese e dos propositivos inovadores, foi analisado o Banco de Teses e Dissertações da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), sendo que não foram identificados títulos semelhantes.

A busca foi orientada pelos parâmetros “controle social na atividade de fomento”, “fomento e controle social” e “controle social e transparência” no Banco de Teses e Dissertações da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

A pesquisa foi realizada na data de 19 de outubro de 2020 junto ao Banco de Teses e Dissertações (CAPES) e nenhum título semelhante foi encontrado nas duas primeiras expressões buscadas, havendo apenas retorno de cinco dissertações de Mestrado para a expressão “controle social e transparência”.

Analisando os títulos dos cinco resultados, foi possível perceber que nenhum deles se relaciona com a atividade de fomento administrativo, sendo que nenhuma pesquisa apontou Tese de Doutorado, apenas Dissertações de Mestrado.

O método científico de abordagem que se mostrou mais adequado é o dedutivo, pois parte de um conhecimento geral para entender uma especificidade, onde a verdade da premissa é suficiente para garantir a verdade da conclusão da pesquisa.

A dedução é construída com base em uma verdade universal para se chegar a uma conclusão específica. A dedução é construída com base em um encadeamento

lógico entre uma premissa e uma conclusão. Logo, se a premissa é verdadeira, a conclusão também o será.

Por meio do método dedutivo, será realizada uma ampla pesquisa bibliográfica em relação ao tema. Partir-se-á da ideia universal de que toda atividade da Administração Pública deve estar sujeita ao regime de direito administrativo, logo, sujeita à participação e ao controle social. Posteriormente, será demonstrado que o fomento é uma atividade da Administração Pública, portanto, também deve estar sujeita à participação e ao controle social, preconizando a necessidade de implementação de meios de propiciar transparência e informação também nas hipóteses de fomento administrativo, visando propiciar um controle social eficaz, com base na Constituição Federal do Brasil de 1988.

O método de procedimento será o monográfico, pois permite analisar as particularidades e complexidades relacionadas ao tema da pesquisa, possibilitando a verificação da totalidade do fenômeno objeto da pesquisa, permitindo investigar densamente o objeto da pesquisa, trazendo grandes marcos dogmáticos e teóricos para a solução do problema de pesquisa proposto a ser solucionado.

Por fim, a técnica de pesquisa que se mostrou mais adequada a esta tese são as técnicas bibliográfica, documental e exploratória, onde serão colhidos, selecionados e estudados textos acadêmicos e periódicos que trazem contribuições teóricas sobre o tema da pesquisa, bem como legislação nacional.

A técnica de pesquisa documental, que não se confunde com a pesquisa bibliográfica, pois a fonte é diferenciada, ou seja, na pesquisa bibliográfica são utilizados textos científicos que analisam o mesmo objeto do estudo, entretanto, na pesquisa documental são utilizados textos que não têm o objetivo de analisar o mesmo assunto em questão. Já a utilização da técnica exploratória possibilita a realização de descrições precisas da situação a fim de descobrir quais as relações existentes entre seus elementos componentes, visando buscar mais informações sobre quais são os instrumentos de participação e controle social, atualmente, nas atividades de fomento administrativo no Brasil.

1. AS REFORMAS DO ESTADO BRASILEIRO: DO ESTADO PROVIDOR AO ESTADO FOMENTADOR/FISCALIZADOR UM OLHAR SOBRE OS AVANÇOS E POSSÍVEIS RETROCESSOS

O estudo da participação e controle social sempre deteve um espaço importante na aferição dos princípios democráticos, justamente por dar voz à participação dos cidadãos nas mais diversas áreas. Muito embora, infelizmente, o controle social, através da participação popular, não seja usualmente utilizado como uma ferramenta democrática por grande parte da população, pode ser caracterizado como um dos principais instrumentos da democracia.

Esta constatação representa uma gama extensa de possibilidades de estudo, justamente pela pertinência e pela forma de exercício da democracia e da cidadania. No entanto, um ponto em especial merece um olhar diferenciado, qual seja, a participação e o controle social nas atividades de fomento quando se trata da Administração Pública.

Isso porque, o Brasil, na busca por maior eficiência do gerenciamento da máquina pública, passou, ao longo de sua história, por diversas reformas administrativas, quais sejam, patrimonialista, burocrática e gerencial.

Neste primeiro capítulo, objetiva-se principalmente expor cada uma destas fases, visando ao apontamento dos seus respectivos reflexos primordialmente no que tange à prestação dos serviços públicos ao longo dos anos.

Veja-se que um dos objetivos da presente tese consiste justamente em observar os espaços de participação e controle social nas atividades de fomento, de modo que compreender as principais fases do gerenciamento da máquina pública, para determinar um parâmetro de comparativo, se torna essencial para o desenvolvimento dos próximos capítulos.

Desta forma, não se pode deixar de verificar quais são as principais características de cada fase, patrimonialista, burocrática e gerencial, seus prós e contras, bem como os reflexos que cada mudança de fase representa para a sociedade principalmente se levar em conta que a atividade de fomento administrativo é um dos principais incentivos à concretização dos direitos fundamentais e sociais.

Daí que entender cada uma das fases supramencionadas se torna essencial para verificar, nos próximos capítulos, a viabilidade da presente tese, primordialmente se levar em consideração as intenções futuras propostas por uma nova reforma através da PEC 32/2022.

Outro ponto importante, que não se pode deixar de mencionar neste capítulo, é a necessidade de se averiguar e compreender a ideia e funcionamento da subsidiariedade do Estado no serviço público justamente porque há diversas formas de o Estado efetivar a prestação de serviço público, seja de forma direta, indireta ou pelo Terceiro Setor. Portanto, para possibilitar o desenvolvimento desta tese, deve-se necessariamente passar pelo crivo de análise da subsidiariedade e das consequências possíveis.

Compreender o papel das entidades de Terceiro Setor, enquanto uma das formas de prestação de serviços públicos pelo Estado, é fundamental. Isso porque, conforme se aprofundará no encerramento deste capítulo, o Brasil não foi isento de sofrer as consequências da pós-modernidade com o avanço do neoliberalismo, que influencia nas relações sociais, através de um individualismo exacerbado oriundo de uma cultura de mercado totalmente neoliberalizada em termos mercantis.

Por esta e tantas outras razões que compreender o papel da sociedade civil e do Terceiro Setor, dentro deste cenário neoliberal, se torna essencial para a averiguação de quais são os meios aptos à realização dos direitos fundamentais, eis que o papel das políticas públicas, a partir de um Estado protagonista, se mostra cada vez mais necessário.

Diante disso, apenas após a profunda análise destas questões trazidas ao debate neste primeiro capítulo, é que se permitirá avançar no estudo proposto na presente tese.

1.1 As reformas do aparelho do Estado, projetos e iniciativas: entre textos e contextos

É sabido que o patrimonialismo sempre esteve presente na história da organização estatal, sendo que o país sofreu diversas reformas administrativas, muitas das quais tinham como pano de fundo a pauta para o combate desta prática, onde os interesses privados dominam os espaços públicos. Em que pese os diversos esforços dos governantes, alterações legislativas, emendas constitucionais, pode-se afirmar que o patrimonialismo é uma prática enraizada que ainda assombra o espaço público brasileiro (BRESSER-PEREIRA, 2001).

Dito isso, cabe mencionar que existem três formas de Administração Pública: patrimonialista, burocrática e gerencial (BRASIL, Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995), como será visto a seguir, ao longo da história brasileira

se tentou, por diversas vezes, combater a ineficiência da Administração Pública através de diversas reformas.

Primeiramente, apenas a título informativo, já que este período em si não é objeto de aprofundamento de estudo na presente tese, mas é importante para a compreensão da evolução da característica patrimonialista do Estado, tem-se que o período entre 1821 e 1930 a sociedade brasileira já era considerada mercantil-senhorial, sendo que, na esfera política, era considerado um Estado oligárquico e, por fim, no campo da Administração Pública já era enquadrada como patrimonial (BRESSER-PEREIRA, 2001).

No Brasil, a Administração Pública era caracterizada essencialmente como patrimonialista desde o seu descobrimento até a década de 30. Neste período, o país era agrário e as relações jurídico-administrativas eram oligárquicas, selado por uma aliança entre o poder do Estado e as elites agrárias locais. O passado colonial e imperial foi marcado pela inexistência de distinção entre público e privado, sendo a corrupção e o nepotismo a norma vigente na época. Tal realidade somente começa a mudar no período marcado pelas reformas da República nova, a partir de 1930, marcado por um Estado autoritário, uma sociedade capitalista-industrial e uma Administração Pública burocrática (BRESSER-PEREIRA, 2001).

Dentro desse cenário, tem-se que o patrimonialismo é tido como a forma de domínio¹ tradicional mais corrente, pois o que faz a sua unidade é a pessoa do soberano responsável pela perpetuação do eterno ontem, sendo que a obediência às suas ordens não vem da submissão a um princípio geral por disciplina e dever, mas sim por obediência e sujeição (FREUND, 1987, p. 174).

Antes de se adentrar no estudo voltado ao caso brasileiro, é relevante sublinhar alguns pontos relativamente sobre o debate que gira em torno da concepção do patrimonialismo, pois se trata de questão extremamente complexa a qual detém certos pontos incôgruos a depender da base teórica adotada. Daí a importância de se

¹ Aqui uma observação importante: as relações de domínio podem ser comumente analisadas a partir de três ideais de legitimação, as quais devem ser observadas quando da verificação da forma idealista do Estado, a partir de como os indivíduos obedecem à autoridade detentora do poder. Dessa forma, a legitimação que leva os homens a obedecer podem ser: tradicional, baseada pelo reconhecimento antigo, dos mores santificados, orientados para o conformismo, sendo que o domínio usualmente é exercido pelo patriarca ou príncipe patrimonial; carismática, calcada na ideia de que a autoridade vem de um extraordinário carisma, do heroísmo e qualidades individuais exercido pelo profeta, senhor de guerra eleito ou até mesmo pelo governante publicitário; e, por fim, legal, originada na crença de regras racionalmente criadas, sendo que este domínio é exercido pelo moderno servidor do Estado e dos portadores do poder que se assemelham a este aspecto (WEBER, 1963, p.99).

determinar o eixo central do qual partirá o presente estudo.

Para demonstrar o hermetismo da questão, a partir de uma leitura específica que conduzirá a noção de patrimonialismo, como materialização do antirrepublicanismo e do enfraquecimento das instituições, trabalhar-se-á com as contribuições de Lilia Mortiz Schwarcz, a qual esclarece estas indagações de forma magistral, pois a autora remaneja suas críticas à forma como alguns sociólogos brasileiros expõe esta questão.

Logo no início de sua exposição, a autora refere que o termo “república” detém o significado de “coisa pública” no sentido de bem comum. No entanto, percebe-se que o país não foi efetivamente uma república, em que pese tenha-se instaurado o republicanismo no Brasil, justamente porque faltava-lhe o coração dele, ou seja, o sentimento de republicanismo, isso porque o Brasil não conseguiu se desprender das amarras inimigas deste novo regime político: o patrimonialismo e a corrupção (SCHUWARCZ, 2019).

A ideia primeira de patrimonialismo é fornecida pelo sociólogo alemão Max Weber, o qual deu, ao termo, um significado abrangente, não se limitando a sua rudimentar teorização de que “patrimônio” deriva de “pai”.

Em outras palavras, o patrimonialismo passou a ser utilizado com uma concepção abrangente, incluindo a forma do exercício do poder em relação às esferas pública e privada, o que se evidencia, a partir desta abrangência, é a abstratividade deste tipo de expediente patrimonial, pois é reduzido a uma mera extensão dos desejos daqueles que possuem poder, cuja consequência lógica é o esvaziamento da máquina política, escancarando as portas para arranjos pessoais e conchavos, sobrepondo-se à regra pública (SCHUWARCZ, 2019).

Assim, em termos holísticos, pode-se afirmar que o patrimonialismo ganhou ares de subjetivação, advindo da terminologia adjetiva patrimonial, que veio sociologicamente predicamentar uma forma de dominação, que nada mais é do que uma particularidade do poder (CAMPANTE, 2003).

Um dos principais entraves encontrados ao se estudar o patrimonialismo, nesta pesquisa, foi justamente o tratamento abstrato e, por vezes, estático temporal do seu conceito trabalhado por alguns autores brasileiros. Muito embora, como visto acima em Weber, há uma certa abstração terminológica enquanto se aborda questões de ética e moral relativamente a algum espaço-tempo pré-estabelecido, não chega a

representar uma determinada conceptualização subjetiva² dentro de um aspecto construal da nomenclatura, o que pode, por vezes, causar alguma incompreensão sobre o tema.

Uma prova disso é a crítica feita por alguns autores sobre o tema, como se vê em Rubens Goyatá Campante (2003) e Lília Moritz Schuwarcz (2019), referindo-se precisamente à tese de Raymundo Faoro o qual, em determinado ponto de sua obra, nega ou distorce algumas questões históricas pontuais, embora admita existir alguns momentos e tendências centrífugas, como ocorre, *exempli gratia*, na recusa em assumir a descentralização litúrgico-patrimonial como pertencente à tradição política brasileira.

Ou, em caso outro, a intelecção de Sérgio Buarque de Holanda que, ao encarregar-se da concepção de patrimonialismo no caso brasileiro, aprofundou algumas questões de ordem metafísica para justificar a sua recidiva nas diversas fases históricas, utilizando-se do conceito operacional “o homem cordial” para se referir às ações patrimonialistas moldadas pelos atores políticos durante os diversos ciclos de regimes de governo. Em que pese a malograda tentativa de Sérgio Buarque de Holanda em discorrer teoricamente sobre o homem cordial, em contrapartida, foi assertivo ao desenvolver o conceito de patrimonialismo para caracterizar as elites brasileiras. O autor, ao distinguir um funcionário patrimonial do funcionário burocrata, encontrou diversas barreiras, eis que não era de fácil assimilação, aos detentores das mais diversas posições políticas e de responsabilidade, compreenderem a distinção primordial entre o domínio público e o privado (SCHUWARCZ, 2019).

Portanto o autor, a fim de caracterizar o funcionário “patrimonial”, refere a necessidade de se ter a atenção voltada para a própria forma de gestão política, a qual se apresenta como um assunto essencialmente de seu interesse particular. As funções, os empregos e os benefícios estão intimamente relacionados aos direitos pessoais do próprio funcionário e não aos interesses objetivos como ocorre em um Estado burocrático, que prevalece a especialização das funções e o esforço para que

² Para compreender a conceptualização subjetiva de uma determinada expressão lexical, no caso, *patrimonialismo*, é necessário compreender todo o processo de perspectivação conceptual, procurando evidenciar não apenas a relação que se estabelece entre sujeito observador/conceptualizador e objeto observado/conceptualizado nessas construções, mas também de forma construal, isto é, enquanto fator subordinante do modo de assimilar algum aspecto do mundo. Sobre a configuração da perspectiva conceptual ver: SILVA, Augusto Soares. Significado, conceptualização e experiência: sobre a natureza do significado linguístico. In **Revista Portuguesa de Humanidades**. Braga, v. 10, n. 1, p. 01-25, 2006 e KOVĚCSES, Zoltan. **Language, mind and culture**. New York: Oxford University, 2006.

seja possível assegurar as garantias jurídicas aos cidadãos (HOLANDA, 1995).

Acrescenta-se que a escolha das pessoas que irão exercer as funções públicas do funcionalismo patrimonial se faz dentre aqueles que detêm a confiança pessoal deste, o que não ocorre quando se trata do Estado Burocrático em que, dentro da característica da impessoalidade, busca pessoas aptas a exercer as funções de acordo com as suas capacidades próprias. Mas, apesar da grande distinção entre ambos, é possível que o funcionalismo patrimonial, respeitando a devida divisão das funções e, com a racionalização, venha a adquirir traços burocráticos. No entanto, tratando-se de sua essência, o funcionalismo patrimonial é antagônico aos preceitos da burocracia (HOLANDA, 1995).

Daí a importância, no estudo da administração, ter mente os principais fatores que inferem o poder e a Administração Pública, quais sejam: a organização do poder ou, em termos outros, qual a forma de distribuição dos poderes de mando e obediência tanto entre os dirigentes e seu pessoal administrativo, quanto entre todo o conjunto, isto é, dirigentes-quadro administrativo e os dominados em geral; as formas específicas de anseios e contendas pelo poder que administração produz e, por último, quiçá o mais relevante de todos, em que princípios repousam a validade das relações de poder/autoridade, ou seja, a legitimidade (CAMPANTE, 2003).

Mas, antes de prosseguir com o estudo em torno do republicanismo, é extremamente importante situar algumas questões históricas e sociopolíticas dos regimes e a relação de poder existente entre os dirigentes com seus quadros, bem como, destes com os dominados precisamente no caso brasileiro.

Isso se justifica porque, ao compreender a evolução sociopolítica e a própria questão econômica do período que antecedeu o republicanismo e a evolução deste, se permitirá uma inteligência maior dos problemas atuais de gerência, pela Administração Pública, dos seus serviços.

Pode-se afirmar que o Brasil, até 1930, tinha uma estrutura baseada no domínio tradicional, patrimonialista, pois era visto como um dos bens do soberano, inexistindo qualquer distinção entre o público e o privado.

O Brasil, do período Imperial até a Primeira República (1821-1930), foi caracterizado pela formação de uma elite dirigente patrimonialista. A função primordial do Estado, nesta época, era de garantir empregos para a classe média pobre ligada por laços familiares aos proprietários rurais que eram essencialmente burocratas

patrimonialistas, burocratas porque possuíam renda atrelada primordialmente ao Estado; patrimonialistas porque os critérios de sua escolha não eram racional-legais, o que propiciava a criação de um sistema de agregados e clientes em torno de si, confundindo o privado com o público, havendo, no geral, uma despreocupação quanto a eficiência da máquina estatal. É essa elite política conservadora e aristocrática que possui o poder, inexistindo democracia, eis que as eleições eram, na verdade, uma mera farsa (BRESSER-PEREIRA, 2001).

Outrossim, enquanto o Brasil esteve sob o regime da monarquia absoluta, o direito administrativo não era reconhecido como um ramo autônomo, pois, ao tempo das capitanias no período colonial, os donatários eram quem possuíam poderes absolutos e sem qualquer tipo de controle. Com a criação do governo-geral, pode-se dizer que houve uma divisão de atribuições entre o governador-geral, o provedor-mor e o ouvidor geral. Após, com o Império, há uma divisão entre o poder executivo, judiciário, legislativo e moderador, sendo que a administração ainda era regida, quase em sua totalidade, pelo direito privado. No entanto, ainda no período Imperial foi criada, em 1856, uma cadeira de direito administrativo (DI PIETRO, 2013).

Em 1889 foi proclamada a República, o período inicial é marcado por divergências sobre a sua forma de organização. O período entre 1889 até 1930 é chamado de Primeira República ou República Velha, tal período também é conhecido como República dos Coronéis, marcada pela política do café com leite³ (MAXIMIANO; NOHARA, 2017).

Pode-se dizer que o coronelismo representou uma variante do clientelismo. Este, por sua vez, caracteriza-se essencialmente por possuir uma base diádica ou, dito de outro modo, uma espécie de acordo voluntário entre dois indivíduos para a troca de favores e eventual ajuda mútua em caso de necessidade. Estes acordos podem se dar tanto de forma horizontal, entre pessoas de mesmo *status* social/político/econômico, ou vertical, quando ocorre entre pessoas de *status* desiguais em que a relação se caracteriza entre “patrão” (superior) e “clientela” (inferior) (GONÇALVES, 2013).

³ Denomina-se café com leite a aliança entre São Paulo (café) e Minas Gerais (leite) para comandar o país. Acrescenta-se que a denominação “República dos Coronéis” é uma referência aos coronéis da antiga Guarda Nacional, fundada em 1831, nesta ocasião, o governo da Regência colocou postos militares à venda para quem tivesse renda suficiente para adquirir uniformes e armas, possibilitando, assim, aos proprietários e parentes adquirissem títulos militares, entre eles, o de coronel, sendo a única exceção o título de general. (MAXIMIANO; NOHARA, 2017, p.122-123).

O clientelismo, portanto, caracteriza-se resumidamente como uma forma política de máquina para a distribuição de benefícios, o que conseqüentemente, de um lado, causa corrupção e desideologização da política e, de outro, atinge tanto a legitimidade quanto a credibilidade dos líderes (GONÇALVES, 2013), essa relação acaba resultando em desigualdade social, na impossibilidade de os cidadãos efetivarem seus direitos, da precariedade dos serviços do Estado e a inexistência de carreira no serviço público (FAUSTO, 2015).

Assim, na República Velha (1889-1930), as relações entre o poder público e a esfera privada eram essencialmente coronelistas, onde o poder era dividido entre pessoas relacionadas com o coronel, mantidas por uma relação de troca de favores. Os coronéis controlavam os votos (que eram abertos) dos seus eleitores por meio de intimidação, utilizando-se de capangas. Tal prática é denominada de voto de cabresto (NOHARA, 2012).

O coronelismo é o resultado da superposição do sufrágio a uma estrutura econômica e social não adequada. É uma forma de manifestação do poder privado diante da sua hipertrofia no período colonial. Assim, sobretudo, o coronelismo é uma troca de proveitos entre o poder público e a decadente influência social dos chefes locais. Algumas características secundárias resultam dessa dinâmica, tais como, por exemplo, o falseamento do voto e a desorganização dos serviços públicos locais (LEAL, 2012).

Antes de tudo, cabe mencionar, enquanto modelo de administração dos serviços públicos deste período que restou cognominada de Administração Pública patrimonialista, que a administração dos serviços públicos se deu em conformidade com os ideais do clientelismo, ou seja, necessariamente na troca de favores, em que havia a primazia dos interesses privados em detrimento do interesse público. A bem da verdade, pode-se dizer que, com a República Velha, surge um modelo publicista vinculado ao privatista sem, contudo, haver a referência necessária ao interesse público enquanto princípio norteador das condutas estatais na ordem da administração dos serviços públicos (CAMPELO, 2010).

Durante o período que se segue o republicanismo, emerge-se duas espécies de patrimonialismo, as quais são vistas em duas principais ordens: primeiro, um patrimonialismo voltado na conduta dos servidores públicos, ou seja, dos chefes que engendram a coisa pública através de anseios e condutas privatistas e, em segundo

lugar, quiçá insensato, um patrimonialismo institucionalizado que, em outras palavras, infere o espírito privado para dentro das próprias instituições, por vezes, corporizadas em normas jurídicas (CAMPELO, 2010), como restará demonstrado ao longo deste capítulo.

Constata-se, dentro deste cenário patrimonialista com preponderância da matriz clientelista, que é dedutível perceber que a prestação do serviço público na era coronelista nada mais é do que uma espécie de moeda de troca de favores.

Com o início do período republicano e com a supressão do Poder Moderador, a Administração Pública começa, aos poucos, a se afastar do direito privado. Foi na década de 30 que o direito administrativo experienciou uma evolução significativa, pois, diferentemente da Constituição de 1891 de cunho liberal e individualista, a Constituição de 1934 assume tons socializantes⁴, prevendo uma crescente intervenção na ordem social (DI PIETRO, 2013).

O surgimento de uma classe média, bem como o cenário de urbanização e industrialização foram definitivos para o pensamento de necessidade de combate a forma patrimonialista de gerenciar o aparato estatal. A classe média, no Brasil, não surgiu da mesma forma que na Europa. No século XIX, já existia uma semente nos grandes centros do que seria a classe média brasileira, sendo que seus principais ofícios eram o pequeno comércio e a mecânica. O início do século XX, com o crescimento industrial, comercial, bem como do tamanho do Estado na vida social, traz mudanças estruturais na sociedade que cria a classe média. O movimento tenentista, a partir dos anos 20, opôs-se ao pacto conservador da República Velha com suas eleições fraudadas e restritas, levando-se à consciência coletiva que os desmandos da elite visavam apenas a sua perpetuação no poder (SOUZA, 2017).

A bem da verdade, pode-se afirmar que o modelo político da República Velha ganhou certa estabilidade a partir da instabilidade de alianças entre os estados que detinham politicamente um poder maior dentre os membros da Federação, o que, de certa forma, impediu que a hegemonia de uns fosse perpetuada e a exclusão de outros ocorresse de forma definitiva. Veja-se, muito embora esta instabilidade pôde

⁴ A Primeira Guerra Mundial acelerou uma revisão dos dogmas liberais, o *laissez-faire* foi considerado ultrapassado e o Estado pareceu o único em condições de recuperar uma situação econômica e social terrível (LAVAL; DARDOT, 2016, p. 57). O Estado brasileiro, de igual forma, com a urbanização e a industrialização crescendo, teve que assumir um papel maior de protagonismo diante do crescimento de necessidades da população.

conter algumas rupturas internas, não chegou a afetar o modelo político em si, o que perdurou até o limite, quando estas raízes se desfizeram, o que acarretou a abertura de portas para um novo modelo de republicanismo (VISCARDI, 2001), como será melhor explicado a seguir.

Politicamente, os estados com maior destaque nesse modelo de república, conhecida como República Café com Leite, sem sombra de dúvidas foram Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul, os quais, de certa forma, tentaram impor sua hegemonia sobre outros entes da federação de menor potencial ou representatividade política⁵.

A República Oligárquica, nesses termos, era norteada por três principais princípios, conforme estudo feito pela historiadora doutora Cláudia Maria Ribeiro Viscardi em artigo científico publicado em 2001:

O primeiro deles consubstanciou na desigualdade e hierarquização dos atores políticos. A hierarquização destes autores ocorria proporcionalmente ao padrão socioeconômico dos estados detentores de maior poder político. A demonstração desta prática resta cristalina ao analisar, por exemplo, que Minas Gerais e São Paulo detiveram cerca de 70% da hegemonia presidencial da época. O Estado do Rio Grande do Sul deixou de pertencer a esta hegemonia presidencial, pois sua oligarquia passou por diversas brigas internas com os estados do Rio de Janeiro e Bahia, por exemplo, na tentativa de monopolização oligárquica, o que pode ter justificado o fato de que, muito embora o Rio Grande do Sul tenha se apresentado inicialmente como uma grande potência política, não conseguiu manter este *status* para ganhar espaço na cadeia presidencial da república (VISCARDI, 2001; TARGA, 2010)

O segundo princípio era norteado pela necessidade de renovação parcial entre os atores políticos, sendo comumente rejeitada as atitudes monopólicas, esta garantia da renovação parcial dos atores era relativa à ocupação do poder Executivo e Legislativo, embora ocorresse apenas em relação aos estados hegemônicos. Assim, o impedimento era tão somente sobre a monopolização dos cargos por apenas um

⁵ “A estabilidade do regime republicano baseou-se, sobretudo, na garantia de que seu elemento motor estivesse nas mãos das oligarquias regionais, cujo peso político era diretamente proporcional ao tamanho de suas bancadas e as suas potencialidades econômicas. Tal modelo de decisão política fundamentava-se na redução das possibilidades de competição, reduzindo os marcos do mercado político, a urna disputa entre atores mais e menos iguais.” [...] “Pela ordem, São Paulo foi o estado que mais lucrou, em termos de representação nacional como novo regime, seguido pelo Rio Grande do Sul e Minas Gerais.” (VISCARDI, 2001, respectivamente, p. 74-75)

estado, logo, a abertura do espaço para a participação política se dava parcialmente entre os estados que compunham o grupo hegemônico. Importante referir que, neste período, a monopolização e a simples exclusão ou o mero revezamento excludente seriam fatores capital do regime. Um exemplo, retirado da carta enviada por João Pessoa a Epitácio, demonstra esta realidade: “*Nós do Norte temos apenas o direito de receber os nomes para mandar imprimir as chapas*” (apud VISCARDI, 2001, p. 79).

Em terceiro lugar, encontra-se a advertência de ocorrer a dissolução do regime quando houver a incapacidade de manter a hierarquia e de preservar a sua parcial renovação (VISCARDI, 2001). Em outros termos, este princípio nada mais é do que o reforço dos ideais impostos, haja vista que a sua não observância corresponderia ao pecado capital da República Café com Leite.

Nesta organização política da República Café com Leite, em especial na década de vinte, havia uma grande repressão das consideradas classes subalternas, pois, muito embora houvesse o princípio da renovação, perpetuava-se no poder tão somente aqueles que detinham a hegemonia. Verificava-se uma espécie de cooptação, sendo que a violência política às oposições eram uma constante, porquanto grande parte da população estava submissa às ordens dos grandes proprietários de terra, perenizando, assim, o ciclo diádico (SANTIN, NASCIMENTO, 2019).

A República Velha não trouxe apenas a mudança dos padrões políticos de configuração dos poderes Executivo e Legislativo. No que tange à forma da Administração Pública, foi uma época em que inicialmente houve a descentralização do poder. No entanto, durante toda a sua existência, o poder central procurou recuperar ao menos algo da capacidade de centralização que havia perdido com a queda do Império. Verifica-se que um dos mecanismos criados para articular este fracionamento do poder foi estabilizando o caótico poder dos estados regionais, mas mantendo as suas autonomias através da “política dos governadores”, que atribuiu, doravante na história do Brasil, um papel extremamente relevante aos governadores dos estados na política nacional (TARGA, 2010).

Cabe uma importante observação nesse ponto, pois, conforme visto anteriormente, a República Café com Leite inicia sua jornada com três principais polos oligárquicos com grande representatividade política: Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo. Verificou-se que, ao longo deste regime, Minas Gerais e São Paulo foram

as oligarquias que mais detiveram o poder presidencial político. O Estado do Rio Grande do Sul ficou-se fora desta forte representatividade presidencial, tendo em vista questões de brigas internas (VISCARDI, 2001).

Como será visto a seguir, estas questões político-econômicas, ao longo do tempo, foram afastando o Rio Grande do Sul de São Paulo, pois acabaram adquirindo características diferentes, sendo, inclusive, um dos fundamentos dos Movimentos da Revolução de 30. É claro que isso apenas foi possível haja vista a grande autonomia que os estados detinham em termos políticos, administrativos e econômicos.

Eis um exame curioso das características antagônicas dos Estados do Rio Grande do Sul e São Paulo no período da República Velha: a elite que tomou o poder no Sul não possuía o mesmo respaldo da tradição patrimonialista, pois exercia uma dominação mais racional-burocrática sobre a sociedade sul-rio-grandense, sendo que esta forma de dominação sempre foi contestada pela elite tradicional, isto é, dos oligarcas rurais. O Estado do Rio Grande do Sul precisou tomar estas medidas diferentes do patrimonialismo tradicional para tentar combater a crise econômica que já se alastrava há cerca de uma década (TARGA, 2010).

Percebe-se que, dentro deste cenário de crise, o Estado do Rio Grande do Sul precisou fomentar e expandir os setores modernos da economia meridional, o que, em outros termos, significa que a administração do Estado do Rio Grande do Sul exerceu sua dominação no incentivo de expansão das novas classes emergentes, ou seja, dos capitalistas e dos operários. Esta relação de fomento, pela elite rio-grandense, transformou as experiências relacionais entre Estado e sociedade, sendo um dos fundamentos iniciais para o Estado desenvolvimentista no período de 1930-1990 (TARGA, 2010).

Por outro lado, o Estado de São Paulo estava vivenciando um dos períodos de euforia da expansão cafeeira, por esta razão que a elite não tinha motivos para mudar a sua forma de administração, uma vez que conseguira, com a redação da nova Constituição nacional, todos os instrumentos político-administrativos que necessitava para se autogerir (TARGA, 2010).

Mas o que as elites oligárquicas, paulistas e as demais detentoras do poder hegemônico da era Café com Leite, não esperavam era a vinda de uma das maiores crises mundiais até então vista.

Em 1929, a crise econômica mundial culminou com o fim da primeira república brasileira, o que se deu principalmente em decorrência da devastação da Europa com o término da Primeira Guerra Mundial, isso porque os Estados Unidos passaram a obter grandes lucros com a exportação de seus produtos que ocorreu primordialmente com o crescimento das indústrias na época (SANTIN, NASCIMENTO, 2019).

No entanto, não houve um planejamento no que tange à gestão das produções de mercadorias, sendo que a sua super produção desencadeou um desequilíbrio econômico que completou a enorme crise nos Estados Unidos, pois o poder aquisitivo das pessoas nacionais não cresceu e o comércio internacional diminuiu. Se não bastasse isso, houve a queda dramática na bolsa de valores de Nova York que, após chegar em seu auge, começa a decair, sendo que seu estopim ocorreu em 24 de outubro de 1929 com o *crash* da Bolsa de Nova York, afetando o mundo todo (SANTIN, NASCIMENTO, 2019).

O Brasil também é extremamente afetado por esta crise mundial, pois era um dos grandes exportadores de café. Assim, ao se instalar este desequilíbrio econômico, as exportações foram frontalmente atingidas, isso porque a oferta do produto era muito maior do que a procura. As grandes oligarquias cafeeiras tiveram um grande declínio (FURTADO, 2005). É claro que o *crash* da bolsa de Nova York não foi o único fator da crise cafeeira, embora tenha sido, de fato, o seu fator decisivo.

Isso se justifica porque todo o desenvolvimento Paulista, em época de euforia, foi aos poucos minando o senso de solidariedade interna da classe dominante, isto é, do bloco de interesses agrário, mercantil e capitalista apoiado na lavoura do café, o que acarretou cisões em seu eixo central. O que ocorre, na verdade, é que a crise mundial de 1929 veio coincidir com uma das crises cíclicas pré-existente do café dentro do mercado internacional, o que, como dito, sempre açulava uma crise no interior da oligarquia cafeeira que, por sua vez, necessitava deter o controle do País para poder controlar a distribuição de suas perdas. Foi assim que a República Café com Leite começou a entrar em colapso (TARGA, 2010).

É aqui que os ideais das elites oligárquicas sulistas, aliadas com alguns estados do nordeste, aproveitaram este momento de crise interna na oligarquia hegemônica (São Paulo e Minas Gerais) para, a partir da liderança de Getúlio Vargas, robustecer os enunciados de que a estêncil econômica precisaria ser comutada com a industrialização e urbanização do país, além da variabilidade no exercício do poder

político, ou seja, o fim da política café com leite com o intuito de envolver outros estados que não só Minas Gerais e São Paulo (SANTIN, NASCIMENTO, 2019).

O movimento que levou Getúlio Vargas ao poder em 1930 tinha, como objetivo maior, a centralização do poder nacional, colocando sob controle os coronéis locais (BRESSER-PEREIRA, 2001). É com grande aceitação da doutrina que se pode afirmar que houve uma reforma de grande importância entre a década de 1930 até meados da década de 1940.

Mesmo com a vinda do Código Eleitoral em 1932, que proclamou o sufrágio secreto, o coronelismo não foi extinto, pois o voto secreto, por muitas vezes, continuava sendo fraudado, tal extinção não foi possível, apenas com o sufrágio secreto, eis que a base do coronelismo era calcada na estrutura agrária do país (LEAL, 2012).

Com a intensificação da urbanização causada pela industrialização, o predomínio da gestão patrimonialista se tornou incompatível, formando-se uma classe média com maior poder de reivindicação. Getúlio Vargas permitiu um Estado com papel mais positivo e centralizador voltado à promoção da industrialização do país por meio da intervenção no setor privado. Em 1936 foi criada a Lei nº 284 que manteve traços clientelistas, dividindo o funcionalismo em funcionários públicos e extranumerários, enquanto estes dependiam de conexões políticas ou pessoais para a sua admissão, aqueles prestavam concursos públicos⁶ (NOHARA, 2012).

Houve, em 1937, uma gradual mudança nas relações de domínio com a proposta de reforma administrativa empreendida pelo Departamento Administrativo de Serviço Público (DASP). A reforma deteve como substrato três vertentes: o taylorismo, as noções reformistas de Woodrow Wilson e as formulações teóricas de Max Weber (NOHARA, 2012).

Foram diversas as áreas objeto da reforma, cujas principais podem ser sentidas na esfera da administração de pessoal com cerne no sistema de mérito, da administração de material com otimização e padronização, da administração orçamentária com o ingresso da concepção do orçamento enquanto plano

⁶ Houve um esforço para que o recrutamento de pessoal fosse baseado no mérito, contudo a criação da categoria dos extranumerários representou um compromisso com os critérios do passado tendo em vista que manteve relações clientelistas com grande parte da massa urbana (FAUSTO, 2015, p. 378 – 379).

administrativo, além da revisão de estruturas e da instrumentalidade de métodos (WAHRLICH, 1974).

Pode-se afirmar que, com a vinda do Estado Novo em 1937, a “Polaca” desencadeou o ímpeto de uma reforma administrativa, objetivando racionalizar e imprimir eficiência para a máquina administrativa chamada de “modelo burocrático”, sua base de funcionamento era a hierarquia do serviço, devendo ser realizado de forma impessoal e pautado por regras racionais com o intuito de afastar arbitrariedades. É importante mencionar que a racionalidade do modelo burocrático é relacionada com a adequação dos meios para imprimir o máximo de eficiência possível (NOHARA, 2012, p. 22-28).

Na divisão de Max Weber, nas relações de domínio (tradicional, carismática e legal), o modelo que se pretendia adotar buscava superar a relação de domínio tradicional para a legal, gerando-se, assim, um movimento de submissão da Administração Pública à legalidade.

O modelo racional-legal visa afastar as práticas permeadas pelo subjetivismo e possibilitadas pela total inexistência de procedimentos e conseqüentemente de controles. As regras de admissão ao serviço público garantem o sistema de mérito, *merit system*, em detrimento do sistema patriarcal conhecido por práticas de filiotismo, corrupção e negociatas, *spoils system*. Tal reforma possibilitou o fortalecimento do direito administrativo (NOHARA, 2012).

É importante destacar que, lamentavelmente, os ideais de imprimir impessoalidade e o sistema meritocrático, no Brasil, nunca foram efetivamente implementados na sua completude⁷, a Administração Pública brasileira⁸ ainda é marcada por concepções autoritárias e patrimonialistas (NOHARA, 2012).

De qualquer sorte, cabe anotar que as reformas das décadas de 30 e 40 tiveram um saldo essencialmente positivo, tendo em vista alguns pontos inovadores,

⁷ Será exposto, no próximo item, como o fantasma do patrimonialismo continua vivo e assombrando a Administração Pública no Brasil, dando especial atenção para a recente PEC 32/2020 que propõe o reavivamento de práticas patrimonialistas.

⁸ A evolução do direito administrativo do modelo patrimonialista para o modelo burocrático, tanto no Brasil quanto no mundo, não foi linear e ascendente. Como exemplo, toma-se o caso de Andrew Jackson nos Estados Unidos que suprimiu radicalmente o regime estatutário, em especial a estabilidade do servidor público. Jackson introduziu a doutrina de *spoils system*, sem qualquer apreço pela ideia de profissionalismo, o que trouxe em poucos anos hábitos de imoralidade na administração norte-americana. Os abusos foram tão grandes que uma reação operou uma mudança radical no recrutamento da função pública, passando, então, a ser pautada pelo sistema do concurso (FREITAS, 2005, p.128-129).

tais como a inclusão da concepção de eficiência, modernizando a administração nesse sentido, o sistema de mérito para ingresso no serviço público, bem como o constante aperfeiçoamento dos egressos através de treinamento, o reconhecimento da importância das ciências administrativas, deixando de considerá-la apenas como um anexo do direito administrativo, entre outros (WAHRLICH, 1974).

Dentre as diversas reformas propostas e implementadas, a que se refere ao pessoal é compreendida como a contribuição mais significativa, especialmente para os efeitos deste trabalho, sendo que as suas principais características são encontradas no sistema de mérito, que possibilita a oportunidade de ingresso no serviço público de forma mais igualitária, tais como a primazia pelos aspectos éticos e jurídicos, a proibição de privilégios, padronização dos salários e planos de classificação de cargos (WAHRLICH, 1974).

Com base nisso, torna-se possível afirmar que Getúlio Vargas permitiu o surgimento de um Estado que tinha um papel mais positivo e voltado à promoção da industrialização no país, na realidade, o antigo modelo liberal do Estado de Direito passou por uma guinada de paradigma com a Constituição de 1934, que objetivava transformar o Estado no principal vetor da modernização do país.

É fato que esta mudança de concepção do Estado de Direito, no entanto, não teve a equipolente repercussão na história constitucional. Isso porque, até a década de 1980, o prestígio desta acompanhava o do direito constitucional, em outros termos: “atingiu seu zênite na Primeira República, manteve algum sucesso no período subsequente, e declinou sob o regime militar” (LYNCH, MENDONÇA, 2017, p. 980). Assim, é surpreendente o fato de que o renascimento do direito constitucional, nas últimas décadas, não tenha necessariamente correspondido ao renascimento equivalente da história constitucional.

Enfim, muito embora o Presidente Getúlio Vargas, em 1945, tenha sido deposto de suas funções, no mesmo ano o DASP foi reorganizado, sofrendo um grande corte em suas atribuições, sem o respaldo do regime autoritário em que a reforma foi concebida, entrou-se conseqüentemente em processo de entropia (WAHRLICH, 1974)

A primeira tentativa de superar o modelo burocrático aconteceu no final dos anos 60 através do Decreto-Lei 200 que tentou superar a rigidez burocrática, dando ênfase na descentralização diante da autonomia da administração indireta, partindo

do pressuposto que a administração direta é rígida, imprimindo, assim, maior eficiência na máquina pública. Entretanto, o Decreto-Lei 200 teve consequências indesejadas e inesperadas, pois permitiu a contratação de empregados sem concurso público e deixou de realizar concursos e desenvolver carreiras de altos administradores, dessa forma, a reforma administrativa prevista no Decreto-Lei 200 fracassou (BRESSER-PEREIRA, 1998).

É importante considerar que todo o procedimento reformista, através do projeto nacional-desenvolvimentista, detém seu marco inicial a partir da Revolução de 1930, quando houve a ascensão de Getúlio Vargas ao poder. Aqui convém registrar um passo importante da querela reformista, pois, entre as décadas de 1950 e 1960, houve a incorporação de alguns setores populares, em outras palavras, a participação popular passa a ser concebida como uma conjuntura básica para se alcançar o desenvolvimento (BERCOVICI, 2014).

Foram diversas as proposições da reforma de 1960 chamada Reformas de Base, cujo foco principal situou-se na reforma agrária, em que pese esta não tenha sido a única, houve uma certa relutância da classe proprietária em relação às diversas propostas de redistribuição de terra, além de encontrar óbice na resistência dos setores radicais, cuja negociação (com os mais conservadores ou moderados) gerou um impasse que levou à radicalização que perdurou até a queda do regime democrático (BERCOVICI, 2014).

Houveram diversas outras reformas além da agrária, tais como na esfera bancária⁹ com a criação de empresas públicas e de economia mista, a reforma tributária, a reforma administrativa. Esta última, visava fortalecer o Estado, franqueando mecanismos para a otimização de resultados nas esferas econômica e sociais, atuando tanto de forma centralizada em alguns casos e descentralizadas em outros, isto é, buscava o monopólio estatal de alguns setores. Todavia, apesar de ser considerada uma reforma base em que houve a racionalização dos serviços públicos, não havia uma estruturação específica para as políticas públicas e a administração ainda se dava de forma verticalizada (BERCOVICI, 2014).

⁹ A reforma bancária visava direcionar o emprego dos recursos depositados nos bancos de forma condizente com o interesse coletivo da Nação, não apenas de acordo com os interesses empresariais dos dirigentes e acionistas das casas bancárias. Deste modo, seria eliminada a manipulação da poupança popular em prol de interesses privados (BERCOVICI, 2014, p. 98).

O cenário brasileiro foi se modificando ao longo dos anos 80 quando a legitimidade do regime militar foi alvo de forte contestação. Foi implementado o Programa Nacional de Desburocratização (PND) que detinha a burocracia como bode expiatório, em total contraposição com a ideia de Weber na qual foram baseadas as reformas anteriores. A burocracia, na concepção do PND, era a faceta não racional e fragmentária da autoridade. O discurso da desburocratização tinha como pressuposto a desregulação e diminuição da atividade interventiva estatal e favorável para a privatização, não se limitando à reorganização ou racionalização das técnicas administrativas. A desburocratização foi tida como condição da redemocratização do país (NOHARA, 2012).

Verifica-se que a reforma do Estado não atingiu apenas patamares internos na dimensão Estado-Sociedade, ao revés e para além disso, passou a relacionar formas de atuação heteropoiéticas¹⁰, abrangendo outras novas dimensões. Pode-se dizer, portanto, que a reforma do Estado restou focada em três principais dimensões, a saber: político-institucional, econômico-financeira e administrativo-gerencial.

Em apertada síntese, a primeira objetivou redefinir o papel e o grau de intervenção do Estado, reavaliando as prioridades de ações governamentais na órbita econômica e sua relação com o setor privado, além de identificar e salvaguardar os direitos do cidadão frente ao poder público e descentralizar a ação administrativa, ao menos, no que tange à redistribuição de encargos entre os demais entes federativos (HOLANDA, 1989).

Em segundo, a reforma visou compatibilizar os objetivos e as ações estatais, reorganizando as prioridades a fim de afastar a instabilidade econômica e social do país ao harmonizar os encargos e recursos financeiros, cuja inflação caracteriza um dos maiores déficits do setor público. Já na última dimensão, a principal meta foi o aumento significativo da eficiência e eficácia da Administração Pública, de modo que

¹⁰ Compreende-se aqui a heteropoiése enquanto forma de legitimação do Estado, quando este processo de legitimação permite compreender a dimensão do princípio democrático e sua performatividade não apenas do ponto de vista da ciência política, enquanto regime de governo, mas dentro dos diversos sistemas vigentes. Quando se fala em legitimidade democrática (do estado, do direito) é porque se defende a ideia que a relação do Estado com os demais sistemas, que não apenas o político, fica atrelada a uma espécie de imprescindível legitimação recíproca. Daí que visualizar a democracia como fator de legitimação, não só do Estado, passa a ser o ponto chave de discernimento da conjuntura estrutural da sociedade e dos demais problemas encontrados cotidianamente nas mais diversas áreas relacionais das instituições e dos indivíduos (WAGNER, 2021).

o Estado pudesse representar um efetivo instrumento de desenvolvimento social (HOLANDA, 1989).

Destaca-se que essa mudança de paradigma, na reforma do Estado brasileiro, teve forte influência por parte dos países do eixo norte do globo que impuseram os seus ideais neoliberais de uma forma generalizada ao mundo ocidental, causando modificações em toda a estrutura jurídica e social do país.

Após a ruptura do regime militar, no final da década de noventa, o governo brasileiro iniciou essa mudança de paradigma, cujos reflexos foram fortemente sentidos na Administração Pública, que criticava fortemente as estruturas do Estado, visando buscar mudanças baseadas nas premissas neoliberais, prevendo diversos ajustes. Tal movimento deu início a um processo de ampliação da atuação do setor privado na atividade econômica (ROSA, 2008).

A campanha presidencial de Fernando Collor de Mello foi baseada na crítica às estruturas da administração do Estado, pautando o seu discurso em uma modernização neoliberal e autoritária, baseada em pacotes de ajustes que deram início a um processo de privatização das empresas estatais. Este discurso teve continuidade no governo de Fernando Henrique Cardoso (ROSA, 2008).

Neste contexto, entendia-se que as funções do Estado deveriam ser limitadas à gestão e regulamentação, mesmo que se mantivesse inalterada a tripartição clássica entre fomento, política e serviço público. Assim, o equilíbrio entre estas atividades levou a necessidade de rever o papel do direito administrativo (BUCCI, 2006).

As ideias de uma nova reforma administrativa, no Brasil, tiveram o seu desenvolvimento efetivo após o convite que Luiz Carlos Bresser-Pereira recebeu do então Presidente da República do Brasil, Fernando Henrique Cardoso. Bresser-Pereira assumiu o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), elaborando, em 1995, o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado e a Emenda Constitucional n.19 (BRESSER-PEREIRA, 2000). Importante esclarecer que a reforma teve início na década de 90, ou seja, poucos anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Tal reforma foi considerada uma resposta à globalização imposta (NOHARA, 2012).

É importante ressaltar que muitas das ideias da Constituição de 1988 entraram em choque com o modelo gerencial que estava tentando ser implementado, isso

porque a Constituição de 1988 foi elaborada com ideias baseadas no sistema romano-germânico e em teorias advindas das decisões jurisprudenciais do contencioso administrativo, por outro lado, o sistema gerencial tinha como base experiências vislumbradas em países do *common law* (NOHARA, 2012).

Irene Patrícia Nohara (2012) faz uma dura crítica com relação à redefinição do papel do Estado proposta pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, a autora alega que, para haver uma redefinição do papel do Estado, seria necessário mais do que uma simples reforma, isto é, necessitaria de um novo pacto constituinte porquanto, no seu entendimento, os papéis do Estado já se encontravam com previsão expressa na Constituição Federal.

A crítica da autora é extremamente pertinente, pois a Constituição Federal de 1988 previu um Estado social e provedor de direitos e serviços sociais que, ao mudar esse ideal, visando um Estado meramente regulador e fiscalizador através de uma simples reforma, passa a ser compreendido como uma forma de deturpação da intenção do constituinte.

Com base nesta crítica, é perceptível que a reforma implementada deteve certa influência diante do contexto em que o mundo ocidental vivia, pois a ideia da ineficiência do *welfarismo* foi fortemente bombardeada pelas críticas neoliberais.

Os principais focos da reforma foram inspirados no Consenso de Washington, sendo que a abertura do mercado nacional propiciou uma exposição da indústria brasileira ao processo de competição internacional, compondo novos preceitos políticos e uma nova visão administrativa e economicista comum em políticas neoliberais¹¹, facilitando o fluxo de capital financeiro (ROSA, 2008).

Tal política é conhecida por se opor e recusar o Estado como promotor de serviços e de intervir no mercado por meio de empresas públicas. Qualquer falha dos serviços estatais serve como argumento para acusar o aparelho estatal de ineficiente a ponto de torná-lo o grande vilão dos problemas políticos e sociais, gerando-se, assim, uma falsa ideia de que a privatização torna os serviços mais eficientes, ocorrendo quase uma naturalização da eficiência do mercado (ROSA, 2008).

¹¹ “Explica-se: a premissa da economia política, dentro do fenômeno neoliberal, parte da conjectura discursiva de uma liberdade *de mercado* e não está adstrito à concepção afeiçoada do predicado clássico liberal. Nesse cenário, o neoliberalismo adentra às bases governamentais e passa a representar a própria arte de governo cuja economia é o seu programa político” (WAGNER, 2021, p. 40).

O que se esperava, para um momento de transição, não era uma reforma apenas de cunho técnico, mas uma reforma mais profunda, inclusive, com alteração do modelo jurídico-institucional da Administração Pública brasileira. Uma das grandes críticas da reforma é o fato de que teria ocorrido “de fora para dentro”, ou seja, obedecendo uma posição subalterna do Brasil no meio de um conjunto de nações, vendo-se obrigado a seguir as diretrizes e métodos dos organismos financeiros internacionais (BUCCI, 2006).

Com a Emenda Constitucional n. 19, pretendia-se atingir cinco principais resultados, os quais foram trazidos na sua exposição de motivos: a) incorporação da dimensão da eficiência na Administração Pública; b) contribuição para o equilíbrio das contas públicas; c) viabilização do federalismo administrativo; d) rompimento com formatos jurídicos institucionais rígidos e uniformizadores e; e) ênfase da qualidade e do desempenho nos serviços públicos.

Além das mudanças constitucionais, a reforma gerencial também trouxe reformas infraconstitucionais aptas a propiciar uma nova forma de regulação estatal. Estas alterações legislativas podem ser resumidas em três pontos: a) abertura ao capital estrangeiro na Constituição de 1988; b) atenuação de monopólios estatais e c) Programa Nacional de Desestatização (OLIVEIRA, 2011).

Pretendia-se a ampliação da atuação dos particulares nas atividades econômicas e sociais, assentando a retirada do Estado de vários setores, mantendo-se apenas a participação estatal nas atividades que envolvessem o poder de império. A ideia de parceria da sociedade civil com o poder público foi bastante aprovada, pois surgiram fortes críticas ao modelo de Estado Social intervencionista e, com isso, foi criado um ambiente propício para a defesa do Estado Neoliberal pautado no princípio da subsidiariedade (SCHIER, 2019).

A proposta de reforma do Aparelho do Estado previu a presença de quatro setores e sua forma de administração, como pode ser visto a partir da reprodução do quadro abaixo:

Tabela 1 – Setores do Estado e formas de propriedade

SETORES	FORMA DE PROPRIEDADE			FORMA DE ADMINISTRAÇÃO	
	Estatal	Público Estatal	Não-Privada	Burocrática	Gerencial

Núcleo Estratégico ¹²				
Atividades exclusivas ¹³				
Serviços não-exclusivos ¹⁴	-----> Publicização			
Produção para o mercado ¹⁵	-----	-----> Privatização		

Fonte: Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995, p. 59.

O modelo propugnado pela reforma mede a eficiência da Administração Pública a partir da perspectiva cidadão-cliente, comparando os serviços públicos com os prestados pela iniciativa privada. No entanto, a cidadania envolve a possibilidade de o cidadão participar das decisões e influenciar no destino da sociedade, tal noção não se coaduna com a proposição limitativa de “cliente”, uma vez que as atividades administrativas devem ser voltadas para atender interesses públicos independentemente de quem são seus financiadores ou, no caso, pagadores de tributos (NOHARA, 2012).

Tratar o cidadão como “cliente” é apenas um dos inúmeros reflexos da retomada do neoliberalismo e se caracteriza como um grave erro, tendo em vista a relação do cidadão com os serviços públicos que não pode ser simplificada como uma mera relação comercial entre privados. De igual forma, a ideia de cliente entra em choque com a ideia de cidadão, pois o cliente se limita a querer um serviço bem prestado, não tendo interesse na forma de gestão do negócio. Por outro lado, a ideia de cidadão é muito mais ampla porque não se limita ao interesse pela otimização do serviço, o conceito de cidadão prevê a sua participação no processo decisório e no controle da prestação dos serviços públicos. É importante ressaltar que a visão de cidadão cliente é totalmente desconexa com os ideais pretendidos pela Constituição Federal do Brasil (NOHARA, 2012).

A pecha neoliberal da reforma se distancia de uma social-democrata, pois

¹² Formado pelo Legislativo, Judiciário, Presidência, Cúpula dos Ministérios, Ministério Público.

¹³ Formada pela Regulamentação, Fiscalização, Fomento, Segurança Pública, Seguridade Social Básica.

¹⁴ Formado pelas Universidades, Hospitais, Centros de Pesquisa, Museus.

¹⁵ Formado pelas Empresas Estatais.

nesta há o aumento da governança do Estado em relação à economia, ou seja, é concedido ao Estado meios financeiros e administrativos para que possa agir e intervir de forma efetiva sempre que necessário, como nos casos em que o mercado, por si só, não tiver condições de estimular a competitividade empresarial ou de coordenar adequadamente a economia, já aquela se apresenta como forma de retirar do Estado qualquer ingerência sobre a economia (BRESSER-PEREIRA, 2022).

Há uma importante observação a tecer precisamente quando se está diante da ideologia neoliberal, pois sua política não está em retirar a intervenção do Estado no setor econômico, ao contrário, seu dogma se estende também ao plano social ao criticar fortemente a existência de um Estado social, que se manifestou no primeiro mundo como *welfare state*, porquanto o neoliberalismo é impulsionado pelo que se chama *rent-seeking* (BRESSER-PEREIRA, 2022).

Verifica-se, a partir deste contexto, que a reforma pretendia efetivamente a redução do papel do Estado executor ou prestador direto de serviços, mantendo-se, contudo, o seu papel de regulador e provedor ou promotor dos serviços públicos, tais como educação e saúde.

Dessa forma, o papel do Estado, na perspectiva gerencial, deve ser focado no subsídio dos serviços públicos, buscando sempre o controle social direto e a participação social. Pretendia-se fortalecer as funções de regulação e de coordenação do Estado, visando uma transição de uma Administração Pública “burocrática, rígida e ineficiente”, que era voltada para o controle interno e para si própria, para uma Administração Pública “gerencial, flexível e eficiente” que visava primordialmente o atendimento do cidadão (BRASIL, Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995, p. 13).

Para tanto, o plano era fortalecer as práticas de adoção de mecanismos que privilegiassem a participação popular, tanto na formulação quanto na avaliação de políticas públicas, propiciando o seu controle social que, por meio deste, tornaria tangível a garantia de serviços de qualidade (BRASIL, Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995, p. 40).

A par disso, é possível compreender que o ponto central de diferenciação entre o controle da Administração Pública em comparação com o modelo burocrático e o gerencial, está no fato de que o primeiro é voltado para o controle *a priori* e a segunda é baseada no controle *a posteriori*, em outras palavras, deixa-se de se basear no

controle de processos e passa a se concentrar no controle de resultados, já o ideal gerencial detém base nos princípios da confiança e da descentralização da decisão com formas flexíveis de gestão (BRASIL, Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado; NOHARA, 2012).

Atenta-se ao fato de que, para ser possível a aceitação do modelo gerencial, foi necessário assomar um discurso baseado na desconstrução e deslegitimação do modelo anterior, passou-se então a atacá-lo, criando-se um estereótipo negativo ao modelo burocrático (NOHARA, 2012).

Mostra-se extremamente relevante, para os objetivos deste trabalho, demonstrar as incongruências do modelo proposto, gerencial, pois, na verdade, não contribuiu para a fiscalização das políticas públicas como alvidrado pelos reformistas, ao revés, trouxe dificuldades ao se concentrar somente no controle de resultados.

Nota-se que, diante de um discurso de ineficiência do aparato estatal, a ideia do gerencialismo ataca e visa deslegitimar o modelo de Estado Provedor e Prestador de Serviços, alegando que um modelo mais eficiente deve ser pautado nos conceitos de um Estado Fiscalizador e Regulador. Ocorre que tal modelo, conforme sugerido pelo governo da época, desejava debilitar os meios de controle ao focar apenas na ideia de controle de resultados. Mesmo havendo a previsão de incentivar o controle social, é inconcebível que um país como o Brasil, que não foi capaz de adimplir com seus compromissos sociais de distribuição de oportunidades, informação e transparência, confie cegamente que a sociedade civil é apta a ser um controlador do emprego correto das verbas públicas (NOHARA, 2012).

Dessa forma, parte-se do pressuposto que a proposta gerencial não serve para garantir eficazmente a implementação de um Estado fiscalizador e regulador de serviços, pelo contrário, as propostas da reforma gerencial não prestam para tal modelo, pois além de mitigar o controle de processos (*a priori*), sobrevalorizando o controle de resultados (*a posteriori*), também deposita uma confiança ingênua no controle por parte de uma sociedade civil que foi, ao longo da história, tolhida de diversos direitos fundamentais e vem se mostrando extremamente individualista e focada apenas em seus interesses particulares sem nenhuma relação com o público.

Para que tal modelo fosse viável, o controle deveria ser privilegiado a ponto de ser possível fiscalizar o processo funcional da Administração Pública na sua íntegra (*a priori* e *a posteriori*). Da mesma forma, entende-se que este modelo não deve

relegar completamente o controle para a sociedade civil, tendo em vista que deve ser exercido concomitantemente com instituições fortes e autônomas.

1.2 A atual proposta de reforma do Estado: avanços ou retrocessos na concepção do papel do Estado à luz da Constituição de 1988?

Muito embora a reforma gerencial tenha apresentado a mais notável reforma administrativa implementada no Brasil, ainda que parcialmente, não se pode deixar de mencionar as demais propostas de mudança da Administração Pública que foram propostas ao longo do tempo após a Emenda Constitucional nº 19.

Este item, portanto, será dedicado especialmente à exposição de pontos polêmicos apresentados na PEC 32/2020 que, muito embora ainda em trâmite na Câmara dos Deputados, pautava uma nova reforma administrativa.

Salienta-se que tanto a reforma burocrática quanto a gerencial nunca foram efetivamente finalizadas. Entretanto é importante esclarecer que ambas apresentaram transações estruturais, dotadas de uma adequada técnica legislativa, possuindo efeitos latentes ao nascerem de uma determinada concepção de Estado e de fatos políticos e econômicos dentro do cenário sociopolítico (COSTALDELLO, KRUBINKI, 2019), o que, a toda prova, se apresentou surpreendentemente de forma distinta na reformulação administrativa no Brasil, apresentada pelo Poder Executivo federal ao Congresso Nacional no Projeto de Emenda Constitucional n. 32/2020.

A referida PEC, caso venha a se concretizar, pode trazer diversos retrocessos à Administração Pública que, como será debatido a seguir, foca especialmente na esfera subjetiva hipertrófica do Poder Executivo e ataque ao funcionalismo público.

A exposição de motivos apresentada na Mensagem EM n. 00047/ME, levada para a Presidência da República pelo Ministério da Economia, expõe incoerência, ausência de tecnicidade e conceitos que se confundem entre o jurídico, técnica administrativa privada, finalidade imprecisa, com viés claramente político e sem qualquer estabelecimento de metas ou resultados claros, deficiências que são muito claras ao se vislumbrar uma linguagem extremamente superficial e igualmente desprovida de qualquer tecnicidade (COSTALDELLO, 2021).

Viu-se que a reforma gerencial, iniciada na década de 90 e movida por uma onda neoliberal, buscou a redução do papel do Estado, colocando o mercado como principal promotor/executor de serviços públicos.

Neste ponto, cabe um aparte relevante em relação às inferências do

neoliberalismo quando se trata da configuração do Estado, pois, de certa forma, pode justificar esta guinada na proposta de gerenciamento das questões da Administração Pública com tons mais econômicos do que necessariamente democráticos.

O neoliberalismo não está limitado às questões econômicas, enquanto política de mercado, mas corresponde, inclusive, a uma espécie de válvula de escape sociopolítica, estando intimamente interligada como uma forma de modelação subjetiva, avançando biopoliticamente adentro da vida social, o que, em termos singelos, significa que essa forma de racionalidade não só mercantiliza monetariamente as relações sociais como as eleva a um patamar meramente econômico (WAGNER, 2021).

Veja-se que as dimensões democráticas, advindas com a Constituição cidadã, acabam sofrendo uma reviravolta quando se emerge a crise política que se perpetua nos dias atuais, resta cristalino que a racionalidade neoliberal ganha certo destaque como causa desta crise, pois, em outras palavras, o dever do governo e da política, enquanto representação democrática e funcional normativa do direito estatal, sofrem um esvaziamento pela perda de soberania do Estado, isso porque a eclosão do neoliberalismo torna o capitalismo e sua monetização uma visão holística, enquanto matriz social e biopolítica (WAGNER, 2021).

Daí que o avanço da razão neoliberal faz desaparecer paulatinamente a separação dos poderes políticos e econômicos, favorecendo a inclinação da primazia privada em face dos poderes públicos, colaborando para ações corruptivas e *lobbies* corporativos. Esta economização transforma a capacidade da democracia liberal, leia-se em suas bases clássicas, em seu oposto, ou seja, consagra os termos de justiça à confirmação dos valores e distribuições do mercado (WAGNER, 2021).

Por estas razões, é compreensível a crítica de Gilberto Bercovici e José Celso Cardoso Jr. (2021) quando indagam sobre a intervenção do Estado no domínio econômico propostos na PEC 32/2020, afirmando que não se pode esperar nada promissor ao futuro do país, pois o redesenho constitucional dá poderes quase que absolutos ao mercado sobre o Estado, do dinheiro sobre a política, da lógica privada sobre a pública.

Os autores referendam a inexistência de uma referência expressa ao desenvolvimento da nação enquanto objetivo último das reformas, mas percebem apenas a compreensão de que a consolidação capitalista de mercados

autorregulados seria um caminho para engendrar alguma espécie de desenvolvimento. Para eles, o que se verifica é o *liberalismo de cassino*, ao qual importa apenas, por exemplo, a maximização das rentabilidades empresariais de curto prazo e o crescimento microeconômico eficiente dos empreendimentos (BERCOVICI; CARDOSO JR, 2021).

Inobstante isso possa, em termos microeconômicos, possibilitar a eficiência e rentabilidade de determinado empreendimento empresarial, o fato é que, ao analisar a questão numa visão macroeconômica ou, inclusive, de forma agregada à micro, não há evidências que demonstrem qualquer espécie de engendro eficaz e lucrativo, mesmo que setoriais. Assim, sob a ótica dos empregos, rendas e tributos gerados, essa espécie de regime apenas concentra o processo de acumulação de capital na esfera privada (BERCOVICI; CARDOSO JR, 2021).

Constata-se que a reforma administrativa, na PEC 32/2020, se mantém ao argumento da busca da eficiência, trazendo em seu núcleo a proposta de diversas mudanças no direito administrativo brasileiro, incluindo, inclusive, no seu texto *original*, o acréscimo de diversos novos princípios, entre eles o princípio da subsidiariedade.

Mas, desde já adverte-se, caso haja a concretização do projeto, nos termos propostos, acarretará na queda da qualidade dos serviços públicos ou, na pior das hipóteses, a sua existência mínima, pois ao instituir, de qualquer modo, a subsidiariedade da atuação da Administração Pública de seus serviços, por exemplo, escancara as portas para uma verdadeira arena predatória e mercantil, em que, a curto ou a longo prazo, nada auxiliará no desenvolvimento, no acesso ou nas garantias dos direitos das minorias socioeconomicamente excluídas (BERCOVICI, 2020).

O texto original da PEC 32/2020 previa a adição dos princípios da imparcialidade, transparência, inovação, responsabilidade, unidade, coordenação, boa governança pública e subsidiariedade. Cabe ressaltar que após grande reprovação em maio de 2021, a previsão da inclusão destes princípios no art. 37 da Constituição Federal acabou sendo retirada do texto¹⁶.

¹⁶ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade, transparência, inovação, responsabilidade, unidade, coordenação, boa governança pública, eficiência e subsidiariedade e, também, ao seguinte:”
A proposta da inclusão destes princípios foi retirada pelo Relator Deputado Darci de Matos:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2015025

Como mencionado anteriormente, há uma precária tecnicidade jurídica na elaboração da PEC 32/2020, o que se manteve na intenção de adicionar novos princípios à ordem constitucional. Recordar-se que alguns já são princípios constitucionais implícitos inerentes à própria gestão e a dinamicidade da Administração Pública, outros são inúteis, pois já constam no ordenamento jurídico há décadas, sendo desnecessária a sua elevação à seara constitucional e, se não bastasse isso, existem princípios que se mostram incongruentes com a sistemática prevista pelo constituinte de 1988 (COSTALDELLO, 2021).

Cabe mencionar, em que pese a retirada dos princípios explicitamente expostos na proposta, que o cerne de uma Administração Pública subsidiária se manteve no contexto da reforma¹⁷, a qual encontra-se totalmente fora de sintonia com as premissas já impostas na Constituição Federal com todos os seus predicados democráticos.

A PEC 32/2020, ao descrever o princípio da subsidiariedade¹⁸ no seu texto original, não tenta esconder que a sua real intenção é a superação da ideia de um Estado que presta e promove políticas públicas a nível de protagonismo para atuação de um Estado coadjuvante, que apenas deve intervir quando o mercado não for capaz de realizá-las por si só. Ao longo do desenvolvimento deste trabalho será exposto como esta ideia está em descompasso com a própria Constituição Federal de 1988.

A mencionada proposta de emenda constitucional traz três grandes orientações: a) modernizar o Estado; b) aproximar o serviço público da realidade do país; e, c) garantir condições orçamentárias e financeiras para a existência do Estado e para a prestação de serviços públicos de qualidade.

Cabe salientar, desde já, que a complexidade da Administração Pública brasileira e seus desafios exigem uma interpretação muito mais abrangente do que a proposta simplista da PEC 32/2020.

Muito embora a proposta de inclusão do princípio da subsidiariedade ter sido retirada de pauta, a reforma pretendida pela PEC 32/2020 ainda traz uma clara

¹⁷ Visando evitar a tautologia, o conceito de subsidiariedade e os motivos pelos quais tal princípio destoa dos ideais da Constituição Federal do Brasil será melhor aprofundado no capítulo 2 deste trabalho.

¹⁸ “O princípio da subsidiariedade está associado com a valorização do indivíduo e das instâncias mais próximas a ele, prestigiando sua autonomia e sua liberdade. Tal princípio, historicamente consolidado, visa a garantir que as questões sociais sejam sempre resolvidas de maneira mais próxima ao indivíduo-comunidade, e só subsidiariamente pelos entes de maior abrangência, ressaltando, no âmbito da Administração pública, o caráter do federalismo.” (PEC n. 32/2020, texto original)

mensagem de diminuição da atuação estatal especialmente pelo fato de sugerir diversas mudanças atinentes ao serviço público com a mitigação da estabilidade do servidor público, o que traz claros traços patrimonialistas.

Percebe-se, com a simples leitura dela, que a estrutura subjetiva da Administração Pública é onde pairam as maiores e mais graves modificações. É justamente nas incongruências dela que se pretende, aqui, focar na pretendida reforma, pois, em outras palavras, a proposta pode representar *qualquer coisa* exceto a modernização e eficiência do Estado.

O projeto prevê diversas situações que caracterizam um verdadeiro retrocesso, entre os quais a exacerbada concentração de poderes no Poder Executivo a partir da alteração do art. 84 da Constituição Federal, pretendendo excluir o Poder Legislativo da tomada de decisão sobre a organização do Estado, sob um pretexto argumento falacioso de agilidade e desburocratização do Estado.

Mas, como adverte Ângela Cássia Costaldello (2021), tal recomendação atenta contra o arquétipo moderno de organização política que prevê a separação de poderes e o modelo de *checks and balances*, refutando a pulverização do poder e dificultando o exercício de controles externos e internos. O escanteamento do Poder Legislativo não pode ser tolerado em um Estado Democrático de Direito, pois se vê um claro esfacelamento democrático e de diálogo institucional, além de atentar contra os princípios da legalidade e juridicidade. Se um órgão foi criado por lei, a lógica é que a sua alteração ou extinção exija o mesmo caminho, qual seja, a lei, jamais por ato infralegal, isto é, ato unilateral do Chefe do Executivo Federal.

Carlos Ari Sundfeld também é adepto a este entendimento, assentando que a eliminação de órgãos pressupõe a previsão em lei, por uma razão óbvia, se é o Legislativo legitimado a instituí-los também o deve ser para extingui-los. A propósito, se o instrumento trivial para a extinção de órgãos é a lei, apenas por este método deve ocorrer o seu revés, não apenas por observar o princípio da legalidade, mas como forma de controle de poder, pois evidente: “se o Chefe do executivo pudesse, de modo absolutamente natural, extinguir órgãos criados por lei, teria o poder de, por ato administrativo, investir contra ele” (1991, p. 51).

O que se vislumbra, no presente caso, é uma clara intenção de hipertrofiar o Poder Executivo, tirando o Poder Legislativo do cenário, em especial na modificação de órgãos criados anteriormente por lei, tudo sob a falsa premissa de garantir

eficiência e modernidade ao Estado.

Ainda tratando da estrutura subjetiva do país, contudo, agora com olhar no serviço público a partir da gestão administrativa, é possível verificar que a PEC 32/2020 traz em seu texto cinco vínculos diferentes para a Administração Pública, previstos no art. 39-A: a) vínculo de experiência; b) cargo típico de Estado; c) cargo por prazo indeterminado; d) cargo por prazo determinado; e, por fim, e) cargo de liderança e assessoramento. Lembrando que a proposta prevê que os critérios de definição de cargos típicos de Estado serão estabelecidos em futura lei complementar federal.

O vínculo de experiência é uma etapa do concurso para ingresso em cargo por prazo indeterminado ou em cargo típico de Estado. O vínculo por prazo determinado, conforme preconiza o mencionado projeto, está subdividido em três espécies: i) por necessidade temporária decorrente de calamidade, paralisação em atividades essenciais, acúmulo transitório de serviço e casos de emergência; ii) necessidades sazonais ou temporárias para atividades ou projetos; iii) procedimentos ou atividades sob demanda.

Para a compreensão da abrangência do mencionado projeto, tecer-se-á alguns pontos específicos, relacionando o texto original com o substitutivo¹⁹. Para tanto, iniciar-se-á com uma das principais mudanças propostas pela PEC, qual seja, o vínculo do servidor público que, em texto original, propôs uma estabilidade restrita apenas aos ocupantes de cargos típicos do Estado. Todavia, o texto substituto acabou retirando esta ideia e mantendo a estabilidade a todos os servidores concursados, bem como a nulidade de estabilidade no emprego público e da proteção de despedida dos empregados em empresas públicas e de economia mista.

O vínculo de experiência, previsto como etapa do concurso público, cria uma espécie de “limbo” para o servidor público, que executará o serviço público sem a investitura no cargo. A PEC trata a estabilidade como seu maior alvo, tendo em vista que, dentre as espécies de vínculos mencionados em seu texto, apenas se mantém a estabilidade aos cargos típicos de Estado, cuja definição foi delegada para uma lei

¹⁹ Para o aprofundamento das alterações ver: BRANDÃO, Francisco. **Reforma administrativa**: veja as diferenças entre a proposta do governo e o texto aprovado pela comissão. Agência Câmara de Notícias [online]. Brasília, setembro de 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/810414-reforma-administrativa-veja-as-diferencas-entre-a-proposta-do-governo-e-o-texto-aprovado-pela-comissao>

complementar. Tal proposta é inadmissível, pois toma como uma das suas premissas a redução de cargos estáveis e sequer apresenta quais seriam os critérios fundamentais para conceituar o único vínculo passível de estabilidade (COSTALDELLO, 2021).

Verifica-se que, em relação ao tema, a mudança proposta acarreta o afastamento de mão de obra qualificada para o serviço público ao condicionar a estabilidade à chancela de uma classificação contida em lei complementar, o que abre espaço para claras arbitrariedades dos parlamentares e possíveis violações ao princípio da impessoalidade, tendo claras nuances patrimonialistas (COSTALDELLO, 2021).

Como mecanismo de garantia de uma Administração Pública, pautada pela impessoalidade, criou-se a estabilidade dos servidores públicos que, após ser prevista ao longo da reforma burocrática onde também foi atacada, foi mitigada pela reforma gerencial iniciada na década de 90 e novamente vem sendo assombrada pela PEC 32/2020. A estabilidade, diferentemente do que o senso comum prega, é uma garantia importante para que o servidor público possa exercer a sua função constitucional sem estar sujeito ao arbítrio das vontades dos donos do poder.

A garantia da estabilidade, na carreira de Estado, desempenha uma função tríplice. Tal proteção colima garantir a manutenção de políticas públicas, pois apenas os servidores estáveis são aptos a assegurar a permanência das metas do Estado. Esta proteção ainda oferece a salvaguarda contra os interesses prepotentes dos mandantes de turno, que muitas vezes, travestindo-se de discricionariedade, ferem a prestação adequada dos serviços essenciais. A terceira função desta proteção, em contrapartida, reside no fato de que o regime institucional oferece em vista da periclitante lâmina posta à disposição do Poder Público sob a forma de poder unilateral de alteração das regras do regime (FREITAS, 2005).

Em que pese a importância da manutenção da garantia da estabilidade para a boa prestação de serviços públicos, o funcionalismo público vem sofrendo novo ataque por meio da Proposta de Emenda à Constituição 32/2020, que tem como fundamento, na sua exposição de motivos, a missão de evitar um colapso na prestação de serviços ao público e no orçamento público, alegando que possui como público-alvo os servidores e a Administração Pública, pretendendo trazer mais agilidade e eficiência aos serviços oferecidos pelo governo baseado em quatro

princípios: a) foco em servir; b) valorização das pessoas; c) agilidade e inovação; e d) eficiência e racionalidade.

Esclarece-se que o regime estatutário representa uma garantia não só para a sociedade, mas também para os servidores públicos, possibilitando que estes tenham carreiras a salvo de cooptação partidária e que se engajem no cumprimento de missões constitucionais (NOHARA, 2012).

Já em relação à ampliação de cargos em confiança, a acumulação de cargos e empregos públicos, chamados de cargo de liderança e assessoramento, leva à ausência de profissionalismo e remete à República Velha onde oligarquias dominavam o serviço público, havendo também uma clara fragilização do princípio da impessoalidade, no entanto, o texto substitutivo exclui esta mudança originalmente proposta.

Para o presente trabalho, com o intuito de imprimir uma sequência lógica e racional, é necessário analisar, mesmo que brevemente, o princípio da impessoalidade, tendo em vista que a Proposta de Emenda à Constituição 32/2020 traz alterações ao funcionalismo público e o afetará com grande intensidade, caso a reforma venha a ser aprovada na forma em que é proposta.

Tendo em vista que toda a atividade administrativa deve ser destinada aos administrados, sem qualquer distinção discriminatória, é que se impõe, para a Administração Pública, o princípio da impessoalidade, visando a quebra de um antigo costume no qual o atendimento do administrado se dá com base em seu prestígio ou em alguma obrigação que o agente público lhe deve (GASPARINI, 2004).

Conforme exposto no primeiro item deste capítulo, por muitos anos a Administração Pública, no Brasil, foi baseada no patrimonialismo, prática culturalmente enraizada no país, a qual mesmo após diversas reformas legislativas, que apenas a amenizaram, continua fortemente presente, daí a necessidade da previsão do princípio da impessoalidade no ordenamento jurídico.

Freyre buscou, com sucesso, a criação de um sentimento de identidade brasileiro que permitiu um certo orgulho nacional, elencando virtudes do brasileiro, tais como a sexualidade, a emotividade, o calor humano, a hospitalidade. Esta versão, entretanto, foi criticada por Sérgio Buarque de Holanda ao inverter tais aspectos positivos em unicamente negativos, assim, na versão vira-lata de Buarque, o brasileiro como homem cordial foi alongado com a noção de Estado patrimonial, ou seja, o

Estado patrimonialista seria a principal herança do homem cordial e principal problema da nação (SOUZA, 2017).

O patrimonialismo restou confundido com a identidade do próprio brasileiro, acabou se compreendendo que este é um alongamento do homem cordial, contudo, essa noção é central para a legitimação do liberalismo conservador brasileiro, tornando-se, inclusive, argumento de defesa dos interesses econômicos e políticos conservadores envolvidos (SOUZA, 2017).

Para frear os traços patrimonialistas enraizados na Administração Pública é que, como extensão deste princípio, o §1º do art. 37 da Constituição Federal proíbe que conste nome, símbolos ou imagens que possam caracterizar promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

O princípio da impessoalidade não tem sido objeto de grande abordagem pelos doutrinadores, não obstante se possa extrair dois grandes sentidos dele: sendo o primeiro relacionado com a finalidade pública, significando que a Administração Pública não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas. No segundo, tem-se o entendimento de que os atos são prestados pela Administração Pública e não pelos seus funcionários ou autoridades (DI PIETRO, 2014).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003) conceitua o princípio da impessoalidade ou, como é chamado por ele, princípio da finalidade como sendo uma disposição inescusável da atividade administrativa ao interesse público, explícito ou implícito em lei. Diante disso, o legislador determina a finalidade da ação do agente administrativo, vedando qualquer propensão pessoal.

Cabe, portanto, uma severa crítica à PEC pela ausência de previsão, no texto, de quais os critérios são passíveis de caracterização de determinado cargo para o alcance da estabilidade, delegado tal premissa à lei complementar. Vale lembrar que a análise de desempenho, introduzida pela Emenda Constitucional nº 19, ainda padece de regulação.

A reforma proposta pelo governo é de cunho extremamente duvidosa, não abrange pontos necessários para a modernização e melhora da Administração Pública, pelo contrário, elege, de forma equivocada, o funcionário público como inimigo e, ao estabelecer mecanismos que de alguma forma depauperam ou eliminam a proteção deles, acaba, por ricochete, diminuindo a implementação efetiva de diversas políticas públicas, já que a atuação do funcionário público é primordial para

a realização de diversos serviços públicos essenciais.

Refuta-se, portanto, que a sua implementação seja de forma parcial ou total, o que não significa que não se deva pensar em uma reforma administrativa, há diversos pontos que necessitam de melhoria na máquina estatal. Assim, buscar-se-á trazer ao leitor, sem pretender exaurir o tema, algumas proposições que se entende necessárias para o melhor aproveitamento do aparato público.

É indiscutível a necessidade de melhorias na Administração Pública, contudo, o reconhecimento da necessidade de uma reforma administrativa não significa que se deve aceitar qualquer reforma especialmente quando as propostas apresentadas violam a própria base do pacto constituinte de 1988.

O que se verifica é que há uma grande disparidade e contrassenso entre a reforma administrativa proposta pela PEC 32/2020 e a reforma que efetivamente é necessária.

Como bem analisam Bitencourt e Trindade (2021), a Administração Pública necessita de serviços de qualidade, aparatos que possibilitem a inclusão de todos, a urgente redução de interferências políticas nos serviços públicos, tornar os serviços públicos digitais, possibilitando a inclusão digital dos cidadãos, simplificar as carreiras públicas com planos que possibilitem a sua progressão, de equilíbrio remuneratório para as atribuições igualitárias em nível municipal, estadual e federal, além da profissionalização dos serviços e modernização das estruturas em rede são apenas alguns pontos que urgem de uma reforma.

Em contrapartida às necessidades citadas, a reforma anda em contramão, atuando de forma seletiva, atingindo negativamente os servidores que não possuem as maiores remunerações, desconsidera realidades distintas dos entes federativos a nível municipal, estadual e federal, exclui determinadas categorias de agentes públicos, fixa o patrimonialismo como mote, abrindo espaço para maiores interferências políticas no serviço público, arroja o bojo da profissionalização dos serviços públicos na sua estrutura de quadros, complicando-os e, inclusive, alterando uma das maiores conquistas da República, qual seja, a estabilidade dos servidores, afastando, por conseguinte, a importante prerrogativa de não sujeição aos comandos ilegais ou inconstitucionais de seus superiores, além de ampliar significativamente os poderes do Presidente da República (BITENCOURT; TRINDADE, 2021).

É importante mencionar que, para os efeitos do presente ensaio, não se

pretende examinar detalhadamente e exaustivamente as necessárias reformas que a Administração Pública carece, o estudo focará em expor ao leitor primordialmente as ideias que visem implementar a qualidade do serviço público como principal condutor das políticas públicas no que tange à possibilidade da participação e do controle popular.

Em apertada síntese, a reforma necessária deve estar voltada para melhor atender aos ditames da Constituição Federal, mediante a elaboração e controle de políticas públicas voltadas à consecução dos direitos fundamentais, o que se dá principalmente mediante o fornecimento de serviços públicos de qualidade. Tal prestação também pode ocorrer por meio do fomento administrativo sempre que realizado dentro das propostas constitucionais.

Um dos maiores desafios dos líderes políticos é a articulação de princípios políticos e técnicos para que se possa produzir políticas públicas de alta qualidade (BITENCOURT; BEBER, 2015). Conforme visto no primeiro item deste capítulo, a ideia do cidadão-cliente, trazida pela reforma gerencial, não converge com este pensamento, pois simplifica demasiadamente a atuação do cidadão ao reduzir a sua atuação a uma mera visão privatista.

Uma reforma administrativa, que vise garantir serviços de excelência, necessita de uma real qualidade democrática na tomada de decisões, o que se atinge por meio de práticas discursivas que são privilegiadas em espaços de deliberação pública, papel atribuído aos conselhos como instância de participação e controle da sociedade sobre decisões que versem sobre políticas públicas, pois são demandas que surgem da necessidade social e retornam para a própria sociedade (BITENCOURT; BEBER, 2015)

Compartilha-se da opinião de que, para uma boa gestão da coisa pública, a participação e o controle por parte da sociedade são condições necessárias. Contudo, é necessário traçar alguns pressupostos para que a participação e o controle social ocorram de forma a satisfazer o seu papel.

A Constituição Federal de 1988 apresentou ambições deliberativas para o sistema jurídico com mecanismos instrumentais institucionalizados de controle, não obstante, mesmo que o sistema tenha sido pensado com premissas deliberativas, a mera intitulação não o torna deliberativo por si só, ou seja, não é a existência de um conselho de participação popular que torna a prática democrática deliberativa, mas

sim a sua existência qualificada e verificada por meio de uma ação comunicativa real e efetiva (BITENCOURT; BEBER, 2015).

A partir da ótica habermasiana, os conselhos de políticas públicas devem minimamente conter os seguintes pressupostos: 1) instrumentos legislativos que permitam a rotatividade de seus membros; 2) possibilitar a manifestação de participantes externos, inclusive, aqueles que não compõem institucionalmente o conselho; 3) distribuir equitativamente a palavra; 4) as decisões devem ser vinculantes dentro de sua competência; 5) capacidade de tornar efetiva a política pública, possibilitando seu controle e fiscalização (BITENCOURT; BEBER, 2015).

Os conselhos de políticas públicas são mecanismos democrático-deliberativo, a sua estrutura, composição e ação devem ser amplamente difundida entre a população local (BITENCOURT; BEBER, 2015). Entende-se que eventual proposta de reforma administrativa não pode deixar de conter, em seu escopo, instrumentos para a implementação efetiva da participação popular de forma deliberativa, visando a melhora na qualidade das políticas públicas.

Para que os conselhos de políticas públicas sejam efetivos, a sua existência, forma e local de funcionamento devem ser objeto de ampla divulgação por parte da Administração Pública, visando a possibilidade de participação efetiva do maior número de cidadãos possíveis.

Ainda que o raciocínio acima não seja especificamente o foco desta pesquisa, abordou-os apenas para demonstrar que os problemas do complexo sistema da Administração Pública vão além da forma de sua estruturação interna, cujo déficit se encontra presente também em relação ao contexto externo.

Veja-se que o problema é objetivo apesar de tudo, pois a falta de planejamento para se pensar um Estado prestador ou regulador, a partir do aparato administrativo que se dispõe, é evidente. Diante disso, a reforma administrativa não pode ser reduzida a cortes das estruturas do funcionalismo público.

Com esse objetivo em mente, mas não se limitando a ele, a ideia de uma Administração Pública digital se mostra relevante especialmente quando uma reforma administrativa se encontra em pauta.

A tarefa que se tem é muito mais abrangente do que substituir a antiga burocracia analógica por uma burocracia digitalizada. Deve-se lembrar que, no Brasil, um país de dimensão continental, experimenta-se diariamente as mazelas da

desigualdade, inclusive, no âmbito digital. Tal cenário ficou muito mais evidente quando o mundo foi assolado pela pandemia do COVID-19, viu-se que enquanto alguns tiveram o privilégio de obter recursos altamente tecnológicos para um período de ensino remoto, outra parte significativa da população encontrou dificuldade em ter acesso à rede de internet para solicitar o auxílio emergencial mediante aplicativo de celular, enquanto uma pequena parte do mercado prosperaram no período pandêmico por meio do comércio eletrônico, o desemprego chegou a atingir altos índices (GABARDO; BITENCOURT, 2021).

O acesso a bens, serviços, informações por parte da Administração Pública não pode ser mais um privilégio de classes já privilegiadas, assim, o real desafio resta na universalização do acesso à tecnologia, ou seja, a Administração Pública não pode avançar sem o enfrentamento dos problemas dos “invisíveis digitais” que, em via de regra, são aqueles que já pertencem a grupos de vulnerabilidade social (GABARDO; BITENCOURT, 2021).

Para se pensar em uma Administração Pública digital, não se pode olvidar daqueles que não estão incluídos digitalmente, pois de nada adianta criar ferramentas digitais se boa parte da população não tem acesso a computadores, smartphones e até mesmo à rede de internet. O problema fica ainda mais crônico se houver migração total para o serviço digital, impossibilitando o seu acesso pelos meios tradicionais, tendo em vista que esta medida pode vir a excluir ainda mais grupos socialmente vulneráveis.

As disparidades de acesso aos bens e serviços, informações, por parte da Administração Pública, não podem ficar limitadas para as camadas privilegiadas da população (GABARDO; BITENCOURT, 2021).

A tarefa que se apresenta é mais abrangente do que simplesmente substituir a burocracia analógica pela digital, mostra-se necessário repensar o modelo de operar, tornando acessível a Administração Pública pautada pelo interesse público. Em outras palavras, deve-se construir um mecanismo de governo pautado na responsividade e transparência da Administração Pública, trata-se de uma transformação da cultura, explorando totalmente as potencialidades da tecnologia, propiciando uma comunicação eficiente entre os cidadãos, órgãos e serviços públicos, possibilitando ao cidadão, sem conhecimento técnico da gestão pública, a realização, participação e controle social (GABARDO; BITENCOURT, 2021).

É inegável o avanço legal trazido pela Lei 14.129/2021, entretanto importa mencionar que, independentemente desse avanço, alguns desafios se destacam diante da nova legislação. A problemática da existência dos invisíveis digitais deve ser enfrentada de forma eficaz pela Administração Pública, trazendo instrumentos que concretizem o acesso à rede e às formas de aquisição de equipamentos, visando sua inclusão na transformação. Acrescenta-se a isso que a organização federalista, no Brasil, impõe um desafio grande para implementar a simplificação e unificação de processos. Outro ponto que merece destaque é o desafio relacionado ao sistema de integração, uma vez que encontrar uma linguagem comum se mostra ainda um obstáculo a ser superado (GABARDO; BITENCOURT, 2021).

A qualidade do serviço público é outro ponto que merece destaque quando se está em pauta uma reforma administrativa. Para tanto, interessa mencionar a Lei 13.460/17, apelidada de Código de Defesa do Usuário do Serviço Público, que dispõe sobre os direitos do usuário dos serviços públicos da Administração Pública.

A Lei 13.470/17 visa garantir o acesso a um serviço de qualidade, bem como a transparência e controle, pautas muito promissoras. Entretanto, o grande desafio da Administração Pública recai na necessidade de treinamento dos funcionários públicos e na criação de infraestrutura necessária para o alcance almejado pela legislação em comento (GABARDO, 2017).

Seu texto original trouxe quinze diretrizes para os agentes públicos e prestadores de serviço, pautados em uma prestação adequada do serviço público: urbanidade, respeito, acessibilidade e cortesia no atendimento aos usuários; presunção de boa-fé do usuário; atendimento por ordem de chegada, ressalvados casos de urgência e aqueles em que houver possibilidade de agendamento, asseguradas as prioridades legais para as pessoas com deficiência, os idosos, as gestantes, as lactantes e as pessoas acompanhadas por crianças de colo; adequação entre meios e fins, vedada a imposição de exigências, obrigações, restrições e sanções não previstas na legislação; igualdade no tratamento aos usuários, vedado qualquer tipo de discriminação; cumprimento de prazos e normas procedimentais; definição, publicidade e observância de horários e normas compatíveis com o bom atendimento ao usuário; adoção de medidas visando a proteção à saúde e a segurança dos usuários; autenticação de documentos pelo próprio agente público, à vista dos originais apresentados pelo usuário, vedada a exigência de reconhecimento

de firma, salvo em caso de dúvida de autenticidade; manutenção de instalações salubres, seguras, sinalizadas, acessíveis e adequadas ao serviço e ao atendimento; eliminação de formalidades e de exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco envolvido; observância dos códigos de ética ou de conduta aplicáveis às várias categorias de agentes públicos; aplicação de soluções tecnológicas que visem a simplificar processos e procedimentos de atendimento ao usuário e a propiciar melhores condições para o compartilhamento das informações; utilização de linguagem simples e compreensível, evitando o uso de siglas, jargões e estrangeirismos; e, por fim, a vedação da exigência de nova prova sobre fato já comprovado em documentação válida apresentada.

Verifica-se que, além das diretrizes aos agentes públicos e prestadores de serviços públicos como visto acima, também houve o acréscimo de alguns direitos básicos aos usuários, tais como a participação no acompanhamento da prestação e na avaliação dos serviços; a obtenção e utilização dos serviços com liberdade de escolha entre os meios oferecidos e sem discriminação; o acesso e obtenção de informações relativas à sua pessoa constantes de registros ou bancos de dados; a proteção de suas informações pessoais; além da atuação integrada e sistêmica na expedição de atestados, certidões e documentos comprobatórios de regularidade e a obtenção de informações precisas e de fácil acesso nos locais de prestação do serviço, assim como sua disponibilização na internet como horário de funcionamento das unidades administrativas, serviços prestados pelo órgão ou entidade, sua localização e setor responsável pelo atendimento ao público, acesso ao agente ou encarregado de receber manifestações, situação do trâmite de processos administrativos que figure como interessando e o valor das taxas e tarifas.

Por sua vez, a Lei 14.015/2020 trouxe mais uma diretriz que determina a comunicação prévia ao consumidor, isto é, quando o serviço será desligado em virtude de inadimplemento, bem como do dia a partir do qual será realizado o desligamento necessariamente durante horário comercial, além disso, trouxe a comunicação prévia da suspensão do serviço como mais um direito básico do usuário, vedando a sua suspensão em virtude de inadimplemento com início na sexta-feira, sábado, domingo, feriado ou dia anterior a feriado.

A lei possui muitos pontos positivos especialmente no que tange às formas e instrumentos de participação popular, não obstante, mesmo representando um

avanço, a lei em questão é simplória na proteção do usuário e não faz jus ao ser chamada de Código de Defesa do Usuário de Serviço Público, pois, para tal status, seria necessário um maior detalhamento de diversos quesitos por ela não contemplados, bastando uma simples comparação ao Código de Defesa do Consumidor com a Lei 14.460/17 para perceber a sua singeleza, que reserva apenas um capítulo dos sete existentes para tratar de alguns direitos básicos dos usuários de serviços públicos (SCHIER; BERTOTTI, 2019).

A qualidade dos serviços públicos, sem sombra de dúvidas, deve ser objeto de preocupação de uma Administração Pública que vise garantir a guarda de direitos fundamentais. O texto da PEC 32/2020, diferentemente do que afirma pretender realizar, não está focado em garantir um serviço público de qualidade ao cidadão.

Uma reforma administrativa, que pretenda garantir a qualidade do serviço público, deve incluir em seu escopo a previsão de treinamento dos agentes públicos e criação de estruturas aptas para alcançar uma atuação administrativa adequada a atender os cidadãos de forma satisfatória. É importante destacar que a PEC 32/2020 não cumpre e nem visa nenhum destes pressupostos.

O texto da PEC 32/2020 também é criticado pela doutrina que adota uma posição mais liberal com relação à função da Administração Pública. Como exemplo, é pertinente mencionar o pensamento de Carlos Ari Sundfeld (2021) o qual entende que há três fatores necessários para uma reforma. O primeiro, mais consensual, é que há uma explosão fiscal no Brasil. O segundo, que há baixa produtividade no Brasil, que possui uma máquina grande e sofisticada, mas ineficiente. O terceiro é a existência de um caos jurídico em muitas áreas que afetam a produtividade.

Como solução do primeiro problema, o autor aponta a necessidade de diminuir a rigidez de vinculações criadas por normas, inclusive, constitucionais para que estas vinculações possam ser revistas com maior facilidade. Para o segundo problema, há a necessidade de adotar a avaliação como premissa de agir da Administração Pública, havendo avaliações é possível premiar financeiramente os servidores produtivos e exonerar os improdutivos, além de extinguir subsídios ineficientes e fundir órgãos superdimensionados. Terceiro, a coordenação jurídica deve ser incentivada, pois, em matéria funcional, cada ente federativo inventa suas soluções, o que estimula a descoordenação (SUNDFELD, 2021).

Com especial atenção ao RH do Estado, o autor juntamente com os

economistas Armínio Fraga e Ana Carla Abrão (2021) defendem a ideia de que uma reforma administrativa se justifica em três grandes dimensões: 1) melhoria da qualidade dos serviços públicos, 2) aumento da produtividade e 3) aumento na eficiência no setor público para um avanço de um processo de consolidação fiscal. Para tanto, foi proposto um novo desenho do sistema de carreiras dos servidores públicos que contemplam: 1) a diminuição do número de carreiras em conjunto com a ampliação de competências, 2) o planejamento da força de trabalho como condição para contratações, promoções e redistribuições, 3) a implantação da avaliação de desempenho e 4) a necessidade de estabelecer uma moratória funcional até que as propostas anteriores se consolidem.

Estas propostas abrangem quatro grandes iniciativas: 1) planejamento da força de trabalho com a racionalização, redução e padronização dos planos de carreira, 2) reforço dos conceitos de meritocracia no setor público, implementando e revisando processos e dispositivos legais, 3) ganhos de produtividade no setor público e 4) racionalização dos custos (ABRÃO; FRAGA; SUNDFELD, 2021).

Embora não seja possível compactuar com a ideia acima proposta, destaca-se que a PEC 32/2020, da forma em que foi proposta, encontra claro refugo da doutrina, seja de viés social ou liberal.

Como se vê, mesmo de forma não exaustiva, existem diversos desafios que a Administração Pública ainda não superou, especialmente no que tange à implementação de uma Administração Pública digital, a criação de um ambiente que propicie a efetiva participação do cidadão na tomada de decisões e na fiscalização, a implementação de mecanismos focados na melhor coordenação das políticas públicas e o seu aprimoramento.

Neste item foram expostas algumas propostas que se entendem necessárias para o aperfeiçoamento da máquina pública, ideias que sequer foram ventiladas pela PEC 32/2020 que se limitou a escolher o servidor público como bode expiatório para todos os problemas do gestor público.

A pretensão de uma reforma administrativa deve ser objeto de estudo sério, perpassa por diagnósticos técnicos e deve ser proposta de forma que venha a solucionar as mazelas que as classes mais vulneráveis são acometidas. Desprestigiar e precarizar serviço público entra em claro conflito com as necessidades dos cidadãos brasileiros.

1.3 O eterno debate da subsidiariedade na prestação do serviço público no Brasil: de quem deve ser o protagonismo na prestação de serviço público?

Para avançar na construção da presente exposição, mostra-se necessário um breve apanhado sobre a evolução da Administração Pública, trazendo como ponto de partida o Estado Liberal e a sua passagem para o Estado Social de Direito para finalmente compreender a proposta de um Estado Subsidiário.

Esta abordagem é pertinente na medida em que traz conceitos importantes para a compreensão do paradigma do Estado Subsidiário, o que permitirá averiguar seu alcance, em termos práticos, e a sua compatibilidade ou não com a Constituição Federal de 1988.

É relevante recordar que, neste trabalho, o foco está na análise da subsidiariedade no seu sentido horizontal, que divide as competências entre Estado e Sociedade Civil. Não se tem a pretensão em adentrar na concepção da subsidiariedade vertical que trata da divisão de competências entre os entes públicos, como é o caso do sistema da União Europeia.

De tempos em tempos, a subsidiariedade aparece como uma fórmula milagrosa para resolver todos os problemas da sociedade. As origens do princípio da subsidiariedade remontam à Aristóteles, o pensamento cristão, a doutrina social da Igreja e as Encíclicas (BARACHO, 1995).

A evolução histórica, na relação Estado e economia, pode ser compreendida em três momentos, sendo o primeiro o Estado Liberal, o Estado Social em segundo e, por fim, o Estado Regulador. No Estado Liberal, o papel deste era limitado ao poder de polícia, no Estado Social, a máquina pública passa a ter papel de empresário e prestador de serviços públicos e, por fim, no Estado Subsidiário, a intervenção da Administração Pública fica essencialmente efetivada por meio regulatório (MOREIRA, 2001).

O estudo da evolução da Administração Pública tem como ponto de partida o Estado de Direito Liberal, ainda que seja admitida as organizações administrativas antes mesmo da concepção do Estado moderno. Todavia, com a revolução francesa, o direito administrativo passou por diversas mudanças especialmente com a consagração do Estado de Direito, sendo que o seu primeiro estágio, Estado Liberal de Direito por conta da grande desconfiança e do medo da sociedade do período que o antecedeu, se viu um Estado eminentemente abstencionista, tendo como marca a

liberdade dos indivíduos e a ausência de interferência na ordem econômica e social (OLIVEIRA, 2011).

O liberalismo é conhecido por ser um mundo de tensões, baseado no direito natural, na liberdade de comércio, no direito da propriedade privada e nas virtudes do mercado equilibrado. Entretanto, a sociedade não é reduzida a uma troca contratual entre indivíduos, assim, em meados do século XIX, o liberalismo entrou em crise que se consolidou nos anos 1880 a 1930, onde reformistas sociais ganharam terreno e souberam aparecer como a consolidação da vontade otimista de construir o futuro especialmente diante da necessidade prática de uma intervenção governamental necessárias para garantir as mutações organizacionais do capitalismo, bem como diante do conflito de classes que ameaçam a propriedade privada (LAVAL; DARDOT, 2016).

Vale lembrar, conforme visto no tópico anterior, que a sociedade brasileira, entre o período de 1821 e 1930 (República Velha), já era considerada mercantil-senhorial, sendo que já poderia ser enquadrada como patrimonialista na esfera da Administração Pública. Assim, pode-se dizer que, quando a crise do liberalismo se instala mundialmente e abre as portas para um modelo de Estado Social, a ideologia patrimonialista ainda é fortemente sentida no caso brasileiro, de modo que, conforme estudado anteriormente, era por demais complexo separar tudo o que deveria ser considerado de interesse público daquilo que, de fato, pertencia apenas ao âmbito privado.

No que tange ao modelo de Estado social, existem alguns pontos de convergência entre os diversos modelos, sendo considerado o primordial deles o fato de que o Estado social visa confrontar o capitalismo clássico por meio da criação de estruturas sociais, cuja diferença salarial entre o diretor de uma determinada empresa e de um faxineiro não seja tão substancial, eis que ambas as profissões são necessárias para uma vida em sociedade (GABARDO, 2019).

Célia Lessa Kerstenetzky (2012) expõe algumas características que entende como necessárias para o nascimento de um *welfare state*: a) a introdução de seguridade social no país, b) a introdução do sufrágio universal masculino e c) gasto social público no patamar de 3% do produto. O Estado de bem-estar, como seguro social, teve origem na Alemanha com o primeiro programa de compensações por acidente de trabalho em 1871. De modo geral, os primeiros programas foram seguros

contra acidentes de trabalho, doenças, invalidez e velhice; a segunda onda de programas foi caracterizada por aposentadorias por tempo de serviço, pensões e o seguro-desemprego e, na terceira onda, foram implementados benefícios para as famílias.

A Primeira Guerra Mundial acelerou uma revisão dos dogmas liberais, o *laissez-faire* foi considerado ultrapassado e o Estado pareceu o único em condições de recuperar uma situação econômica e social terrível (LAVAL; DARDOT, 2016).

A evolução do Estado demonstrou a necessidade de uma maior intervenção estatal nas relações sociais e econômicas, assim, após a II Guerra Mundial, surgiu a ideia de um Estado Social de Direito, ocorrendo uma hipertrofia do aparato estatal marcado pela ampliação dos serviços públicos e a minimização de algumas das mazelas do período liberal (OLIVEIRA, 2011).

Quando o mundo emergiu das guerras, surgiu uma nova ideia de progresso pensado em termos de socialismo democrático e desenvolvimento econômico. Foi no pós-guerra que se teve os Trinta Anos Dourados do Capitalismo, 1949 a 1978, que se configurou pela intervenção do Estado na economia e na área social de forma ativa pautado pelo desenvolvimentismo e o bem-estar social, o que alavancou um crescimento acelerado, grande estabilidade financeira e razoável redução de desigualdades nos países ricos (BRESSER-PEREIRA, 2014).

Foi na década de 70 que, devido a uma crise de proporções moderadas, se permitiu que o liberalismo econômico voltasse a ser dominante com a união de forças de classes formada por capitalistas rentistas que acabou desregulando os mercados, dando origem a uma série de crises financeiras que chegaram ao seu auge em 2008 (BRESSER-PEREIRA, 2014).

No ocidente, os anos 80 foram marcados por uma política considerada neoliberal, havendo um claro rompimento com o welfarismo, modificando radicalmente o modo de exercício do poder governamental marcado por um reengajamento do Estado com novas bases, cujas mais famosas das medidas adotadas foram a desregulamentação da economia e a privatizações de empresas públicas com base na ideia de que a liberdade que se dá aos atores privados é sempre mais eficaz do que a regulação pública ou a própria intervenção direta (LAVAL; DARDOT, 2016).

O regime de bem-estar social, no Brasil, pode ser comparado com o modelo

social-democrata europeu em três períodos históricos:

No período compreendido entre 1930 e 1964, teve início, no Brasil, um processo de regulação social e intervenção do Estado para estruturar o regime de bem-estar. As políticas sociais serviram para os objetivos da elite dominante. Observa-se uma política social e cidadania regulada, pois não conflitava com os padrões de acumulação. Diferentemente da Europa, no Brasil, não houve uma luta política dos menos favorecidos, com a industrialização, apenas os que se encontravam inseridos no mercado de trabalho tiveram direitos reconhecidos. Na Europa, o operário industrial foi essencial na luta para garantir o direito de associação e organização sindical, já, no Brasil, o Estado acabou por regular o conflito social, criando sindicatos que fossem dependentes legalmente e financeiramente (GRIN, 2013).

Aqui outro ponto interessante recai na constatação que, enquanto iniciava esse processo de regulação social e intervenção do Estado conforme estudado no tópico antecedente, a vinda da Polaca, em 1937 e o Estado Novo, buscou-se a centralização do poder do Estado de forma mais impessoal e através de um “modelo burocrático” em que se objetivava afastar as arbitrariedades.

Veja-se que, no período compreendido entre 1964 e 1985, ocorreu a consolidação do *welfare state* na Europa, universalizando os direitos sociais, apoiado por governos democráticos e direitos civis dos cidadãos. Todavia, no Brasil e no mesmo período, a consolidação e expansão do regime de bem-estar social foi baseado em um governo autoritário, não havendo, portanto, a universalização dos direitos sociais, nem mesmo respeito aos direitos civis, tendo como realidade um modelo econômico que concentrou renda e foi socialmente excludente. Diferentemente do modelo Europeu, as políticas sociais, no Brasil, não foram universais e mantiveram a herança da cidadania regulada. Pode-se afirmar que se até 1964 houve a cidadania regulada, durante o regime militar, a cidadania esteve abaixo do que se entende justo (GRIN, 2013).

Por certo, conforme visto no tópico anterior, os ideais de imprimir impessoalidade, através de uma administração burocrática, nunca puderam ser efetivamente implementados na sua completude em decorrência do período ditatorial, cuja lógica permite concluir como causa-efeito.

Foi apenas a partir de 1985, especialmente após 1994 e pós-Plano Real, que

se destaca a visão mais generosa e universalizante de direitos sociais o qual coincidiu com o período em que o *welfare state* passou por crise na Europa. No Brasil, esse período também foi marcado pela descentralização de políticas públicas para os municípios e para ONGs, o regime de bem-estar social foi implantado de maneira descentralizada, cabendo à Administração Pública Federal financiar e regular as políticas públicas, ampliou-se, portanto, os canais de participação da sociedade civil (GRIN, 2013).

Importante esclarecer que a forma de Estado de bem-estar social dos países escandinavos não se confunde com as mais conservadoras ou com o modelo residual. Sobre o tipo mais avançado, pode-se ter três conclusões: a) sua inexistência no Brasil até 1988, b) a sua construção, no Brasil, após a década de 1990 em bases mais universais e, c) a sua progressiva desconstituição em países europeus de matriz social-democrata (GRIN, 2013).

Conforme visto no capítulo anterior, poucos anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988 que previu em seu bojo o Estado Social, por pressão do cenário de ataque ao welfarismo que ocorria no ocidente, o país acabou implementando a chamada reforma administrativa gerencial pautada pela privatização da prestação do serviço público, entre outros pontos já visitados.

Foi na reforma gerencial que se solidificou a busca por uma alternativa ao Estado Social intervencionista. O modelo subsidiário de Estado implica na valorização da sociedade civil em detrimento do Estado. A subsidiariedade tem, como fundamento base, a ideia de que o Estado só pode fazer o que o indivíduo, família, pequenas comunidades não puderem fazer por si. Em suma, depreende de uma ideia de prioridade que somente devem ser atribuídas competências para esferas superiores se for demonstrado que as inferiores não conseguem atender às suas demandas. Entretanto, no Estado de bem-estar, tem-se uma perspectiva totalmente diferente, pois o Estado deixa de ser um mal necessário e passa a ser central na vida das pessoas (GABARDO, 2019).

O princípio da subsidiariedade era reconhecido pelo direito da Igreja Católica, vinculando-se diretamente à organização da sociedade e, no direito administrativo, possuindo amplas referências com a Sociedade Civil e o Estado. Dessa compreensão, destaca-se o entendimento da proteção da autonomia da pessoa humana e a limitação da intervenção de órgão ou coletividade superior, usando-se este, muitas

vezes, como argumento para restringir a intervenção Estatal em prol das liberdades dos indivíduos e grupos em assuntos que não implicam nas funções do Estado na sociedade (BARACHO, 1995)

Há uma certa dicotomia a ser enfrentada quando se fala destes dois modelos de Estado, Social/Interventor e Subsidiário/Liberal. Entretanto, ambos modelos vêm da mesma raiz que é o “contratualismo liberal”, ou seja, estão inseridos dentro do contexto do sistema econômico capitalista. Enquanto o Estado Subsidiário pende mais ao “princípio democrático”, o Estado Social está mais intimamente relacionado ao “princípio republicano”. No Estado republicano, os meios importam muito fortemente, sendo os meios clássicos a igualdade, liberdade e fraternidade, tendo como escopo a emancipação do sujeito como consequência destas garantias, neste sentido, até mesmo as entidades privadas que participam em regime de colaboração com o Estado devem agir de forma republicana (GABARDO, 2019).

No Brasil, o ideal republicano é extremamente difícil de ser concretizado e conseqüentemente o próprio Estado Social, isso se dá porque os brasileiros podem ser ótimos indivíduos, mas são maus cidadãos e, por isso, maus governantes. O modelo subsidiário confia nos cidadãos de forma muito simplista, tendo em seu escopo o entendimento de que os maus são os governantes e os cidadãos são os bons²⁰. Portanto, a sociedade civil, para este modelo, deve ser protagonista do bem, sendo o Estado e os políticos a origem do mal e da corrupção. Uma análise ingênua e simplista como esta gera falácias, pois deixa de compreender que o Estado é exatamente o reflexo da sociedade, ou seja, um mau cidadão gera um mau governante, sendo que, embora o voto seja uma variável importante, a cidadania não pode ser mudada apenas pelas eleições, a democracia sem república não funciona (GABARDO, 2019).

Para Baracho (1995), o princípio da subsidiariedade não deve ser interpretado como algo que propõe um Estado mínimo e débil, que se limita às funções de vigilância, resguardo ou arbitragem, pois assim estaria declinando da promoção do bem-estar e da presença ativa para orientar e articular as atividades da vida humana. Para o autor, o princípio se assemelha a uma repartição de competência entre Sociedade e Estado que, ao mesmo tempo que impede o avanço intervencionista

²⁰ Jessé Souza aprofunda e desmistifica essa falácia em sua obra “A elite do atraso: da escravidão à lava jato”.

deste, visa suprir a iniciativa privada quando impotente diante da ação Estatal, possibilitando, ao Estado, ajudar, promover, coordenar, controlar e suprir as atividades sociais.

A neutralidade do “princípio da subsidiariedade”, sustentada por muitos, não é a interpretação que se defende, pois não é possível negar a existência de um caráter liberal-individualista que prioriza o desenvolvimento econômico sobre o social. A ideologia informadora da Constituição Federal é antagônica ao princípio da subsidiariedade porque não é uma opção, ao Estado brasileiro, esperar que a iniciativa privada busque a satisfação de interesses coletivos. O Estado deve prestar serviços públicos, assim a Constituição Federal determina, e não apenas quando há uma suposta incapacidade dos privados em prestá-los (VALIM, 2015).

É de extrema relevância esclarecer que a Constituição de 1988 não previu a subsidiariedade como princípio e fundamento para a intervenção estatal, a realidade é outra, o que permite a intervenção estatal na economia é o interesse público pautado na ideia de desenvolvimento (GABARDO, 2009).

A subsidiariedade é construída em cima de mitos que acabam realizando um importante papel no imaginário social, quais sejam, que o Estado Social é posto como inimigo da sociedade, que o Estado burocrático atrasa o processo de avanço econômico, sendo apenas o mercado o meio eficiente de produzir soluções de forma rápida, que o Estado é corrupto desde a sua origem e que, por fim, a terceirização das relações de trabalho é valorizada (BITENCOURT; GABARDO, 2021).

Refutam-se estes mitos, pois são baseados no mero senso comum. O Estado Social, mediante intervenção pública na promoção de serviços sociais e ampliação do acesso ao crédito, promove eficiência, crescimento e desenvolvimento econômico, ou seja, ao desconcentrar a riqueza, a intervenção pública contribui para a participação dos menos favorecidos no mercado (KERSTENETZKY, 2012).

As empresas estatais são criadas como instrumentos econômicos, típicos do Estado Capitalista Contemporâneo, fundamentais para o desenvolvimento. Há diversos estudos de casos de empresas como o BNDES, Caixa Econômica Federal, Petrobrás que deixam claro a sua contribuição para a promoção dos objetivos desenvolvimentistas do país. Ademais, taxar as empresas estatais de corruptas, é esquecer que, na história recente do país como no caso da lava-jato, havia grupos privados que montaram equipes especializadas em gerir e gerar corrupção

(OCTAVIANI, NOHARA, 2019).

Na realidade, o que se verifica é a formatação de organizações e corporações da sociedade civil repletas de interesses privados e mercadológicos que se escondem atrás do manto da não lucratividade, sendo que, diante de uma suposta eficiência, acabam por abandonar o regime jurídico de Direito público (BITENCOURT; GABARDO, 2021). Essa fuga do direito administrativo permite que a remuneração ultrapasse o teto, a contratação de parentes facilita a perseguição interna ideológica, além de propiciar o favorecimento nas escolhas de fornecedores (RECK, BITENCOURT, 2019)

Refuta-se, com base nesses argumentos, a adoção da subsidiariedade como princípio, pois admitir e elevar a subsidiariedade a este patamar nada mais significaria do que cancelar a preponderância da atuação privada, sendo a atuação Estatal apenas para suprir as carências deste setor, retirando o protagonismo do Estado, contrariando os compromissos constitucionais de 1988. Cabe mencionar que a proposta do governo, na PEC 32/2020, vai além da ordem econômica, propondo a concretização de um Estado mínimo, gerindo demandas sociais via setor privado, utilizando-se, para tanto, de vouchers ou cupons (BERCOVICI, 2020).

Desta forma, politicamente e normativamente a Constituição Federal de 1988 colocou o Estado na posição de protagonista quando se trata da concretização dos direitos fundamentais sociais, o que pressupõe que a sua atuação seja sempre na linha de frente na prestação de serviços e na coordenação do desenvolvimento nacional (BITENCOURT; GABARDO, 2021), o que não impede que alguns serviços públicos sejam prestados por particulares mediante concessão e permissão nos exatos termos já previstos na Constituição Federal.²¹

Admitir outra visão seria desvirtuar os compromissos assumidos com a Constituição de 1988. A redução das desigualdades e a implementação e proteção dos direitos fundamentais sociais não podem ser relegadas e confiadas ao interesse de particulares que têm apenas o lucro como base de suas atividades, sendo diferente da atuação Estatal que deve sempre estar pautada pelo interesse público e na busca do bem-estar social.

²¹ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Como uma das bases do Estado subsidiário é o protagonismo da sociedade civil, sendo o Estado sempre um coadjuvante, mostra-se necessário expor, sem romantismo, a real face da sociedade civil brasileira, porquanto é somente com esta análise que será possível compreender os motivos pelo qual o Estado Subsidiário não serve para a atual sociedade.

1.4 As entidades do Terceiro Setor na prestação dos serviços públicos: o protagonismo é de fato da sociedade civil?

Entende-se que a sociedade civil deve ter papel relevante e de destaque em um Estado Social e Democrático de Direito, contudo, ao menos no cenário brasileiro que é o objeto central deste estudo, não se pode admitir a sociedade civil como a principal protagonista na promoção dos direitos fundamentais, conforme fundamentos adiantados linhas acima.

Por esta razão, neste item, serão averiguados os motivos pelos quais não se pode transferir, para a sociedade civil, a responsabilidade principal na persecução dos ideais insculpidos na Constituição Federal de 1988.

Este tópico, em sintonia com os antecessores, será fundamental para tecer a diferenciação, na prática, das formas de participação e controle sociais, cujas consequências estão umbilicalmente vinculadas ao regime do prestador de serviços, o que, adianta-se, terá momento oportuno para uma abordagem mais aprofundada, mas que, de toda sorte, se adianta a fim de justificar a importância do estudo que está sendo proposto neste capítulo.

Para atingir este fim, será necessário fazer um resgate sociológico e histórico, sem romantismos, detendo como principal marco teórico a obra *Raízes do Brasil*, de Sérgio Buarque de Holanda, em contraposição à base teórica de Jessé Souza.

Posteriormente, realizar-se-á uma análise da sociedade civil ocidental, perpassando sobre os conceitos de modernidade, pós-modernidade, expondo-se o exacerbado individualismo líquido o qual impede que a sociedade tenha um papel de protagonista na construção e controle de políticas públicas. Por fim, este item irá expor dogmaticamente, no campo do direito, quem são as entidades do Terceiro Setor.

As ciências sociais possuem paradigmas históricos. Até a década de 1920, o racismo fenotípico, que se baseava na cor da pele e traços fisionômicos, era reconhecido como ciência. Aos poucos, esta espécie de racismo foi criticada e substituída pelo culturalismo. Jessé Souza entende que, quando se apela para o

“estoque cultural” para explicar determinados comportamentos de uma sociedade ou de indivíduos, há um racismo implícito, ou seja, o culturalismo é uma continuação e não uma superação do racismo científico da cor da pele. Todo racismo se baseia na ideia de que há seres humanos de primeira e de segunda classe. Assim, a substituição da raça pelo estoque cultural apenas dá a impressão de cientificidade, pois acaba reproduzindo os mesmos preconceitos, os seres superiores seriam mais democráticos e honestos que os inferiores. Esta ideia ajuda os países centrais a legitimar o seu próprio sistema social (SOUZA, 2017).

Sérgio Buarque de Holanda (1995), até os dias atuais, é um dos principais autores sobre o tema, cujo marco teórico visa explicar a sociedade brasileira que defende a tentativa de implantação da cultura europeia no território brasileiro, sendo fato dominante e rico em consequências. Por meio da colonização portuguesa, a sociedade brasileira recebeu uma forte herança cultural ibérica que é conhecida pela sua frouxidão na estrutura social e pela falta de hierarquia organizada. Portanto, a carência de coesão, na vida social do brasileiro, não representa um fenômeno moderno (HOLANDA, 1995).

Não se olvida que os povos ibéricos sempre tiveram uma repulsa a toda moral fundada no apreço ao trabalho e à atividade utilitária, parecendo mais interessante uma digna ociosidade. O que se admira, no entanto, é a vida de um grande senhor sem qualquer tipo de esforço e preocupação dentro da aceção de que o ócio importa mais do que o negócio, sendo que a atividade produtora é menos valiosa que o amor e a contemplação. A solidariedade, entre eles, existe apenas quando há vinculação de sentimentos em círculos extremamente restritos e particularistas (HOLANDA, 1995).

A conquista dos trópicos não se realizou de forma metódica e racional, mas sim com desleixo e certo abandono. Existem dois princípios que regulam as atividades dos homens, o aventureiro e o trabalhador, neste há o esforço lento e persistente em que se encontra sentido *nas coisas*, àquele ignora as fronteiras e dirige seus esforços a uma recompensa imediata. É evidente que, na conquista e colonização das Américas, pouca relevância teve o trabalhador, a ânsia de prosperidade sem custo, de riqueza fácil, é característica do brasileiro trazida pelos seus colonizadores, traço que até hoje influencia a vida nacional, o que o português veio buscar era a riqueza que custa ousadia, que se difere da riqueza que custa trabalho (HOLANDA, 1995).

A sociedade colonial era baseada em raízes rurais e se caracterizava por ser imersa em si mesma, não tolerava pressões de fora, o pátrio poder era ilimitado e eram poucos os freios que existiam para a sua tirania, prevalecia as preferências fundadas em laços afetivos, cuja regra era a precedência da entidade privada à entidade pública. Como resultado disso, era predominante, em toda vida social, os sentimentos da comunidade doméstica, particularista e antipolítica, havendo uma clara invasão do privado na esfera pública e da família no Estado. Assim, diante da ausência de uma burguesia urbana independente, as funções públicas usualmente eram ocupadas por indivíduos que portavam a mentalidade dos antigos senhores rurais (HOLANDA, 1995).

Os detentores das posições públicas tinham grande dificuldade em compreender a distinção fundamental entre o público e o privado, tratava-se, portanto, do típico funcionário patrimonial, cuja gestão política era um assunto de seu interesse particular, a sua escolha era baseada de acordo com a confiança pessoal e não detinha qualquer relação de mérito. Ao longo de toda a história do país, é possível observar o predomínio constante das vontades particulares (HOLANDA, 1995).

Na visão de Sérgio Buarque de Holanda, o modo de vida brasileiro possui grande associação com o modo de vida dos Ibérico como, por exemplo, a cultura de repulsar o trabalho de ganhos fáceis e rápidos e a inaptidão para a vida pública. Esta visão é duramente criticada por Jessé Souza ao afirmar que Freyre procurou e criou um sentimento de identidade nacional, trazendo como virtudes dominadas a sexualidade, a emotividade, o calor humano e a hospitalidade. No entanto, esta versão foi prontamente criticada por Sérgio Buarque de Holanda que inverteu todos os aspectos positivos de Freyre em negativos. Holanda operou duas transformações essenciais no paradigma inventado por Freyre, possibilitando que o culturalismo racista se tornasse o porta-voz do liberalismo conservador, servindo como legitimador da elite econômica que domina o mercado, tornando-se a interpretação dominante da sociedade brasileira até os dias atuais (SOUZA, 2017).

Não há como negar que o desenvolvimento histórico brasileiro foi diferente do europeu. A história do Brasil não foi escrita por “estoques culturais imutáveis” ou por “heranças malditas”, mas sim pelo fato de a sociedade brasileira ter sido modelada em relações sociais do escravismo brasileiro que, diante da ausência de instituições intermediárias, fez com que o elemento familista fosse seu principal componente

(SOUZA, 2017, p. 48-49). O senhor das terras e dos escravos era um hiperindivíduo e não tinha nenhuma noção de limites com relação aos seus impulsos primários, havendo perversão do domínio que logo foi transformada da dependência pessoal ao patriarca para o familismo (SOUZA, 2017).

A vinda da família real portuguesa ao Brasil complexificou o familismo com a passagem do patriarcalismo rural para o urbano. Com a urbanização, a hierarquia social passa a ser marcada pela oposição de valores europeus burgueses e antieuropeus do interior, exigindo maior controle sobre o familismo e mandonismo privado, deixando o patriarca de ser figura absoluta, tendo que se curvar a um sistema de valores com regras próprias. A opressão transpassa cada vez mais de portadores europeus contra os pobres, africanos e índios e cada vez menos de senhores contra escravos. A urbanização representou a mudança do poder patriarcal e passou a assumir formas mais impessoais que, a partir da figura do imperador, passa a representar uma espécie de pai de todos (SOUZA, 2017).

O Estado não pode ser uma extensão do grupo familiar com nomeações baseadas em circunstâncias puramente pessoais e familiares, revestindo-se, por completo, da técnica e da aptidão para a função pública que deve ser impessoal e diversa dos fins privados.

Após esta singela exposição de parte histórica e sociológica da sociedade brasileira, impõe-se contextualizar o padrão da sociedade moderna no cenário ocidental, trazendo a ideia de modernidade e pós-modernidade.

Modernidade se refere ao estilo de vida que emergiu, na Europa, a partir do século XVII e que posteriormente se tornou o padrão da sociedade ocidental. Entretanto, a partir do século XX, muitos defendem que se está iniciando uma nova era denominada de pós-modernidade. A pós-modernidade é referida como um deslocamento das tentativas de se fundamentar a fé no progresso planejado da humanidade, pois esta perspectiva permite enxergar uma pluralidade de reivindicações, sem homogeneidade de conhecimento onde a ciência não tem importância relevante (GIDDENS, 1991).

O conceito de modernidade é impreciso, subjetivo e historicamente limitado. Não obstante, é possível afirmar que está associada ao desenvolvimento humano relativamente a fatores econômicos, políticos, sociais e ambientais. As bases da modernidade se encontram nas ideias de liberdade e criatividade, fundamentando-se

nos princípios da crença na razão, na ação racional e no reconhecimento dos direitos do indivíduo (BRESSER-PEREIRA, 2014).

No início da era moderna, a sociedade foi emancipada da crença na criação, revelação e condenação eterna, o indivíduo passou a desconhecer os limites do aperfeiçoamento humano além dos seus recursos, assim, ser moderno passou a significar a impossibilidade de ficar parado, a humanidade se move constantemente, pois atingir a satisfação se tornou impossível, ser moderno significa estar à frente de si mesmo num estado de ir além (BAUMAN, 2001).

Portanto, na modernidade, ou seja, a partir do iluminismo, o papel do intelectual sempre foi o de alguém ser ouvido e respeitado, tendo em vista que a verdade e a correção são fenômenos que se constroem socialmente. Todavia, a verdade, na contemporaneidade, é pós-verdade, ou seja, os intelectuais são enfrentados e diminuídos diante de uma mistura de superstição egocêntrica, sintoma típico dos tempos atuais. Assim, a sociedade, que deveria auxiliar no controle da Administração Pública, acaba apenas prejudicando-a, pois os discursos de justificação e aplicação não possuem significado ou qualquer base científica, qualquer coisa pode ser moral, ética ou jurídica, eis que as proposições da sociedade não são trabalhadas cientificamente e se transformam em políticas públicas sem qualquer tipo de procedimento sério (RECK; BITENCOURT, 2019).

Bresser-Pereira (2014) explana que temporalmente a modernidade surgiu na Renascença e se firmou no século XVIII com o Iluminismo, trazendo, aos homens livres, o progresso material, bem como a verdade, justiça, beleza e até a própria felicidade. O desenvolvimento econômico significativo, experimentado pelos países industrializados durante o século XIX, garantiu que tal ideia de progresso continuasse dominante até o início do século XX, onde duas guerras mundiais acabaram abalando este otimismo. Com a emergência do mundo, após estas guerras mundiais, se pensou novamente em progresso, mas por um curto espaço de tempo, eis que interrompido pela Revolução Russa, revoltas de Budapeste e Praga, bem como pelo fracasso da Revolução Estudantil de 1968. Para o autor, os trinta anos neoliberais do capitalismo configuraram uma “Modernidade Neoliberal”, explicando o que os intelectuais de esquerda chamam de período de “pós-modernidade”.

Existem duas características fundamentais que distinguem e fazem a pós-modernidade diferente da modernidade: a primeira consiste no colapso da ilusão

moderna de que há um fim do caminho para o qual se está andando, isto é, há como alcançar a perfeição que, em algum momento, será tangível; a segunda corresponde à privatização de tarefas que eram anteriormente consideradas de competência da razão humana, passando a ser individualizada e fragmentada (BAUMAN, 2001).

A passagem para o Estado Social, para alguns autores, é uma criação imaginária, um mito, como, por exemplo, o contrato social, pois o fundamento da legitimidade do poder político é místico. No entanto, em tempos pós-modernos, não se sabe onde está a lenda fundadora (LAPIERRE, 2003), portanto, a sociedade pós-moderna detém dificuldade em encontrar uma narrativa agregadora, tendo em vista que tudo é voltado ao individualismo exacerbado.

Assim, os indivíduos não teriam grupos de referência para basear seu comportamento devido a fluidez e indeterminação do mundo, onde as organizações estão livres de qualquer comprometimento. A análise é correta, contudo, é importante salientar que tais características, para Bresser-Pereira (2014), são qualidades do neoliberalismo introduzido em todo o tecido social entre 1970 a 2000.

O autor acredita na existência de uma modernidade neoliberal, a qual é dotada das seguintes características: a individualização e o individualismo, a inexistência de solidariedade e de valores compartilhados, reação contra imigrantes desfavorecidos economicamente, risco e insegurança disseminado por todos os lugares, a liquidez das relações sociais, o fundamentalismo de mercado e o relativismo generalizado (moral, cultural, cognitivo), entendendo que tal realidade colapsou em 2008 (BRESSER-PEREIRA, 2014).

Na verdade, a contemporaneidade tem mostrado que a chamada modernidade neoliberal, por Bresser-Pereira, não cessou em 2008, mas vem se intensificando e se consolidando dia após dia.

A sociedade contemporânea é líquida, individualista e não produz mais bem-estar, o homem vende a si mesmo, se autoexplora, o hipercapitalismo eleva o neoliberalismo ao máximo, gerando uma sociedade egocêntrica onde a verdade pode ser qualquer coisa (RECK; BITENCOURT, 2019).

A descrença do progresso leva a desesperança em si e na sociedade, transportando-se na falta de confiança nos serviços públicos, o cidadão acaba sem esperança e sem qualquer motivação para se mover. O neoliberalismo joga toda a culpa do fracasso para os próprios indivíduos. Assim, nascem certas consequências

como o enfraquecimento da disposição para tolerância, a desmotivação para a participação nos espaços públicos, a autocentração e egoísmo cada vez maior e a desconexão com a razão pública (RECK; BITENCOURT, 2019).

Junto com o neoliberalismo veio o aumento da incerteza, a humanidade acreditou estar vivendo em tempos líquidos, no individualismo triunfante, onde apenas uma minoria enriqueceu, este período é caracterizado pela passagem da modernidade sólida para a líquida, pela passagem do poder concentrado no Estado-nação para o poder espalhado de forma incontrolável no mundo todo, nos fracassos e na falta de sorte que deixam de ser assegurados pelo Estado, pelo planejamento que, ao longo prazo, deixa de ser plausível, passando-se a uma organização de interesses a curto prazo e pelos problemas insolúveis da sociedade que passam a ser de responsabilidade dos indivíduos (BRESSER-PEREIRA, 2014).

É desafiador falar em participação e controle popular quando se vive em uma sociedade pós-moderna, individualista ao extremo, descrente na ciência, cujo relativismo generalizado toma conta e as relações sociais são líquidas. Vive-se um verdadeiro ataque ao Estado provedor, impondo-se a ideia de um Estado subsidiário com bases neoliberais e voltado para satisfazer apenas a vontade do mercado.

O indivíduo é o pior inimigo do cidadão, pois esta busca o seu próprio bem-estar por meio do bem-estar da sociedade, enquanto aquele tende a ser desconexo ao bem comum, em outras palavras, a individualização corrói e desintegra a cidadania (BAUMAN, 2001).

Para Bauman (2001), a individualização pode ser considerada a maior inimiga da cidadania, porquanto os cuidados e preocupações individuais de cada indivíduo abarrotam o espaço público, pois se apresentam como os únicos legitimados a preencher-lo, afastando todo o resto do discurso público.

A tarefa da teoria crítica foi invertida ao se defender a autonomia privada em face da pública, a sobra do espaço para o domínio do Estado se inverte ao pretender que este ocupe um espaço menor. Hoje, a tarefa é defender o domínio público que vem, a cada dia, desaparecendo por conta da deserção do cidadão interessado e a fuga do poder real para um “espaço cósmico”. Assim, o espaço público está cada vez mais vazio de questões públicas, deixando de desempenhar a sua função de local de diálogo e de encontro para debater problemas privados e questões públicas (BAUMAN, 2001).

Cada vez mais os espaços públicos se esvaziam, trata-se de um claro sintoma da sociedade pós-moderna que se vive hoje, pois o interesse ao público é refutado, tudo que interessa ao homem pós-moderno é a sua satisfação individual, uma vez que a liquidez das relações é uma característica inerente dos tempos contemporâneos. Como se não bastasse este contexto ocidental, o Brasil ainda possui uma pesada carga escravista, perpetuando práticas patrimonialistas, o que impossibilita pensar em um Estado onde a sociedade civil deve ser protagonista na realização dos direitos fundamentais previstos na constituinte.

Com o questionamento dos objetivos, dos fundamentos e até mesmo da estrutura do Estado, passando-se a um Estado provedor e intervencionista, emerge o modelo do Estado regulador e fiscalizador, o qual, conforme já exposto, deu ênfase ao Terceiro Setor.

Portanto, mostra-se relevante expor quem são as entidades do Terceiro Setor que prestam serviços de interesse público. Diante disso, passar-se-á, a partir de agora, a analisar as principais entidades que compõem o Terceiro Setor, notadamente as Organizações da Sociedade Civil (OSC – também conhecidas como ONGs), as Organizações Sociais (OS) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

O trabalho voluntário ganhou maior notoriedade, no Brasil no século XX, quando as mulheres ligadas à igreja católica, denominadas “Damas da Sociedade”, começaram a se preocupar com o amparo aos mais necessitados, em especial em razão de epidemias e doenças que acometiam a população menos favorecida. Em meados dos anos 80, começou-se a se preocupar mais com causas sociais como o meio ambiente, causando o surgimento das Organizações Não Governamentais também conhecidas como ONGs (MORO, 2016).

As organizações da sociedade civil (ONGs), até meados dos anos 1990, tiveram um papel sem grande relevância, marginal, vistas como instrumentos de assistencialismo e caridade associadas à religião ou aos movimentos políticos e em busca de defesa de interesses corporativos ligados aos sindicatos e às associações (LEAL, 2010). Tal cenário sofreu uma mudança significativa, no final da década de 1990, com a elaboração de leis voltadas ao estabelecimento de um marco regulatório das organizações sociais.

Conforme o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, havia 236.950 unidades locais de fundações privadas e associações sem fins lucrativos em 2016. No mesmo período, havia 2.272.131 assalariados das fundações privadas e associações sem fins lucrativos (IBGE, 2019).

É inegável que o Terceiro Setor é um setor social e economicamente relevante hoje no Brasil, concretizando a possibilidade de participação da população no desenvolvimento social, confirmando a expectativa criada pela reforma administrativa gerencial conforme visto no primeiro tópico deste capítulo.

Como Terceiro Setor, pode-se denominar as entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos que se caracterizam por prestarem atividades por iniciativa privada de interesse público e, por este motivo, muitas vezes recebem proteção e auxílio por parte do Estado. Estas entidades possuem características comuns, pois não são criadas pelo Estado, não desempenham, em regra, serviço público delegado pelo Estado e sim atividade privada de interesse público, recebendo algum tipo de incentivo do Estado e usualmente possuindo vínculo com o serviço público, além disso, detêm como regime jurídico o de direito privado, além de todas serem organizações não governamentais que não se enquadram inteiramente como entidades privadas nem públicas (DI PIETRO, 2015).

Eliane Fontana e João Pedro Schmidt (2021) refutam o conceito dominante de Terceiro Setor, entendendo como fraco por três grandes motivos: o primeiro, porque o seu foco está embasado na ausência de lucro, o qual, na legislação norte-americana, é baseado na não distribuição de resultados aos participantes ou dirigentes, o que gera o senso comum de que uma organização não lucrativa é aquela que não gera superávit e não cobra pelos serviços que presta. O segundo consiste na sua vinculação com a filantropia no sentido de caridade e auxílio aos necessitados, todavia, isso não se verifica em grande parte das organizações sociais. Por fim, o terceiro, que este conceito incorpora a ideia de que cabe às organizações sociais um papel apenas residual de sanar as falhas do mercado e do Estado, escondendo a força transformadora da sociedade civil.

Além destas três críticas, os autores destacam que o conceito é frágil, pois reproduz um esquema binário sobre o conjunto das organizações, ou seja, nesta visão, não há três setores, mas apenas dois: o público e o privado.

O conceito forte, defendido pelos autores, é assentado em duas premissas principais: a) o setor é local de manifestação do altruísmo e cooperação inerente à própria condição humana, estando sob o viés da tradição associativa e, em linha de continuidade, com as diversas formas de colaboração para os humanos resolverem problemas comuns; b) é próprio de uma esfera social específica e seguem uma lógica distinta do setor privado ou público. Este conceito encontra respaldo no pensamento comunitarista das teorias da sociedade civil, da cooperação, do capital social, dos bens comuns da economia social e solidária e da economia do compartilhamento (SCHMIDT, FONTANA, 2021).

O fomento foi um dos campos do direito administrativo mais atingido após 1990, com o objetivo claro de enfraquecer a ideia do Estado prestador e enaltecer o modelo regulador, pois houve o incremento de formas oficiais de apoio ao setor público não estatal. Com isso, novos institutos jurídicos foram criados e surgiram rótulos (OS, OSCIP) que se tornaram requisitos formais para obtenção dos benefícios oferecidos pelo Estado (MARRARA; CESÁRIO, 2016).

As Organizações Sociais foram introduzidas, no Brasil, pela Medida Provisória nº 1.591 de 9 de outubro de 1997, a qual restou posteriormente convertida na Lei nº 9.637 de 15 de maio de 1998. Estas entidades são dotadas de personalidade jurídica de direito privado, integram o setor público não-estatal e contam com recursos públicos. Por meio das OS, buscou-se a redução da participação do Estado na prestação de serviços não-exclusivos, sempre sob a fiscalização e supervisão imediata do Estado (ZYMLER; ALMEIDA, 2008).

As organizações sociais “representam uma forma de parceria do Estado com as instituições privadas de fins públicos (*perspectiva ex parte principe*) ou, sob outro ângulo, uma forma de participação popular na gestão administrativa (*perspectiva ex parte populi*)” (MODESTO, 2001, p. 318).

A Lei 9.637/1998 possibilitou a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado como organizações sociais, mas desde que não tenham fins lucrativos e as atividades sejam direcionadas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à preservação e proteção do meio ambiente, à saúde e à cultura.

Aquele que pretenda ser qualificado como organização social deve se atentar a alguns requisitos constitutivos, tais como a apresentação de comprovante de registro do seu ato constitutivo que deve constar a natureza social de seus objetivos,

finalidade não lucrativa, a obrigatoriedade de investir o excedente financeiro no desenvolvimento das suas próprias atividades, que haja um conselho de administração e uma diretoria com o Poder Público e a comunidade estando representados nessas entidades, cujos membros deverão ser escolhidos dentre os que possuem notória capacidade profissional e idoneidade moral (LEAL, 2010).

Caso comprovados todos os requisitos previstos na legislação, as referidas organizações serão enquadradas como entidades de interesse social e de utilidade pública e poderão ter recursos orçamentários e bens públicos destinados a perseguir o contrato de gestão (BRASIL, Lei 9.637, 1998). Pode-se afirmar que nenhuma entidade é constituída como organização social, ou seja, não é uma qualidade inata, mas qualidade adquirida devido a um ato formal de reconhecimento Estatal (MODESTO, 2001)

A qualificação como Organização Social autoriza a entidade privada a firmar um contrato de gestão com a União, estabelecendo metas de desempenho e permitindo o repasse de recursos orçamentários, o uso de bens públicos e, inclusive, a cessão especial de servidores públicos. O contrato de gestão deve observar os princípios da Administração Pública e será fiscalizado pelo órgão supervisor da área de atuação correspondente e pelo Tribunal de Contas (OLIVEIRA, 2011).

Dessa forma, em que pese o enquadramento das organizações sociais como pessoas jurídicas de direito privado, a legislação as declara como entidades de interesse social e utilidade pública, o que possibilita a destinação de orçamento público às referidas organizações.

Fica evidente a intenção do legislador em fugir do regime jurídico imposto às entidades da Administração indireta como, por exemplo, licitação, concurso público e controle. Embora enquadradas como entidades do Terceiro Setor, na realidade, prestam serviço público por delegação do poder público, pois substituem o poder público na prestação de uma atividade que naturalmente era de sua incumbência, utilizando-se, para tanto, de servidores públicos e patrimônio público (DI PIETRO, 2015).

A sua qualificação como organização social constitui iniciativa do poder público, sendo realizada com o objetivo específico de transferir a gestão de determinado serviço público ou patrimônio público. Com relação ao contrato de gestão, que as vincula ao poder público, tem-se que usualmente se constitui como serviço público

social de titularidade do Estado que é transferido por meio de contrato de gestão, possuindo posição semelhante às concessionárias de serviço público, mas com a diferença de que não recebem remuneração dos usuários e sim diretamente do orçamento do ente político (DI PIETRO, 2015).

Não há como negar a imoralidade contida na lei, bem como os riscos para os direitos do cidadão e para o patrimônio público. É evidente que o legislador visa fugir do regime jurídico de direito público, tentando mascarar uma situação, que estaria constricta ao direito público ao extinguir um ente público e transferir sua atividade para uma entidade privada (DI PIETRO, 2015).

Com uma breve análise da legislação das Organizações Sociais, fica evidente o fenômeno de privatização do direito público onde se usa do Terceiro Setor para fugir às regras do regime de direito público, o que permite a prática de imoralidades sob o abrigo da lei.

Outra entidade do Terceiro Setor são as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) as quais encontram, em princípio, estrutura legal mais adequada do que as Organizações Sociais (OS).

As OSCIPs possuem previsão legal na Lei federal nº 9.790/99, que confere este título às entidades privadas que não exercem atividade lucrativa e desempenham atividade nominada na Lei. Quando qualificadas para tanto, as referidas entidades estarão aptas a firmar termo de parceria com a Administração Pública, instrumento jurídico que estabelece metas de desempenho e garante a aptidão para receber recursos orçamentários do Estado. Todavia, a celebração do termo de parceria precede de consulta aos Conselhos de Políticas Públicas. Após firmado, o termo de parceria é fiscalizado pelo órgão supervisor da área de atuação correspondente à atividade fomentada, além dos Conselhos de Políticas Públicas e Tribunal de Contas (OLIVEIRA, 2011).

Entretanto, estes requisitos, embora mais rígidos, não demonstram ser suficientes para impedir inúmeros abusos que ocorrem na aplicação deste instituto. A Lei nº 13.019/2014 disciplinou, de forma mais rigorosa, as parcerias com as organizações da sociedade civil, contudo, não revogou a Lei nº 9.790/99. O art. 4º da Lei nº 13.019/2014 estabelecia que suas normas se aplicavam às OSCIPs, entretanto, restou revogado com a entrada em vigor da Lei nº 13.204/2015 (DI PIETRO, 2015)

O termo de parceria é o instrumento jurídico pelo qual se estabelece o vínculo com a Administração Pública, o qual deve incluir cláusulas essenciais como objeto, metas, resultados, prazos, avaliação de desempenho, previsão de receitas e despesas e, por fim, apresentação de relatório anual (DI PIETRO, 2015).

Embora se tenha pontos em comum entre as referidas entidades, cabe tecer algumas importantes diferenças: a) a qualificação é discricionária nas OS, enquanto é vinculada nas OSCIPs, b) a análise do pedido de qualificação, nas OSs, é realizado pelo Ministério ou órgão regulador responsável pela área de atuação da entidade privada que o requer, enquanto nas OSCIPs, a análise é realizada pelo Ministério da Justiça, c) o vínculo jurídico das OSs é formalizado por meio de contrato de gestão, podendo ocorrer repasse de dinheiro, cessão de bens e pessoal sem custo para a entidade, já o das OSCIPs é realizado por meio de um termo de parceria, o qual apenas prevê repasse de verba, não prevendo a cessão de bens e pessoal e d) nas OS, a presença de representante do Poder Público é obrigatória no órgão de deliberação superior, enquanto nas OSCIPs, a presença de servidor público na composição do conselho é facultativa (OLIVEIRA, 2011).

O objetivo destas entidades é diferente, pois nas OS, evidencia-se a assunção de atividades desempenhadas como serviço público, extinguindo entidades da Administração Pública, neste caso, o Estado não renuncia o serviço público para transferi-lo ao Terceiro Setor, mas realiza uma parceria com a entidade, para auxiliá-la a exercer atividades que atendam a necessidades coletivas. No que tange às OSCIPs, a qualificação da entidade não afeta a existência de entidades da Administração Pública, neste caso, o Poder Público se limita a exercer a atividade de fomento (DI PIETRO, 2015).

Verifica-se, infelizmente, o desvirtuamento das OSCIPs na prática, pois os termos de parceria firmados nem sempre observam os seus fins institucionais, ou seja, atividades privadas de interesse público, inobstante a lei tenha trazido a ideia de que a participação da Administração Pública deva ser compreendida na atividade de fomento, isto é, incentivando estas entidades que devem ser pautadas na atuação paralela ao Estado e não em caráter substitutivo deste (DI PIETRO, 2015).

A Lei federal nº 13.019/2014 foi responsável por instituir o marco regulatório das parcerias entre as Organizações da Sociedade Civil (OSCs) e a Administração Pública, passando a ser a base para todas as parcerias que impliquem ou não a

transferência de recursos financeiros da Administração Pública para as OSCs (FREITAS; GREGÓRIO; SOUZA, 2020).

É relevante contextualizar que OSC não é uma nova qualificação ou certificação de uma entidade em específico, a bem da verdade, a expressão denota de uma escolha do legislador por definir todas as entidades como sem fins lucrativos, sendo elas associações ou fundações, estendendo o conceito para cooperativas e às organizações religiosas (FREITAS; GREGÓRIO; SOUZA, 2020).

Durante o movimento de valorização do setor público não estatal, o legislador inicialmente se limitou a editar leis gerais como as da OS e OSCIPs, não obstante a Lei federal nº 13.019 tenha modificado esta realidade, surgindo como uma norma de aplicabilidade nacional. O principal intento desta lei é possibilitar a seleção objetiva, impessoal e moral das OSC como requisito para que as parcerias com o setor público não estatal se tornem efetivas e sejam aptas a atingir os resultados que se propõem, evitando gastos desnecessários e desperdício de recursos públicos (MARRARA; CESÁRIO, 2016).

A Lei das OSC trouxe o chamamento público como um importante instrumento, demonstrando uma preocupação de constituir um processo capaz de moralizar as escolhas dos entes privados que se venham a relacionar com a Administração Pública. É possível identificar que o procedimento previsto na legislação abrange as seguintes etapas: a) planejamento, que compreende a preparação para a celebração da parceria; b) abertura, onde ocorre a publicação do ato convocatório por meio de um edital; c) julgamento, o qual deve seguir a lógica de objetividade e isonomia e d) habilitação, que se resume a dois conjuntos de requisitos: o primeiro de natureza institucional e diz respeito às normas de funcionamento da OSC como sua finalidade e sua submissão aos requisitos de contabilidade e à limitação estatutária sobre o destino de seus bens; o segundo diz respeito ao conjunto de elementos fáticos como experiências prévias, prazo mínimo de existência da OSC e condições estruturais (MARRARA; CESÁRIO, 2016).

Com uma simples leitura da legislação brasileira, evidencia-se o fenômeno de fuga do direito administrativo por meio de transferência de incumbências para pessoas jurídicas de Direito Privado. O Brasil não passou imune às diversas ondas de liberalização econômica, o que trouxe diversos reflexos ao direito administrativo, com um evidente abandono do modelo do Estado empresário e do Estado prestador de

serviços. O que se observa é um crescimento de assunção de serviços públicos por entidades de Direito Privado, por meio da criação de novas figuras jurídicas. Este fenômeno pode ser observado cronologicamente pela: a) intensificação de instrumentos de delegação, permissão e concessão, b) privatização de empresas estatais, c) terceirização da atividade-meio e projeto de lei oficializando para atividade-fim, d) lei das organizações sociais (OS), e) surgimento da lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) e f) lei das parcerias públicas (OSCs) (BITENCOURT; RECK, 2018).

As referidas normas permitem a prática de diversas imoralidades, muito embora, a uma primeira vista, sejam compreendidas como legítimas, considerando a inexistência de norma que as contrarie de forma expressa, tais como o emprego de parentes, demissão e perseguição de funcionários por ideologia e escolha partidária, contratações de funcionários com critérios meramente subjetivos, impossibilidade de acompanhamento da evolução patrimonial de dirigentes, aquisição de serviços e bens baseados em critérios subjetivos como amizade e partidarismo, impossibilidade de verificar como os preços são cobrados, inexistência de controle sobre as entradas financeiras nas empresas, impossibilidade de participação administrativa na formulação das políticas internas do serviço, redução dos mecanismos de controle parlamentar, a obstaculização das chances do cidadão em participar da administração interna, descontrole do lobismo e inexistência de obrigação em prestar informações na internet, dificultando o controle social, tudo isso são apenas alguns exemplos (BITENCOURT; RECK, 2018).

Portanto, o que se evidencia, com a exposição da Lei das OS, OSCIPs e OSCs, é a evidente fuga do Direito Administrativo, possibilitando que a remuneração, nestas organizações, ultrapasse o teto, a contratação de parentes, perseguições internas de toda ordem, favorecimentos internos na escolha de fornecedores, ineficiências, tudo sustentado por recursos públicos, mas fora do abrigo do regime jurídico de direito público, criando um espaço onde não se verifica a existência de solidariedade, interesse público e moralidade (RECK; BITENCOURT, 2019).

O esvaziamento dos espaços públicos, devido a uma divinização do mercado pela mera oposição com o Estado que é definido como corrupto, parece esquecer que a verdadeira “elite de rapina” se encontra no mercado e capturado por oligopólios e atravessadores financeiros diante de uma elite que suga a sociedade como vampiros.

Diante disso, o poder real fica oculto, tornando o Estado como o principal suspeito de todos os males (SOUZA, 2017).

A privatização do direito administrativo é um fenômeno que vem se observando com maior intensidade desde a Reforma Gerencial que, influenciada por uma forte carga neoliberal, criou um arcabouço normativo, permitindo a fuga do regime jurídico de direito público. Este fenômeno somente foi possível diante de um contexto cultural e social que se explica principalmente pelas relações de escravismo que, diante da ausência de instituições intermediárias, propiciou a criação de indivíduos com superpoderes sem qualquer vocação para as atividades públicas, onde eles tudo podem e tudo fazem para se manter no poder. Como soma de tudo isso, o Brasil não passa imune à ideia de pós-modernidade, fenômeno social que se observa em praticamente toda a sociedade ocidental contemporânea, o que intensifica a liquidez das relações, individualismo exacerbado e cultura de mercado.

Resta evidente que a sociedade civil, a partir deste contexto, não é o setor mais adequado para a realização dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal. O papel das políticas públicas e a atuação do Estado, como protagonista, cada vez mais se mostra relevante para que os objetivos do pacto constituinte sejam alcançados.

Compreender a passagem de cada etapa de reforma do Estado brasileiro não foi tarefa fácil, muitas ilações políticas, sociais e econômicas giram em torno do tema. Assim, ainda que otimizar a temática fosse desejado, sua importância, enquanto base para a compreensão do que será analisado posteriormente, impediu que esta aspiração fosse alcançada neste capítulo.

Tudo o que restou explorado servirá como base para entender alguns fatores que levarão à solução da problemática aventada, porquanto, deixar de buscar ou compreender as questões histórico-sociais, ou seja, o modo de evolução destas, impede que se possa ter um olhar reflexivo voltado ao futuro ou, em termos mais singelos, do que se esperar da atuação Estatal quando o assunto for fomento e políticas públicas no Terceiro Setor.

Inobstante o próximo capítulo possa parecer um aparte relativamente à temática, não se pode fugir ao estudo do núcleo central das políticas públicas e de fomento àquele que pretende verificar os espaços públicos no Terceiro Setor, o que se justifica, com mais razão, se levar em consideração os fundamentos que estão por

trás da atuação cidadã, através da participação e controle social, porquanto não se olvida que, em relação à Administração Pública, estes espaços estão relativamente bem definidos, todavia, em se tratando de Terceiro Setor pelo que foi visto neste capítulo, há nebulosas questões a serem melhor aprofundadas, o que se pretende possibilitar mais adiante através das questões que serão abordadas no próximo capítulo.

2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL CONTROLE SOCIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: A LEGITIMIDADE CIDADÃ E A DEMOCRACIA

O estudo das políticas públicas aliado à participação social e ao controle social merece destaque na presente tese. Afirma-se isso porque, em um Estado Social Democrático, as políticas públicas se apresentam como o principal instrumento de realização de direitos sociais e fundamentais.

Objetiva-se, neste segundo capítulo, primeiramente explorar as principais bases teóricas acerca das políticas públicas, buscando um conceito que melhor define sua função, a ideia de ciclo e o seu regime jurídico pós Constituição Federal de 1988.

A constatação destes pormenores servirá como marco identificador da atividade de fomento no Terceiro Setor, o que abrirá caminhos, nos próximos capítulos, para a constatação das possíveis soluções à problemática objeto de pesquisa.

Para que se possa compreender a importância dos espaços de participação e controle social nas atividades da Administração Pública, não há como deixar de aprofundar o estudo da função legitimadora e controladora da Constituição como ideário de toda atividade administrativa.

De igual maneira, não se olvida a necessidade de expor, também neste capítulo, a distinção entre participação e controle social, conceitos que não raramente são trabalhados como sinônimos, mas possuem singelas e significativas diferenças e, por isso, necessitam de um olhar especial.

Assim, o aprofundamento destas questões se mostra relevante do ponto de vista dogmático, porquanto o estado da arte dos mecanismos de participação e controle social presentes, hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, em relação à atividade administrativa, leva a compreender a forma como a cidadania é exercida no âmbito da administração direta ou indireta e pode representar uma via de acesso à constatação dos elementos eficazes ao fim pretendido em comparação àqueles que deixam a desejar.

2.1 Conceito, função, ciclo e regime jurídico das políticas públicas no Brasil pós 1988

Para que o Estado Democrático de Direito possa ser consolidado, é necessário vislumbrar quais são os mecanismos que colaboram para a sua concretização e

instrumentalização, pois as políticas públicas estão intimamente ligadas à incumbência de possibilitar que o Estado seja mais justo e solidário como preconiza a Constituição Federal de 1988.

No novo paradigma, estipulado pela norma constitucional de 1988 em um contexto de democratização e restabelecimento de direitos fundamentais, estão as políticas públicas que vêm colocar em prática novos modelos de inclusão do indivíduo e conseqüentemente a retomada de sua cidadania (BUCCI, 2021).

Por certo, na década de noventa, não havia as mesmas condições de compreensão acerca das injunções essenciais para disponibilizar, por exemplo, educação pública ou saúde de forma universal dentro de um padrão de qualidade esperado para milhões de brasileiros, sem ponderar articuladamente as diversas dimensões jurídicas necessárias para alcançá-las, tais como, por exemplo, a organização política, a configuração social, o corpo de funcionários públicos aptos a realizar os serviços implícitos naquela determinada política pública ou, então, as possibilidades de delegação a particulares regulados pelo Poder Público (BUCCI, 2021).

É preciso que se compreenda a conceituação de política pública e qual o seu papel para a consolidação dos direitos fundamentais e preceitos da norma constitucional. Para Bitencourt e Reck, o termo está ligado a “um agrupamento de ações conforme algum critério: algo que tenha início, meio e fim e que tenha algum grau de generalidade” (2021, p. 27).

Schmidt destaca que “uma política compreende um conjunto de ações e iniciativas tendencialmente coerentes entre si, que geralmente envolvem várias áreas” ou seja, as políticas públicas apontam ideias que os governantes devem seguir independente do governo a ser instituído, evitando que aconteça a sua descontinuidade e que seja pensada a sua linearidade (2018, p.126-127).

Bitencourt e Reck (2021) mencionam que o elemento tempo é característico das políticas públicas que devem ser permanentes, mas sempre sendo adaptadas para a realidade e contexto em que estão inseridas para que possam, de forma efetiva, concretizar direitos fundamentais que se apresentam ao longo do tempo.

É importante que as ações governamentais sejam desenvolvidas estrategicamente em planejamento e execução para que perdurem no tempo a ponto de atingirem os objetivos a que se propõe, mas que não sejam perpetuadas para que

não percam sua credibilidade em cumprir o seu papel na efetivação de certo direito (BUCCI, 2021).

Dessa forma, as políticas públicas se caracterizam como uma espécie de rede de decisões com nítida função de cunho político e vinculada a uma determinada comunidade com premissas jurídicas e organizadas por um planejamento prévio, manejando os instrumentos da Administração Pública para o objetivo estabelecido comumente ligados à realização dos direitos fundamentais (BITENCOURT, RECK, 2021).

Para Bucci, as “políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (2006, p. 241), ou seja, essas ações vêm como políticas de bem-estar postas pelo Estado à população, passando os direitos individuais de meros discursos para decisões político-jurídicas.

Bitencourt e Reck (2021) expõem que existem alguns elementos que irão compor as políticas públicas entre elas a função, o tempo, os objetivos, o modelo decisório, o modelo organizacional, poder e o símbolo da unidade. Assim, as políticas públicas só podem ser consideradas quando se leva em conta o todo e não cada ponto individualizado, ou seja, cada um desses componentes.

Nesse sentido, a *função* determinará qual o papel e o que a política pública fará, em outros termos, significa dizer que toda a materialização das decisões será vinculante a toda coletividade. O *tempo*, dentro desse sentido e enquanto condição, é fundamental ao passo em que estipula uma espécie de meta para a realização dos *objetivos* destas políticas, os direitos fundamentais (BITENCOURT; RECK, 2021).

Pode-se dizer, portanto, que a função específica de uma política pública nada mais é do que “prover orientações normativas, guiadas por valores e por finalidades, para a elaboração de estratégias, programas e planos que procuram adequar meios para atingir determinados fins” (PROCOPIUCK, 2013, p. 139-140).

As ações que serão colocadas em práticas, pelas políticas públicas, serão determinadas com antecipação por decisões que caracterizam o *modelo decisório*, isto é, “um padrão previamente descrito e normatizado de fluxo de decisões”, tudo isso com a observação de que as instituições farão parte para o desenvolvimento

dessas políticas públicas, determinando-se, assim, o *modelo organizacional* (BITENCOURT E RECK, 2021, p. 34-35).

O poder, por sua vez, se caracteriza por uma espécie de “estímulo à comunicação”, sendo que, a partir deste elemento, comandos e comportamentos que poderiam se deparar com certas adversidades são capazes de serem realizados, portanto, é por meio dele que há a força para a execução das políticas públicas que precisam do elemento de *unidade simbólica* para que possam ser compreendidas como partes pertencentes a um único todo (BITENCOURT E RECK, 2021, p. 35-36).

Além dos elementos que compõe uma política pública, ainda há instrumentos que correspondem às formas de atuação das políticas públicas, ou seja, são os meios utilizados para a execução delas, podendo ser identificados como os serviços públicos, o fomento, as obras públicas, os bens públicos, o poder de polícia, a sanção penal, a intervenção do Estado na propriedade, a atividade empresarial do Estado, além de programas gerais e ações individuais (BITENCOURT, RECK, 2021).

De forma singela, por ora, analisar-se-á cada ponto destes, passando-se, *a posteriori*, ao aprofundamento daquelas que encontram uma ligação forte com a presente pesquisa, isto é, os serviços públicos e o fomento.

Os serviços públicos são considerados instrumentos imprescindíveis para a realização de políticas públicas, pois são um conjunto complexo de decisões que se configuram através de uma estabilidade, continuidade e repetição, isto é, são considerados padrões de atividades exercidos pelo Estado que garantem o exercício de algum direito fundamental pelo indivíduo (BITENCOURT; RECK, 2021).

O fomento possibilita que o cidadão, ou destinatário de determinada política pública, decida por usufruir de determinado direito, diminuindo o ônus que teria se viesse ter que arcá-lo por conta própria, pois, assim como a obra pública, o fomento traz benefícios tanto para a administração de forma direta como para a sociedade de forma indireta (BITENCOURT E RECK, 2021).

Ressalta-se que o fomento, enquanto instrumento, propõe a adoção de soluções criativas para que seja possível o alcance dos objetivos da República que vem ao encontro à manutenção de uma sociedade livre, justa e solidária, pois oferece, à sociedade, alternativas que visam o crescimento econômico sem, contudo, descuidar da proteção dos direitos daqueles que necessitam da proteção Estatal (SCHIER; ANDRADE, 2020).

Por meio dos instrumentos dos bens públicos, os objetivos das políticas públicas podem se concretizar possibilitando que os beneficiários usufruam de direitos fundamentais através deles. Já o poder de polícia, por sua vez, vai colaborar para a fiscalização das ações para o cumprimento das políticas públicas, fazendo com que seja induzido determinados comportamentos e que se evite a sanção penal, esta que também é uma forte ferramenta das políticas públicas (BITENCOURT E RECK, 2021).

Bitencourt e Reck (2021) mencionam, por exemplo, que a intervenção do Estado, na propriedade privada, possibilita a execução de políticas públicas de forma a beneficiar, de alguma maneira, toda a coletividade, sendo um importante instrumento tal qual a atividade empresarial que possibilita, ainda que de forma subsidiária, a atuação do Estado em algumas demandas.

De fato, as políticas públicas necessitam ser pensadas pelo Estado, não podendo se falar em ações e decisões prontas, pois, considerando as diversas realidades existentes na sociedade civil brasileira cada qual com suas particularidades, não há como atuar de forma uníssona senão de maneira a observar as necessidades particulares de cada segmento social.

Por esta razão, a Administração detém a discricionariedade para decidir quais as melhores políticas a serem adotadas, levando em consideração o bem comum, portanto as decisões devem ser feitas através da clareza das diretrizes e fundamentos da Administração Pública que são dispositivos aptos para frear a discricionariedade desarrazoada (BUCCI, 2006).

Diante disso, há duas formas de se pensar a Administração Pública, uma de ordem exógena e outra endógena, nesta se encontra a reforma administrativa e seus processos de reorganização, naquela está o que se denomina de “direito administrativo paralelo” onde estariam incluídas as parcerias, por exemplo (BUCCI, 2006).

Portanto, deve-se ter a noção de que, em verdade, há uma cadeia sucessória de atos, no tempo, em que tanto o legislativo quanto o executivo traçam as diretrizes da política que, após, deverá ser executada pela Administração Pública, caracterizando-se, assim, uma espécie de tipo ideal do direito administrativo, isso se justifica pois quanto mais se reconhece o objeto da política pública, maior é a efetividade de um programa de ação governamental (BUCCI, 2006).

As políticas públicas devem ser vistas como o processo que culmina na escolha racional de prioridades para a definição dos interesse públicos amplamente reconhecidos pelo direito, portanto, se esse interesse é público, e assim o for qualificado pela lei, é no processo de formação delas que torna a decisão discricionária como dado de direito, por isso o processo decisório pode ser entendido, inclusive, como forma de controle prévio da discricionariedade, pois exigem a apresentação de pressupostos materiais que informam a decisão (BUCCI, 2006).

Para tanto, é necessário que o procedimento ocorra em três momentos: formação, execução e avaliação. De forma trivial, a formulação de políticas consiste em um processo cujos programas de ação do governo nada mais são do que as decisões decorrentes deste (BUCCI, 2006).

Assim, resta averiguar como ocorre o ciclo das políticas públicas e, para tanto, utilizar-se-á a base teórica proposta por Procopiuck (2013) o qual leciona que o ciclo passa por seis fases, sendo elas a iniciação, a estimação, a seleção, a implementação, a avaliação e, por fim, a conclusão.²²

²² Dias e Matos (212, p. 67) apontam que os ciclos podem ser mais extensos dependendo dos autores para eles:

- Anderson (2003) – cinco fases: agenda política; formulação; adoção (desenvolvimento de suporte para uma proposta específica pela qual uma política poder legitimada ou autorizada); implementação; e avaliação.
- Fernández (2008) – cinco fases: identificação do problema; formulação de uma solução; tomada de decisão; aplicação da ação; avaliação dos resultados.
- Frey (2000) – cinco fases: percepção e definição de problemas; agenda; elaboração de programas e de decisão; implementação de políticas; avaliação de políticas e correção de ação.
- Heidemann (2010) – quatro fases: decisões políticas tomadas para resolver problemas previamente estudados; depois de formuladas, as políticas implementadas; verificar se as partes interessadas numa política foram satisfeitas; as políticas devem ser avaliadas com vistas à sua continuidade, aperfeiçoamento, reformulação ou descontinuidade.
- Kingdon (2003, apud Capella, 2007, p. 88) – quatro fases: o estabelecimento da agenda; a consideração das alternativas para a formulação de políticas públicas; a escolha dominante entre o conjunto de alternativas disponíveis; implementação da decisão.
- Pasquino (2010) – seis fases: identificação do problema; agenda; alternativas; decisão; execução; avaliação.
- Rodrigues (2010) – seis fases: preparação da decisão política; agenda; formulação; implementação; monitoramento; avaliação.
- Saraiva (2006) – sete fases: agenda; elaboração (delimitação de um problema); formulação (seleção e identificação da alternativa); implementação (planejamento e organização necessários para executar a política); execução (por em prática a política); acompanhamento; avaliação. (PROCOPIUCK, 2013, p. 142)
- Sebrae MG (2008) – cinco fases: formação da agenda; formulação de políticas; processo de tomada de decisões; implementação; avaliação.
- Secci (2010) – sete fases: identificação dos problemas; formação da agenda; formulação de alternativas; tomada de decisões; implementação; avaliação; extinção.
- Souza (2006) – seis fases: definição da agenda; identificação de alternativas; avaliação das opções; seleção das opções; implementação; avaliação.

Importante mencionar que, como pontua Fonte (2021), muito embora as políticas públicas possuam um ciclo predeterminado, precisam ser analisadas profundamente, ficando, inclusive, suscetíveis de críticas e aperfeiçoamento, o que não se resolve em curto espaço de tempo. Então, é factível o quão longo e complexo é todo o processo para que as políticas públicas possam ser colocadas em prática.

É estritamente necessário ponderar, na *fase inicial*, a agenda pública de governo que está vigente para verificar o que demanda atenção em determinado momento ou período, pois, conforme o caso, podem tanto abranger teorias pluralistas de inclusão de grandes grupos nas discussões de assuntos a serem pautas, como teorias elitistas, mas, independentemente disso, cabe lembrar que “a Constituição, além de limitar o Estado, reclamará algum tipo de ação governamental para sua concretização” (FONTE, 2021, p. 19).

A *estimação* trabalha com a busca de demandas que precisam ser supridas, além de propor a análise de qual o melhor caminho a ser percorrido e quais as suas prováveis consequências, desenvolvendo critérios para seu desempenho e possíveis indicadores (PROCOPIUCK, 2013).

É na *seleção* onde os debates irão acontecer para a retomada dos compromissos e ajustes de interesses, verificando-se quais são os responsáveis pelas execuções das atividades. Apenas após verificadas as ideias anteriores, é o momento de dar início à implementação das políticas públicas, sendo justamente esta a fase que se transpassa o campo das ideias e se ingressa no momento da operação (PROCOPIUCK, 2013).

Na fase de avaliação e escolhas, determinar-se-á de onde sairão os recursos e onde serão aplicados. Diante disso, atenta-se que a formulação das políticas públicas requer dupla habilitação legal baseadas pelos princípios da legalidade e legalidade orçamentária, esta sendo determinada pela necessidade de que todos os gastos públicos estejam devidamente previstos na lei orçamentária, ou seja, na reserva de orçamento, aquela se traduz na exigência de recondução das políticas públicas ao sistema jurídico. Assim, sem estas duas autorizações, não há como o administrador seguir em frente na formulação de políticas públicas (FONTE, 2021).

-
- Subirats et al. (2008) – cinco fases: surgimento e percepção dos problemas; incorporação à agenda; formulação da política; implementação; avaliação.
 - Vallès (2008) – quatro fases: iniciação (construção do problema e incorporação à agenda); elaboração (formulação de alternativas e seleção de respostas); implantação; avaliação e sucessão da política.

Por sua vez, a *implementação*, como já mencionado acima, acontece quando o Estado se distancia da teoria e parte para colocar em prática as ações de políticas públicas. Destaca-se que uma política pública nem sempre se faz apenas com agentes estatais, pois, em algumas oportunidades, os agentes privados também são aptos a participarem de sua execução (DIAS; MATOS, 2012).

Ademais, não há impeditivo de que as políticas públicas sejam implementadas nos mais diversos âmbitos das esferas governamentais, federal, estadual ou municipal, o que apenas vai depender da regência de cada ente a partir de suas peculiaridades, desde que sejam observadas as regras basilares consagradas na Constituição Federal. Como exemplo disso, pode-se citar a política monetária e a política nuclear, atividades típicas da União. Por outro lado, tem-se que a educação e a saúde podem ser implementadas pelas três esferas do governo em conjunto ou isoladamente (DIAS; MATOS, 2012).

Por fim, através de um comparativo entre o que realmente foi desempenhado e o que se esperava da política pública, se entra na fase da *avaliação* que, em conjunto com a conclusão, finalizam o processo de análise sobre os resultados e as responsabilizações dos incumbidos pelas possíveis falhas ou até na ausência de sua execução.

Diante desse contexto, a avaliação nada mais é do que um processo transversal de toda a política, implicando tanto na definição das finalidades e nas metodologias quanto nas formas em que o procedimento de avaliação pode auxiliar o desempenho da política e conseqüentemente a tomada de decisão das eventuais modificações necessárias, da continuidade dela ou até mesmo a sua exclusão (DIAS; MATOS, 2012).

Compreender o método de construção prévia, isto é, os ciclos de estudos das diretrizes de ações governamentais, é essencial para que o projeto, determinado pelo legislativo e executivo, possa ser concretizado de forma mais eficaz possível. Do exposto acima, é possível verificar que todo este processo, que antecede a colocação em prática das políticas públicas, serve como um referencial necessário para que todo o investimento nele não tome ramificações diversas, contribuindo para a aplicação transparente dos recursos governamentais.

Este ciclo, de igual forma, quando aplicado ao fomento, contribui para trazer a mesma segurança, pois, ao passar pelas fases supramencionadas, os problemas

relacionados a determinado setor podem ser identificados com maior precisão.

Veja-se que a identificação do problema se caracteriza pela discrepância entre o *status quo* e a situação que seria ideal, por óbvio em termos de possibilidades. A identificação do problema nem sempre decorre necessariamente de algum desastre natural ou deterioração, pois pode indicar situações em que alguns setores específicos estejam apresentando índice de desenvolvimento muito aquém do que o esperado, como ocorre exemplificativamente na economia, saúde e educação (SECCHI, 2012).

Utilizando-se, como exemplo, o fomento na economia a partir do ciclo de políticas públicas, é possível verificar, na identificação do problema, qual o setor da economia que precisa ser fomentado. Nesse sentido, a formação da agenda se apresenta como fundamental, pois nela é colocada em pauta objetivamente os pontos que precisam de atenção especial. Assim, por exemplo, pode ser criada uma agenda de fomento às Micros e Pequenas Empresas, podendo refletir positivamente no aumento de empregos ou em programas que apoiam o empreendedorismo, o que se justifica por diversas razões e podem, inclusive, ter repercussões macroeconômicas ao longo prazo (SARFATI, 2013).

Por outro lado, na formulação das alternativas como no exemplo acima, haverá a combinação de esforços para verificar quais são as alternativas viáveis para melhor solucionar os problemas, identificando quais serão os métodos adotados, programas ou ações que poderão alcançar os objetivos propostos (SECCHI, 2012).

Assim, em se tratando de fomento às Micro e Pequenas Empresas, as alternativas podem ser diversas, englobando políticas regulatórias, tais como regras tributárias que afetam a liquidez como taxa de juros e acesso a financiamentos ou políticas de estímulo como programas de promoção voltadas à inovação, pesquisa e desenvolvimento (SARFATI, 2013).

Daí que a fase de implementação apenas ocorre após a tomada de decisão de qual alternativa será a melhor para determinado setor a ser fomentado. Neste caso, estudar a fase de implementação é extremamente relevante porquanto permite visualizar, através de instrumentos analíticos e estruturados, quais serão os obstáculos e eventuais falhas que possam existir não só durante a fase de implementação como também na tomada de decisão (SECCHI, 2012).

Pelas razões acima expostas, não restam dúvidas de que o ciclo torna o

desenvolvimento de políticas públicas eficazes, contribuindo para que os esforços, não apenas dos agentes políticos e públicos, mas também financeiros, sejam empregados da melhor forma possível e para a efetivação dos direitos fundamentais, evitando que sejam empregados em *lobbies* privados.

Vale lembrar que os direitos, como estão na norma constitucional, possuem uma característica mais omissiva de posicionamento do Estado do que características construtivas, o que leva certo tempo para que se possa construir políticas públicas que venham contribuir para o desenvolvimento dos direitos das pessoas.

Poder-se-ia, neste ponto, entender que as políticas públicas estariam ligadas meramente ao direito constitucional, ficando o Executivo apenas encarregado de colocar em práticas determinações que foram feitas pelo legislativo quando da elaboração da Carta Constitucional. Ocorre que há também muito do direito administrativo, podendo até mesmo as políticas públicas serem confundidas com serviços públicos (BUCCI, 1997).

Bonavides (2004) lembra que o direito constitucional seria um direito em “repouso”, enquanto o direito administrativo, em “movimento”, ou seja, o direito constitucional em si não basta para colocar em prática todas as demandas que o Estado Social requer.

Para Bitencourt e Reck (2018), falar em regime jurídico das políticas públicas nada mais é do que trabalhar os conceitos que as envolvem, como seus possíveis programas e instrumentos tal qual os símbolos que serão utilizados na comunicação que confere unidade aos dados dos programas.

Nestes termos, os princípios e características constitucionais e administrativas das políticas públicas dão o norte de implementação e conseqüentemente impulsionam a atividade estatal para colocar em prática as fases das políticas públicas (BITENCOURT E RECK, 2018).

O direito constitucional dá as diretrizes básicas a serem adotadas pelo Governo para implementação e estipulação de quais atividades e ações utilizar para melhor efetuar os direitos e, assim, fazer com que as pessoas possam exercer sua cidadania.

Nesse sentido, os preceitos constitucionais constituem o mote normativo da atuação do Estado, em outros dizeres, sem o cerne constitucional, o Estado não teria a diretiva de conduta do seu poder. Assim, é considerada uma matriz que se sobrepõe às normas infraconstitucionais, embora também esteja sujeita a alterações, direciona

a conduta pró-ativa dos órgãos do Estado no intuito de satisfazer os bens protegidos pelos direitos fundamentais (CANELA JÚNIOR, 2011).

Cabe destacar que as políticas públicas, uma vez submetidas a esses regimes jurídicos com características públicas, ficam subalternas aos controles diferenciados como, por exemplo, o exercido pelas instituições judiciárias e o Tribunal de Contas (MENDES, 2017).

É necessário olhar o regime jurídico das políticas públicas dentro de uma esfera administrativa constitucional, oportunidade em que se constitucionaliza o direito administrativo para a melhor execução dos direitos garantidos pela norma constitucional, sendo então toda a atividade das políticas públicas regidas por esse direito administrativo constitucionalizado.

Ao condicionar o olhar constitucional das políticas públicas, não se pode esquecer o fator político que as fundamentam, qual seja, a axiologia democrática que consubstancia não apenas o regime de governo, mas adentra às bases sociais e institucionais como um forte mecanismo de legitimação e controle.

Assim, não se pode fugir, a quem pretende dissecar a participação e o controle social na atividade de fomento, de aprofundar a influência da democracia, não apenas enquanto função de legitimação, mas principalmente como fator controlador exercido através dos preceitos constitucionais, ponto que será o foco de estudo no próximo item.

2.2 Democracia e a função legitimadora e controladora da Constituição

Neste tópico, abordar-se-á como o conceito de políticas públicas está relacionado à concepção de democracia, tratando-se de concepções que não apenas coadjuvam reciprocamente, mas integram a própria definição. Para tanto, abordar-se-á este assunto através de uma conceituação contemporânea de democracia, dando ênfase à ideia de democracia deliberativa, demonstrando a ligação entre política pública e democracia.

Adianta-se que não se busca, neste trabalho, esmiuçar toda a história e formas de democracia existentes, senão aquelas necessárias para a compreensão dos principais pontos atinentes a esta pesquisa. Portanto, apenas para iniciar o estudo e a título de orientação comparativa, faz-se uma pequena abordagem do modelo democrático na Grécia antiga.

Pode-se dizer que, na primeira metade do século V a.C., há uma mudança de paradigma na gestão das instituições políticas porquanto anteriormente eram regidas por governantes não democráticos, ocorrendo, após isso, a transformação em sistemas onde homens livres e adultos poderiam participar do governo (DAHL, 2012).

Os gregos chamavam essa forma de governo de democracia, possuindo poucas semelhanças com o regime democrático atualmente. Para os gregos da antiguidade, o cidadão deveria ser pessoa íntegra, sendo a atividade política algo normal e natural para o cidadão. Para a antiga democracia grega, uma ordem democrática deve seguir seis condições, devendo haver harmonia entre os interesses dos cidadãos, homogeneidade de característica dos cidadãos; ser, o corpo de cidadãos, pequeno para auxiliar a homogeneidade, bem como para que os cidadãos conheçam a sua cidade e em assembleias; devendo, o governo, ser participativo, incluindo todos os cidadãos; além disso, a participação não deve ser limitada à Assembleia, devendo o cidadão participar na administração e, por fim, a cidade deve privar por sua autonomia, firmando alianças somente em períodos de guerra (DAHL, 2012).

Pode-se afirmar que a democracia da Grécia antiga em muito se difere dos contornos de hoje. A ideia de uma democracia representativa, por exemplo, era totalmente refutada para os Gregos, pois o cidadão deveria participar diretamente das assembleias e da administração da cidade. Outro ponto que destoa muito da democracia contemporânea, ao menos na realidade brasileira, é a clara ausência de homogeneidade de características e pensamentos dos cidadãos.

A concepção de homogeneidade e participação direta do cidadão, na política, sofre mudança na antiga Roma, a tradição republicana se encontrava na assertiva de que a melhor república é onde os cidadãos são iguais perante a lei e não há escravidão/dependência entre um e outro porquanto, diferentemente da Grécia, a república começa a aceitar que o povo não é totalmente homogêneo, sendo tarefa republicana a criação de uma constituição que reflita e equilibre os diversos interesses (DAHL, 2012).

Por certo, não é possível comparar a complexidade e o contexto da formação da polis da Grécia antiga com o hermetismo da sociedade atual, mas o que pode ser verificado, nas singelas linhas acima, é que, após o modelo antigo de democracia que pressupõe cidadãos homogêneos, o grande debate recai sobre a

incompreensibilidade do consenso entre os cidadãos de um determinado povo para proporcionar legitimidade às decisões tomadas pelos seus representantes especialmente em sociedades plurais como a brasileira.

Vale lembrar que a Constituição e a Democracia nem sempre estavam relacionadas. A democracia surgiu muito antes do constitucionalismo, caracterizando-se principalmente como um modelo de decisão que busca resolver o problema da titularidade do exercício do poder dentro de uma comunidade política. Esta relação passou por três viragens históricas, eleitoral, social e pública. A eleitoral surgiu com o sufrágio universal, enquanto a social é considerada uma consequência do Estado como agente promotor de igualdade social e, por fim, a viragem pública ocorre quando o Estado deixa de deter o monopólio da gestão pública, compartilhando-a com a sociedade civil (PEREIRA, 2010).

Com a população cada vez maior, as divergências crescem exponencialmente entre os participantes de uma determinada democracia, pois diversos interesses de vários grupos sociais tendem a assumir posições muitas vezes conflitantes, surgindo a problemática de congruência das decisões políticas, muito embora a existência de divergência seja um pressuposto da democracia e não impeça o consenso em si.

Neste ponto, importa compreender que o processo de tomada de decisões políticas, a partir do consenso, detém uma característica que lhe é peculiar, pois está centrada comumente na liberdade comunicativa que, segundo Habermas (2003), depende essencialmente de uma relação intersubjetiva, porquanto, para que alguém possa tomar uma decisão, “sim” ou “não”, é imprescindível que a outra parte esteja disposta a fundamentar, caso necessário, uma determinada pretensão através de atos de fala.

Salienta-se que, uma vez que os sujeitos ficam disponíveis a ligar seus planos de ação a um “consentimento apoiado nas tomadas de decisões recíprocas em relação a pretensões de validade e no reconhecimento dessas pretensões, somente contam os argumentos que podem ser aceitos *em comum* pelos partidos participantes” (HABERMAS, 2003, p. 156).

Vale acrescentar, a partir disso, um breve debate a respeito do critério da maioria e da questão do consenso na teoria procedimental da democracia deliberativa voltado à solução de como decidir quando não há consenso ou, ainda, se a decisão pode ser tomada apenas com o critério da maioria.

Mas, antes de partir para os critérios de solução do dissenso, é importante delimitar qual é o conceito de consenso, afinal não se pode partir para a solução de um problema sem compreender, contudo, a ideia central daquilo que se pretende resolver. Diante disso, nesta pesquisa, trabalhar-se-á o conceito operacional de consenso através da teoria habermasiana.

O consenso em Habermas sumamente “repousa sobre um reconhecimento intersubjetivo de reivindicações de validade passível de críticas, e para isso é necessário assumir que os sujeitos que agem comunicativamente são capazes de criticar uns aos outros” (1999, p. 167-168).

O autor parte do pressuposto do uso da comunicação do conhecimento proposicional em atos de fala, o que significa a inferência prognóstica em favor de um conceito de racionalidade mais amplo, chamado por ele de racionalidade comunicativa, cujas conotações remontam à experiência central da capacidade de se unir sem coerção e de gerar consenso através de um discurso argumentativo em que vários participantes superam a subjetividade inicial de seus próprios pontos de vista e que, graças a uma comunidade racionalmente motivada de convicções, podem assegurar a unidade do mundo objetivo e da intersubjetividade do contexto em que desenvolvem suas vidas (HABERMAS, 1999).

A legitimidade política, nestes termos, seria irracional se fosse baseada apenas no critério de unanimidade, diante das diversas opiniões e visões de mundo envolvidas em um processo deliberativo. É por esta razão que a maioria das teorias democráticas são baseadas também na eficiência e não apenas na legitimidade, sendo assim, o princípio da maioria é posto como base da tomada de decisões (MANIN, 2007).

A ideia fundamental da legitimidade democrática é que o poder estatal deve se erguer através de decisões dos membros da sociedade, ou seja, a legitimidade surge das discussões e decisões dos membros do corpo social. O problema do consenso ocorre quando não existe moral ou religião compartilhada por uma sociedade (COHEN, 2007).

A solução acima reside no reconhecimento de que os membros de uma sociedade democrática devem ser compreendidos como livres e iguais dentro de um pluralismo razoável ou, em outras palavras, corresponde ao fato de existirem concepções distintas e incompatíveis de valores, mas cada uma razoável a partir de

seu ponto de vista. O pluralismo razoável, portanto, pode ser depreendido como uma dissensão persistente dos valores de escolha e autodeterminação sobre copiosos assuntos, sendo justamente isso que torna os cidadãos pessoas livres, pois reconhecidos como possuidores de capacidades de participar na discussão em torno da autorização do exercício do poder (COHEN, 2007).

Ainda sobre o problema do consenso, um aparte se faz necessário para aprofundar a análise do debate sobre democracia deliberativa baseada nas obras de Rawls (modelo substancialista) e Habermas (modelo procedimental).

Rawls usa o contratualismo como discurso de justificação válido para determinar uma “posição original”, cujo objetivo é simular um ambiente ideal de deliberação que possa permitir a justificação de princípios para que todos tenham boas razões para se apoiar. Na posição original, as “partes” se submetem ao “véu da ignorância”, responsável por impedir que os interesses particulares interfiram na integridade do procedimento deliberativo. Nesse contexto, as partes tomariam a decisão máxima após se sujeitarem à “posição original”, sendo submetidas ao processo de “equilíbrio reflexivo” que deve verificar o ponto de vista dos observadores externos a ela, portanto, sua principal função é solucionar eventual colisão entre princípios (NETO, 2006).

O objetivo da teoria de Rawls, segundo Neto (2006), é compreender a possibilidade de existir uma sociedade que seja estável e justa ao mesmo tempo, com cidadãos livres e iguais que possuam profundas divisões por doutrinas razoáveis, mas incompatíveis. Daí que a solução trazida por Rawls está nos princípios de justiça, pois tais preceitos atribuem um fundamento razoável para a cooperação entre as doutrinas divergentes, eis que se situam em posição de imparcialidade.

Em se tratando de democracia, Habermas (1999) enfatiza que o modelo de democracia deliberativa deve conciliar a soberania popular e o Estado de Direito, pois a democracia deliberativa depende da liberdade e da igualdade institucionalizada pelo Estado. Para o autor, não há possibilidade de se ter uma formação livre da opinião e da vontade sem os direitos fundamentais porquanto, se há censura, a crítica fica limitada.

Trata-se de uma condição necessária de garantia de sua integridade, sendo o embate de argumentos e contra-argumentos que racionaliza o processo decisório democrático. Ainda, não pode haver um grande desequilíbrio entre os participantes

do debate público, pois assim haverá manipulação da opinião pública pelas minorias privilegiadas (NETO, 2006).

Para tanto, Habermas entende que deve haver uma concepção procedimental de legitimidade da democracia especialmente pelo fato de as sociedades modernas serem plurais, o que torna inviável justificar a criação de normas jurídicas e decisões estatais com base em uma ética globalmente compartilhada. Assim, a teoria do discurso vem explicar a legitimidade do direito com “o auxílio de processos e pressupostos da comunicação - que são institucionalizados juridicamente - os quais permitem levantar a suposição de que os processos de criação e de aplicação do direito levam a resultados racionais” (HABERMAS, 1999, p. 153).

Com isso, o contexto de complexidade e pluralismo faz com que toda a fonte de legitimidade passe a repousar no processo democrático legislativo, o qual garante condições equânimes de inclusão na deliberação pública, destarte o Estado de Direito deve ser abrangido pelo consenso procedimental (NETO, 2006).

No modelo procedimental de Habermas, é fundamental que os cidadãos, ao participarem do processo deliberativo democrático, possam fazê-lo em condições de liberdade e igualdade, para tanto, os cidadãos devem estar predispostos a aceitar as restrições de ação. Como visto anteriormente, este modelo requer cidadãos capazes de agir estrategicamente e comunicativamente (NETO, 2006).

Mesmo havendo o esclarecimento sobre as demandas públicas, o consenso pode não vir a ser obtido, é neste momento que entra em cena a ideia da decisão majoritária.

Entretanto, é importante esclarecer que a concepção majoritária não justifica a soberania da maioria, pois existem determinadas ações em que a maioria deve ser obrigada a fazer como nos casos de impedir a exclusão de alguém ao voto ou de participar do processo de deliberação, de igual forma, não pode suprimir liberdades fundamentais como a liberdade de consciência, opinião de fala e de associação. Diante disso, a maioria não pode eliminar as diversidades das soluções que propõe. Assim, pode-se concluir que a teoria da democracia deliberativa não é um método perfeito, embora seja possível afirmar que esta forma de tomada de decisões torna a realização de resultados razoáveis mais provável especialmente quando leva em conta o efeito educativo e o tempo para um processo de deliberação (MANIN, 2007).

Democratizar o processo de decisão auxilia em dois propósitos: aumentar a possibilidade de acerto das decisões e compartilhar, com a sociedade, a responsabilidade pelas decisões tomadas. A integração e a participação aumentam o senso de pertencimento à sociedade, tornando a política algo comum ao aumentar a participação, incentivando a gestão compartilhada. Os dissensos existentes são detectados com mais precisão, enriquecendo o debate através dos procedimentos e das técnicas de decisão (PEREIRA, 2010).

Ante o exposto, interessa aqui apontar uma discussão importante sobre o conceito de democracia, a função de legitimação e de controle da Constituição, além da ideia de pós-democracia, levando-se em consideração a importância da participação popular.

Democracia pode ser compreendida como um conjunto de regras primárias ou fundamentais que estabelece quem é autorizado a tomar as decisões coletivas e mediante quais procedimentos. Assim, um regime democrático é caracterizado por atribuir este poder a um número muito elevado de membros da sociedade. Contudo, mesmo para uma definição com maior acurácia, não bastam estas características, é essencial um terceiro pressuposto, qual seja, que aqueles que são chamados para a decidir, ou a eleger os que decidirão, sejam colocados diante de alternativas reais e em condições de escolher entre uma e outra. Para que isso se torne possível, é imprescindível que sejam garantidos direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação (BOBBIO, 2018).

A democracia se realiza por meio de duas funções que advém da ordem constitucional, ou seja, de legitimação e de controle. A função de legitimação destaca que a democracia é a única forma de se tomar decisões de interesse público, a de controle, por sua vez, tem como efeito criar meios de frear as más práticas que vêm deste poder (PEREIRA, 2010).

Quando se fala em Estado Democrático de Direito, logo se pensa em um modelo ideal a ser seguido, pois, neste caso, o Estado tem o compromisso de concretizar os direitos fundamentais, impondo limites ao exercício do poder, ou seja, trata-se de um tipo de Estado que tanto os indivíduos quanto os agentes estatais estão sujeitos à lei. A opção em adotar um Estado Democrático de Direito é formada para se evitar novos holocaustos e, conseqüentemente, garantir o uso da liberdade, desde

que compatível com a liberdade dos demais. Assim, os direitos e garantias previstos na Constituição se traduzem em limitação do poder (CASARA, 2017).

Robert A. Dahl (2016) trouxe o conceito de poliarquia, a democracia de muitos. Para a concretização deste moderno conceito de democracia, o autor descreve a necessidade da existência de seis instituições políticas, sendo elas: 1) funcionários eleitos para garantir que, em um território extenso, se tenha uma solução viável para que todos possam participar, elegendo os funcionários mais importantes, mantendo-os responsáveis por meio de eleições; 2) eleições livres, justas e frequentes, a primeira permite que os cidadãos possam ir às urnas sem medo de represálias, a segunda porquanto os votos devem ter o mesmo “peso” e frequentes com prazo maior de um ano e menor de cinco anos; 3) a liberdade de expressão e a participação da vida política de forma efetiva, pois sem estes requisitos a democracia não seria possível, eis que a ausência deles impede que os cidadãos tenham compreensão esclarecida dos atos e das políticas do governo; 4) fontes de informação diversificadas a fim de possibilitar que os cidadãos tenham compreensão esclarecida; 5) a autonomia para associações que são uma fonte de educação cívica e esclarecimento, proporcionando, aos cidadãos, a aquisição de habilidades políticas e, por fim, 6) a cidadania inclusiva, pois auxiliam na transição para uma democracia representativa completa.

Além das instituições políticas necessárias à existência da democracia, o autor também trabalha os critérios para um processo democrático através da participação efetiva, da igualdade de voto, do entendimento esclarecido, do controle do programa de planejamento e da inclusão dos adultos (DAHL, 2016).

Para Ruben Casara (2017), essa forma de Estado se encontra superada no Brasil, mediante o desaparecimento de qualquer pretensão de fazer valer estes limites. Este fenômeno é chamado de pós-democracia, sendo evidenciado quando o Estado Democrático de Direito vira apenas uma fachada, perdendo seus valores democráticos. A democracia é, portanto, meramente alegórica, reinando o absolutismo do mercado, deslocando-se o poder decisório para pequenos grupos, grandes corporações transnacionais, mercados, agências de classificação que excluem as políticas inclusivas e de redução de desigualdade.

A expressão “estado de exceção” é polissêmica. No entanto, nesta pesquisa, trabalhar-se-á apenas com duas principais concepções, a primeira, clássica, que

consiste quando as regras jurídicas, previstas em tempos normais, são suspensas ou transgredidas, visando sempre o enfrentamento de um determinado perigo; a segunda concepção aponta para uma modificação durável e profunda de determinado sistema jurídico diante de perigos relativamente duráveis (VALIM, 2017).

A locução “estado de exceção” também pode ser vista em diversos planos: a) dogmático-jurídico, consistindo, no direito administrativo, no poder público de dispor de poderes excepcionais visando manter a continuidade dos serviços públicos e, no Direito Constitucional, em um feixe de prerrogativas em que o Poder Executivo se vale para enfrentar situações anômalas ou calamidades de grandes proporções; b) sociológico, podendo ser conceituado como uma ambiguidade do Estado de Direito nos quais se instalam regimes de Terror; c) teoria política, que trata o paradigma do estilo de governo da contemporaneidade; d) filosófico, onde o soberano possui autoridade ilimitada, suspendendo totalmente a ordem existente (VALIM, 2017).

A exceção abala a soberania popular que é um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Assim, a sociedade civil perde toda a autonomia em relação à política, tornando-se obsoleta como fonte legitimadora do Estado. O fenômeno nega a lei, tomando de assalto a democracia, pois a lei é um produto da soberania popular, havendo, a partir dessa premissa, um governo pessoal ao invés de impessoal, potencializando drasticamente o processo de despolitização em que inexiste um diálogo democrático, que vai substituído por um monólogo autoritário, motivo pelo qual a economia, que sempre advoga a favor do afastamento da política, tem um apreço especial pelo estado de exceção (VALIM, 2017).

Pode-se perceber, portanto, uma gradual e grave mudança institucional nas últimas décadas, pois não se tem um governo público e político da economia, mas, ao revés, um governo privado e econômico da política; não se tem mais Estados com suas políticas de regulamentação dos mercados e o mundo dos negócios, impondo limites e regras, mas há mercados financeiros impondo suas determinações, isto é, os Estados são atualmente controlados e governados pelo setor privado, porquanto, são as potências invisíveis e politicamente irresponsáveis do capital financeiro que impõem, aos Estados, políticas predatórias comumente antidemocráticas e antissociais apenas em benefício de interesses privados (FERRAJOLI, 2015).

Atualmente, tem-se o mercado como verdadeiro soberano da contemporaneidade, pois é quem decide sobre o estado de exceção, sendo, inclusive,

uma exigência do atual modelo neoliberal responsável por neutralizar as práticas democráticas (VALIM, 2017). No caso da Pós-Democracia, as grandes corporações tomam decisões de governo e o Estado se coloca abertamente a serviço do mercado, sendo que a única liberdade intocável é a propriedade privada (CASARA, 2017).

O esvaziamento da democracia participativa é uma característica marcante deste modelo de Estado, pois há a crença de que não existe alternativa, a política é percebida como algo ruim, negativo. As campanhas são judicializadas, as propostas políticas acabam ocorrendo mediante uma imputação. Trata-se da demonização da política, restando o povo passivo diante de reduções de direitos (CASARA, 2017).

Tanto no estado de exceção quanto no Estado Pós-Democrático, as instituições e as garantias constitucionais estão presentes formalmente, nada indica a superação do Estado Democrático de Direito em teoria. O que se verifica, na prática, é um desmanche dentro do próprio Estado e das instituições, utilizando-se de um discurso de direitos fundamentais para refutá-los sobre o argumento que existem direitos que podem se sobrepor a outros, tudo isso em nome de um inimigo inventado no imaginário social (BITENCOURT; RECK, 2020).

A crise de legitimação da democracia tem como exemplos relevantes a globalização, complexidade e risco, gerando fenômenos como a crise do princípio representativo e a fenomenologia do refluxo (PEREIRA, 2010).

A crise do princípio representativo passa por diversos pontos. O Estado perdeu a capacidade de regular assuntos internos como as forças do mercado e degradação ambiental. A complexidade, marcada por uma sociedade diferenciada, plural e descentralizada, é outro obstáculo para a legitimação da democracia. O risco é mais um empecilho, pois novos conhecimentos geram novas incertezas, a democracia se encontra desafiada com relação a sua capacidade de lidar com temas que fogem do controle científico, não apresentando critérios confiáveis de quais tecnologias podem ser implantadas, causando graves danos. Ainda é possível ver que a democracia indireta sempre ocupou a centralidade do discurso político, sendo que os mecanismos de democracia direta estão à mercê da ação política, tendo como causa as mais diversas possíveis desde a alteração nos índices de desemprego, desajustes quanto ao quadro de financiamento do poder legislativo, declínio dos partidos políticos, como agentes mediadores de interesses coletivos, entre outros (PEREIRA, 2010).

O último fator de crise é chamado de refluxo que gera o afastamento da política, renúncia e recusa. O afastamento ocorre porque a vida humana não se resolve integralmente dentro do espaço político. A renúncia sucede de concepções elitistas de que o povo não é apto para governar, o que ocorre, também, pelo abandono da política em prol da satisfação de interesses privados, pois a política é entendida como local de barbárie, ou seja, uma manifestação trágica do poder (PEREIRA, 2010).

Esclarece-se que a aparência de normalidade, característica do Estado Pós-Democrático, apenas torna mais distante a possibilidade de participação e controle social, ante os desafios que uma legislação, de acesso à informação simbólica, impõe para a prática da cidadania.

Pode-se destacar que a própria Constituição Federal, quando trata de políticas públicas, prevê a ideia de participação, o que somente pode ocorrer por meios democráticos, conforme se vê exemplificativamente nos art. 182, 183, 184, 194 e 198.

Quando se busca a conexão entre políticas públicas e democracia, deve-se reportar à própria opção do constituinte que trouxe como imposição o encargo de se observar o dever de decisão em toda a atuação estatal, devendo estar atrelado aos princípios axiológicos da democracia, não podendo ser visto como uma opção de quem está decidindo, mas sim como um dever imposto pela própria Constituição Federal, pautado pelo princípio democrático (BITENCOURT, 2013, p.83).

Os resultados obtidos, nesse processo democrático, devem ser aceitos por todos os que participaram ou tiveram esta oportunidade, direta ou representativamente, considerando que o sistema político é aberto para a participação e conseqüentemente à consideração de interesses e valores de todos os membros da sociedade, as decisões sobre normas resultam, portanto, de deliberações conduzidas por pautas de ética discursiva. Ressalta-se que a democracia ainda é o melhor regime para definir normas jurídicas, pois, por meio desta, são assegurados os procedimentos que permitem a participação de diversas visões de mundo, possibilitando o enriquecimento e aprofundamento do debate (MELLO, 2004).

As políticas públicas estão imbricadas no Estado Democrático de Direito. Esta afirmação significa mais do que um mero discurso de intenções, porque há um conteúdo subordinado ao dever de concretização voltado aos sujeitos envolvidos ou de direitos garantidos. Dessa forma, compreende-se que quanto maior for o processo

ao diálogo e à participação, menor é o espaço para os discursos individuais (BITENCOURT, 2015).

A fruição correta dos direitos fundamentais se mostra necessária para o exercício da democracia e controle social das políticas públicas, pois, para que os indivíduos possam participar do procedimento de deliberação, é imprescindível que se tenha o reconhecimento da igualdade e da liberdade das pessoas, em outras palavras, para o funcionamento adequado de um sistema democrático, as condições básicas de uma vida digna devem ser respeitadas (BARCELLOS, 2010).

Pelo que foi exposto, pode-se afirmar que a política pública deve ser atrelada ao conceito de democracia, em especial com a democracia deliberativa mediante a atuação da sociedade, evitando que as decisões fiquem à mercê de práticas arbitrárias. Assim, resta evidente que se deve buscar mecanismos que privilegiam a participação e o controle social.

Dito isso, para melhorar a compreensão de como os processos de participação e de controle social podem ser vantajosos às políticas públicas, deve-se conceber as noções convergentes e divergentes que giram em torno do tema.

Desenvolver os pressupostos da democracia e consenso, de um ponto de vista prático, contribui para a tentativa de solucionar o problema trazido por esta tese. Isso porque, ao entender que o ponto de partida da democracia é a deliberação, em termos habermasiano, e que o consenso pressupõe uma argumentação racional entre indivíduos, livres e iguais, resta, pois, compreender como esta deliberação ocorre na seara das políticas públicas.

À vista disso, para ser possível avançar no estudo proposto, o próximo tópico ocupar-se-á em demonstrar não apenas as noções sinônimas, mas também as concepções antagônicas entre participação social e controle social, tendo como marco referencial os ideais de um Estado Democrático de Direito com base na democracia deliberativa.

Além disso, pretende-se demonstrar como o neoliberalismo e a pós-democracia se apresentam como um empecilho para a efetiva realização da participação e do controle social, o que torna o ideário democrático uma utopia caso a racionalidade neoliberal assuma, por completo, o poder de mando.

2.3 As noções e distinções entre participação e controle social

A partir do século XVIII, as atividades da Administração Pública passam a ser objeto de controle, os procedimentos e mecanismos de operacionalização, regulados por regras, surgem para desenvolver as atividades de gestão da coisa pública. Nesse sentido, sustenta-se que a atividade de administrar os interesses públicos somente nasceu com o Estado de Direito, visando evitar e conter o abuso do poder, além de regular a conduta do Estado para mantê-lo afivelado às disposições legais (LEAL, 2006).

A formação do Estado de Direito e a separação dos poderes vieram acompanhadas da ideia de controle da Administração Pública, sendo este compreendido pelo conjunto de mecanismos que propiciam a vigilância, a orientação e a correção da atuação da Administração Pública. A vigilância consiste na fiscalização da atuação dos gestores públicos; a orientação, em direcionar a atuação da administração da coisa pública em conformidade com o ordenamento jurídico e, por fim, a correção envolve a revisão de condutas que não estejam de acordo com os princípios do ordenamento jurídico (MAXIMINIANO, NOHARA, 2017).

“Controle social”, enquanto terminologia, pode ser aplicado de duas maneiras, a primeira como o poderio exercido por alguma autoridade ou líder do governo sobre o tecido social, a segunda como o poder operado pelo tecido social sobre o poder público (BITENCOURT; BEBER, 2015).

As classificações expostas são semanticamente antagônicas, todavia, para o presente trabalho, focar-se-á na segunda abordagem, qual seja, o controle que a sociedade exerce sobre o Estado. Nesse contexto, é importante salientar que a participação e o controle social são, muitas vezes, tratados com sinonímia, embora o controle social necessite da participação social, esta nem sempre pressupõe aquela.

Assim, o controle social prescinde de uma decisão da Administração Pública já constituída, sobre a qual poderá ou não incidir uma nova decisão. Por sua vez, a participação social se diferencia do controle social, pois nesta já houve uma decisão em que a sociedade poderá exercer a possibilidade de modificação, enquanto naquela, a decisão sequer foi formada (BITENCOURT, BEBER, 2015).

As diferenças que distinguem controle social e participação democrática, na Administração Pública, podem ser, ainda que de forma não exaustiva, as seguintes conforme Bitencourt (2019):

1) Na participação, a competência é originária; no controle a competência é uma sobre outra, pois a participação social pressupõe a tomada de decisão, logo, remete à competência de um ou mais órgão/autoridade em determinada escolha, uma unidade de sentido;

2) Na participação, as alternativas são levantadas, embora algumas vezes já postas, e escolhidas com base em discursos de fundamentação e aplicação sem que exista a escolha pronta; no controle, a escolha já foi feita e se trata de substituí-la, portanto, há uma menor margem de conformação da decisão daquele que é competente para controlar, preponderando os discursos de aplicação, haja vista que se discutem todas as possibilidades de interpretação da norma e das possibilidades fáticas;

3) Na participação, a complexidade das alternativas possíveis em uma decisão é maior, já que há mais liberdade temática, jurídica e procedimental dado o seu caráter mais amplo; no controle, a complexidade das alternativas é menor, visto que o horizonte de alternativas é jurídico, possuindo mecanismos e formas já autorizadas pelo direito.

A participação e o controle social são como irmãos siameses, não se separam, mas detém cada qual suas próprias características intrínsecas. Veja-se que a participação popular ocorre antes ou concomitante à tomada de decisões da Administração Pública, já o controle social pode ocorrer em dois momentos, quais sejam, na análise da norma da Administração Pública com relação a sua compatibilidade com outras normas ou, então, na fiscalização da execução destas em casos concretos. Ambos se afiguram com a atuação de sujeitos da sociedade democrática, tendo como fundamento o princípio republicano, a democracia e a cidadania (SIRAQUE, 2004).

Sherry R. Arnstein (1969) desenvolveu uma escala numerada de um a oito, para representar, em ordem crescente, as espécies de participação popular. Assim, cada nível é definido pelo grau de poder e capacidade de deliberação dos cidadãos, sendo que os dois primeiros degraus se caracterizam pela inexistência de participação, as três imediatas, 3 a 5, pelo simbolismo e, por fim, os três últimos, 6 a 8, pelo efetivo poder cidadão.

Os dois primeiros degraus representam a inexistência de participação popular e são chamados respectivamente de (1) manipulação e (2) terapia. Nestes, o objetivo

não é promover a participação em planejar e conduzir os programas, pois visa tão apenas possibilitar que os detentores do poder eduquem os participantes. Os três níveis subsequentes representam a esfera do simbolismo,²³ sendo chamados sequencialmente de (3) informação, (4) consulta e (5) pacificação, esta é concebida apenas como um nível mais alto do simbolismo, pois permite que os cidadãos aconselhem, todavia o poder de decisão ainda é restrito aos detentores do poder, enquanto aquelas permitem que a sociedade ouça e tenha voz, no entanto, os cidadãos não estão dotados de força suficiente para mudar o *status quo* (ARNSTEIN, 1969).

Mais acima, encontram-se o alto escalão do poder cidadão, nomeados como (6) parceria, (7) poder delegado e (8) controle cidadão, todos estes são marcados pelo fato de os cidadãos possuírem a maioria dos assentos, nos conselhos, ou total poder de gestão. A parceria, nesse sentido, permite que a sociedade negocie e faça trocas com os detentores do poder, já, no poder delegado, a sociedade possui a maioria dos assentos nos conselhos, sendo que o controle cidadão permite que a sociedade detenha total poder de gestão (ARNSTEIN, 1969).

O controle popular, também conhecido como controle social, é decorrência da própria democracia, pois todo poder emana do povo que pode exercê-lo diretamente ou por seus representantes (MAXIMINIANO, NOHARA, 2017).

Portanto, exemplificativamente, se o agente que realiza e fiscaliza a decisão pública é o próprio poder público, então se está diante de um controle administrativo ou jurisdicional, mas não de controle social. Em outros termos, para que o controle social possa existir, deve haver necessariamente a participação de um ator que não seja integrante do próprio poder público (BITENCOURT, BEBER, 2015).

Na perspectiva pragmática-sistêmica, o controle é descrito pela substituição de uma decisão por outra, sendo que, no sistema jurídico, se encontram as diversas decisões interconectadas que formam a autopoiesis do sistema. As estruturas, regimes jurídicos, autoridades, órgãos que se encontram dentro do sistema jurídico são especializadas em revisar as suas decisões e detêm a possibilidade de substituir uma por outra (BITENCOURT; RECK, 2017).

²³ Será exposto, ao longo deste ensaio, que a participação social, no Brasil, se enquadra como simbólico.

Por esta razão, é possível afirmar que o controle social está diretamente vinculado ao direito político de cidadania, uma vez que não se pode falar em controle social sem a participação do corpo social, mas, para que isso ocorra, é imprescindível um processo democrático e plural (STEDILE; FERRI; OLIVEIRA, 2017).

Para Habermas (2003, p.09), “[...] a criação legítima do direito depende de condições exigentes, derivadas dos processos e pressupostos da comunicação [...]”. A opinião pública, quando transformada em poder comunicativo por meio de processos democráticos, pode direcionar o uso do poder administrativo.

Contudo, as fontes de participação, para comunicações políticas, são usualmente escassas, sendo que a teoria social do pluralismo parte do pressuposto de que todos os atores possuem condições iguais de influenciar os processos de decisão relevantes (HABERMAS, 2003).

De igual forma, para que as falas não sejam coagidas ou distorcidas, por questões como, por exemplo, a insuficiência de formação ou discernimento do cidadão comum associado ao grau elevado de burocracia e profissionalismo da Administração Pública, há a necessidade de existir um mínimo de condições objetivas e subjetivas dos interlocutores (LEAL, 2006).

Como adverte Habermas (2003), a sociedade civil pode ter opiniões públicas próprias a ponto de obrigar o sistema político a modificar o rumo do poder oficial. Daí a importância da ampliação da participação social efetiva.

Controlar significa promover juridicamente o que foi estabelecido no ato constituinte, pois a constituição é o local da razão, estabilidade e segurança. A constituição, portanto, é a guardiã de um Estado idealizado com liberdade e autonomia diante de um quadro político instável e ameaçador, sendo que sua compreensão está no contexto do surgimento do constitucionalismo moderno ou, dito de outro modo, encontra-se na passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito. Trata-se, portanto, de um objeto de controle do poder do Estado. O administrador público deve ter, como centro de referência normativa e constitucional que é condição de validade para sua própria existência e agir, a veiculação constitucional e os processos democráticos (PEREIRA, 2010).

São diversas as formas de classificação dos tipos de controle social. O que torna o processo de identificá-los ainda mais melindroso é a diversidade doutrinária

em sistematizá-los dogmáticamente, por isso é importante tecer algumas distinções para que a sua compreensão possa ser facilitada ao longo deste trabalho.

Na classificação extraída de Maximiano e Nohara (2017), o controle pode ser compreendido como interno e externo, sendo este geralmente exercido pelos outros poderes, enquanto aquele possui relação com a autotutela administrativa, ou seja, pode ser feito pela própria Administração Pública.

Já para Bittencourt e Reck (2017), por exemplo, os controles podem ser elencados como popular não-institucionalizado, popular institucionalizado, administrativo e, por fim, judicial. O primeiro trata do controle exercido por uma pessoa que não detém dever institucionalizado em colaborar com a Administração Pública, podendo ser exercido pelo direito de ação ou petição. O segundo trata do controle exercido por uma pessoa que não faz parte da Administração Pública, contudo, está em um espaço formal de controle como, por exemplo, os conselhos. O terceiro é realizado por mecanismos administrativos tais como o controle interno ou externo, no entanto, o quarto é exercido por meio de órgãos especializados na guarda de direito difusos e coletivos, tais como o Ministério Público por meio do ajuizamento de ações judiciais de controle.

Nesse contexto, pode-se dizer que o papel da argumentação também é destacado na lógica do controle, pois exercê-lo será evidentemente tomar uma decisão que possui seus contornos a partir da decisão da Administração Pública que será objeto do controle.

Pelo exposto, resta factível que o tipo de decisão também determina os limites da decisão que a substitui, assim, por mais crítica que a divisão entre atos discricionários e vinculados possa ser, é fato que o âmbito de conformação é diferente em face da margem de apreciação. Controlar significa apontar argumentativamente quais são as falhas da decisão a ser substituída e estabelecer diretrizes, pois, enquanto direito, é uma linguagem especializada em coordenar ações, o titular do controle terá de contrastar ação pretendida com o ordenamento jurídico, apontando solução adequada àquela situação em concreto.

Assim, é difícil imaginar o controle social sem considerar as condições concretas nas quais ele vai incidir. Dessa forma, o controle também terá seus níveis de argumentação e limites a depender da margem de conformação.

Todavia, independentemente de haver ou não um consenso sobre o conceito, o que verdadeiramente importa é a função que o controle social assume em uma jovem democracia como a brasileira que, até os dias de hoje, faz breves flertes com a ditadura militar. Entender suas funções, portanto, é dar elementos de legitimidade a sua existência e a sua forma de conduzir a gestão pública.

Rodolfo Viana Pereira (2010) classifica os tipos de controle em quatro formas: 1) quanto à natureza; 2) quanto aos agentes; 3) quanto ao momento; e 4) quanto aos efeitos, conforme abaixo:

O primeiro encontra a divisão clássica, entre institucionalizado e não institucionalizado, sendo que a classificação tradicional traz a subdivisão em controles jurídicos, políticos e sociais. Importante ressaltar que, na visão do autor, esta classificação merece uma crítica, eis que todo tipo de controle necessita de uma institucionalização para a sua aplicação efetiva; a tipologia mais adequada, sustentada por ele, é, de um lado, a que se refere aos controles de natureza objetiva e, de outro, aos controles de caráter subjetivo e de exercício voluntário.

O segundo tipo são os mais diversos possíveis, sendo que alguns encontram um imperativo funcional, Ministério Público, Partidos Políticos, comissões parlamentares, e outros fora dele, mesmo que de forma precária, tais como associações civis, entidades de classe e sindicatos (PEREIRA, 2010).

O terceiro pode ser subdividido em prévios, concomitantes ou posteriores. Os prévios ocorrem nos estágios preparatórios da atividade principal e possibilitam que o controle tenha oportunidade de influir antes das decisões serem tomadas; o controle concomitante ocorre em tempo real e de forma simultânea à atividade controlada e, por fim, o controle posterior se dá após a constatação de irregularidades de um comportamento comissivo ou omissivo e usualmente ocorre pela via judicial (PEREIRA, 2010).

O quarto é dividido em constritivos e promotores, estes buscam corrigir alguma ação, visando a sua paralisação e limitação além de normalizar a atividade controlada, enquanto aqueles visam corrigir situações de omissão, casos de negligência, portanto, agem sobre omissões (PEREIRA, 2010).

Os controles sociais não institucionalizados servem para trazer transparência e responsabilidade às condutas da Administração Pública, bem como agrega ao direcionamento da agenda política, mesmo que seus processos não tragam decisões

vinculantes, as suas ações e táticas podem ter altos índices de eficiência desde que consigam visibilidade a ponto de convencer a opinião pública e/ou as instâncias decisórias (PEREIRA, 2010).

O controle flui praticamente apenas nos órgãos tradicionais, não havendo uma efetiva democratização para a sociedade civil, impondo-se, assim, uma tendência tecnicista do controle. O reconhecimento dos agentes de controle que se encontram fora da esfera institucional é muito precário, pode-se afirmar que é praticamente inexistente no caso de associações civis, entidades de classe, sindicatos. O Estado deve, além de se abrir, abrir mão do monopólio existente nos mecanismos de controle, propiciando, aos cidadãos, a possibilidade de representação de forma mais eficaz (PEREIRA, 2010).

Para que a Administração Pública se configure como democrática e comunicativa, é necessário que construa um número grande de adesão social legítima que somente é possível por meio de ações comunicativas permanentes, ainda que sejam tensionais e conflituosas, pois ocasionalmente possuem pautas e interesses opostos. Além disso, as ações da Administração Pública devem estar abertas à fundamentação e crítica de forma constante, retroalimentando o controle e a depuração da sociedade (BITENCOURT; PASE, 2015).

Há fortes interações entre democracia, participação social, controle social e o direito à informação e transparência. Não há como haver participação social e controle social em um Estado que não seja democrático. De igual forma, o direito à informação e transparência é pressuposto para que a participação e o controle social possam ser praticados de forma efetiva.

O controle social é um dos grandes objetivos que se pretende alcançar por meio do acesso à informação e transparência, na realidade, tanto o controle social quanto o acesso à informação somente são possíveis no Estado Democrático de Direito, pois é através dele que se construiu um arcabouço normativo e teórico, visando o acesso à informação, propiciando aumento e efetividade do controle social (BITTENCOURT, 2006).

Sempre houve uma vinculação entre informação e Poder, quem possui informação detém poder, é uma máxima que está em vigência desde a existência do ser humano. Com base nisso, a Constituição Federal, em seu art. 37, previu o princípio da publicidade dentre diversos deveres à Administração Pública. Entretanto, foram

necessários mais de vinte e dois anos para que uma lei viesse a garantir o acesso à informação (ZANCANER, 2015).

Para avançar nesse assunto, mostra-se pertinente esclarecer se há diferença entre direito à informação e direito à transparência. As palavras podem parecer sinônimas, entretanto, as suas premissas não se confundem. O que se almeja é o direito à transparência.

Há uma definição para a informação prevista no art. 4º, inciso I, da Lei de acesso à informação. Todavia, o mesmo não pode ser afirmado no que tange à transparência. O conceito de comunicação, com base em Luhmann e em Habermas, pode auxiliar, em tese, na compreensão do significado de transparência, uma vez que a informação apenas tem significância antes de sua interpretação. A comunicação eficaz pressupõe o respeito às regras do jogo de linguagem. A transparência, por sua vez, significaria uma unidade que compreende a disponibilização da informação, motivo pelo qual os portais devem ser elaborados com a consciência de que serão lidos por diversos tipos de cidadãos com motivações e conhecimentos técnicos diferentes uns dos outros, devendo, portanto, a linguagem utilizada ser simplificada, visando a facilitação do conhecimento, legitimidade e responsividade (BITENCOURT; RECK, 2018).

O mais adequado, portanto, é tratar de direito à transparência e não meramente de direito à informação, uma vez que transparência significa uma unidade que entende a disponibilização da informação, a intenção da comunicação, a compreensibilidade, objetividade e responsabilidade. Dito de outro modo, a informação é um instrumento para se chegar à transparência, sendo, inclusive, este o conceito constitucional, levando em conta os princípios da moralidade, participação e igualdade (BITENCOURT; RECK, 2018).

O acesso à informação e o dever de transparência, no Brasil, estão conectados com outros direitos como a cidadania e a boa Administração Pública, tendo em vista que o conhecimento sobre as ações governamentais é imprescindível para a participação da sociedade na tomada de decisões de interesse público. Para Bitencourt (2019), uma administração pautada pela transparência permite a participação da sociedade na gestão e no controle dos atos do governo, para tanto, é necessário que os cidadãos tenham a possibilidade de não apenas conhecer, mas também compreender as informações que são divulgadas pela Administração Pública.

Assim, para que esse direito possa ser efetivamente gozado, não basta que seu cumprimento fique limitado aos aspectos formais, é necessária uma preocupação com relação à qualidade e facilidade de acesso da informação prestada pela Administração Pública aos seus administrados (BITENCOURT, 2019).

A interação com a esfera pública, local onde ocorrem as interações e se debatem diversas opiniões que são absorvidas e filtradas, resultando em demandas construídas pela própria sociedade, é necessária para que a democracia se concretize. Contudo, a comunicação e os influxos, na esfera pública, dependem de informação que se sujeitam aos espaços democráticos. Com isso, há a formação de opiniões e sua devida qualificação. O acesso à informação deveria funcionar como um sistema de fortalecimento dos direitos fundamentais e de garantias, sendo que a sua manipulação, ou a falta de comunicação de dados, atuaria como mero instrumento de manipulação e manutenção do poder político (BITENCOURT; RECK, 2018).

Não há como dissociar controle e participação do conceito de Estado Democrático de Direito. De igual sorte, informação e transparência também são preceitos que se conectam diretamente a este modelo de Estado. Entretanto, conforme visto nos itens anteriores, o Brasil vem sendo constantemente atacado por práticas neoliberais e Pós-Democráticas.

Os dois conceitos, neoliberalismo e Pós-Democracia, são indissociáveis quando se trata de Estado Pós-Democrático: o neoliberalismo, como faceta econômica, se transforma em um sistema normativo de organização política, sendo que a Pós-democracia gera valores e interesses do sistema neoliberal (BITENCOURT; RECK, 2020).

É pertinente compreender, para os fins aqui propostos, quais os reflexos que o modelo Pós-democrático e conseqüentemente o neoliberalismo trazem para o acesso à informação, à transparência e concomitantemente à participação e ao controle social.

Isso porque, tanto a ação coletiva quanto o poder de mobilização são enfraquecidos em um sistema neoliberal, pois a sociedade acaba sendo submetida a uma pauta de concorrência em diversos níveis, definindo novos modos de subjetivação causados pelo desemprego, precariedade, dívidas, tudo parece conduzir para destruir as condições do coletivo, enfraquecendo a capacidade de se voltar contra o neoliberalismo. Entre os efeitos do neoliberalismo, não se pode deixar de

destacar as mutações subjetivas que são provocadas, operando para o egoísmo social, fuga da solidariedade e da distribuição, podendo levar a movimentos reacionários ou neofascistas (LAVAL; DARDOT, 2016).

Na Pós-Democracia, a democracia não desaparece, contudo, seu conteúdo é perdido diante da constituição de uma cidadania alienada pelo poder econômico e sem interesse pela política, restando demonizada diante da ideia do Estado como inimigo de tudo o que é bom. O Estado e a política não são mais vistos como algo que deva interessar à sociedade e como um espaço de luta por uma vida melhor (BITENCOURT; RECK, 2020).

O acesso a informações pressupõe interesse pelas questões públicas e conseqüentemente a busca por informações que a ela estejam relacionadas. As respostas simples, comunicadas de forma rápida por aplicativos de mensagens e redes sociais, acabam gerando forte aderência e produzem efeitos imediatos. A era da tecnologia mostrou a incapacidade de se lidar, de forma efetiva, com as *Fakes News*, a verdade deixa de ser tão importante quanto a sensação de estar informado e de repassar a falsa notícia. Este efeito acaba por beneficiar a manipulação da informação, dificulta demasiadamente a transparência e conseqüentemente impede um controle social efetivo (BITENCOURT; RECK, 2020).

Assim, é evidente que o Estado Pós-Democrático abala os princípios democráticos e, de praxe, desestrutura a participação e o controle social como elementos indissociáveis à democracia.

O acesso à informação e à transparência são garantidos por uma legislação meramente simbólica, isso ocorre pelo fato de que o neoliberalismo, atrelado a práticas de exceção, não deixa espaço para a solidariedade social emergir. Uma sociedade apática e distante da vida pública não tem qualquer interesse em exercer seu papel social ou de utilizar de mecanismos que elevem a participação e o controle social a um patamar mais enérgico.

A legislação está ali presente, entretanto, não há interesse em colocá-la em prática. E é justamente por esta razão que se deve expor quais são os mecanismos previstos, na legislação, para a participação e controle social a fim de possibilitar a verificação não apenas de quais são as formas existentes através dos contornos legais e constitucionais, mas também de compreender e avaliar, ainda que de forma perfunctória, o papel do Estado a partir do protagonismo das políticas públicas.

2.4 O estado da arte de mecanismos de participação e controle social no Brasil: contornos constitucionais e legais

Este último tópico tem como objetivo principal trazer os mecanismos gerais de participação e de controle social previstos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. São inúmeras leis e mecanismos previstos no sistema normativo pátrio, contudo, adianta-se, a finalidade deste não é o exaurimento da matéria.

Além disso, devido a diversidade legislativa e com o intuito de evitar tautologias, antecipa-se que parte da matéria legislativa não será tratada diretamente neste tópico, o qual detém o condão específico de verificar perfunctoriamente apenas questões mais genéricas dos mecanismos de participação e controle.

Cabe mencionar que os mecanismos aqui apresentados, quando tratados da temática de controle, serão limitados ao tratamento da esfera social, portanto não serão expostos os controles pertencentes à esfera legislativa ou executiva.

É relevante compreender quais os mecanismos de participação e controle social existentes na Administração Pública, tendo em vista que somente diante da procedimentalização é que a participação popular, na gestão pública, pode ser efetivamente realizada, uma vez que não é razoável que a interação da Administração Pública com a sociedade civil ocorra de forma improvisada e voluntária, variando e mudando em cada caso concreto, favorecendo o clientelismo e práticas arbitrárias (ZYMLER, 2009).

Não há uma forma uníssona, na doutrina, que descreva de forma dogmática todos os instrumentos de participação e controle social no Brasil. Diante disso, para construir uma organização que contemple o máximo o estado da arte dos mecanismos de participação e controle social, será adotada a divisão proposta por Paulo Modesto.

O estado da arte da participação e controle social, na doutrina de Paulo Modesto (2005), pode ser dividido em consulta pública, audiência pública, colegiados públicos, assessoria externa, denúncia pública, reclamação relativa ao funcionamento dos serviços públicos, colaboração executiva, ouvidoria, participação ou controle social mediante ações judiciais e, por fim, a fiscalização orgânica.

A *consulta pública* foi introduzida pela Lei Federal nº 9.784 de 1999²⁴. A Lei, conhecida como Lei de Processo Administrativo Federal, nasceu no contexto da

²⁴ Justifica-se este marco legislativo porquanto não é imprescindível, ao desenvolvimento desta tese, esgotar toda a evolução histórica e legislativa sobre a temática. Acredita-se que todas as questões

reforma gerencial na tentativa de reorientar a forma de tomada de decisões pela Administração Pública, que ocorria de forma desordenada e sem transparência. Esta lei buscou harmonizar a prática da Administração Pública aos princípios constitucionais, inclusive, possibilitando a participação do cidadão na formação da vontade pública (MUNIZ, 2018).

A consulta pública, como o próprio nome refere, ocorre por meio de consultas feitas aos membros da sociedade pelo órgão administrativo, visando coletar dados de opinião pública em manifestações escritas dentro de um determinado prazo (OLIVEIRA, 2014, p. 152).

O art. 31 da Lei 9.784/99²⁵ permite identificar alguns requisitos para a consulta pública, cita-se: interesse público, motivação e ausência de prejuízo para o interessado.

Segundo Mello e Marques (2012), o primeiro resulta da consideração de bens materiais ligados à liberdade de iniciativa com valores considerados necessários à existência digna, ou seja, confunde-se com a ideia de bem-comum. A motivação é um pressuposto formal do ato estatal, e consiste na exposição das razões de fato e de direito que causaram a sua determinação, depreendendo-se do princípio da motivação. A ausência de prejuízo deve ser interpretada com muita atenção, uma vez que não pode ser entendida como uma forma do particular obstar a sua realização que pode ser vantajosa para a coletividade, assim, deve a Administração Pública ponderar a existência de eventuais prejuízos ao interessado, bem como as finalidades públicas que podem ser satisfeitas com a realização da consulta.

A abertura de consulta pública, conforme se verifica, é ato discricionário da Administração Pública, consistindo em uma faculdade, não havendo, portanto, obrigatoriedade legal, salvo se houver expressa menção em outra norma específica.

O parágrafo primeiro do art. 31 da Lei 9.784/99 permite compreender que, após ampla divulgação nos meios oficiais, é permitida a consulta dos autos, bem como a apresentação de alegações escritas. O parágrafo segundo, do art. 31 da mesma norma, deixa claro que o comparecimento à consulta pública confere direito de obter

trabalhadas são suficientes desde a Constituição Federal de 1988 e as legislações administrativas posteriores a ela. Outros marcos legislativos serão objetos de estudo, senão neste, nos próximos capítulos.

²⁵ Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

resposta fundamentada da Administração Pública ao cidadão, sendo que, na hipótese de haver alegações substancialmente iguais, a Administração poderá fornecer resposta comum, não havendo a necessidade de responder uma a uma.

Qualquer pessoa pode obter acesso aos autos sem que haja a necessidade de oferecimento de alegações escritas, não podendo a Administração Pública condicionar o acesso a eles sob este argumento. Somente é plausível a restrição de informações que resguardem direitos constitucionais como, por exemplo, o direito à intimidade (NOHARA, 2011).

Outro instrumento de participação, trazido pela Lei 9.784/99, é a audiência pública. Embora parecidos, este instrumento participativo se difere da consulta popular pelo fato daquele envolver um debate oral entre os administrados e a Administração (BORGES, 2013).

O art. 32, da Lei 9.784/99, é responsável pela positivação da audiência pública assim dispondo: “Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo”.

A audiência pública deve ocorrer sempre antes da tomada de decisão por parte da Administração Pública, sendo a sua instauração uma faculdade. A Lei impõe apenas um critério essencial para a sua realização que é a necessidade de relevância sobre a questão a ser tratada.

Como o próprio nome indica, por se tratar de uma audiência, o seu local e horário são previamente designados, sendo a sua publicização ponto de extrema relevância para que o ato seja efetivamente aproveitado pela sociedade civil.

A legislação federal exige, ou recomenda em diversos momentos, a realização da audiência pública: a) a lei 8.666/93 prevê a sua realização para licitações que ultrapassem o valor de cento e cinquenta mil reais; b) a lei 9.427/96, que instituiu a ANEEL, determina que o processo decisório, quando implicar afetação de direitos de agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, deve ser precedido de audiência pública; c) a lei 9.478/97 determina que a ANP realize a audiência pública sempre que projetos de lei ou alteração de normas administrativas possam implicar afetação de direito de agentes econômicos ou de consumidores da indústria do petróleo; d) a lei 10.257, conhecida como Estatuto da Cidade, prevê audiência pública quando os empreendimentos possam afetar o meio ambiente natural ou, quando

construído, afetar o conforto ou a segurança da população, prevendo também, no processo de elaboração do plano diretor, este instrumento como forma de gestão democrática da cidade (OLIVEIRA, 2014); e) a Lei 13.848/2019 que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social nas agências reguladoras²⁶.

A Lei 9.784/99, embora não se configure uma novidade no ordenamento jurídico participativo, revelou dois importantes fatos que são dignos de menção, sendo o primeiro por gerar certos direitos aos cidadãos, possibilitando posições jurídico-ativas na participação popular, transformando um elemento, que era apenas político, em jurídico-político e, em segundo, por corresponder a uma regra geral, ou seja, se aplica em âmbito federal e subsidiariamente à legislação específica (NOHARA, 2011).

Conforme a sistematização de Paulo Modesto exposta anteriormente, a terceira forma de participação social recai nos colegiados públicos e corresponde a possibilidade de participação de cidadãos, ou entidades representativas, através da integração destes em órgão consultivo ou deliberativo da Administração Pública. Os colegiados públicos são também conhecidos como conselhos.

Convém lembrar que “a ideia de conselhos permitindo a participação social na gestão pública municipal é anterior à Constituição de 1988” (ALMEIDA, 2012, p. 68). A participação da sociedade civil, em processos deliberativos de políticas sociais, se encontra em constante evolução.

Entre as décadas de 1930 e 1960, os conselhos possuíam caráter apenas consultivo e tinham como principal objetivo a escuta de especialistas internos e a inclusão de trabalhadores e empregadores em certos campos sociais. A defesa da participação social, na execução e no controle das políticas públicas, somente foi ampliada a partir da década de noventa (SILVA; JACCOUD; BEGHIN, 2005).

Os Conselhos de políticas sociais podem ser caracterizados quanto a sua composição, representação e natureza. No que tange à composição, consideram-se duas características: se possui representação paritária entre os representantes do governo e da sociedade civil e se o conselho possui divisão bipartite, tripartite ou quadripartite, mesmo que não paritária, entre os segmentos representados. Na representação, avalia-se se o conselho detém ou não um padrão vinculado para a

²⁶ Adianta-se que os mecanismos de participação e controle, trazidos por esta legislação, serão analisados no próximo capítulo.

nomeação de conselheiros que não representam a Administração Pública e, em caso positivo, se é indicado pela entidade ou por meio de eleição. Apesar da natureza, os conselhos podem ser classificados como consultivos ou deliberativos (SILVA; JACOUD; BEGHNIN, 2005).

Além dessa forma, os conselhos podem ser classificados em três grandes categorias, conselhos gestores amplos, conselhos consultivos e conselhos gestores tripartites. Nos conselhos gestores amplos, há partilha da gestão entre o Estado e a sociedade civil para a organização e funcionamento de todos os recursos envolvidos na implementação da política pública. Os conselhos consultivos, por sua vez, detêm função propositiva e de assessoramento, ou seja, não possuem atribuições mandatórias, sendo que suas deliberações são meramente indicativas. Os conselhos gestores tripartites possuem, como características centrais, a mobilização de recursos patrimoniais, sendo sua gestão exercida entre o governo, trabalhadores e empregadores (SILVA; JACOUD; BEGHNIN, 2005).

Independentemente da forma de conselho, é inegável que a capacitação dos conselheiros é característica fundamental para o seu bom funcionamento, pois os conselheiros possuem posição de grande relevância relativamente à deliberação de políticas sociais. A indicação dos conselheiros governamentais deve observar a sua qualificação, bem como o desenvolvimento de atividades condizentes com o conselho. No que tange aos conselheiros que representam a sociedade civil, compreende-se como característica necessária a atuação relevante na área objeto de deliberação (ALMEIDA, 2012).

Para que a participação social possua qualidade e adquira respeitabilidade, a Administração Pública deve favorecer, no que estiver ao seu alcance, a qualificação dos conselheiros, de tal maneira que o controle social e a participação sejam materialmente efetivas e não apenas no que tange à sua forma. A solução, para o preparo técnico dos conselheiros, está nas organizações e movimentos sociais e não inseridos no próprio conselho, ou seja, as organizações e movimentos sociais devem construir canais de participação popular e criar processos de formação de conselheiros que os capacitem para a atuação (PAZ, 2000).

No que toca aos conselhos consultivos, é importante deixar claro que não há qualquer garantia de que a Administração Pública respeite a posição dos representantes e que implemente as proposições deliberadas. Em outras palavras, a

atuação dos conselhos consultivos depende da vontade da Administração Pública, pois não possuem, em suas atribuições, força coercitiva e nem normativa (SILVA; JACOUD; BEGHNIN, 2005).

Portanto, para que os conselhos consultivos cumpram efetivamente o seu propósito, a Administração Pública deve respeitar e considerar efetivamente as orientações deliberadas, mostrando-se comprometida em atender aos anseios da população.

A possibilidade da participação social, bem como a existência de conselhos consultivos ou deliberativos, depende da existência de previsão na legislação. A Constituição Federal prevê, em diversos artigos, a participação social em colegiados de órgãos públicos, como se verifica nos arts. 10; 29, XII; 187; 194; VII; 198, III; 204, II; 206, VI; 216, §1º; 225; 227, §1º.

A assessoria externa, por sua vez, é um tipo de participação social que ocorre quando há convocação para que especialistas participem na colaboração para a elaboração de relatórios, projetos ou até mesmo diagnósticos sobre questões a serem decididas (MODESTO, 2005).

Outro instrumento de controle social é a denúncia pública, que tem como objetivo a formalização de denúncias quanto ao mau funcionamento ou responsabilidade de agente público. Um exemplo disso é a reclamação administrativa, que pode ser compreendida como ato pelo qual o administrado, podendo ser o particular ou o próprio servidor público, deduz uma determinada pretensão à Administração Pública, buscando obter o reconhecimento de algum direito que entende devido ou, eventualmente, a correção de um ato que lhe tenha causado lesão ou ameaça de lesão (DI PIETRO, 2013).

Este instrumento possui previsão legal na Constituição Federal, inciso I do §3º, do art. 37, sendo regulamentado pelos art. 143 e 144 da Lei Federal n. 8.112/1990.

A reclamação, relativa ao funcionamento dos serviços públicos, existe como instrumento de controle social e se difere da representação administrativa, pois aquela é relativa ao funcionamento dos serviços públicos, sendo fundamentada na relação jurídica entre o Estado e o particular (MODESTO, 2005).

A colaboração executiva já foi objeto de análise no item 1.4 do presente trabalho especificamente quando se trabalhou o Terceiro Setor na prestação dos serviços públicos, motivo pelo qual remete-se aos argumentos já explanados,

deixando-se de aprofundar esta temática, neste momento, para evitar tautologias. No entanto, rememora-se objetivamente que esta forma de participação se dá quando as organizações se envolvem sem pretensão lucrativa em atividades de colaboração em áreas de atendimento social. Pois bem, feito esses esclarecimentos, passa-se à análise da função do ouvidor como meio de controle de políticas públicas.

Ouvir é uma das funções da comunicação, sendo atividade essencial a ser praticada pelo Poder Público, tendo como função atender às necessidades e desejos da população. Tanto no Brasil quanto em diversos outros países, as ouvidorias foram criadas em diversas esferas administrativas, podendo receber reclamações, denúncias, elogios, críticas e sugestões da sociedade. Por este meio de controle, os serviços públicos podem ser qualificados e aperfeiçoados, exercendo, esta atividade, papel primordial no processo de formulação, implementação e execução das políticas públicas (FERNANDES; MOREIRA; RIBEIRO, 2006).

Na esfera federal, a ouvidoria é regida pela Lei n. 13.460/2017, sendo que as suas funções estão elencadas no art. 13²⁷. Denota-se que a ouvidoria possui diversas atribuições positivadas na Lei 13.640/2017, entretanto, cabe esclarecer que o rol de suas atribuições não é taxativo, podendo-se criar outras funções para o ouvidor em regulamentos específicos.

A participação e o controle social mediante ações judiciais são pontos onde se encontram os mais diversos instrumentos positivados em lei. Como exemplo disso, tem-se as seguintes ações judiciais: a) habeas corpus; b) habeas data; c) mandado de injunção; d) mandado de segurança (individual e coletivo); e) ação popular; f) ação civil pública.

²⁷ Art. 13. As ouvidorias terão como atribuições precípuas, sem prejuízo de outras estabelecidas em regulamento específico:

I - promover a participação do usuário na administração pública, em cooperação com outras entidades de defesa do usuário;

II - acompanhar a prestação dos serviços, visando a garantir a sua efetividade;

III - propor aperfeiçoamentos na prestação dos serviços;

IV - auxiliar na prevenção e correção dos atos e procedimentos incompatíveis com os princípios estabelecidos nesta Lei;

V - propor a adoção de medidas para a defesa dos direitos do usuário, em observância às determinações desta Lei;

VI - receber, analisar e encaminhar às autoridades competentes as manifestações, acompanhando o tratamento e a efetiva conclusão das manifestações de usuário perante órgão ou entidade a que se vincula; e

VII - promover a adoção de mediação e conciliação entre o usuário e o órgão ou a entidade pública, sem prejuízo de outros órgãos competentes.

O habeas corpus está inserido no art. 5º, inciso LXXVII da Constituição Federal, assim dispendo: “conceder-se-á *“habeas-corpus”* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Para o tornar acessível, a sua gratuidade é prevista no art. 5º, inciso LXXVII da Constituição Federal.

O habeas data possui previsão no art. 5º, inciso LXXII, alínea “a” e “b” da Constituição Federal, sendo passível de utilização para assegurar o conhecimento de informações pessoais constante em registros ou bancos de dados de entidades públicas, bem como para a retificação deles. O seu procedimento é regulamentado pela Lei nº 9.507/97 e incluiu mais uma hipótese, além das duas previstas na Constituição Federal, a saber: “para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável”.

O mandado de injunção possui previsão legal no art. 5º, inciso LXXI da Constituição Federal, que assim dispõe: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Embora tanto o mandado de injunção quanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, art. 103, §2º da Constituição Federal, tenham em comum a inconstitucionalidade por omissão, há algumas diferenças que são pertinentes expor.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão possui maior amplitude, pois é cabível quanto à efetivação de qualquer norma constitucional, já o mandado de injunção somente tem cabimento quando há omissão de norma regulamentadora necessária para tornar possível o uso de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania (DI PIETRO, 2013).

Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a competência será sempre do STF, quanto ao mandado de injunção, a competência pode ser de diversos Tribunais, dependendo sempre de qual autoridade se omitiu. No que tange à titularidade, na ADO, cabe apenas no rol taxativo mencionado no art. 103 da Constituição Federal, no mandado de injunção, a titularidade é de quem não pode exercer determinado direito por falta de norma regulamentadora (DI PIETRO, 2013).

Além disso, importa salientar que, na ADO, a omissão somente parte dos Poderes Legislativo e Executivo, em contrapartida, no mandado de injunção, a omissão pode partir de diversas autoridades, inclusive, de órgãos do Poder Judiciário e da Administração Indireta (DI PIETRO, 2013).

Em complementação, ainda merece destaque outro ponto antagônico entre os institutos jurídicos relativamente aos seus efeitos. Na ADO, o efeito do julgamento é *ergma omnes* onde se determina que o Poder competente tome as medidas cabíveis para suprir a omissão no prazo de 30 dias. O julgamento do mandado de injunção, por sua vez, não possui efeito *erga omnes*, pois é interposto pelo titular do próprio direito, sendo que, neste caso, o próprio Poder Judiciário deve suprir a omissão da norma regulamentadora naquele caso concreto (DI PIETRO, 2013).

O mandado de segurança pode ser impetrado na sua forma individual ou coletiva, tendo em vista a previsão no art. 5º, inciso LXIX e LXX da Constituição Federal consecutivamente.

O mecanismo de controle foi disciplinado pela Lei Federal nº 12.016/2009 e trata tanto a forma individual quanto coletiva. A sua conceituação é encontrada no art. 1º, cuja referência remete a casos de proteção de direito líquido e certo, quando não couber habeas corpus ou habeas data, bem como nos casos em que qualquer pessoa, física ou jurídica, ilegalmente sofra violação ou tenha justo receio de sofrê-la por qualquer autoridade.

O art. 21 da supramencionada norma possibilita a impetração de mandado de segurança por partidos políticos com representação no Congresso Nacional ou por organização sindical, entidade de classe ou associação que tenha sido constituída legalmente e esteja em funcionamento, há pelo menos 1 ano, para que realize a defesa de direitos líquidos e certos de seus membros ou associados.

Da leitura do texto legal, pode-se concluir que o mandado de segurança, individual ou coletivo, possui, como pressupostos, o ato de uma autoridade, a ilegalidade ou abuso de poder e a lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo.

A ação popular, por sua vez, é meio constitucional que qualquer cidadão pode utilizar para obter invalidação de atos ou contrato administrativos que sejam ilegítimos e lesivos ao patrimônio público, inclusive, de pessoas jurídicas subvencionadas. Por meio dela, não se objetivam direitos próprios, mas sim da comunidade. Tem como condições da ação: a) a necessidade de que o autor seja cidadão; b) que o objetivo

seja a invalidação de ato ilegítimo ou lesivo do patrimônio público ou a ele equiparado (MEIRELLES, 1966).

Esta ação possui fins preventivos e repressivos da atividade da Administração Pública, cuja finalidade é o reconhecimento de ilegalidade nos atos administrativos ou atividades delegadas ou subvencionadas pela Administração Pública. É de relevante importância, para este trabalho, deixar claro que os sujeitos passivos desta ação são os mais variados, podendo ser pessoas jurídicas públicas ou privadas. Ainda, por se tratar de reconhecimento de ilegalidade de atos decorrentes da Administração Pública ou seus delegados, a atuação do Ministério Público, enquanto fiscal da lei, é imprescindível, atuando como parte autônoma no feito, uma vez que não possui qualquer vínculo com a parte autora ou com os particulares que nela intervieram (MEIRELLES, 1966).

A Lei 7.347/85, que regulamenta a ação civil pública, é um dos meios processuais de controle social, sendo, inclusive, considerada uma função institucional do Ministério Público, pois visa a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos. Esta norma possui caráter meramente processual, ou seja, o pedido da ação deve ter base em lei material elaborada pela União, Estado ou Município (MEIRELLES, 1986).

A ação civil pública, em si, não constitui um meio de controle da Administração Pública, pois esta pode compor o polo passivo sempre que causar dano a algum interesse difuso (DI PIETRO, 2015).

Por fim, dentre as classificações de participação e controle social, proposta por Paulo Modesto (2005), pode-se mencionar a fiscalização orgânica que compreende a obrigatoriedade de participação de entidades representativas em bancas de concursos públicos.

Clèmerson Merlin Clève (2014) propõe uma forma diferente de sistematização dos meios de participação do cidadão na gestão da coisa pública. O autor divide a participação social da seguinte forma: a) cidadão eleitor; b) cidadão agente do poder; c) cidadão colaborador; d) cidadão seduzido; e) cidadão censor. O autor ainda trata da cidadania participativa e do território político, além do território administrativo. Por fim, traz a ideia da participação de fato e da participação regulada.

O cidadão eleitor é considerado o povo que comparece às urnas e deposita a sua vontade por meio do exercício do voto (CLÈVE, 2014). A democracia

representativa é prevista na Constituição Federal brasileira e é exercida por meio do sufrágio universal, voto e eleição. Compreende-se que o momento máximo de participação popular, na democracia representativa, é por meio do sufrágio universal. O art. 14 da Constituição Federal de 1988 assim dispõe: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos [...]”. A doutrina distingue sufrágio, voto e eleição, sendo o sufrágio o direito de escolha, voto, o ato que o assegura e a eleição, o processo dessa escolha (SOUZA, 1998).

O cidadão agente do poder ocorre quando este se insere no poder público, depois de prestar concurso e ser nomeado ou, ainda, quando apenas nomeado em casos de cargos em comissão ou na hipótese de contratação por tempo determinado (CLÈVE, 2014).

O cidadão colaborador é o terceiro tipo de participação, conforme Clèmerson Clève (2014), e pode ser exercido de diversas formas, entre elas nos casos de delegação do serviço público aos particulares através de concessão, permissão e autorização. O Terceiro Setor também é entendido como possibilidade de colaboração neste tipo de participação, bem como a participação em colegiados.

O cidadão seduzido ocorre quando há a realização de atividades públicas mediante a ação conjunta do cidadão e do Estado, sendo que o estímulo da atuação privada ocorre através de isenções fiscais, concessões de crédito facilitado, doação de imóveis e subsídios (CLÈVE, 2014).

A quinta modalidade, chamada de cidadão censor, ocorre quando o cidadão se utiliza do direito de petição previsto no art. 5º, XXXIV. Clève (2014) ressalta a possibilidade deste meio participativo através de censura judicial, utilizando-se de meios como a ação popular.

A última forma participativa, ainda conforme Clèmerson Merlin Clève (2014), é compreendida pelo cidadão propriamente participante, qual seja, o cidadão que se insere na própria decisão da Administração Pública, seja porque foi consultado ou porque a ele foi outorgado poder decisório. Neste caso, o cidadão participa de modo imediato nas escolhas da Administração Pública.

A partir destas colocações, o autor passa a analisar a cidadania participativa no território político e no território administrativo. Em termos políticos, é reconhecida a participação por meio do plebiscito, referendo e iniciativa popular (CLÈVE, 2014).

A Constituição Federal prevê, nos incisos I, II e III do art. 14, que a soberania popular pode ser exercida por meio de plebiscito, referendo e iniciativa popular e a Lei 9.709/98 os regulamenta.

O plebiscito é o primeiro instrumento da democracia participativa previsto na Constituição Federal do Brasil, sendo que a sua conceituação legal se encontra positivada no art. 2º, §1º da Lei 9.709/98, explicando que este instrumento é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, podendo o cidadão aprovar ou recusar o que lhe foi proposto.

O plebiscito pode ser compreendido como uma consulta popular feita, ao povo, antes do ato legislativo ou administrativo, cabendo à Administração Pública formular a legislação atendendo aos anseios do povo. Esta consulta é realizada a todos os eleitores relativamente a um ou mais assuntos e sempre antecede a elaboração da lei. A pergunta realizada, por meio deste instrumento, deve ser feita sem maiores digressões, o número e a forma que as perguntas serão formuladas é de competência do Congresso Nacional, sendo que o eleitor responderá apenas sim ou não às indagações (BULOS, 2005).

O referendo, por sua vez, é conceituado legalmente no art. 2º, §2º da Lei 9.709/98. Diferencia-se do plebiscito, pois é convocado após o ato legislativo ou administrativo, cabendo aos eleitores a sua ratificação ou rejeição.

A Lei de Iniciativa Popular é um processo legiferante que, desencadeado pelo próprio povo e após o preenchimento dos requisitos previstos na lei e Constituição Federal, pode submeter projeto de lei já articulado ou não. Nesta segunda hipótese, o povo requer, ao Congresso Nacional, a elaboração de uma lei conforme os seus anseios. Nesta forma participativa, conforme determina o art. 61, §1º da Constituição Federal, o povo deve colher a assinatura de, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído, pelo menos, por cinco estados da federação, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

O projeto de lei deve se ater a somente um assunto e não pode ser rejeitado por vício de forma, sendo que, neste caso, a Câmara dos Deputados deve providenciar a retificação de eventuais incorreções de cunho técnico. Cumpridas as exigências, o Legislativo dará seguimento à iniciativa popular dentro das normas que regem o processo legiferante. É o que se pode extrair do art. 13 e 14 da Lei 9.709/98.

A cidadania participativa, em território administrativo, exige a existência de um Estado de Direito e o respeito aos direitos fundamentais como pressupostos. Também há a necessidade de se atentar a outras conjecturas, sendo, o direito à informação, a base para o exercício deste tipo participativo, uma vez que, sem informação, qualquer participação pode se transformar em cooptação legitimadora (CLÈVE, 2014).

A legislação nacional assegura o direito à informação previsto no art. 5º, XXXIII da Constituição Federal, que é regulamentado pela Lei nº 11.111/2005 e pela Lei nº 12.527/2011, além da obtenção de certidões em repartições públicas previsto no art. 5º, XXXIV, “b” da Constituição Federal. Para tanto, se mostra necessária a mudança da concepção da Administração Pública, superando a ideia autoritária e autorreferenciada, além da alteração da psicologia coletiva dos administradores que veem, com desconfiança, a atuação dos cidadãos no campo administrativo (CLÈVE, 2014).

No que se refere às formas de participação no processo decisório de natureza administrativa, o autor analisa, em primeiro momento, os casos em que a participação ocorre de fato, ou seja, quando não é regulada pelo direito, mas que, de uma forma ou outra, vem influenciar na decisão final. Essa forma pode ser pública e legítima, movimentos populares, ou oculta e ilegítima, tráfico de influências, negociatas, clientelismos. Posteriormente, trabalha com as formas reguladas de participação do cidadão no espaço decisional, citando, como exemplo, os art. 10, 11, 29, inciso XII, 89, inciso VII, 189, 194, inciso VII, 204, inciso II, 206, inciso VI e 216, §1º, todos da Constituição Federal (CLÈVE, 2014, p. 97-99).

Como se viu, a partir de Paulo Modesto e Clèmerson Merlin Clève, buscou-se traçar um panorama *geral* sobre os principais mecanismos de participação e controle social que o cidadão possui à sua disposição na legislação brasileira.

Verificou-se, neste capítulo, a conceituação, função, ciclo e regime jurídico das políticas públicas no Brasil. Posteriormente, foi desenvolvida a ideia de que a democracia possui dupla função: a legitimadora e a controladora da Constituição Federal, restando exposto que o seu conceito se encontra imbricado com as políticas públicas, ou seja, somente pode se falar em políticas públicas dentro de um Estado Democrático de Direito.

Por fim, com a exposição das diferenças entre controle social e participação social, trazendo o estado da arte dos mecanismos de participação e controle, foi

possível constatar que ambos somente são possíveis dentro de um Estado Democrático de Direito, ainda que com certa dificuldade.

É claro que as ilações trabalhadas, neste capítulo, acabaram sendo trazidas de forma muito mais perfunctória do que se pretendia inicialmente pela densidade normativa e robustez doutrinária. Inobstante isso, acredita-se que os pontos objetivamente apurados são suficientes para avançar na presente tese.

Verifica-se que o objetivo geral de diagnosticar e observar os espaços de participação e controle social, na verificação dos espaços públicos, tendo como ponto de partida a passagem de um Estado Provedor de Direitos Sociais e Fundamentais para um Estado Fiscalizador e Fomentador, foi atingido, ainda que de modo simplório nestes dois primeiros capítulos.

Por certo que houve a necessidade de se ampliar o estudo no primeiro capítulo, eis que para a compreensão da lógica patrimonialista e toda a evolução a partir dela, demandou uma atenção maior a fim de clarificar os efeitos da racionalidade dela decorrente para a sistemática neoliberal atual.

Ainda que este segundo capítulo tenha, de fato, se engessado a uma variação mais legislativa crua e geral do que dogmática jurídica propriamente dito, não deixa de ter uma importante contribuição à presente tese, pois, enquanto delimitação ou quiçá exemplificação dos meios de estado da arte da participação e controle social, tornou-se possível verificar a caracterização dos meios já existentes no ordenamento jurídico pátrio e quais são os contornos e o papel da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito neste cenário.

Todavia, para poder avançar especificamente no problema central da tese e desenvolver os laivos iniciais dos objetivos específicos, é essencial remeter o foco de estudo para o serviço público em si principalmente para verificar quem exerce o protagonismo das políticas públicas e como se dá a sua realização. A partir desta ideia, será possível diagnosticar quais os meios de controle que o serviço público está sujeito quando não é prestado diretamente pelo Estado, mas por meio de delegação para entes privados e através do Terceiro Setor.

3. O PAPEL DO ESTADO A PARTIR DO PROTAGONISMO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: A IMPORTÂNCIA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS COMO INSTRUMENTO DE SUA REALIZAÇÃO

Este capítulo visa, como foco principal, explicar a relação entre as políticas públicas e o serviço público, bem como verificar seu principal idealizador. Isso porque, para os fins propostos nesta tese, é importante levar em consideração que o serviço público pode ser prestado de diversas formas, seja diretamente pelo Estado, seja por meio de delegação para entes privados ou para o Terceiro Setor.

A partir da definição das funções das políticas públicas e dos serviços públicos, é possível verificar não apenas as formas de participação social, mas principalmente como o controle social é comumente exercido nos casos em que as políticas públicas e serviços são realizados diretamente pelo Estado.

Assim, será exposto, ao longo deste capítulo, quais os meios de controle que incidem em cada forma de prestação de serviço público, visando avaliá-los não apenas de forma demonstrativa, mas também crítica nos casos em que haja a observação de perda de espaço social.

De igual maneira, é imprescindível estudar as formas de delegação das atividades do Estado ao setor privado e como é a relação de participação e controle social nestes casos.

Veja-se que, apenas a partir disso, o desenvolvimento desta análise torna viável o aprofundamento do papel do Terceiro Setor na sociedade e como, comparativamente, se exerce a participação social e controle quando o ponto de partida do protagonismo não é o Estado ou o ente privado nos casos de delegação.

3.1 Constante diálogo das políticas públicas e dos serviços públicos: definições e funções

Políticas públicas estão em constante diálogo com o serviço público, tanto é que este é um dos seus principais meios de realização. Por esta razão que, neste tópico, o foco recai essencialmente sobre a relação entre ambos.

O conceito e a função das políticas públicas já foram objeto de estudo no item 2.1 alhures, mostrando-se necessário complementar o estudo apenas em relação ao conceito e à função do serviço público.

O serviço público, na sistematização do direito administrativo, ocupou papel de relevância na doutrina francesa. “Serviço Público”, enquanto expressão, surge no

curso da fase absolutista, sendo que, antes disso, o serviço não era concebido com relação a particulares ou usuários, mas tão somente em relação ao rei (MEDAUAR, 1992).

Entretanto, em nível local, algumas atividades passaram a ser qualificadas como serviço público, pois designavam a intervenção dos poderes públicos em favor dos particulares, como exemplo, a criação, em 1665, de uma padaria comunal, levando-se em conta a produção insuficiente por conta dos padeiros, bem como pelo preço elevado que se cobravam pelo alimento à época. Percebe-se que, neste momento, já era possível verificar o esboço de dois princípios que integrariam futuramente a teoria do serviço público: a continuidade e a igualdade dos usuários para com o serviço (MEDAUAR, 1992).

No século XIX, a Escola de Bordeaux, também conhecida como Escola do Serviço Público, trabalhou vastamente esta expressão, desenvolvendo seu conceito e estabelecendo que o serviço público deve ser compreendido como atividade a ser assegurada, controlada e disciplinada pela Administração Pública, pois é compreendida como essencial para efetivar e desenvolver a independência social, o que somente pode ser realizado com a intervenção do governo. Sua ideia, portanto, está relacionada a uma obrigação imposta à Administração Pública ou, dito de outro modo, a Administração é feita para os administrados e não para os detentores do poder (MEDAUAR, 1992).

A partir desta ideia, estabelece-se uma dupla equação aos serviços públicos: (a) equação órgão-atividade, estabelecendo que todo serviço público deve ser realizado pelo Estado e (b) equação atividade, regime jurídico, configurando-a como atividade de interesse geral e, portanto, deve ser realizada pelo regime jurídico de direito administrativo. Mesmo que a primeira fosse imperfeita, tendo em vista que já existiam concessões de serviço público, a ideia foi determinante para a construção do conceito atual (MEDAUAR, 1992).

Esta noção é de valor inestimável, pois além de afirmar que o serviço público é uma exigência imposta ao Estado, protege as classes menos favorecidas. São as mais diversas finalidades que levam a considerar alguma atividade como serviço público, como a retirada da especulação privada em setores relevantes, propiciar o benefício do serviço aos desfavorecidos, suprir carências do mercado, os fins fiscais

ou desvantagens patrimoniais, favorecimento do progresso técnico (MEDAUAR, 1992).

Não se pretende esmiuçar todas as correntes que definem o serviço público, eis que, pela relevância temática, demandaria uma tese própria. Contudo, para os fins aqui propostos, é relevante expor a distinção entre serviço público *lato sensu* e *stricto sensu*.

Por serviço público *lato sensu*, entende-se como, por exemplo, uma intervenção estatal no domínio econômico que pressupõe a utilização de recursos econômicos limitados (JUSTEN FILHO, 2005). Certas atividades, que têm como objetivo satisfazer a coletividade, são qualificadas como serviço público quando o Estado entende que não é conveniente relegá-las ao mercado, não sendo conveniente que apenas fiquem sujeitas à fiscalização e ao controle que o Estado exerce sobre as atividades privadas (MELLO, 2004).

A concepção *lato sensu* dos serviços públicos trabalha com o dever estatal na atividade econômica e a sua regulação na iniciativa privada, conceituação esta que, para os objetivos pretendidos, não traz grande interesse e relevância. O que efetivamente interessa a este ensaio é o conceito *stricto sensu* que encontra previsão legal no art. 175²⁸ da Constituição Federal de 1988.

Ao fazer a leitura do texto constitucional, pode-se concluir que o serviço público possui duas principais características não taxativas, assim, o serviço público deve ser prestado pelo Estado, tendo em vista a determinação, pela Constituição, que a prestação incumbe ao Poder Público e a possibilidade de delegação por meio de concessões ou permissões. À vista disso, percebe-se que a Constituição Federal concede um norte ao legislador infraconstitucional, regando sobre os princípios que regem o serviço público como a universalidade, generalidade, modicidade e serviço adequado.

²⁸ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

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

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

A doutrina tradicional traz três princípios norteadores dos serviços públicos, sendo elas, a continuidade, a igualdade e a mutabilidade. Posteriormente, outros princípios foram reconhecidos e marcados pela evolução do conceito de serviço público (OLIVEIRA, 2011).

Nesta tese, serão expostos os princípios destacados pela doutrina brasileira, sendo eles a continuidade, a igualdade, a mutabilidade, a universalidade e a modicidade.

Decorre do princípio da continuidade, a ideia de que o prestador de serviço público, seja ele o Estado ou o delegatário, deve prestá-lo de forma adequada, pressupõe-se regularidade, embora não signifique que sejam prestados diariamente e em período integral, mas que deve sê-lo de forma que atenda às necessidades apresentadas pela população, trazendo, assim, uma maior segurança aos usuários destes serviços (OLIVEIRA, 2011).

O art. 6º, §3º, inciso I e II da Lei nº 8.987/1995²⁹ dispõe sobre as hipóteses em que não se caracteriza a descontinuidade do serviço como, por exemplo, em casos específicos de situações de emergência. Conclui-se, portanto, que o princípio da continuidade não é absoluto, havendo exceções legais para a sua realização.

O princípio da igualdade é a impessoalidade que rege toda a atividade da Administração Pública, sendo consequência o dever, pelo Poder Público e o delegatário, de prestar o serviço público de forma igualitária a todos os usuários, portanto, os particulares que preencherem a mesma situação técnico-jurídica têm direito de exigí-lo do prestador. Reconhece-se, por este princípio, o tratamento isonômico para as pessoas que se encontram na mesma situação jurídica e diferenciado entre aquelas que se encontrem em situação de vulnerabilidade (OLIVEIRA, 2011).

O parágrafo 2º do art. 6º da Lei 8.987/95 explica no que consiste a atualidade dos serviços públicos: “A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do

²⁹ Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,
II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”.

Com base no princípio da mutabilidade, afirma-se que os serviços públicos devem ser sempre atuais, a atualidade é outro nome que a doutrina denomina o princípio da mutabilidade. Para tanto, os serviços públicos devem se adaptar à evolução tecnológica e social (OLIVEIRA, 2011).

Como exemplo da observância do princípio da atualidade, pode-se citar a possibilidade de obtenção de certificado digital de vacinação de COVID-19 por meio de aplicativo do SUS. De igual forma, cita-se a possibilidade de o motorista de veículo automotor obter cópia de sua habilitação por meio de aplicativo de celular. Com a dominação de smartphones, no mercado de telefonia celular, esta medida se mostra adequada para a prestação de um serviço público atual.

O princípio da universalidade exige que a prestação do serviço público atinja o maior número possível de usuários, tanto o Poder Público quanto o delegatário devem empreender esforços para levar todas as comodidades do serviço público para pessoas que ainda não as recebem. Por meio deste, o Estado efetiva o princípio geral da igualdade, evidenciando o caráter social do serviço público como importante instrumento de efetivação de direitos fundamentais básicos (OLIVEIRA, 2011).

Não há um princípio que imponha a gratuidade para todos os serviços públicos, o que se justifica por, ao menos, dois motivos, (a) havendo concessão ou permissão do serviço público para entes privados, pressupõe-se que este venha almejar lucro como toda atividade privada, portanto, a tarifa se mostra a forma de remuneração para entes privados e (b) pelo fato de a Constituição apenas exigir a gratuidade para alguns serviços como, a título de exemplo, o ensino e o transporte público para idosos (OLIVEIRA, 2011).

Realizada a exposição sobre o conceito, função e princípios do serviço público, mostra-se relevante expor as interconexões que o serviço público possui com a política pública.

Como salientado anteriormente, há diversas maneiras de concretizar os direitos fundamentais, sendo as políticas públicas e a prestação de serviços públicos meios viáveis para este fim.

O Estado pode realizar os direitos sociais pela via indireta ao propiciar incentivos fiscais ou quando fornece creches para crianças menores de forma paralela

ao serviço estatal ou, ainda, por meio da sociedade civil quando presta saúde preventiva através de campanhas que patrocinam exames e medicamentos. Assim, os direitos podem ser efetivados tanto diretamente quanto indiretamente pelo Estado (BITENCOURT, 2013).

Os instrumentos tradicionalmente envolvidos com as diversas formas de políticas públicas são enumerados, por Bitencourt e Reck (2018), como a criação de legislação penal, civil, administrativa, o fomento, a regulação, os serviços públicos, as obras públicas, as intervenções da Administração na propriedade, as intervenções da Administração Pública na economia, o poder de polícia e os programas administrativos.

Por meio da criação de normas penais, civis, administrativas e dos demais ramos do direito, pode-se estimular ou desestimular alguns comportamentos da sociedade, podendo alcançar algum objetivo específico de alguma política pública.

Como advertem Bitencourt e Reck (2018), quando há a utilização do fomento, mediante empréstimos ou concessões de bolsas, por exemplo, alguns indivíduos ou grupos podem ser agraciados em algum âmbito da vida. Estes serviços públicos podem ser prestados tanto pela Administração Pública ou por particulares, visando realizar alguma prestação que possua interesse público como os serviços de saúde, segurança e educação.

As obras públicas, por exemplo as edificações, podem alcançar objetivos de uma política pública como a construção de postos de saúde, portos, estradas ou até as desapropriações, quando atua na intervenção na propriedade privada, para construção de loteamentos, outros instrumentos utilizados pelo poder público podem realizar políticas públicas também em outros setores como na proteção ambiental, na orientação urbanística e na preservação do patrimônio cultural e histórico (BITENCOURT; RECK, 2018).

Outra amostra de políticas públicas, ainda com Bitencourt e Reck (2018), é a intervenção da Administração Pública na economia, o que pode impedir práticas comerciais desleais, incentivando a política de crédito no país. O poder de polícia, por sua vez, atua por meio de orientação, concessão de licenças, regulações e sanções, como ocorre na política de trânsito. No entanto, verifica-se que o seu uso, por si só, não caracteriza uma política pública, mas sim um instrumento desta.

Os programas administrativos são conjuntos de atos da Administração Pública e podem estabelecer algum plano de ação nela, a instalação de lombadas eletrônicas, por exemplo, é considerada um programa administrativo, política de trânsito, e não uma política pública, outro exemplo a ser citado é a distribuição de preservativos, que embora não seja considerada uma política pública em si, é um instrumento, programa de saúde, desta (BITENCOURT; RECK, 2018).

Assim, conclui-se que os serviços públicos se diferem das políticas públicas, bem como estes dos direitos sociais. Em termos mais singelos, pode-se afirmar que direitos sociais são gênero em que serviços públicos e políticas públicas são espécies. Portanto, a política pública é uma categoria complexa que, por vezes, faz ligação com a realização de algum serviço público e que, em outras, concretiza direitos sociais (BITENCOURT, 2013).

Muito embora, na prática, uma política pública é mais facilmente detectável quando atrelada a algum serviço público, como visto, não pode ser considerada sinônimo deste. É fato que, em suas variadas formas, o serviço público pode conectar com todas as políticas públicas existentes, tornando-se, portanto, um dos seus instrumentos indispensáveis, pois a razão de existir da Administração Pública é que possa atuar de modo coordenado e de forma útil pela própria comunidade, realizando direitos que a comunidade entende como valiosos (BITENCOURT; RECK, 2018).

Portanto, evidencia-se que o serviço público é o principal instrumento de realização das políticas públicas, estando presente na maioria delas. As reformas administrativas, que visam desprestigiar o serviço público, acabam prejudicando, por consequência, as políticas públicas e a realização dos direitos fundamentais e sociais.

Nesse viés de raciocínio, o serviço público pode ser prestado diretamente pelo Estado ou por meio de concessão a entes privados, além do Terceiro Setor. Cabe ressaltar que há diferentes níveis e possibilidades de controle para cada forma de prestação de serviço público.

O presente trabalho pretende diagnosticar quais são os meios de controle que incidem sobre cada forma de prestação de serviço público, para que, então, seja possível afirmar se existe ou não um déficit de controle e participação social quando o serviço público é prestado pelo Estado e quando o é pela iniciativa privada.

Assim, nos próximos itens, buscar-se-á demonstrar quais são os espaços de participação e controle social existentes na Administração Pública, direta ou indireta,

bem como na delegação às Empresas Privadas. Após, avançar-se-á para o estudo intrínseco do Terceiro Setor, de modo a verificar se os espaços existentes são suficientes ou, em caso negativo, onde ocorre um maior decréscimo de controle e participação social quando o instrumento de política pública é realizado por meio de fomento administrativo.

3.2 Serviço público prestado pelo Estado e seus meios de controle

Neste item, como adiantado alhures, pretende-se expor os meios de controle que recaem sobre a prestação de serviço público quando é prestado diretamente pelo Estado. A exposição dogmática dos meios de controle, nesta forma, mostra-se relevante para a presente tese, tendo em vista que permite uma exposição minuciosa dos mecanismos de controle que recaem sobre a Administração Pública, possibilitando verificar se há um decréscimo gradativo dos meios de controle quando a prestação de serviço público é afastada do Estado e conseqüentemente aproximada de entes privados.

Com o crescimento da incumbência do Estado diante do crescimento de deveres que este absorveu, a Administração Pública, o Estado por conveniência e organização, pode determinar a descentralização de serviços públicos. “Duas, portanto, são as formas de oferecimento dos serviços públicos: a centralizada e a descentralizada, que, por conveniência e oportunidade, podem, em princípio, ser utilizadas pela Administração Pública” (GASPARINI, 2012, p. 312).

O Estado pode prestar serviços públicos de forma direta, centralizada, ou indireta, descentralizada, conforme estipula o art. 175 da Constituição Federal já citado em momento anterior. Salieta-se que, por oportunidade e conveniência, a descentralização por colaboração será objeto de estudo no próximo subitem, pois trata especificamente de transferência de execução por meio de concessões e permissões.

Por ora, é pertinente distinguir a organização da Administração Pública, diferenciando a desconcentração e a descentralização. Assim, ambas podem ser diferenciadas através de quatro formas: pela competência, pela nomenclatura, pela possibilidade de ser acionado judicialmente de forma direta e pelos exemplos, como será visto abaixo.

Na desconcentração, as competências são atribuídas a órgãos públicos sem personalidade própria, pois o conjunto de órgãos que a compõe forma a Administração Pública Direta ou Centralizada, sendo que os órgãos não podem ser acionados diretamente diante do Poder Judiciário, podendo ser citados como exemplos os Ministérios, Secretarias, Delegacias de Polícia (MAZZA, 2016).

Na descentralização, as características são outras, eis que as competências são atribuídas às entidades com personalidade jurídica autônoma, o conjunto de entidades que a compõe forma a chamada Administração Pública Indireta ou Descentralizada, as entidades podem ser acionadas judicialmente, tendo em vista que possuem capacidade processual, sendo exemplos as Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas e Sociedade de Economia Mista (MAZZA, 2016).

Há duas formas principais de descentralização: a descentralização por serviços e a descentralização por colaboração. O presente item desta tese não tratará a descentralização por colaboração, pois esta modalidade terá dedicação exclusiva no item 3.3.

Quando a descentralização ocorre por serviços, há a criação de uma pessoa jurídica de Direito Público ou Privado por meio de legislação, atribuindo a ela a titularidade e a execução de algum serviço público. Quando a centralização ocorre por colaboração, transfere-se apenas a execução de determinado serviço público para uma entidade privada previamente existente, mantendo, o Estado, a sua titularidade (MAXIMIANO; NOHARA, 2017).

A par dos breves esclarecimentos feitos acima, ater-se-á ao estudo dos serviços públicos e seus meios de controle quando prestados de forma direta, concentrada ou desconcentrada, e indireta quando a descentralização ocorre por serviços.

Os controles, quanto ao órgão que os exerce, podem ser administrativos, legislativos ou judiciais. O controle social pode ser considerado dogmaticamente como outro meio de controle, contudo, como visto anteriormente, a sua efetivação depende sempre de um instrumento de algum dos órgãos do Poder Público. Além destes meios, acrescenta-se o papel relevante do Tribunal de Contas como órgão autônomo de controle.

A Administração Pública pode fiscalizar e corrigir os seus próprios atos, nos aspectos de legalidade e de mérito, por iniciativa própria ou por provocação, conforme

já estudado anteriormente. A autotutela, a tutela e o controle hierárquico são modalidades do gênero controle administrativo (DI PIETRO, 2013).

Alexandre Mazza (2016) subdivide os meios de controle administrativo como supervisão ministerial e controle hierárquico. A supervisão ministerial abrange todos os órgãos da Administração Direta e Indireta, encontrando previsão no ordenamento jurídico através do Decreto-lei nº 200/1967 (DI PIETRO, 2013).

Como visto acima, Maria Sylvia Zanella Di Pietro distingue os meios de controle administrativo em três: a autotutela, a tutela e o controle hierárquico, já Alexandre Mazza, por sua vez, diferencia os meios de controle entre supervisão ministerial e controle hierárquico. Daí se dizer que não há um consenso doutrinário e dogmático sobre como sistematizar os meios de controle administrativo.

Todavia, para prosseguimento da presente tese, adotar-se-á a teoria de Maria Sylvia Zanella Di Pietro por entender ser a mais completa, atendendo às expectativas desta tese. A conceituação, de cada um dos três meios de controle administrativo, será objeto de exposição nos próximos parágrafos, possibilitando a sua distinção.

A Administração Pública Direta, quando revê os seus próprios atos por serem ilegais, inoportunos ou inconvenientes, o faz por meio da autotutela. Trata-se de um controle interno. O controle pode ser exercido também mediante provocação, utilizando-se de recursos administrativos para tanto, os quais compreendem todos os meios para provocar o reexame da Administração Pública. Este direito é corolário do direito de petição, contraditório e ampla defesa, apresentando-se, como modalidades do direito de petição, a representação, reclamação administrativa, pedido de reconsideração, recursos hierárquicos próprios e impróprios e a revisão (DI PIETRO, 2013).

O efeito deste meio de controle pode ser a manutenção da medida, a sua revogação, anulação ou até mesmo as que suspendam ou corrijam os efeitos danosos que determinada medida possa ter causado (MEDAUAR, 2018).

Para todos os efeitos, não se pode confundir a tutela com a autotutela, pois esta é o controle exercido sobre as entidades da Administração Indireta, tratando-se de um controle externo que somente pode ser exercido nos limites estabelecidos em lei, enquanto aquela se traduz na fiscalização que a União, Estados e Municípios exercem sobre a administração descentralizada com o intuito de manter a legalidade e garantir o cumprimento das suas finalidades institucionais (DI PIETRO, 2013).

A tutela administrativa possui diversas finalidades, sendo a imediata sua principal, pois é baseada no respeito à legalidade e à garantia do interesse público. Outras finalidades que merecem destaque são as de garantir a execução dos serviços especializados de modo compatível às finalidades e aos valores que guiam cada centro de poder, as de moldar a tecnicidade dos entes às respectivas diretrizes políticas, as de adequar suas atividades aos fins predeterminados, além dos cuidados pela atuação eficaz dos entes personalizados (MEDAUAR, 2018).

O terceiro meio de controle administrativo é o controle hierárquico, podendo ser entendido como a verificação realizada, pelos órgãos superiores, sobre os atos e atividades dos órgãos subordinados. Esse meio de controle acontece de forma contínua e automática, sendo realizado antes da eficácia da medida tomada pelo subordinado quando o ato exige uma autorização do superior, bem como através de instruções expedidas por meio de circulares e ordens de serviço. Há, inclusive, a possibilidade de ser realizada de maneira concomitante, quando o superior hierárquico acompanha o desenvolvimento de uma solução de um determinado assunto. Além disso, também é possível a realização após a tomada de decisão, ocorrendo, neste caso, o desencadeamento de maneira espontânea, provocada ou obrigatória nos casos previstos na legislação (MEDAUAR, 2018).

O controle hierárquico identicamente não se confunde com a tutela, eis que este não pode ser presumida, pois somente existe com previsão legal, enquanto aquele existe independentemente de previsão na legislação, tendo em vista que se trata de princípio inerente à própria administração; igualmente porque, na tutela, existem duas pessoas jurídicas diversas, sendo que uma exerce o controle sobre a outra, em contrapartida o controle hierárquico ocorre dentro de uma mesma pessoa jurídica; acrescenta-se, ainda, que a tutela somente admite atos de controle expressamente previstos em lei, portanto, é condicionada, já a hierarquia não é condicionada e implica em diversos poderes que lhes são inerentes (DI PIETRO, 2013).

Como mencionado, estes meios de controle podem ser realizados de ofício pela própria Administração Pública ou provocados pelos administrados, assim, convém expor que os recursos administrativos são os meios que os cidadãos detêm para solicitar o reexame de atos, decisões ou medidas adotadas pela Administração Pública. Estes recursos tramitam e são decididos dentro da própria Administração

Pública e representam um meio importante de aproximação entre os particulares e a Administração (MEDAUAR, 2018).

O primeiro recurso administrativo que será abordado neste trabalho é a representação, a qual é entendida como a “denúncia de irregularidades feita perante a própria Administração Pública ou a entes de controle, como o Ministério Público, o Tribunal de Contas ou outros órgãos que funcionem como ouvidoria” (DI PIETRO, 2013, p. 803). Esta espécie era disciplinada pela Lei 4.898/1965 que posteriormente foi revogada pela Lei 13.869/2019.

Para Odete Medauar (2018), não pode haver confusão entre recurso administrativo e a denúncia de ilegalidade ou abuso de poder, conhecida como reclamação. Nas Constituições anteriores a de 1988, fazia-se menção separadamente do direito de representação, dirigido às autoridades superiores, e o direito de petição para defesa de direitos, sendo que, na Constituição de 1988, o art. 5º XXXIV, “a”, englobou ambas as formas no direito de petição. Diante disso, tendo em vista que o trâmite e a decisão dos recursos administrativos ocorrem sempre dentro da própria Administração, atualmente, a representação não pode ser compreendida como um recurso administrativo.

A reclamação é outro recurso administrativo que advém do direito de petição. O direito de reclamação nasceu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, no art. 37, §3º, com a seguinte redação: “As reclamações relativas à prestação de serviços públicos serão disciplinadas em lei”.

No entanto, o texto sofreu modificações pela Emenda Constitucional nº 19 que atribuiu nova redação ao art. 37, §3º e incluiu o inciso I com a seguinte redação: “as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços”.

Esta modificação, conforme será exposto posteriormente, aumentou a importância do direito da reclamação como instrumento de controle dos serviços públicos, possuindo dois aspectos de relevância, assim, além de ser uma forma de controle social de prestação de serviços públicos como referido, também está consubstanciado como uma espécie de provocação da instância administrativa, o que auxilia o início de um processo administrativo, cujo principal objetivo é apurar as irregularidades mencionada pelos cidadãos (SCHIER, 2002).

Di Pietro define a reclamação administrativa como “o ato pelo qual o administrado, seja particular ou servidor público, deduz uma pretensão perante a Administração Pública, visando obter reconhecimento de um direito ou a correção de um ato que lhe cause lesão ou ameaça de lesão” (2013, p. 804).

Como visto no primeiro capítulo, até a reforma gerencial, o direito de reclamação tinha como finalidade o controle da Administração Pública pautado por um viés essencialmente democrático, visando concretizar o direito fundamental de participação e construção de um Estado Democrático de Direito. A perspectiva gerencial da Administração Pública, que visou a superação da forma burocrática de controle da máquina pública diante de um discurso da desnecessidade de manutenção dos controles burocráticos que, conforme seus defensores, somente fazem emperrar a Administração Pública, entendeu como necessário o alargamento das possibilidades do cidadão em controlar os serviços públicos, diante de um regime mais flexível, tendo em vista que seus resultados seriam controlados por aqueles a quem devem atender. Assim, surgem novos instrumentos de legitimação, estando, entre eles, o direito de participação e o direito de reclamação (SCHIER, 2002)³⁰.

A redação original da Constituição Federal, assim como a redação da Emenda Constitucional nº 19 também prevê, traz que o direito de reclamação, relativo à prestação de serviços públicos, seria disciplinado em lei. Entretanto, diversos anos se passaram após a promulgação da Constituição Federal e somente em 2017 foi promulgada a Lei 13.460/2017³¹, extrapolando o prazo de 120 dias fixado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, para a edição de uma lei de defesa do usuário do serviço público, mediante uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão interposta pela Ordem dos Advogados do Brasil em 2013 (SCHIER; BERTOTTI, 2019).

³⁰ Conforme já exposto nos capítulos anteriores, a ideia de o cidadão ser protagonista não é defendida neste trabalho. É importante esclarecer que a sociedade civil possui papel de relevância quando se fala em controle de serviços públicos, contudo, diante de todas as circunstâncias já expostas, o seu papel deve ser de coadjuvante e não de protagonista. A realidade social e jurídica do Brasil não permite interpretação diversa desta.

³¹ Conforme esclarecem as autoras, o projeto de lei, que originou a Lei 13.460/2017, iniciou um ano após a Emenda Constitucional nº 19 sob o nº 439, proposto pelo Senador Lúcio Alcântara, que após análise do Senador Romero Jucá, relator da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, recebeu duas emendas e o número de Projeto de Lei nº 6.953 de 2002. O processo foi enviado à Câmara dos Deputados e permaneceu sem trâmite por diversos anos. Somente após a ADO nº 24, o projeto entrou em pauta e após quase duas décadas de tramitação o direito de reclamação foi regulamentado.

O direito de reclamação está regulado pelos art. 9º ao 12º da Lei 13.460/2017, prevendo a possibilidade de os usuários de serviços públicos apresentarem manifestações perante a Administração Pública direta ou indireta. Sua aplicação decorre de forma subsidiária aos serviços públicos prestados por particular conforme determina o art. 1º, §3º. A própria lei esclarece que manifestações são consideradas reclamações, denúncias, sugestões, elogios e demais pronunciamentos. Portanto, quando o texto da lei menciona a expressão manifestações, também fica compreendida a ideia de reclamação. As manifestações serão direcionadas para a ouvidoria ou órgão responsável e serão analisadas e pautadas pelos princípios da eficiência e celeridade, visando a resolução efetiva que compreende a recepção da manifestação em canal adequado, emissão de comprovante de recebimento da manifestação, análise com a obtenção de informações, caso se mostre necessário, decisão administrativa final e ciência do usuário.

O próximo recurso administrativo a ser abordado é o pedido de reconsideração, que encontra previsão no art. 106 da Lei 8.112/1990³². Muito embora alguns autores relutam em incluir o pedido de reconsideração entre os recursos administrativos, para Odete Medauar (2018), o pedido de reconsideração deve ser compreendido como recurso administrativo, pois configura um pedido de reexame de uma decisão que é dirigido para a mesma autoridade que a proferiu, podendo, após apreciá-lo, decidir por mantê-la, revogá-la, anulá-la ou alterá-la de forma total ou parcial.

Além do pedido de reconsideração, existe o recurso hierárquico como modalidade de recurso administrativo. Para Carvalho Filho (2022), os recursos administrativos podem ser divididos em recursos hierárquicos próprios e impróprios. Os primeiros normalmente decorrem do poder hierárquico, sendo interposto no mesmo órgão que emanou a decisão, podendo, devido ao poder de autotutela, inclusive, ser decidido algo além do que foi solicitado que fosse revisado.

Para Oliveira (2022), os recursos hierárquicos próprios são caracterizados pela hierarquia administrativa, encontrando-se no interior de toda e qualquer entidade administrativa. Assim, salienta-se que o seu cabimento independe de previsão legal,

³² Art. 106. Cabe pedido de reconsideração à autoridade que houver expedido o ato ou proferido a primeira decisão, não podendo ser renovado.
Parágrafo único. O requerimento e o pedido de reconsideração de que tratam os artigos anteriores deverão ser despachados no prazo de 5 (cinco) dias e decididos dentro de 30 (trinta) dias.

isso porque o poder hierárquico administrativo permite a possibilidade de reforma das decisões dos subordinados pela autoridade superior.

A Lei 9.784/99 em seus artigos, conforme Di Pietro (2022), estabelece algumas das formalidades que devem ser seguidas quando da interposição do recurso hierárquico, possuindo a legislação um norte a ser seguido pela Administração para julgamento.

Já a categoria dos recursos hierárquicos impróprios, segundo Carvalho Filho (2022, p. 847), “são aqueles que o recorrente dirige a autoridades ou órgãos estranhos àquele de onde se originou o ato impugnado”, ou seja, não há relação de hierarquia ou subordinação entre o órgão que emanou a decisão e aquele que decidirá sobre o recurso.

Esta última classificação, segundo Oliveira, é compreendida como controle finalístico e administrativo, pois “as entidades administrativas devem atender as finalidades que justificaram a sua instituição e que constam da respectiva legislação” (2022, p. 76).

Dessa forma, lembra Carvalho Filho (2013), que os recursos impróprios não têm o vínculo da subordinação, mas existem para determinar que certos assuntos sejam analisados por órgãos específicos da Administração Pública, por isso acabam sendo admissíveis apenas se houver expressa previsão legal.

A revisão será o último recurso administrativo objeto de estudo neste trabalho, tratando-se de “recurso administrativo pelo qual o interessado postula a reapreciação de determinada decisão, já proferida em processo administrativo” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 971).

Este recurso usualmente é utilizado por servidores públicos, possibilitando a reivindicação de revisão de determinado ato decisório, contudo, há um requisito essencial para que este seja apto de apreciação, qual seja, a existência de fatos novos que possam levar o administrador a conceder decisão diversa daquela posta anteriormente (CARVALHO FILHO, 2014).

A Lei 8.112/1990 rege esta matéria a partir do art. 174 até o art. 182, esclarecendo que a revisão pode ser interposta a qualquer tempo, desde que existam fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do servidor ou a inadequação da pena que lhe foi imposta. Segundo a legislação, a revisão corre em apenso ao processo originário e deve ser concluída em sessenta dias, não podendo

agravar a pena caso julgada improcedente, por outro lado, caso julgada procedente, deve declarar sem efeito a penalidade anteriormente aplicada.

Assim, resta esclarecido que o controle administrativo pode ser compreendido pela autotutela, tutela e controle hierárquico. O administrado, seja ele servidor público ou usuário do serviço, pode exercer o controle por meio dos recursos administrativos, compreendendo a representação, reclamação administrativa, pedido de reconsideração, recursos hierárquicos, próprios e impróprios, e revisão.

Além do controle administrativo, é pertinente expor que o serviço público, quando prestado diretamente pelo Estado, também é suscetível ao controle legislativo, conforme exposto abaixo.

O controle legislativo, exercido sobre a Administração Pública, é limitado pelas hipóteses previstas na própria Constituição Federal, pois se trata de interferência de um poder na atribuição de outro, não podendo leis complementares, ordinárias ou as Constituições Estaduais criarem modalidades de controle legislativo não previstas na Constituição Federal. Existem, pois, dois tipos de controle legislativo: o político e o financeiro (DI PIETRO, 2013).

O controle político, como adverte Carvalho Filho (2014), tem como base a possibilidade de fiscalização, pelo Congresso Nacional e Senado Federal, sobre atos de administração e organização do Poder Executivo e Judiciário, conforme se evidencia pela leitura dos art. 49 e 52³³ da Constituição Federal.

³³ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

II - autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar;

III - autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias;

IV - aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas; [...]

XII - apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão;

XIV - aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares; [...]

XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;

XVII - aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares [...]

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...]

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

Dentro do controle político exercido pelo Poder Legislativo, Carvalho Filho (2014) destaca o poder de convocação, o poder de sustação e o controle das Comissões Parlamentares de Inquérito. Para o autor, o poder de convocação, que possui previsão no art. 50, caput e 50, §2º da Constituição Federal, consiste na possibilidade de convocar autoridades ligadas diretamente à Presidência da República para prestar depoimento sobre determinado assunto previamente, podendo, também, requerer informações por escrito.

O poder de sustação, que está previsto no art. 49, V da Constituição Federal, tem como objetivo preservar a função legiferante do Poder Legislativo. O controle das Comissões Parlamentares de Inquérito, que possui previsão no art. 58, §3º da Constituição Federal, atribui a prerrogativa de apurar fatos ocorridos na Administração Pública ao Legislativo, podendo encaminhar suas conclusões ao Ministério Público (CARVALHO FILHO, 2014).

O controle financeiro é exercido diante do Poder Executivo, Judiciário e do próprio poder Legislativo, referindo-se ao controle da receita, despesa e gestão de recursos públicos, abrangendo qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, incluindo pessoas que não sejam integrantes da Administração Pública, desde que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda e, mais, que em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária. As formas do controle fiscal legislativo podem ser divididas entre interna ou externa, sendo esta realizada com auxílio do Tribunal de Contas e aquela está relacionada com a fiscalização das contas internas (CARVALHO FILHO, 2014)³⁴.

II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade

IV - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente;

V - autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;

XI - aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato; [...] (BRASIL, **Constituição Federal**, 1988).

³⁴ Sobre este tema, merece destaque o art. 70 e 71 da Constituição Federal que assim dispõe:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

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

O controle financeiro, portanto, engloba cinco áreas de atuação: contábil, financeiro em sentido estrito, orçamentário, operacional e patrimonial, nos termos do art. 70 da Constituição Federal.

A área contábil compreende a atuação em atos que se formalizam os registros das receitas e despesas. No setor financeiro em sentido estrito, o controle ocorre nos depósitos bancários, empenhos, pagamentos e recebimentos de valores. Na área orçamentária, o controle tem como objetivo acompanhar o orçamento e a respectiva fiscalização dos registros nas rubricas adequadas. O controle operacional incide sobre as atividades executivas, cabendo verificar se os procedimentos legais foram adotados para cada fim, além da respectiva observância de celeridade, eficiência e

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

economicidade. Por fim, o controle patrimonial incide sobre os bens que são do patrimônio público, recaindo na observância de almoxarifados, estoques, bens de uso e consumíveis (CARVALHO FILHO, 2014).

O controle legislativo pode ser analisado através de cinco diferentes naturezas, quais sejam, a legalidade, a legitimidade, a economicidade, a aplicação das subvenções e a renúncia de receitas. O controle de legalidade possui relação com o princípio da legalidade previsto no art. 37 da Constituição Federal, a atividade administrativa deve se vincular à lei, dessa forma, o controle financeiro envolve a análise da legalidade dos atos da Administração Pública (CARVALHO FILHO, 2014).

O autor define, ainda, que o controle de legitimidade, no aspecto financeiro, se refere ao controle de mérito. Assim, a natureza desse controle recai sobre os princípios jurídicos da boa administração. O controle de economicidade, por sua vez, recai sobre a existência ou inexistência dos princípios da adequação e da compatibilidade no que tange às despesas públicas, ou seja, é responsável por verificar se o órgão que utilizou valores públicos o fez da forma mais econômica, visando a melhor adequação, custo-benefício, de determinada despesa.

O controle de aplicação das subvenções, por derradeiro, envolve aspectos de mérito e legalidade, fiscalizando a destinação de verbas, verificando se esta ocorreu dentro dos ditames legais e se foi realizada de forma mais econômica e criteriosa. O controle de renúncia de receitas também observa critérios de legalidade e de mérito, uma vez que deve ocorrer apenas de forma excepcional ou, em outras palavras, apenas quando observado o interesse público (CARVALHO FILHO, 2014).

O controle legislativo possui o Tribunal de Contas como auxiliar, por esta razão, o seu estudo possui relevância ímpar para o presente trabalho. Suas incumbências, no texto constitucional, estão previstas no art. 70 e 71, conforme já demonstrado anteriormente.

O que se pretende expor, após estas considerações, é que o Tribunal de Contas possui o encargo de controlar as atividades da Administração Pública, em especial, na esfera do serviço público e das políticas públicas.

Neste sentido, Nádia Rezende Faria afirma que o Tribunal de Contas “tem a prerrogativa e o dever de fiscalizar políticas públicas, outrossim, por ser defensor dos direitos republicanos, e, de consequência, defensor do cidadão contribuinte, o qual tem direito a serviços prestados de forma eficiente e econômica” (p. 11).

A Lei Complementar 101/2010 trouxe novas competências ao Tribunal de Contas, visando a fiscalização e proteção de recursos públicos, conforme se verifica pela leitura do art. 59, incisos I a VI.³⁵

Para tanto, nos termos do §1º do art. 59³⁶, o Tribunal de Contas está incumbido em alertar os Poderes e órgãos diversos, vide art. 20, a cumprirem com as determinações elencadas na referida norma.

Esta norma deixa claro que as políticas públicas devem estar vinculadas a uma gestão fiscal responsável, para tanto, determina que o Conselho de Gestão Fiscal institua formas de premiação e reconhecimento público aos órgãos que atinjam resultados meritórios nas políticas de desenvolvimento social.

Tendo em vista que as políticas públicas demandam aplicação de recursos públicos, seria ilógico pensar que elas não seriam objeto de fiscalização do Tribunal de Contas, restando, portanto, claro o objetivo central desta forma de controle, que visa a satisfação dos interesses e necessidades da sociedade (FARIA, p. 12).

Por este motivo, o Tribunal de Contas tem como função primordial a "defesa dos recursos públicos, sendo um fiscalizador do erário, ou seja, fiscaliza a utilização e gestão dos recursos públicos" (CHUDZIJ, 2020, p. 287-288).

³⁵ Art. 59. O Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas, e o sistema de controle interno de cada Poder e do Ministério Público fiscalizarão o cumprimento desta Lei Complementar, consideradas as normas de padronização metodológica editadas pelo conselho de que trata o art. 67, com ênfase no que se refere a:

I - atingimento das metas estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias;

II - limites e condições para realização de operações de crédito e inscrição em Restos a Pagar;

III - medidas adotadas para o retorno da despesa total com pessoal ao respectivo limite, nos termos dos arts. 22 e 23;

IV - providências tomadas, conforme o disposto no art. 31, para recondução dos montantes das dívidas consolidada e mobiliária aos respectivos limites;

V - destinação de recursos obtidos com a alienação de ativos, tendo em vista as restrições constitucionais e as desta Lei Complementar;

VI - cumprimento do limite de gastos totais dos legislativos municipais, quando houver.

³⁶ I - a possibilidade de ocorrência das situações previstas no inciso II do art. 4º e no art. 9º;

II - que o montante da despesa total com pessoal ultrapassou 90% (noventa por cento) do limite;

III - que os montantes das dívidas consolidada e mobiliária, das operações de crédito e da concessão de garantia se encontram acima de 90% (noventa por cento) dos respectivos limites;

IV - que os gastos com inativos e pensionistas se encontram acima do limite definido em lei;

V - fatos que comprometam os custos ou os resultados dos programas ou indícios de irregularidades na gestão orçamentária.

§ 2º Compete ainda aos Tribunais de Contas verificar os cálculos dos limites da despesa total com pessoal de cada Poder e órgão referido no art. 20.

§ 3º O Tribunal de Contas da União acompanhará o cumprimento do disposto nos §§ 2º, 3º e 4º do art. 39.

Como visto, não pairam dúvidas de que o controle dos Tribunais de Conta recai sobre as atividades prestadas diretamente ou indiretamente pela Administração Pública, sendo considerado um importante órgão auxiliar do Poder Legislativo.

Convém mencionar que o Tribunal de Contas, embora auxilie a fiscalização e controle do Poder Legislativo, não está subordinado a este poder, pois possui natureza jurídica de órgão público primário, despersonalizado, não estando sujeito a qualquer tipo de subordinação hierárquica ou funcional seja em qualquer poder. É considerado um órgão de natureza político-administrativa, resultando na sua autonomia perante os poderes judiciário, administrativo e legislativo, eis que não integra a estrutura de nenhum destes poderes (MAZZA, 2016).

Esclarecido o papel do Tribunal de Contas no controle dos serviços públicos prestados pela Administração Pública Direta ou Indireta, cabe esclarecer, pois, o papel do Poder Judiciário como controlador dos serviços públicos prestados pela Administração Pública.

O controle judicial ocorre pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos da Administração Pública, do Legislativo e do próprio Judiciário. Pode-se afirmar que é a forma de controle mais destacada quando se trata de direitos e garantias fundamentais, portanto, quando os poderes se desprendem de seus parâmetros e ofendem tais direitos, o controle judicial se mostra um meio apto para restaurar a situação de legitimidade. O controle judicial, que recai sobre atos da Administração, é exclusivamente de legalidade, ou seja, somente atinge os atos administrativos que não sejam compatíveis com a lei ou com a Constituição Federal, restando vedado o controle de mérito, que visa reavaliar a conveniência e oportunidade dos atos privativos da Administração Pública, uma vez que haveria invasão de atribuições, o que é vedado pela Constituição Federal (CARVALHO FILHO, 2014).

Conforme será visto no próximo capítulo, esta última afirmação dificulta demasiadamente a possibilidade de controle do fomento administrativo, que é classificado dogmaticamente como ato discricionário. Cita-se, como exemplo, a decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no agravo regimental em recurso extraordinário nº 1.131.552, publicado em 25 de novembro de 2019 e de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, admitindo, em casos excepcionais, a intervenção do Poder Judiciário.

Este recurso se refere a uma ação civil pública de autoria do Ministério Público do Ceará que, devido a omissão do Estado, requereu que fosse determinada a construção de uma delegacia de polícia civil. A decisão entendeu pela possibilidade de intervenção excepcional do Poder Judiciário, na atividade administrativa, para a implementação de políticas públicas, não havendo ofensa ao princípio da separação de poderes a determinação de construção de delegacia de polícia civil, tendo em vista a precária instalação existente na cidade (BRASIL, Recurso Extraordinário nº 1.131.552, 2019).

Embora com resistência, atualmente, não se pode mais admitir que ainda prevaleça o entendimento de que não se poderia obstaculizar as atividades do administrador definidas pela conveniência e oportunidade, pois não são passíveis de controle jurisdicional. Pode-se, contudo, afirmar que há uma certa tendência, majoritária, que leva esta compreensão para o lado oposto, embora com limites específicos, ou seja, o controle dos atos administrativos não deve ser baseado tão apenas nas regras, mas também na Constituição Federal, permitindo a superação da antiga classificação dos atos administrativos. Dessa forma, tanto os atos discricionários quanto os vinculados devem estar sujeitos ao controle, pois ambos necessitam observar o sistema jurídico positivado (DANIEL, 2013).

O controle jurisdicional também precisa observar o princípio da inércia, não há jurisdição sem autor, por isso ocorre mediante provocação diante do ajuizamento de ações. Além do princípio da inércia, merecem destaque os princípios da proporcionalidade e razoabilidade quando se trata de controle jurisdicional da Administração Pública (MEDAUAR, 2018).

As consequências mais observadas, no controle jurisdicional, são a suspensão de atos ou atividade, a anulação, a imposição de fazer, a imposição de se abster de algo, a imposição de pagar e, por fim, a imposição de indenizar ou ressarcir.

O Judiciário, ao determinar a não produção de efeitos de atos ou que estes sejam paralisados, está exercendo o controle mediante a suspensão de atos ou atividades. Na hipótese de o Judiciário decidir pela invalidação de um ato específico, para que este deixe de vigorar e produzir efeitos, está exercendo o controle diante da anulação. No entanto, quando o judiciário determina a realização de algo, trata-se de uma imposição de fazer. Se a decisão judicial indicar que a Administração deixe de fazer algo, pode-se afirmar que é caso de imposição de se abster de algo. Por fim, a

imposição de indenizar ou ressarcir ocorre quando as decisões impõem, para a Administração Pública, o dever de indenização ou reparação de danos, como nas ações de responsabilidade civil do Estado (MEDAUAR, 2018).

Existe um vasto leque de ações que desencadeiam o controle jurisdicional, conforme já exposto anteriormente precisamente no item 2.4 desta tese, motivo pelo qual deixa de mencioná-los, um a um, neste momento, evitando-se, assim, desnecessárias tautologias.

Como visto, o serviço público, quando prestado diretamente pelo Estado, é dotado de ampla gama de mecanismos de controle como o controle administrativo por meio da autotutela, tutela e controle hierárquico, além dos recursos administrativos que permitem ampla participação social pelo controle legislativo, político e financeiro, o qual é auxiliado pelo Tribunal de Contas e, por fim, também é passível de controle judicial sobre os atos da Administração Pública Direta e Indireta.

Visto isso, conforme determinado no introito deste capítulo, o próximo item a ser abordado corresponde ao estudo da amplitude dos mecanismos de controle quando o serviço público é prestado mediante delegação, ou seja, mediante permissões e concessões.

3.3 Serviço público prestado por delegação para entes privados e seus meios de controle

Após a análise sobre as definições de serviço público e formas de promover as políticas públicas por meio deles, verificou-se como o Poder Público, enquanto principal ator estatal, faz a execução desses serviços. Constatou-se que, sozinho, o Estado não é capaz de dar conta de todas as demandas da sociedade. Há, por esta razão, a possibilidade de delegar, aos entes privados, a execução dos serviços públicos. Assim, a partir deste tópico, focar-se-á na análise das formas de delegação existentes, bem como de que forma acontecem a participação e o controle social dessas atividades exercidas pelos entes privados.

Quando o Estado trabalha com a delegação, está transferindo, para outras entidades, a execução dos serviços públicos, podendo acontecer por meio de concessões, permissões ou autorizações³⁷. Assim, Maximiano e Nohara (2017)

³⁷ Alguns autores não consideram a autorização como uma modalidade de delegação.

explicam que a descentralização do serviço público pode ocorrer tanto por serviços³⁸ quanto por colaboração, que será realizada por meio de concessão ou permissão.

Na descentralização por colaboração, a pessoa que executará o serviço já existe, é vencedora da licitação e o poder público transfere apenas a execução, permanecendo como o titular do serviço público (MAXIMIANO, NOHARA, 2017).

Nesse sentido, conforme já estudado, a Constituição Federal, em seu art. 175, aponta duas hipóteses de delegação, a concessão e a permissão, mostrando-se necessário conceituar e distinguir cada uma delas.

A concessão é, na definição de Gasparini (2012), um contrato administrativo elaborado mediante certas condições em que a Administração Pública autoriza a execução ou a exploração de algum serviço público que lhe seja privativo à empresa privada que detenha interesse, sendo que a remuneração desta concessão ocorre através de cobrança de tarifa, pela empresa, aos usuários. A tarifa deve ser previamente aprovada pela Administração Pública.

Justen Filho lembra que “a concessão de serviço público é um instrumento de implementação de políticas públicas. Não é, pura e simplesmente, uma manifestação da atividade administrativa contratual do Estado” (2022, p. 443).

A concessão é considerada uma forma de realização dos valores postos na Constituição Federal, sendo feita mediante licitação e por prazo determinado, desempenhando a atividade por sua conta e risco, não devendo interromper o serviço, conforme determina a legislação federal que versa sobre o assunto, Lei 8.987/95 em seu art. 2º, inciso II³⁹.

Maximiano e Nohara (2017) lembram que concessão e permissão eram diferenciadas por algumas características as quais, hoje, não mais se justificam, permanecendo apenas pouquíssimas diferenças entre elas.

³⁸ Segundo Maximiano e Nohara (2017, p. 164) na descentralização por serviços, "o Estado cria ou autoriza a criação de uma pessoa jurídica à qual se transfere por lei a titularidade de serviço público". Este trabalho não terá foco em desenvolver este tipo de delegação.

³⁹ Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

Enquanto a concessão é feita na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a permissão aceita outras formas de licitação, sendo feita de modo precário, podendo, inclusive, ser delegável tanto para pessoa física, quanto jurídica⁴⁰.

Podem existir duas espécies de concessão, comuns e especiais, as primeiras são definidas como contratos administrativos por meio do qual o Poder Público concede, a terceiros, a execução de políticas públicas como determina a Constituição Federal, art. 21, XI e XII e art. 175. Para regulamentar essa modalidade de concessão, há duas legislações principais, a Lei 8987/95 e a Lei 9074/95.

Há uma discordância doutrinária acerca da necessidade do Poder Executivo, quem executa os serviços públicos, possuir autorização legislativa para a concessão deles. No entanto, analisando a norma constitucional, não há menção alguma a este pré-requisito, de modo que é prescindível a autorização legislativa para a execução dos serviços públicos pelo Poder Executivo, como bem pontua Oliveira, "nada impede que a lei estabeleça as condições genéricas de prestação do serviço e dos respectivos instrumentos jurídicos, mas a decisão pontual sobre a forma de prestação do serviço público (direta ou indireta) é exclusiva do Poder Executivo" (2022, p. 170).

Para execução destes serviços, é cobrado uma tarifa pelo concessionário, que terá o condão de fazer com que a execução da atividade não fique onerosa para o prestador do serviço, podendo este, ainda, se utilizar de receitas alternativas como possibilita a lei.

A concessão acontecerá por meio de licitação nos termos da Constituição Federal e das legislações administrativas que versam sobre os processos licitatórios, mas Oliveira (2022) observa que, em momentos específicos e oportunos de extrema urgência, pode a contratação ser feita de forma direta, todavia, nestes casos, não se pode deixar de lado a justificativa explícita do Poder Público.

Nos contratos de concessão comum, devem ser observadas as cláusulas essenciais que estão elencadas no art. 23 da Lei 8987/95, podendo ser resumidas em objeto, área e prazo da concessão, modo, forma e condições de prestação do serviço, critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço, preço do serviço, além dos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das

⁴⁰ Art. 2º. [...]

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco. (BRASIL, Lei 8.987, 1995)

tarifas, entre outros. Deve conter, também, as cláusulas exorbitantes, que são aquelas definidas pelo Poder Público sem possibilidade de questionamentos quanto pela concessionária.

O art. 57 da Lei 8.666/93 determina que os contratos de concessão devem ser por prazo determinado e, como não estão atrelados às receitas orçamentárias do Estado, mas sim às tarifas pagas pelos usuários, a legislação não prevê qual o prazo máximo para essas concessões.

Não fica, o concessionário, livre para realizar as atividades como bem entender, é o Poder Público quem detém a prerrogativa de fiscalizar o serviço prestado e se há observância das cláusulas contratuais. Cabe lembrar, como bem pontua Justen Filho (2022), que o risco da atividade existe, mas o poder público, como detentor da titularidade dos serviços, permanece ligado àquela prestação, mesmo que de forma indireta.

Ainda que sejam outras pessoas a executar o serviço público, a Administração Pública sempre será o ente responsável por realizar o controle, como bem pondera Gasparini: “a Administração Pública competente mantém-se permanentemente informada sobre o comportamento de quem executa serviços dados à sua cura, como são os seus concessionários e permissionários” (2012, p. 145).

As concessões e permissões, portanto, compreendem-se dentro da ideia do Estado Regulador, são as principais formas de delegação de serviços públicos a entes privados, conforme previsto na reforma gerencial já exposta no primeiro capítulo.

Com a intensificação do processo de concessão e permissão para que particulares prestem serviços públicos, mostrou-se necessário introduzir, no sistema jurídico, um órgão responsável pela regulação de possíveis falhas, visando evitar que o interesse público, que deve ser compreendido como base do regime publicista, pudesse ser substituído por uma visão atrelada somente ao lucro, típica da iniciativa privada, que passou a ter uma maior participação na execução de atividades que antes eram somente relacionadas ao Estado (PEREIRA, 2010).

A captação de investimentos privados estava relacionada com a possibilidade de se criar um cenário político-econômico que demonstrasse que o Estado, ao exercer a função reguladora, pudesse atuar com eficiência, garantindo estabilidade nas relações jurídicas estabelecidas com entes privados. Havia, portanto, grande preocupação em dar segurança jurídica, evitando-se surpresas em constantes

alterações de regras. Assim, nasceu a necessidade de criar um ente com maior autonomia e especializado tecnicamente, evitando-se tomadas de decisões baseadas tão apenas em interesses políticos, propiciando o acompanhamento do avanço tecnológico na execução dos serviços públicos (GARCIA, 2019).

Quando o Estado privatiza, há a outorga do exercício de uma atividade de interesse público para entes particulares. Com isso, o Estado passa a ser obrigado a normatizar o exercício das atividades como forma de se legitimar diante da população, bem como para manter a titularidade do serviço privatizado (MOTTA, 2003).

Assim, nasceram as agências reguladoras, tendo como finalidade controlar e regulamentar a prestação de serviços públicos que o Estado, até então, exercia de forma direta. Com esta transferência, o Estado começou a se ocupar com o seu novo papel de regular, fiscalizando e mediando conflitos referentes às atividades delegadas para a iniciativa privada (PRADO, 2007).

As agências reguladoras podem ser compreendidas como o principal meio de controle da Administração Pública quando se trata da delegação de serviços públicos ao setor privado. E, à vista disso, acaba possuindo relevância ímpar ao estudo e desenvolvimento desta tese. Por esta razão, mais adiante, aprofundar-se-á na análise legislativa deste meio de controle.

Ismael Mata (1996) conceitua regulação como uma política pública que consiste em interferir ou restringir as atividades de um sujeito regulado pelo ente regulador. O ente regulador não desenvolve a atividade regulada, mas é responsável por estabelecer regras que as restringem e as controlam de forma contínua. Por este conceito, permite-se afirmar que a regulação é uma atividade diversa da atividade regulada que visa limitar a liberdade do regulado.

Pode-se elencar três tipos de regulação de serviços públicos. A regulação de proteção, que visa assegurar o acesso à infraestrutura e rede aos delegatários por valores razoáveis. A regulação para garantir o funcionamento dos serviços públicos, visando propiciar a mais ampla concorrência possível. A regulação de conteúdo social que aspira garantir os princípios da universalidade, continuidade e adequação da prestação dos serviços aos usuários (BITTENCOURT, 2006).

A agências reguladoras podem ser divididas entre agências que regulam os serviços públicos concedidos, como a Agência Nacional de Telecomunicações, e

agências que regulam as atividades econômicas em sentido estrito, como a Agência Nacional do Petróleo (OLIVEIRA, 2011).

É importante esclarecer que o foco deste item é as agências que regulam os serviços públicos concedidos, tendo em vista que estes são prestados por entes privados por meio de delegação do poder público.

A criação das agências reguladoras, no Brasil, foi inspirada no modelo norte-americano. Nos Estados Unidos, essas instituições fizeram a sua primeira aparição no ano de 1929, apresentando-se como órgãos independentes do Poder Legislativo e podendo legislar, visando o controle das atividades de delegatários e os usuários de serviços executados por eles (NOHARA, 2017).

Pode-se afirmar que a história das agências reguladoras, nos Estados Unidos da América, passou por quatro distintas fases principais. A primeira foi marcada pelo surgimento do modelo de regulação, em 1887, quando se verificou a necessidade de conferir uma resposta reguladora às disputas travadas entre as empresas de transporte ferroviário e os empresários rurais. A segunda, ocorreu entre os anos 1930 e 1945, momento em que a economia norte-americana se viu abalada por uma forte crise e necessitou se socorrer de diversas agências administrativas que intervieram fortemente na economia, visando conter a crise (MENDES, 2000).

A terceira fase ocorreu entre os anos de 1945 e 1965 quando foi elaborada uma lei geral responsável pela uniformização do processo de tomada de decisões pelas agências. A quarta fase iniciou no ano de 1985, passando por uma redefinição do modelo regulatório, consolidando o papel das agências reguladoras e constituindo controles externos adequados que garantiram a sua independência (MENDES, 2000).

Existem quatro formas de regulação da economia: a regulação estatal, a regulação pública não-estatal, a autorregulação e a desregulação. O Brasil, por meio das agências reguladoras, reafirma a ideia de uma regulação estatal (ARAGÃO, 2002).

As Agências Reguladoras, no Brasil, são enquadradas como autarquias em regime especial, ou seja, possuem uma maior autonomia, podendo definir suas próprias regras instituidoras, tais como dirigentes nomeados para mandatos fixos, sem influência política na sua saída do cargo, período de quarentena após sua saída para que os entes regulados não os contratem por certo período após o afastamento, evitando terem informações privilegiadas (NOHARA, 2017).

Nohara (2017) afirma que as Agências Reguladoras possuem independência tanto do Poder Legislativo quanto dos demais. No entanto, após um tempo de existência, passou-se a questionar a real efetividade das agências, pois seus usuários começaram a querer a demonstração de custo-benefício das medidas regulatórias expedidas, para o fim de verificar se estas estão dentro dos padrões da necessidade real para serem empreendida nas formas determinadas.

Estes questionamentos decorrem principalmente porque a importação de inovações institucionais não trouxe o contexto cultural e jurídico originário consigo, tornando impositivo adaptações especialmente no que toca aos princípios da legalidade e da unicidade da jurisdição, trazendo discussões sobre os limites das competências normativas e sancionatórias das agências (ZYMLER; ALMEIDA, 2008).

Por certo, a independência das agências assume quatro aspectos diversos: a independência política dos dirigentes, a independência técnica decisional, a independência normativa e a independência gerencial, orçamentária e financeira ampliada (BINENBOJM, 2005).

O sistema das agências reguladoras é conhecido por ser importado e possuir atividade em esfera jurídica externa, não existindo submissão à chefia da Administração, sendo que esta insubmissão é justificada pela necessidade de alguns setores necessitarem de maior profissionalismo e qualificação técnica. Contudo, adianta-se a crítica, pois, por vezes, o avanço da tecnocracia, nestes casos, causa um risco de deslegitimação das estruturas de poder (BINENBOJM, 2014).

Assim, conforme Di Pietro (2015), as agências foram criadas, em uma primeira fase, para regular atividades que foram objeto de concessão, permissão ou autorização, ou seja, para regular atividades econômicas atribuídas ao Estado, podendo ou não ter natureza de serviço público.

Estas agências desempenham dupla função, pois, de um lado, assumem poderes e encargos para fazer licitação, contratar, fiscalizar, punir e, de outro, exercem a atividade de regulação em sentido mais amplo, estabelecendo regras de conduta que não são limitadas propriamente à concessão em si, mas também a outras prestadoras de serviços. Após essa primeira fase, também foram criadas agências com atividade própria de polícia, voltadas para outras áreas de atividade privada diversa da econômica, tal qual a Agência Nacional de Saúde Suplementar que é

responsável por impor limitações administrativas, além de fiscalizar e aplicar eventuais penalidades (DI PIETRO, 2015).

Uma das características das agências reguladoras é a limitação à interposição de recurso hierárquico impróprio ao Ministério que supervisiona suas atividades quando houver violação de políticas públicas estabelecidas pelo Executivo ou quando extrapolarem suas próprias competências. O colegiado das agências reguladoras é um instrumento importante para conferir uma garantia maior para que as decisões não sejam tomadas com base em interesses particulares, mantendo-se assim a tecnocracia (NOHARA, 2017).

Embora se reconheça autonomia das agências reguladoras, não se pode afastar os seus atos do controle judiciário diante do contexto apresentado pela Constituição Federal e seu princípio da inafastabilidade (TEIXEIRA; BITENCOURT, 2019).

Quando da criação da agência reguladora, haverá uma lei específica para sua instituição, bem como a previsão de que cada uma delas ficará responsável por regular um setor específico da esfera econômica, inexistindo subordinação hierárquica. Entretanto, elas se submetem ao controle por meio de supervisão do Ministério específico de sua área de atuação. As ações, desenvolvidas pelas Agências reguladoras dentro do poder de polícia, limitam, administrativamente, as atividades que não observam o “bem-estar geral”, além das ações voltadas para controle, fiscalização e fomento principalmente através de atividades que são executadas por meio de permissões e concessões de serviços públicos (NOHARA, 2017).

Atualmente, no Brasil, as agências reguladoras são entendidas como entidades da Administração Indireta com natureza jurídica de autarquia de regime especial, tendo função de regular matéria de sua esfera de competência prevista em lei. O regime especial de autarquias confere, às agências reguladoras, maior autonomia com relação à Administração Direta, a estabilidade de seus dirigentes não é passível de exoneração *ad nutum* e caráter final de suas decisões, portanto, possuem certa autonomia com relação aos três Poderes do Estado. Contudo, esta afirmação deve ser interpretada em conjunto com a Constituição Federal, sendo que a maior independência existente é com o Poder Executivo, eis que seus atos são passíveis de controle pelo Poder Judiciário e não podem conflitar com as normas constitucionais ou legais constituídas pelo Poder Legislativo (DI PIETRO, 2015).

Cabe ressaltar que a regulação das agências surgiu, nos Estados Unidos, como um rompimento do modelo de Estado mínimo e não como implemento de um Estado de Bem-Estar Social como no Brasil. Na realidade brasileira, a ideia de regulação nasce visando substituir o Estado clientelista que sempre foi ativo na economia para servir aos interesses dos diversos estamentos superiores (ZYMLER; ALMEIDA, 2008).

Muito embora o modelo de agências reguladoras independentes norte-americano tenha servido como base para o Brasil, sua forma foi utilizada com propósitos notadamente diversos, inclusive, opostos. No modelo estadunidense, a ideia das agências reguladoras era de impulsionar a mudança, no Brasil, porém, foram criadas para manter o *status quo*. O modelo norte-americano visou buscar relativizar as liberdades econômicas, tais como o direito de propriedade e autonomia da vontade, ao revés, no Brasil, a ideia era assegurá-las contra as tentativas de mitigação de futuros governos (BINENBOJM, 2005).

No Brasil, os três principais focos de tensões, causados pelas agências reguladoras, foram com o princípio da legalidade, com o sistema de separação de poderes e com o regime democrático (BINENBOJM, 2005).

A participação popular, nos Estados Unidos da América, é tratada com grande importância pelo direito norte-americano, pois os Tribunais exigem que as agências analisem todas as questões levantadas pelos cidadãos, em audiências populares. Há um procedimento de análise e resposta dos argumentos apresentados, chamado de *hard look review*, que obriga as agências a assegurar a efetividade de participação dos cidadãos (OLIVEIRA, 2011).

Nas atividades das agências reguladoras, os mecanismos de participação e controle social são as audiências públicas, as consultas públicas e os conselhos consultivos. As primeiras consistem em sessões abertas que são realizadas para cidadãos, associações e demais interessados, contudo, frisa-se que o resultado das deliberações não possui caráter vinculante para a Agência; as segundas são questionamentos, para a opinião pública, sobre assuntos de interesse coletivo e ocorrem antes da elaboração de alguma norma reguladora; por fim, os conselhos consultivos são órgãos de participação social de forma institucionalizada com caráter consultivo e também fiscalizador (BINENBOJM, 2005).

No modelo estadunidense, quando se trata de participação popular nas Agências Reguladoras, a invalidação das decisões ocorre quando há ausência de manifestação, por parte da Agência Reguladora, às exposições feitas em caráter de participação social.

O Judiciário norte-americano tem assumido papel relevante no controle das agências reguladoras, a *hard-look doctrine* se desenvolveu visando permitir que o Judiciário possa se incumbir de garantir fidelidade ao processo regulatório, possibilitando a invalidação de decisões arbitrária ou caprichosas (BINENBOJM, 2005).

Binenbojm (2005) refere que a doutrina tem se mostrado útil para que seja exigido, das Agências Reguladoras, a demonstração de que as vantagens se sobreponham às desvantagens. O Judiciário, portanto, tem exercido papel ativo de curador da racionalidade dos processos de regulação das agências, pois pode, algumas vezes, invalidar as decisões que sejam tomadas fora da lei ou, em outras, devolvê-las às Agências, determinando que sejam esclarecidos alguns pontos em razão de críticas ou comentários realizados pelos participantes da consulta pública (BINENBOJM, 2005).

Salienta-se que toda esta sistemática é relativamente recente, pois o Tribunal de Contas da União (TCU) apenas recomendou a adoção de algumas práticas estabelecidas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) às agências, entre elas a Análise de Impacto Regulatório (AIR), após o Relatório Final do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG) em 2013, que apontou a falta de uma racionalidade voltada à gestão dos impactos regulatórios. Foi apenas a partir de 2016 que se instituiu o PJ nº. 6.621/2016 que culminou com a aprovação da Lei n. 13.848 de 2019, Lei das Agências Reguladoras (GABARDO; GRANER, 2020).

Antes da vigência da Lei das Agências Reguladoras, portanto, não havia necessidade de observância ou de réplica às considerações feitas pela participação popular no Brasil. As ínfimas presenças de órgãos governamentais, partidos políticos e entidades de defesa do consumidor, que representassem interesses da sociedade civil, eram os principais motivos de severas críticas relativamente à participação popular brasileira (BINENBOJM, 2005).

A possibilidade de participação social era prevista nos regulamentos da ANS, embora não fosse procedimento obrigatório, o que somente ocorreu após a publicação da Lei Federal nº 13.848 de 25 de junho de 2019.

A tabela abaixo sistematiza um mapeamento do estado das AIR, pelas agências reguladoras, dois anos após a recomendação feita pelo Tribunal de Contas da União:

Tabela 2 - Mapeamento das Agências Reguladoras (2017)⁴¹

	A N T T	A N A T E L	A N A C	A N T A Q	A N C I N E	A N V I S A	A N P	A N E E L	A N S	A N A
Utilização	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x
Início	2009	2013	2013	2015	2013	2012	2013	2011	2010	2015
Obrigatoriedade	x	x	x			x		x	x	
Normas Internas	x	x	x	x	x			x	x	
Consulta externa pós conclusão	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x
Consulta externa antes da conclusão	x	x						x		
Disponibilidade de dados		x							x	

Fonte: GABARDO; GRANER, 2020, p. 282

Verifica-se, a partir destes dados, que a maioria das agências passou a considerar obrigatória a realização da AIR, muito embora a obrigatoriedade legal adveio apenas com a Lei Federal n. 13.848/2019, sendo a atual responsável por dispor sobre a gestão, organização, processo decisório e controle social das Agências Reguladoras, estabelecendo patamares maiores de participação social e determinando o dever de indicação dos pressupostos que determinam as suas

⁴¹ Adaptado.

decisões, sendo que todos os atos normativos devem ser precedidos de Análise de Impacto Regulatório.

A Lei n. 13.848/2019 determina que, antes da tomada de decisão de interesse geral dos agentes econômicos, usuários ou consumidores dos serviços prestados, seja realizada uma consulta pública, propiciando o envio de contribuições, críticas e sugestões por qualquer interessado, as quais devem ser disponibilizadas, na sede da Agência Reguladora e no site de internet, dez dias após o término da consulta pública, sendo que o posicionamento da agência reguladora, sobre as contribuições ou críticas, deve ser disponibilizado no site de internet da agência dentro de 30 dias úteis após a deliberação final do respectivo órgão sobre a matéria.

Mas vale argumentar, apesar de parecer óbvio, que a AIR não é a decisão ou deliberação final do órgão em si, mas sim uma ferramenta de melhoria da qualidade regulatória. Portanto, muito embora a legislação trouxe a obrigatoriedade das AIRs, infelizmente a participação popular é facultada em relação a esta (GABARDO; GRANER, 2020).

A consulta pública passou a ser obrigatória apenas em relação à tomada de decisão final, o que é satisfatório, pois deixa pouco espaço para a discricionariedade de sua realização ou não, havendo clara evolução legislativa neste sentido. Ademais, o processo decisório ficou mais dialético, porquanto a agência deve se posicionar sobre todas as críticas ou contribuições, não apenas as principais como determinava o regramento antigo, havendo também uma clara evolução nesse tocante.

Especificamente em relação às AIRs, pode-se dizer que a possibilidade de participação social se mostra uma ferramenta elementar para incremento do consensualismo na atuação administrativa, pois almeja alcançar uma regulação melhor que visa satisfazer o interesse público de forma mais eficiente (GABARDO; GRANER, 2020).

Todavia, a falta de obrigatoriedade da participação social, na etapa inicial, é merecedora de crítica, pois, segundo Gabardo e Graner (2020), ainda há Agências Reguladoras que não estabeleceram normas internas disciplinando a participação social. Assim, o fato de a Lei nº 13.848 estabelecer, em seu art. 9º, a participação por consulta pública antes da tomada de decisão pelo conselho diretor, peca ao estabelecer esta obrigatoriedade no início ou até as primeiras etapas de estudo da AIR, cuja consequência é tornar a consulta e audiência pública ineficientes, porquanto

tendem a ser realizadas apenas após a minuta do ato normativo. Diante disso, inobstante existir autorização para que as AR possam criar normas internas, indo além da Lei nº. 18.848 de 2019, o que se vê é uma certa dependência da vontade política de cada agência.

Diante disso, como comumente a participação se dá apenas ao final do procedimento de AIR quando o relatório já está pronto para submissão de consulta ou audiência pública, eventuais contribuições acabam versando mais sobre a própria redação do texto do que de contribuições acerca das opções ou impactos propriamente ditos (GABARDO; GRANER, 2020).

Com relação à audiência pública, a Lei Federal n. 13.848/2019 trouxe poucas novidades, sendo que a sua realização fica subordinada à decisão colegiada, cujo relatório deve ser disponibilizado na sede da agência e no site de internet.

O controle das agências reguladoras pode ser exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, referendando que as agências elaborem relatório anual de suas atividades, destacando o cumprimento da política do setor. Tal medida visa aperfeiçoar o acompanhamento das ações da agência, dando maior transparência e facilitando o controle social.

Outra medida de transparência adotada pela lei é a obrigatoriedade de a agência reguladora implementar plano de comunicação em caráter informativo e educativo, expondo suas atividades e os direitos dos usuários perante a Agência Reguladora e as empresas reguladas.

Ainda, cabe mencionar que a mesma lei estipula a implementação de ouvidoria que atuará sem subordinação hierárquica, zelando pela qualidade e tempestividade dos serviços prestados pela agência, além de acompanhar denúncias e reclamações contra a atuação delas, devendo elaborar relatório anual sobre as atividades da agência.

As novidades da Lei Federal n. 13.848/2019 trouxeram uma considerável evolução para o âmbito da participação e controle social, isso porque a consulta pública se tornou obrigatória em casos de impacto. Ao estipular que o posicionamento da agência reguladora deva ser fundamentado e publicizado, ameniza eventuais discriminações e decisões discricionárias que poderiam ocorrer antes de sua publicação.

Outra recente legislação que vale a pena mencionar é a Lei nº. 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica) que delibera a obrigatoriedade de AIR, inclusive, para a Administração Pública em geral⁴². Muito embora, em seu regulamento,⁴³ não haja a previsibilidade obrigatória da participação popular, permite que esta ocorra antes da tomada de decisão pela Administração Pública (GABARDO; GRANER, 2020).

Nesse sentido, Gabardo e Graner (2020) mencionam a importância das AIRs, almejando que esta prática venha, além de orientar e subsidiar o processo de tomada de decisão regulatória, aumentar sua eficiência, qualidade, transparência e segurança jurídica e principalmente o controle judicial, além, claro, do controle de legalidade, pois não deixam de ser sindicáveis pelo Poder Judiciário, estando sujeito ao princípio da proporcionalidade, necessidade e adequação.

Acrescenta-se que, além das legislações das Agências Reguladoras, as disposições da Lei de Concessões e Permissões também expõem algumas formas de controle existentes para os casos de concessões e permissões à atividade privada.

A Lei de Concessões e Permissões, Lei nº 8.987 de 17 de fevereiro de 1995, enumera, no art. 29⁴⁴, alguns encargos do poder concedente, prevendo diversas incumbências, inclusive, o poder-dever de fiscalização, visando a manutenção da boa qualidade do serviço concedido, estimulando a qualidade, produtividade e preservação do meio ambiente.

Para tanto, o poder concedente deve receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, inclusive, estimulando a formação de associações de usuários para defender os interesses relativos ao serviço concedido de forma coletiva.

Para exercer a fiscalização, a lei determina que o poder concedente deverá ter amplo acesso a todos os dados de administração e gerenciamento da concessionária,

⁴² Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico. (BRASIL, Lei n. 13.874, 2019).

⁴³ Decreto nº 10.411/2020.

⁴⁴ Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação; [...]

VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;

VII - zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas; [...]

X - estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação; [...]

XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.

cuja análise ficará a cargo de órgão técnico do ente concedente ou por entidade conveniada, estando sujeito a fiscalizações periódicas⁴⁵.

A hipótese do parágrafo único trata de controle externo exercido normalmente por uma agência reguladora (BITTENCOURT, 2006). Além disso, por força do art. 31, inciso V da Lei nº 8.987/95, incumbe à concessionária “permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis”.

Cabe, portanto, à Administração Pública o encargo de controle e direção de forma permanente sobre a prestação do serviço público, pois vale lembrar que somente a execução do serviço público se transfere ao particular contratado, remanescendo a titularidade para o Estado. Dentre esses deveres, podem ser citadas diversas obrigações, como a fiscalização da prestação do serviço, inclusive, a alteração de forma unilateral de cláusulas regulamentares, desde que seja para aperfeiçoar a atividade. Entretanto, caso o concessionário entenda que houve a extrapolação dos limites legais, por parte do poder concedente, poderá se opor à fiscalização (BITTENCOURT, 2006).

O poder concedente não pode furtar-se de exercer a fiscalização, pois, nesta hipótese, poderá ser responsabilizado de forma solidária caso o lesado demonstre que os prejuízos sofridos tiveram nexos causal com o ato ensejador do dano. Mesmo na hipótese de não se vislumbrar dano, o poder concedente pode ser responsabilizado pela omissão de sua função fiscalizadora (BITTENCOURT, 2006).

Cabe mencionar que a Lei de Concessões e Permissões dispõe, no art. 3º, que a fiscalização pelo poder concedente será executada com a cooperação dos usuários, demonstrando preocupação com a participação e controle social.

O usuário é parte diretamente interessada na boa prestação do serviço concedido, portanto, a sua participação é de grande relevância para que se alcance os resultados esperados. A possibilidade de controle social permite que o usuário possa controlar tanto a validade dos atos como a efetividade do serviço prestado. Mesmo que a lei não tenha especificado como ocorrerá o controle por parte dos

⁴⁵ “Art. 30. No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária. Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.” (BRASIL, Lei nº 8.987, 1995).

usuários, é importante compreender que esta possibilidade deve ser compreendida como ínsita manifestação do Estado Democrático de Direito, visando assegurar a prestação adequada do serviço delegado (BITTENCOURT, 2006).

A Lei de Concessões e Permissões, conforme exposto acima, prevê espaços de participação do usuário dos serviços públicos delegados. De igual forma, constatou-se que a fiscalização das concessões pode se dar por meio das Agências Reguladoras que também possuem previsão de possibilidade de participação e controle social da sociedade civil, estabelecendo instrumentos de participação como a audiência pública, consulta pública e ouvidoria.

Entretanto, os mecanismos de fiscalização das atividades delegadas não se limitam a estes expostos. O Tribunal de Contas, de igual maneira, possui papel de relevância no controle dos serviços públicos prestados mediante delegação.

Os primeiros trabalhos do TCU, na fiscalização de concessões, versavam sobre rodovias federais, sendo que sua atuação inicial ocorreu por meio de decisões plenárias. Com o passar do tempo, houve a sedimentação do conteúdo das decisões do TCU, possibilitando a edição de instruções normativas. No ano de 1988, o TCU criou uma unidade técnica, a Secretaria de Fiscalização de Desestatização (SEFID), que tinha como função analisar os processos de concessões e controlar a atuação dos órgãos reguladores, todavia, posteriormente, toda a força de trabalho da SEFID foi alocada para avaliar operacionalmente os atos associados à regulação dos serviços públicos (ZYMLER; ALMEIDA, 2008).

A Instrução Normativa nº 81/2018, do Tribunal de Contas da União, é responsável por dispor sobre a fiscalização dos processos de desestatização, tendo, como base normativa para a sua criação, os art. 70, parágrafo único e art. 71, inciso IV, ambos da Constituição Federal; art. 2º e 18, VIII da Lei 9.491/1997; e art. 5º e 6º, inciso IV da Lei nº 13.334/2016.

Cumprir mencionar que, no art. 1º da Instrução Normativa nº 81/2018 do TCU, é clara a competência do Tribunal de Contas para fiscalizar os processos de desestatização realizados pela Administração Pública Federal, em especial, nos casos de concessões e permissões de serviço público.

O art. 3º traz uma série de incumbência ao poder concedente, entre eles estão os estudos de viabilidade e as minutas da convocação, incluindo minuta do contrato e caderno de encargos, constando as consultas e audiências públicas. Este

dispositivo traz, em seus incisos, uma série de documentos que o TCU pode exigir em casos de concessão, deixando cristalino, no seu parágrafo único, que é possível exigir outros que entender necessário para o complemento de informações, além dos documentos expressos na Lei.

Do exposto, conclui-se que, quando se trata de controle de serviços públicos delegados para entes privados, as Agências Reguladoras assumem papel de protagonismo, correspondendo ao principal mecanismo de controle da prestação de serviço público.

Nesse sentido, a Lei nº 13.848/2019 trouxe importantes ganhos de espaço para a participação e controle social, prevendo a possibilidade de realizações de audiências e consultas públicas no processo regulatório.

De igual forma, constatou-se que o Tribunal de Contas da União também constitui órgão essencial para o controle de serviços públicos delegados, atuando diretamente na fiscalização de contratos de concessões e permissões.

A partir desta análise, passar-se-á ao próximo objeto de estudo: a compreensão do Terceiro Setor e os principais meios de controle quando o serviço público é prestado por meio deste, destacando os pontos de diferenciação dos meios de controle que são realizados em casos de delegação, por meio de concessões e permissões, conforme características estudadas acima.

3.4 Serviço público prestado por meio do Terceiro Setor e seus meios de controle

Para iniciar o estudo proposto neste tópico e possibilitar a formação de uma base teórica e argumentativa que servirá ao avanço das proposições desta pesquisa acadêmica, torna-se essencial, primeiramente, esclarecer alguns pontos importantes acerca do Terceiro Setor, o que se justifica, pois compreender a sua sistemática e as razões de sua existência são cruciais para discorrer sobre os meios de participação e controle social, além de permitir uma leitura mais abrangente deste assunto a partir do ponto de vista democrático.

Com o intuito de esclarecer melhor o significado e o alcance do Terceiro Setor, é que se dedica este tópico exclusivamente a esta matéria, discorrendo-se, inicialmente, sobre a origem do termo e as causas pelas quais este termo acabou prevalecendo.

Pode-se dizer que o termo “Terceiro Setor” começou a ser utilizado, durante a década de 70 nos Estados Unidos, para indicar um setor diferenciado da sociedade que atuava sem fins lucrativos, cujos objetivos eram centralizados tanto na produção quanto na distribuição de bens e serviços, sendo comumente relacionado para definir atividades de natureza não-governamental e, ao mesmo tempo, não-mercantil (SMITH, 1991).

A definição é sutil, mas ambiciosa, pois surge mundialmente um terceiro personagem, além do Estado e do mercado, sendo definido como “não-governamental” e “não-lucrativo”, embora organizado e independente, mudando a relação de dominação da cena pública que sempre esteve focalizada nas ações do Estado e do mercado (FERNANDES, 1994).

A tabela abaixo auxilia na compreensão da atuação dos agentes e dos fins a que estão vinculados:

Tabela 3 – Setorização dos Agentes por finalidades

AGENTES		FINS		SETOR
privados	para	privados	=	mercado
públicos	para	públicos	=	estado
privados	para	públicos	=	terceiro setor
públicos	para	privados	=	(corrupção)

FONTE: FERNANDES, 2002, p. 21.

Nem sempre houve unanimidade entre os autores sobre a característica “não mercantil” ou “não-lucrativo”, recaindo sua principal crítica, na atualidade, sobre as acepções negativas vivenciadas destas ações dentro da esfera do mercado e também nas de campo (LOHMANN, 2020).

Essa presunção negativa, que gira em torno da concepção de não lucratividade da atuação do Terceiro Setor, muito embora se apresente, num primeiro momento, interessante, acaba não se justificando do ponto de vista real, pois esta negatividade conceitual está vinculada erroneamente com a ideia de que, de alguma maneira, este setor atua de forma desvirtuada dos empreendimentos comuns. Em outros termos, significa que algumas acepções negativas demonstram muito mais sobre o que o setor não-lucrativo *não é* do que aquilo que ele é realmente (LOHMANN, 2020).

De fato, é corriqueiro que o Terceiro Setor, enquanto categoria, seja utilizado, implícita ou explicitamente, para provocar uma ideia equivocada de que o universo das organizações sem fins lucrativos seja uma forma de panaceia que pode substituir o Estado no enfrentamento de todas as questões sociais (ALVES, 2002).

A bem da verdade, a iniciativa privada que não visa o lucro pode ser considerada atualmente um fenômeno global e detém um fator potencial de democratização, inclusive, em âmbito internacional. Vale frisar a existência de um projeto criado especificamente para a promoção da cidadania ativa e da sociedade civil em escala mundial, chamado de Civicus - Aliança Mundial para a Participação dos Cidadãos (FERNANDES, 1994).

Com o advento desta modalidade, a ideia de uma subordinação hierárquica fica prejudicada, não restando mais a velha imagem dos indivíduos e grupos na base: o mercado ocupando o centro e o Estado no posto alto, governando o todo, onde os que compõem a base eram constantemente instados a opinar sobre as relações, os interesses de lucro particular e a lei comum.

O advento de um Terceiro Setor, nesse sentido, acaba provocando a imaginação a inventar outras figuras: “Imaginar, por exemplo, uma dinâmica da vida pública que se dê entre três polos, que não se sobrepõem e que a um tempo se opõem e se atraem” (FERNANDES, 1994, p. 20), dificulta a compreensão do complexo sistema social quando ingressa, na relação triangular, um setor novo com características próprias fazendo as vezes do Estado.

No entanto, mesmo que este novo setor tenha surgido com o intuito de fornecer bens e serviços públicos, de fato, não diminui e tampouco isenta o Estado de fornecê-los aos cidadãos. De igual forma, não pode ser o único setor responsável pela correção de todas as mazelas sociais que a falta de bens e serviços públicos pode acarretar ao corpo social, muito embora não se possa negar seu papel fundamental, na sociedade, por ser um instrumento eficaz para a realização dos princípios democráticos.

Justamente por se apresentar como uma alternativa viável à efetivação de direitos fundamentais, pois desenvolvem atividades legítimas, é que o fomento a este setor, por parte do Estado, pode se mostrar uma política pública interessante para trazer maior eficácia aos direitos fundamentais.

Por esta razão, o Terceiro Setor também é passível de controle estatal quando desenvolve políticas públicas que irão influenciar na prestação de serviços à comunidade, serviços estes que não são de atividade exclusiva do Estado. O controle realizado pode vir da própria entidade ou da Administração Pública que acompanha suas atividades, pois, como aponta Cabral (2015), a existência de um conjunto avaliativo dos processos, imerso no cumprimento da missão, oportuniza a comunicação entre as exigências apresentadas e a qualidade social dos procedimentos representativos dos interesses públicos expressos na missão.

Além de possibilitar um melhor cumprimento de acordo com as expectativas aguardadas dessas prestadoras de serviços públicos, o controle “revela possíveis falhas ocorridas e possibilita a introdução de medidas corretivas”, ou seja, por meio dele, verificam-se quais atitudes tomar para melhor cumprimento do dever de servir do Terceiro Setor (CABRAL, 2015, p. 66).

O controle do Terceiro Setor é analisado, por Prado e Castro (2007), em quatro distintas vertentes, através do autocontrole, do controle pelo Poder Executivo, do controle pelo Tribunal de Contas e do controle social.

As Organizações Sociais, por exemplo, como citam Prado e Castro (2007), possuem uma legislação que, embora tímida, determina um autocontrole de suas atividades, pois a Lei n. 9.637/98 estipula uma forma de controle a ser realizado por um conselho de administração⁴⁶.

Pode-se dizer, portanto, que há um controle intenso do Poder Executivo que prevê a participação, de 20% a 40%, de membros natos representantes do Poder Público que serão responsáveis pela fiscalização, acompanhamento do cumprimento das diretrizes e metas estabelecidas no contrato de gestão, sendo que o Conselho de

⁴⁶ Verifica-se do dispositivo legal, que possui interesse o Estado de que a maior parte desse controle seja exercido pelo Poder Público.

Art. 3º O conselho de administração deve estar estruturado nos termos que dispuser o respectivo estatuto, observados, para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, os seguintes critérios básicos:

I - ser composto por:

a) 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade;

b) 20 a 30% (vinte a trinta por cento) de membros natos representantes de entidades da sociedade civil, definidos pelo estatuto;

c) até 10% (dez por cento), no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados;

d) 10 a 30% (dez a trinta por cento) de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral;

e) até 10% (dez por cento) de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto.

Administração é a primeira instância do controle de resultados (PRADO; CASTRO, 2007).

As competências do Conselho de Administração das Organizações Sociais têm previsão legal no 4º da Lei 9637/1998⁴⁷, sendo uma delas aprovar o contrato de gestão, o que pode gerar uma relação desprovida de qualquer isenção entre as partes (FREITAS, 2013).

Diante disso, para evitar que a relação seja regada por *lobbies* privados e impedir o desvirtuamento das funções ou dos recursos de fomento, é que a Lei das OSCIP prevê a realização de auditorias internas, possibilitando o autocontrole das atividades da entidade do Terceiro Setor.

Ainda, no que tange ao autocontrole, cabe mencionar que a Lei das OSCIP prevê também a constituição de Conselho Fiscal para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro, podendo haver a participação de servidores públicos, neste caso, percebe-se que a determinação legal não traz a obrigatoriedade da participação de servidores.

Os resultados do Termo de Parceria devem ser analisados por comissão de avaliação própria, com formação de dois membros do Poder Executivo, um membro da OSCIP e um membro indicado pelo Conselho de Política Pública da área de atuação correspondente (PRADO; CASTRO, 2007).

Cabral (2015) explica que o controle deve ser de responsabilidade de toda a organização, visando uma revisão permanente e não apenas finalística, para que o

⁴⁷ Art. 4º Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras:

I - fixar o âmbito de atuação da entidade, para consecução do seu objeto;

II - aprovar a proposta de contrato de gestão da entidade;

III - aprovar a proposta de orçamento da entidade e o programa de investimentos;

IV - designar e dispensar os membros da diretoria;

V - fixar a remuneração dos membros da diretoria;

VI - aprovar e dispor sobre a alteração dos estatutos e a extinção da entidade por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros;

VII - aprovar o regimento interno da entidade, que deve dispor, no mínimo, sobre a estrutura, forma de gerenciamento, os cargos e respectivas competências;

VIII - aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade;

IX - aprovar e encaminhar, ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão, os relatórios gerenciais e de atividades da entidade, elaborados pela diretoria;

X - fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa.

controle possa ser uma ferramenta de constante aperfeiçoamento da prestação da atividade.

Para a autora, “controlar resultados nessas organizações é estabelecer relações com o exterior, aferindo interesses e expectativas dos públicos constituintes, conforme as tendências de publicização dos trabalhos das OTS” (CABRAL, 2015, p. 77).

Com relação ao controle pelo Poder Executivo, Prado e Castro referem que “o Estado, que porventura queira utilizar-se do Terceiro Setor, não pode se eximir de sua função primordial de promotor, fiscalizador e regulador da prestação dos serviços sociais”, (2007, p. 17), ou seja, na medida que oportuniza o exercício de atividades para terceiros que deveriam ser sua, o Estado também se torna responsável por aquele serviço, tendo como um de seus deveres o controle da execução destes⁴⁸.

Prado e Castro (2007) mencionam que a qualificação de uma entidade como OS pode ser considerada como uma fase preliminar de controle. Segundo a Lei 9.637/1998, em seu art. 1^o⁴⁹, o Poder Executivo é apto a qualificar, como organizações sociais, as pessoas jurídicas de direito privado que sejam sem fins lucrativos e cujas atividades estejam dirigidas a determinados ramos.

No art. 2^o da lei das OS⁵⁰, é elencado um rol de requisitos para que as entidades privadas possam ser qualificadas a se habilitarem como Organização Social.

⁴⁸ Na Lei 9637/98 que trata sobre as OS, em seu art. 8^o, determina pontualmente essa característica de controle realizada pelo Poder Público.

⁴⁹ Art. 1^o O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

⁵⁰ Art. 2^o São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social:

I - comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

- a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;
- b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;
- c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;
- d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
- e) composição e atribuições da diretoria;
- f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;
- g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;
- h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;

Entretanto, conforme previsão expressa no inciso II do art. 2º, muito embora a entidade atinja todos os requisitos legais, a aprovação, como OS, será decidida diante de critérios de conveniência e oportunidade por parte do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade.

Verifica-se, portanto, que a utilização da expressão "poderá" confere, ao Poder Executivo, a discricionariedade para a concessão do certificado que representa a possibilidade da postulante se habilitar para eventualmente firmar contrato de gestão com o Poder Público, não se encerrando o processo neste momento, pois demanda-se, ainda, a assinatura do referido contrato de gestão. Conforme parte da doutrina, a possibilidade de parecer não favorável, para entidade que tenha preenchido todos os requisitos previstos em lei, está em clara dissonância com os princípios constitucionais da Administração Pública, devendo-se refutar a discricionariedade no momento da qualificação (PRADO; CASTRO, 2007).

A seção III da Lei nº 9.637/98 prevê a figura do contrato de gestão, havendo previsão de controle do Poder Executivo no parágrafo único do art. 6º que assim dispõe: "O contrato de gestão deve ser submetido, após aprovação pelo Conselho de Administração da entidade, ao Ministro de Estado ou autoridade supervisora da área correspondente à atividade fomentada".

O art. 7º da Lei das OS prevê que: "Os Ministros de Estado ou autoridades supervisoras da área de atuação da entidade devem definir as demais cláusulas dos contratos de gestão de que sejam signatários". Além disso, o art. 8º⁵¹ estipula novamente a fiscalização do Contrato de Gestão pelo Poder Executivo.

i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;

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

⁵¹ Art. 8º A execução do contrato de gestão celebrado por organização social será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada.

§ 1º A entidade qualificada apresentará ao órgão ou entidade do Poder Público supervisora signatária do contrato, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro.

§ 2º Os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão devem ser analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação.

Ainda, cabe mencionar que, conforme o art. 16, §1º e §2º, o Poder Executivo poderá desqualificar a entidade como OS quando for verificado o descumprimento das disposições do contrato de gestão, precedendo sempre de processo administrativo e observando a ampla defesa. A desqualificação importará na reversão de bens permitidos e valores entregues à OS. A legislação novamente utiliza o verbo "poderá", dotando o ato de discricionariedade, a qual, conforme a melhor doutrina, deve ser extirpada tanto na qualificação quanto na desqualificação (PRADO; CASTRO, 2007).

Há uma clara impropriedade na legislação, pois a desqualificação deve ser obrigatória em determinados casos, não sendo admissível a discricionariedade ampla que permitam terrenos férteis para "juízos subalternos ou a condescências impertinentes" (FREITAS, 2013, p. 287).

A Lei das OSCIP também traz peculiaridades no que tange ao controle por parte do Poder Executivo. A qualificação de uma entidade como OSCIP está prevista no art. 1º, §2º e, neste caso, em não havendo a repetição do verbete "poderá", retira acertadamente a discricionariedade da outorga do título.

O trâmite legal tem previsão no art. 5º e 6º da Lei nº 9.790/1999, estabelecendo que o requerimento deve ser direcionado ao Ministério da Justiça com a documentação prevista no art. 5º, inciso I ao V do mesmo diploma legal. Eventual indeferimento deve ser baseado nas hipóteses também previstas em lei, art. 6º, §3º, incisos I a III da Lei das OSCIP, e, em caso de admissão, o Ministério da Justiça emitirá certificado de qualificação. De igual forma, a desqualificação não se utiliza da expressão "poderá", afastando, assim, eventual ideia de discricionariedade no ato.

Com a certificação, as OSCIP poderão firmar termo de parceria com o Poder Público, art. 9º da Lei 9.790/1999, sendo que o inciso V do art. 10⁵² determina que todo termo de parceria deve prever cláusula que estabeleça as obrigações da Sociedade Civil de Interesse Público.

§ 3º A comissão deve encaminhar à autoridade supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.

⁵² Art. 10 [...]

§2º [...]

V - a que estabelece as obrigações da Sociedade Civil de Interesse Público, entre as quais a de apresentar ao Poder Público, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados, independente das previsões mencionadas no inciso IV;

Ainda, a teor do disposto no art. 11 da Lei das OSCIP, a execução do objeto do Termo de Parceria sempre será acompanhada e fiscalizada por algum órgão do Poder Público que esteja vinculado à área de atuação correspondente à atividade fomentada, além dos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes em todos os níveis de governo.

Verifica-se, portanto, que há controle da Administração Pública antes da qualificação da entidade como OSCIP, durante a elaboração do termo de parceria e pela fiscalização de forma concomitante. Ainda há atuação do controle do Poder Executivo na sua desqualificação, por previsão do art. 8º, podendo o Ministério Público ou qualquer cidadão requerer a instauração de processo administrativo ou judicial, visando a retirada da qualificação de determinada OSCIP.

Em observância aos princípios que norteiam a Administração Pública, há outro meio de controle que pode ser exercido por órgão auxiliar do Legislativo, o Tribunal de Contas, pois, na medida em que envolve dinheiro público, caberá ao Tribunal de Contas exercer o controle da instituição (PRADO; CASTRO, 2007).

Em regra, as pessoas jurídicas de direito privado não prestam contas aos Tribunais de Contas de forma a se submeterem ao seu controle. Mesmo em casos de celebração de contratos com o Poder Público, pois os recursos públicos, nestes casos, lhe são atribuídos a título de ressarcimento ou remuneração pelos serviços prestados e não como fomento para o desenvolvimento de atividades de interesse social, ocasião esta que perdem a natureza pública (SCHOENMAKER, 2009).

Entretanto, a legislação específica, art. 13 da Lei das OS e art. 4º, V da Lei das OSCIP, deixa claro que os recursos repassados a estas entidades, permanecem públicos. Ainda, há a determinação, no art. 9º da Lei 9.637/98 e no art. 12º da Lei 9.790/99, que os Tribunais de Contas sejam informados da ocorrência de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização dos recursos ou bens públicos repassados para estas entidades.

Cabe, por fim, lembrar que os art. 70 e 71 da Constituição Federal preveem o controle do Tribunal de Contas, auxiliando o Congresso Nacional a fiscalizar todas as entidades, seja ela pessoa física ou jurídica, pública ou privada, sempre que utilizar, arrecadar, guardar, gerenciar ou administrar dinheiro, bens e valores públicos, correspondendo a esta a hipótese das OS e das OSCIP quando firmam contrato de gestão ou termo de parceria (SCHOENMAKER, 2009).

Por fim, mas não menos importante, deve-se chamar a atenção para a possibilidade de controle social nas Organizações do Terceiro Setor. Com a avaliação da sociedade sobre as atividades e recursos implicados nessas entidades, torna possível a verificação, pela sociedade, de que forma o público externo está sendo beneficiado pela execução de atividades que envolvam o dinheiro público (CABRAL, 2015)

E embora haja previsão constitucional e legal para esse tipo de controle, é relevante lembrar que a sociedade brasileira é caracterizada por ser amorfa e sem capacidade de organização, sendo dotada de corporativismos. Assim, os cidadãos que não pertencem a grupos ou classes devidamente organizadas, ficam alheios ao processo democrático. Independentemente da existência de diversas previsões de controle social na legislação, estas vêm se mostrando insuficientes para garantir a efetivação do controle social, pois a sua utilização mormente acaba recaindo para o benefício e conveniência de seletos grupos sociais, capturando o Estado em benefício próprio em detrimento de outros (PRADO; CASTRO, 2007).

Existem pontos comuns, nas leis das OS e das OSCIP, em relação a publicidade dos atos praticados como, por exemplo, a obrigatoriedade de publicação de relatórios financeiros e de execução⁵³, a necessidade de publicação do termo de parceria e do contrato de gestão⁵⁴, a exigência de publicação do regulamento adotado para efetuar compras e o plano de cargos e salários⁵⁵ (PRADO; CASTRO, 2007).

Conforme se depreende da leitura do art. 2º, I, "d" da Lei nº 9.637/98, o órgão colegiado de participação superior deverá contar com a participação de membros da sociedade com notória capacidade profissional e idoneidade moral.

No que tange às OSCIPS, verifica-se, com base na leitura do art. 10, §1º da Lei 9.790/99 e art. 10, §2º do Decreto nº 3.100/99, que há a previsão de controle por meio dos Conselhos de Políticas Públicas da área de atuação correspondente que atuam de forma consultiva. Cabe mencionar que a sua participação não é necessária nos casos em que não exista Conselho instituído na área de atuação correspondente. Este Conselho atua na fiscalização de execução do termo de parceria, conforme prevê o art. 11º da Lei das OSCIP e na comissão de avaliação de resultados por determinação

⁵³ Art. 4º, VII, *b* da Lei nº 9.790/99 e art. 2º, I, *f* da Lei nº 9.637/98

⁵⁴ Art. 10º, VI da Lei nº 9.790/99; art. 10º §4º do Decreto nº 3.100/99 e art. 7º da Lei nº 9.637/98

⁵⁵ Art. 14 da Lei nº 9.790/99 e art. 17 da Lei nº 9.637/98.

do art. 11, §1º da Lei das OSCIP e art. 20 do Decreto nº 3.100/99, tendo a prerrogativa de indicar um membro da comissão julgadora no concurso concorrencial que visa a celebração do termo de parceria, conforme previsão do art. 30 do Decreto 3.100/99.

O Conselho de Política Pública possui formação híbrida e, muitas vezes, sofre forte pressão do Poder Público, pois trata-se de um pequeno espaço de controle social dentro de um gigantesco âmbito de discricionariedade do Poder Público (PRADO; CASTRO, 2007).

Percebe-se que há uma preocupação do legislativo no controle das atividades exercidas pelo Terceiro Setor quando há a injeção de recursos públicos, pois estas entidades executam serviços que seriam originalmente um dever do Estado, mas que este, apesar de todo o seu aparato, não consegue, por si só, dar conta da extensa demanda. Assim, o fomento de entidades do Terceiro Setor é fundamental para que o próprio Estado alcance os objetivos políticos de construir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil⁵⁶.

O controle exercido pela própria sociedade, dentro desse viés, pode ser considerado um dos fundamentos mais elementares, pois é visto como uma forma de estímulo de boas práticas pelos atores sociais, ao passo que também apresenta um forte potencial inibidor de desvios e abusos com o trato da coisa pública (SECCHIN, 2008).

Ainda há um caminho longo a ser percorrido no campo do controle que, no momento, parece estar mais preocupado com o resultado do que com a forma em que este será entregue, não possuindo uma otimização dos recursos públicos e, por vezes, uma execução não otimizada na efetivação dos direitos fundamentais.

Muito embora a sociedade brasileira se mostra mais atuante nas últimas décadas, o que pode ser facilmente percebido através do crescente número de associações civis e organizações não governamentais, muitos cidadãos não parecem estar totalmente em sintonia com o poder existente em suas mãos através das diversas formas de controle social (SECCHIN, 2008).

⁵⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, **Constituição Federal**, 1988)

Como bem adverte Secchin (2008), a aferição da participação social é destoante em alguns setores sociais, levando-se em conta a magnitude territorial brasileira como um todo, por essa razão, é necessário considerar a grande heterogeneidade da população brasileira em todos os seus sentidos, com atenção especial às pessoas que vivem na periferia da sociedade em decorrência da desigualdade na distribuição de renda, do baixo grau de escolaridade e principalmente pelo fato de que os cidadãos nem sempre são conhecedores dos seus direitos sociais, incluindo a possibilidade de participação política para além da obrigação de voto. Esta realidade impede o revigoramento do controle social, mas, em hipótese alguma, poderá ser utilizada como escusa para a não estimulação do controle social.

Como citado, são inúmeros os desafios existentes para que haja uma maior integração e participação social na vida pública. Por óbvio, nem todos detêm a mesma cognição a respeito dos meios de controle, tampouco condições, não necessariamente financeira, para ingressar com algum dos meios burocráticos de controle explícitos no ordenamento jurídico, conforme já visto em momento anterior.

Todavia, com o avanço tecnológico, novas ferramentas de controladoria estão sendo abertas para propiciar uma adesão maior de participação social, tais como portais de transparência, plataforma de informações e de links disponíveis para a avaliação de desempenho, denúncias entre outros.

Todas estas espécies de recursos podem ser consideradas uma forma, ainda que demasiadamente simplória, de propiciar, à grande parte da sociedade, a inclusão no espaço público, o que conseqüentemente aumenta as chances do exercício de poder do controle social.

Nesse sentido, como muito bem lembra Secchin (2008), não obstante os estudos disponíveis demonstrarem que as ações de estímulo ao controle social são mais demoradas, em via de regra, quando são amparadas na transparência e na publicidade, tendem a ser mais efetivas, por essa razão, o pleno acesso às informações, sobre as políticas governamentais e gastos públicos, é imprescindível e deve ser realizada em linguagem simples, permitindo que qualquer cidadão possa compreender. Assim, a eficiência da prestação dos serviços públicos pode ser alcançada quando o controle social puder ser feito por todos os seus usuários, o que, a toda prova, pressupõe o fortalecimento dos canais de comunicação existentes entre sociedade e governo.

Sem estes canais de comunicação, o que hoje pode ser considerado um pequeno avanço ante a tarefa árdua de inclusão e participação social no exercício do controle, pode virar um verdadeiro abismo, uma espécie de divisor de águas, entre aqueles cidadãos da sociedade civil não organizada, que possuem acesso aos instrumentos de informação, e parte da sociedade que não possui as mesmas condições, cuja consequência lógica será, automaticamente, a exclusão destes no processo de controle social, instrumento puro do exercício da cidadania e da democracia.

Estes canais de comunicação, portanto, podem ser uma ferramenta simples e viável para a eficácia do controle social no âmbito do Terceiro Setor, pois, por serem setores privados que disponibilizam bens e serviços públicos à sociedade com o injetamento de recursos governamentais através da política pública de fomento, permitem que a Administração Pública avalie de perto o retorno dos investimentos para os cidadãos.

Em outras palavras, significa que se determinada organização não esteja cumprindo, com eficiência, as atividades públicas que foram fomentadas com recursos governamentais, é possível que possa haver, em termos de estratégia discricionária visto no capítulo anterior, o cancelamento do fomento destinado a determinada organização, passando, a Administração Pública, a adotar outra forma de políticas públicas para o alcance dos direitos fundamentais.

Analogicamente ao que ocorre na controladoria das organizações privadas *lato sensu*, o principal objetivo é promover a eficácia das decisões tomadas, direcionando-as para que estejam umbilicalmente envolvidas com os demais setores da organização, tal qual o gerencial, executivo e operacional (MARTINS et al, 2012).

Veja-se que o controle exercido pelos cidadãos, por meio dos instrumentos legais explícitos e implícitos tal qual narrado acima, também detém o mesmo condão de promover a eficácia das decisões tomadas pela Administração Pública ao adotar o fomento do Terceiro Setor como política pública.

Diante disso, pode-se concluir, com certa tranquilidade, que o Terceiro Setor é instrumento de efetivação dos direitos fundamentais quando exercem atividades e forneçam bens públicos aos cidadãos e, quando fomentados pela Administração Pública, apesar de sua autonomia, devem ser objeto de fiscalização não apenas do Estado, mas principalmente pela própria sociedade destinatária de tais bens e

serviços que não apenas podem como *devem* exercer o poder do controle social para a salvaguarda do bom emprego dos recursos públicos.

4. ATIVIDADE DE FOMENTO NO BRASIL COMO INSTRUMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: A NECESSÁRIA REVISÃO DOS ESPAÇOS DE PARTICIPAÇÃO E CONTROLE DA ATIVIDADE NO BRASIL

A atividade de fomento administrativo, em que pese ser um instrumento à realização de políticas públicas, não pode ser compreendida como um substituto do serviço público propriamente dito, pois, a ideia conflita com o pacto constituinte de 1988. A utilização indiscriminada do fomento administrativo pode ser algo alentador para os defensores do modelo subsidiário do Estado, contudo, conforme já exposto nos capítulos anteriores, este não possui previsão constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, pelo contrário, afronta-o claramente.

A base conceptual que se defende é o fomento como um instrumento, não de substituição do serviço público, mas complementar, atuando com vistas ao desenvolvimento sustentável, pautado pelo interesse público e conseqüentemente social.

O presente capítulo visa primordialmente demonstrar como a atividade administrativa de fomento, quando utilizada dentro dos parâmetros constitucionais, pode ser um instrumento importante de realização de políticas públicas e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Além disso, buscar-se-á avaliar e expor eventuais déficits existentes nas formas de participação popular e do controle social. Todavia, para que estes objetivos possam ser alcançados através desta pesquisa, é necessário construir uma linha de raciocínio que remonta aos dogmas constitucionais dentro do seu aspecto político.

Ademais, partindo-se dos postulados políticos do constituinte, ao estabelecer as normas de regência do Estado, obrigações e deveres, aprofundar-se-á a temática relativa ao fomento.

O fomento será analisado a partir das ilações doutrinárias trabalhadas até então nesta pesquisa, todo o arcabouço legislativo e dogmático referidos nos capítulos anteriores, relativamente à participação cidadã e ao controle social nos casos de políticas públicas e serviços públicos, servirão, agora, de base teórica para o fechamento das concepções propostas, o que permitirá uma análise mais assertiva em relação às hipóteses aventadas no introito desta pesquisa e, quiçá, a indicação propositiva para a possível solução do problema.

4.1 O desenvolvimento na perspectiva no Estado Social Democrático de Direito: as políticas públicas e seus instrumentos de realização

Antes de analisar o instituto do fomento administrativo, é fundamental tecer algumas ideias e compreensões que circundam o desenvolvimento nacional sustentável, o qual deve ser visto como um direito fundamental, ou seja, a atividade da Administração Pública deve sempre estar pautada pela busca do desenvolvimento nacional sustentável, para tanto, será utilizada, como matriz teórica, a obra *Desenvolvimento como Liberdade* do economista indiano Amartya Sen.

A exposição do tema é pertinente para compreender como a atividade de fomento administrativo, quando utilizada pela Administração Pública, deve ser norteada, traçando limites e objetivos quando empregada especialmente nos casos em que são disponibilizados valores expressivos por parte dos gestores públicos.

Nesse contexto, ressalta-se a importância que o direito ao desenvolvimento representa, assim como a fraternidade, a paz, o meio ambiente, pois é compreendido como um direito fundamental de terceira dimensão, possuindo, como principal característica, a humanidade e não apenas o indivíduo como o seu destinatário direto. Os direitos fundamentais de terceira dimensão são classificados como direitos difusos, eis que indivisíveis. O Estado é o principal personagem, devendo criar condições materiais que propiciem a concretização dos direitos por meio de políticas públicas que tornem disponíveis os meios indispensáveis para a obtenção dos direitos de terceira geração (PEIXINHO, FERRARO, 2006).

Verifica-se que a preocupação com a sustentabilidade e com o desenvolvimento humano não ocorreu de inopino, pois percorreu um longo caminho até a efetiva conscientização mundial. Tem-se, como um dos principais marcos históricos do direito ambiental e sustentabilidade, a Declaração de Estocolmo, de 1972, que atenta para alguns princípios, sendo o primordial deles o reconhecimento de axiomas que ofereçam, aos povos, inspiração e guia para preservar o meio ambiente humano para as futuras gerações, reconhecendo que a proteção e a melhoria do meio ambiente humano é fundamental porquanto não só atinge o bem-estar dos povos como também o próprio desenvolvimento econômico do mundo inteiro (ONU, 1972).

Outro marco histórico importante, que está intimamente relacionado com o direito ao desenvolvimento humano e é reconhecido pela ONU, é a Declaração sobre

o Direito ao Desenvolvimento promulgada em 1986, cuja principal intenção recai na pessoa humana como o foco do desenvolvimento.⁵⁷

Importa referir que, da leitura do item 1 do art. 2º desse documento⁵⁸, a pessoa humana passa a ser o foco central, fazendo jus a máxima Kantiana de que o ser humano deve ser compreendido como um fim em si mesmo e não apenas como um meio ou objeto para garantia de direitos⁵⁹.

Diversos documentos internacionais asseguram o direito ao desenvolvimento, sendo a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas o principal deles. Em 1977, houve a declaração da existência do direito ao desenvolvimento por meio da Resolução 4, XXXIII. Posteriormente, por meio da Resolução 5, XXXV, declarou-se a existência do direito ao desenvolvimento e à igualdade de oportunidade como direito tanto dos indivíduos quanto das nações. Já, no Brasil, a referência ao desenvolvimento se encontra no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 e compromete o país a assegurar o desenvolvimento de sua sociedade, reiterando, ao positivar os objetivos da República, o desenvolvimento como um dos objetivos do próprio Estado (PEIXINHO, FERRARO, 2006).

Mas, diferentemente da noção que foi difundida nos anos sessenta, onde a concepção de desenvolvimento se restringia a uma visão economicista de nuances neoliberais, a ideia de desenvolvimento, insculpida na Constituição Federal do Brasil de 1988, possui uma feição voltada aos valores de igualdade. Assim, uma concepção de desenvolvimento vinculada essencialmente à liberdade poderia coincidir com a proposta de uma atuação apenas subsidiária do Estado. Se o Estado tivesse apenas como competência assegurar a liberdade, quando interpretada de uma forma mais restrita daquela sustentada por Amartya Sen, o desenvolvimento efetivo não seria alcançável, pois as desigualdades sociais seriam mantidas (HACHEM, 2013).

⁵⁷ Artigo 1º.

1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual todos os seres humanos e todos os povos têm o direito de participar, de contribuir e de gozar o desenvolvimento económico, social, cultural e político, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais se possam plenamente realizar. (ONU, Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, 1986)

⁵⁸ Artigo 2º.

1. A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deve participar ativamente e beneficiar do direito ao desenvolvimento. (ONU, Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, 1986)

⁵⁹ “Ora digo eu: – O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim.” (KANT, 2007, p. 68)

Daí referir que o enfoque, nas liberdades humanas, contrasta com as visões mais restritas de desenvolvimento, como aquelas que entendem que o aumento do Produto Nacional Bruto e o aumento da renda social, industrialização e modernização são os únicos meios para alcançar o desenvolvimento. Uma visão voltada ao desenvolvimento como liberdade, defendida por Amartya Sen, não descarta a importância destes fatores, contudo, mostra a necessidade de compreensão para além disso, ou seja, a noção de desenvolvimento é condicionada à expansão das liberdades econômicas, sociais, direitos civis. Para que haja desenvolvimento, devem ser removidas todas as principais fontes de privação de liberdade tais como a tirania, a pobreza, a carência de oportunidades econômicas, a ineficácia dos serviços públicos, os estados repressivos e intolerantes (SEN, 2010).

Nesse sentido, o desenvolvimento pode ser compreendido como um processo de transformação tanto econômico, político quanto social, por meio do crescimento do padrão de vida da população. Nas palavras de Bresser-Pereira (1968), o desenvolvimento é um processo social e global cujas estruturas econômicas, políticas e sociais estão em constante transformações. Não há como o desenvolvimento ser compreendido isoladamente na seara econômica, ou política, ou social. A bem da verdade, o desenvolvimento nunca ocorre de maneira setORIZADA. Assim, nos casos em que o desenvolvimento econômico não acarretar modificações sociais e políticas, por exemplo, é porque, na realidade, não houve desenvolvimento.

Nessa linha de raciocínio, entende-se como reducionista qualquer teoria que se limite a compreender o desenvolvimento como equivalência apenas ao crescimento econômico, porquanto, é necessário que o seu conceito venha a englobar também as dimensões sociais, culturais e políticas.

O crescimento econômico, por si só, ou seja, dissociado das dimensões sociais, culturais e políticas, acaba apenas beneficiando reduzida parcela da sociedade, contribuindo diretamente para o aumento da desigualdade social, motivo pelo qual não pode ser compreendido como sinonímia de desenvolvimento (SOUSA, 2010).

Ou, em outras palavras, o desenvolvimento é um “processo de longo prazo, induzido por políticas públicas ou programas de ação governamental em três campos interligados: econômico, social e político” (COMPARATO, 1999, p. 363).

Não basta, portanto, o aumento dos indicadores da economia de um país para se determinar a obtenção do desenvolvimento, pois sua noção é muito mais complexa do que a simples setorização econômica, isso porque o desenvolvimento deve buscar remover as principais fontes de privação de liberdades dos cidadãos, assim “as liberdades não são apenas os fins primordiais do desenvolvimento, mas também os meios principais” (SEN, 2010, p. 25).

Neste aspecto, o relatório Stiglitz-Sen-Fitoussi observa algumas questões importantíssimas que merecem ser comentadas, pois promove um raciocínio a partir de um argumento diferenciado, qual seja, o objeto de medição do desenvolvimento.

O objeto de medição vai ser determinante para a tomada de decisão, pois, quando as constatações são falhas, as decisões tomadas podem ser distorcidas. A exemplo do desenvolvimento, se a escolha for entre promover o PIB e proteger o meio ambiente, pode ser que a escolha parta de uma falsa premissa que acarretarão falsas boas escolhas, uma vez que a inferência sobre o que são boas políticas, a partir do exame de quais políticas promoveram o crescimento econômico, pode deixar de lado outras métricas de desempenho, cujas inferências também podem ser inferidas (PINK, TAYLOR, WETZLER, 2014).

A mensuração do desenvolvimento do Estado não deve estar atrelada apenas à produção de riquezas, mas sobretudo a fatores outros que tornem possível mensurar o crescimento econômico de uma forma sustentável através da relação do meio ambiente e das pessoas.⁶⁰

Assim, a análise do desenvolvimento deve se dar da forma mais ampla e heteropoiética possível, sob pena de se obter falsos resultados e serem, conseqüentemente, providenciadas medidas equivocadas pelo Estado, a exemplo do que pode ocorrer com o fomento, isto é, uma visão mais hermética de desenvolvimento pode resultar em setores preteridos.

⁶⁰ Um fato interessante e digno de nota é que, em 2012, foi criado um sistema que desenvolve um padrão estatístico diferente para a análise do desenvolvimento econômico, *System of Environmental-Economic Accounting*– SEEA: “O SEEA é uma estrutura conceitual polivalente que descreve as interações entre a economia e o meio ambiente, e estoques e mudanças nos estoques de recursos ambientais. Usando uma ampla gama de dados, a estrutura conceitual do SEEA fornece uma estrutura para comparar e contrastar informações em um amplo espectro de questões ambientais e econômicas. O desenvolvimento do SEEA foi impulsionado pelo desejo de entender melhor as interações entre a economia e o meio ambiente e ter informações mais completas e robustas sobre ambos. Isso se deve à crescente percepção de que a prosperidade econômica depende da capacidade do meio ambiente de fornecer recursos naturais e absorver a poluição, e que as políticas ambientais impactam a atividade econômica” (PINK, TAYLOR, WETZLER, 2014, p. 184-185, tradução nossa).

Daí que é necessário ir muito além do crescimento econômico para tornar possível a compreensão de todas as exigências que um verdadeiro desenvolvimento requer, a busca do bem-estar social, a qual evidencia-se a partir do fortalecimento das bases da democracia e dos direitos políticos e civis que, a toda prova, tendem a fortalecer as demais liberdades, pois concede aos mais vulneráveis, está intimamente ligada ao papel da democracia na argumentação pública e na promoção do governo por meio do debate. Não é possível negar que “o êxito da democracia, na prevenção das fomes coletivas, pertence às múltiplas contribuições da democracia para a promoção da segurança humana, mas também há muitos outros campos de aplicação” (SEN, 2009, p. 286).

O que se refuta, portanto, é uma ideia de igualdade de oportunidade como fim do Estado. Em um Estado Social e Democrático, a noção de desenvolvimento engloba o reconhecimento de uma igualdade material que se diferencia de uma igualdade de condições no ponto de partida, pois, neste tipo de Estado, a Administração Pública tem o dever de agir em prol da redução das desigualdades sociais, ou seja, uma política nacional de desenvolvimento necessita de uma postura coordenadora e ativa do Estado (HACHEM, 2013).

Quando o desenvolvimento é considerado tanto um direito fundamental dos indivíduos quanto um objetivo ou política pública obrigatória, não há margem para interpretação diversa: o Poder Público deve se posicionar como protagonista, atuando de forma plena e primária, pois o interesse público deve ser compreendido como referencial da atuação dos representantes eleitos que, ao fim e ao cabo, são quem estão investidos de responsabilidade oficial pela construção da sociedade do ponto de vista constitucional (GABARDO, 2009).

A realização do bem-estar social, conforme a Constituição Federal do Brasil de 1988, pressupõe uma posição estatal intervencionista com planejamento. O Estado deve ser o principal motor do desenvolvimento por meio de agentes privados e públicos, visando sempre à integração social e política dos cidadãos, transformação das estruturas socioeconômicas, distribuição e descentralização de renda. Por isso, mostra-se necessária a elaboração de políticas públicas e planejamento, pois são instrumentos de promoção do desenvolvimento de forma universalizada que devem ser implementadas a médio e longo prazo (HACHEM, 2013).

O reconhecimento do direito ao desenvolvimento, pela comunidade internacional, inclusive, a título de direito humano inalienável, trouxe duas dimensões ao direito humano ao desenvolvimento: a individual e a coletiva.

A dimensão individual visa a garantia do direito de todo indivíduo desenvolver sua capacidade intelectual, mediante um leque de direitos. Por outro lado, a dimensão coletiva garante o direito ao desenvolvimento para todas as nações, possibilitando a disposição de recursos para perseguir o seu dever de realizar a dignidade da pessoa humana. Todavia, independentemente da dimensão, o objetivo do desenvolvimento é sempre desfrutar de todos os direitos inerentes ao ser humano, visando respeitar a sua dignidade (SOUSA, 2010).

Para além da noção de desenvolvimento, é necessário almejar o desenvolvimento sustentável para que se possa viver de forma digna com a melhoria da qualidade de vida. A Constituição Federal do Brasil prevê, nos art. 170 e 225, a ideia de desenvolvimento sustentável, devendo, inclusive, observá-lo de forma transgeracional (FERNANDES, 2008).

Como assenta Luiz Carlos Bresser-Pereira (1968), o conceito de desenvolvimento é “historicamente situado”, assim, a concepção de desenvolvimento que se tinha na década de sessenta é diferente da concepção da década de noventa, onde houve a inserção da proteção ambiental ao conceito de desenvolvimento (GABARDO, 2009).

Ressalta-se que, para Juarez Freitas (2012), a sustentabilidade não é uma mera norma vaga e eivada de abstratividade, mas representa, dentro de uma perspectiva tópico-sistemática, a concretização eficaz da universalização das condições multidimensionais da vida de qualidade, cujo pronunciamento resguarda o direito ao futuro.

Na percepção do autor, a sustentabilidade detém intrínseco valor constitucional, o que a caracteriza como possuidora de valor supremo, pois, diante disso, a sustentabilidade se desdobra no rigor da eficácia direta e imediata, cuja responsabilidade recai tanto no Estado quanto na sociedade para a concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial socialmente inclusivo e equânime, de modo também preventivo no intento de assegurar, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar (FREITAS, 2012).

Na contemporaneidade, o conceito de desenvolvimento não pode ser dissociado do cenário social e político, devendo o Estado promover ações intervencionistas voltadas ao bem-estar e, em especial, visando sempre a redução e a extinção das desigualdades.

O fomento, da forma que será exposto, é um importante mecanismo para a promoção do desenvolvimento sustentável, pois, como visto, é uma das principais funções da administração pública, em que o poder público estimula o setor privado a realizar atividades que visem a consecução dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

4.2 As distintas concepções de fomento e os espaços de liberdade da atuação estatal: há um compromisso com as políticas públicas?

Antes de adentrar no campo teórico, para explanar de que forma o fomento administrativo deve ser interpretado, mostra-se relevante tecer alguns esclarecimentos, no campo dogmático, acerca da atividade de fomento administrativo, para então ser possível contextualizar a espécie de Administração Pública em que o fomento administrativo deve estar inserido.

De igual forma, mostra-se necessário expor que os espaços de liberdade, para atuação estatal na atividade de fomento, não são totalmente discricionários, sendo imprescindível compreender que o fomento administrativo encontra limites na Constituição Federal.

O conceito de fomento e a sua abrangência possuem pequenas divergências, conforme será visto adiante. Na doutrina estrangeira, Luis Jordana de Pozas define o fomento, no direito administrativo, como a ação da Administração Pública “[...] encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos” (POZAS, 1949, p. 46).

Como se pode observar, as ideias predominantes da definição de Jordana de Pozas é que se trata, o fomento, de uma atividade persuasiva que satisfaz as necessidades públicas. Ainda na doutrina estrangeira, Fernando Garrido Falla ampliou o conceito de Jordana de Pozas, incluindo entes públicos na sua definição, tendo o descrito como a atividade administrativa que: “[...] se dirige a satisfacer indirectamente ciertas necesidades consideradas de orden público, protegiendo o

promoviendo, sin emplear la coacción, las actividades de los particulares o de otros entes públicos que directamente las satisfacen” (1966, p. 266).

Na brevíssima exposição acima, é possível verificar que, entre ambos autores, há uma ligeira divergência no que tange aos destinatários da atividade administrativa de fomento, pois Jordana de Pozas entende que o destinatário da atividade de fomento administrativo é sempre um ente privado e, em contrapartida, Garrido Falla entende que outros entes públicos também podem ser destinatários da atividade de fomento administrativo.

Outro ponto que merece destaque, nos conceitos trazidos, é que o fomento jamais deve caracterizar coação ou a criação de serviços públicos, pois, conforme se explicará melhor adiante, a coação deve ser voltada para a atividade administrativa de polícia, figura diversa da atividade administrativa de fomento. Além disso, o serviço público tem como titular a Administração Pública diversamente do fomento que sempre tem, na titularidade, um ente privado.

De qualquer sorte, deve-se mencionar que o estudo aqui proposto cinge apenas ao estudo da atividade administrativa de fomento no Brasil, não havendo pretensão em estender o estudo ou compará-lo a outros países, portanto, os exemplos acima citados servem apenas como um breve comparativo com a conceituação criada na doutrina brasileira.

O fomento pode ser definido, portanto, como uma atuação administrativa na qual o Estado promove, incentiva ou induz a iniciativa privada a exercer atividades de interesse público, voltando-se sempre à concretização de direitos fundamentais dirigidos para a busca do desenvolvimento nacional sustentável (SCHIER, 2019).

Rafael Valim, por sua vez, classifica a atividade de fomento como a “transferência de bens e direitos em favor de particulares, sem contraprestação ou com contraprestação em condições facilitadas, em ordem à satisfação direta ou indireta de interesses públicos” (2015, p. 56).

Floriano de Azevedo Marques Neto define fomento como “atividade estatal de incentivo positivo ou negativo a outra atividade desenvolvida por um ou vários particulares, de forma a condicionar o comportamento privado” (2010, p. 58).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014), um dos primeiros administrativistas a se dedicar a pesquisar o fomento de forma sistematizada, conceitua-o como sendo a função administrativa que o Estado e seus delegados detêm para incentivar o

desenvolvimento integral e harmonioso das pessoas em sociedade, de forma direta e concreta, para que sejam desempenhadas certas atividades que a lei preveja como detentora de interesse público (MOREIRA NETO, 2014).

Como se vê, a divergência com relação aos destinatários da atividade de fomento não ficou subordinada à doutrina estrangeira, divergindo também a doutrina brasileira, isto é, se a atividade de fomento pode ou não ter como destinatário outros entes públicos.

Rafael Valim esclarece esta divergência ao afirmar que a atividade administrativa de fomento é dirigida somente aos particulares, sendo que um dos sujeitos desta atividade deve ser inerentemente de direito privado, não sendo possível admitir o fomento de sujeitos de direito público, pois estes têm o dever de perseguir a finalidade pública. Portanto, não há necessidade de que estes sejam encorajados ou estimulados para cumprir com as suas próprias atribuições (VALIM, 2015).

Na doutrina estrangeira, Héctor Jorge Escola explana que o conceito da atividade de fomento administrativa não pode incluir, como pretendem alguns autores, a possibilidade de fomento para certos órgãos ou entes administrativos, pois a atividade que estes devem cumprir já está delimitada pela competência normativa que lhes foi designada e cujo cumprimento e exercício constituem não só uma atribuição, mas também um dever (ESCOLA, 1990).

Portanto, a posição aqui adotada é que a atividade administrativa de fomento deve, necessariamente, ter um ente privado ou do Terceiro Setor como sujeito passivo, não admitindo-se fomento para entes públicos, pois estes já possuem dever estabelecido na Constituição e nas normas infraconstitucionais, devendo atuar pautados para o bem comum, não necessitando, portanto, de incentivos para tanto.

Com relação aos meios de fomento, estes podem ser divididos em duas formas diferentes, positivos e negativos, honoríficos, econômicos, jurídicos e psicológicos. Com relação à primeira forma de divisão, entende-se que a atividade de fomento será positiva sempre que for outorgado prestações, bens ou vantagens, sendo negativa sempre que significar algum obstáculo ou encargo criado para dificultar, por meios indiretos, as atividades contrárias às que se pretende fomentar (BAENA DE ALCÁZAR, 1967).

Para fins deste trabalho, rechaça-se a compreensão negativa de fomento, uma vez que estas medidas devem ser compreendidas dogmaticamente como poder de polícia e não como atividade fomento administrativo (SCHIER, 2019).

Com relação a segunda forma de divisão, entende-se que são meios honoríficos de fomento aqueles que constituem na outorga de recompensas e distinções, tais como condecorações e títulos (BAENA DE ALCÁZAR, 1967).

Por sua vez, os meios econômicos de fomento, reconhecidos como o meio mais importante desta classificação, compreendem todas as vantagens econômicas concedidas para as atividades que se pretende fomentar, podendo ser dividida em duas modalidades, auxílio direto e indireto, sendo que neste não se impõe, para a Administração Pública, um desembolso de valores de forma imediata, mas pode promover uma redução na receita pública, enquanto naquele há um desembolso efetivo de valores por parte da Administração Pública em favor do sujeito fomentado (MELLO, 2003).

Os meios jurídicos, por sua vez, são identificados quando se outorga uma posição privilegiada que, de forma indireta, representa uma vantagem econômica ou de segurança, tendo este grupo uma variedade muito grande de privilégios como ocorre, por exemplo, nos estatutos privilegiados de classe, concessão de prerrogativas de caráter público (JORDANA DE POZAS, 1949).

Por fim, os meios psicológicos podem ser considerados como o meio de fomento e as formas que o Estado emprega para induzir, suggestionar, persuadir opiniões, atitudes e valores, tais como campanhas publicitárias que visam convencer a população a adotar comportamentos concernentes ao atendimento do interesse público (MELLO, 2003).

Ainda com relação às classificações, é relevante referir que o fomento tem natureza jurídica de função administrativa, passível, inclusive, de uma pluralidade de espécies e medidas reconhecidas. Portanto, a atividade legislativa, que possa ter como finalidade o estímulo de um sujeito particular a realizar atividades de interesse público, não pode ser compreendida neste gênero de atividade. Não se nega a existência de meios de atividade legislativa fomentadora, tais como a função parafiscal dos tributos, as hipóteses legislativas que criam vantagens para micro e pequenas empresas, o Prouni, entre tantos outros (SCHIER, 2019).

Importante referir que o fomento aqui considerado deve sempre partir de iniciativa do poder executivo no exercício da Administração Pública, por este motivo, o fomento legislativo não se enquadra na sistematização pretendida e, por esta razão, não será objeto do presente estudo.

O fomento, por ser concebido dogmaticamente como um exercício da função administrativa, não pode ser visto como uma liberalidade, pois qualquer atividade pública deve ser dotada de interesse público, logo, não pode ser entregue à vontade do administrador especialmente pelo reconhecimento do princípio da indisponibilidade do interesse público como uma das bases do direito administrativo (VALIM, 2015).

Os limites, fundamentos e objetivos do fomento estão positivados no art. 170 da Constituição Federal do Brasil de 1988. O fomento tem como base a efetivação da ordem econômica em conjunto com os fins coletivos das políticas públicas. Assim, a efetivação destes objetivos é claramente o fim a ser perseguido pela atividade de fomento, por conseguinte, a atividade de fomento somente é justificada para o alcance do interesse público (MARQUES NETO, 2014).

Em um contexto de reformas administrativas, pós-modernidade, neoliberalismo e Estado mínimo, o fomento, como principal atividade da Administração Pública que permite o repasse de recursos financeiros aos particulares, encontra diversos defensores atraídos especialmente pela atuação indireta do Estado ao invés da efetivação de serviços públicos.

Entretanto, os pressupostos que aqui se defendem não convergem com esta linha de pensamento, propõe-se aqui uma releitura do fomento, o qual deve ser voltado ao desenvolvimento nacional em um contexto de Estado Social e Democrático de Direito dentro da perspectiva de um direito administrativo social. O que se refuta, portanto, é o modelo de Estado pautado na subsidiariedade, uma vez que o modelo de Estado adotado pela Constituição Federal exige que as decisões públicas sejam tomadas com ampla participação social e com atuação direta de particulares na deliberação e decisão política, bem como na execução de atividades (SCHIER, 2019).

O que se reconhece é a responsabilidade de todos. Estado e sociedade civil devem pautar suas atividades de modo a possibilitar a expansão da capacidade para que os cidadãos possam conquistar a sua ampla liberdade. Nessa esteira de raciocínio, o fomento se apresenta como um mecanismo de grande importância onde

o Estado promove e incentiva o privado a se comprometer com tais ideais (SCHIER, 2019).

Assim o fomento, como atividade administrativa, deverá sempre ser pautado pelo regime jurídico administrativo e todo o conjunto de princípios que norteiam as ações da Administração Pública. Ocorre que os atos de fomento administrativo, em sua grande maioria, são discricionários, o que permitiu que tradicionalmente o fomento fosse interpretado como um espaço para ampla liberdade, dificultando, inclusive, as diversas formas de controle. Entretanto, é importante referir que o reconhecimento do fomento, como ato discricionário, não retira a necessidade de vinculação aos princípios do regime de direito administrativo (SCHIER, 2019).

A discricionariedade administrativa não pode ser considerada como uma liberdade decisória alheia ao direito, nem mesmo imune aos sistemas de controle. Assim, é equivocada a ideia de que os atos discricionários são um campo de escolhas puramente subjetivas especialmente diante da afirmação da vinculação direta da Administração à Constituição (BINENBOJM, 2014).

A Administração Pública, para exercer o seu múnus, dispõe de um arcabouço de mecanismos, sendo os seus atos classicamente divididos entre vinculados ou discricionários, paradigma que se pretende vencer ao longo desta exposição.

Quando se trata de Administração Pública, é bom sempre lembrar do conceito clássico do princípio da legalidade que é assim descrito por Hely Lopes Meirelles (1995, p. 82-83): “Na Administração não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”.

Entretanto, a Administração Pública é tão complexa que não pode ser reduzida à simples aplicação da lei, sabe-se que existem amplos espaços de discricionariedade deixados pelo legislador que podem ser preenchidos pelo administrador, o que, por si só, já evidencia o comprometimento da visão de que a Administração Pública apenas aplica a vontade prevista pelo legislador sem qualquer ação por vontade própria (BINENBOJM, 2014).

A Administração Pública, para desempenhar as suas funções, dispõe de poderes que lhe asseguram uma posição de supremacia sobre o particular, encontrando, como postulado básico, o princípio da legalidade que visa impedir arbitrariedades e abusos, em outras palavras, os poderes da Administração Pública

são regrados por um sistema jurídico, contudo, esse regramento pode atingir diversos aspectos, podendo se tratar de poder vinculado ou discricionário (DI PIETRO, 2014).

Antes de trabalhar a distinção clássica entre atos vinculados e atos discricionários, mostra-se necessário expor o conceito de ato administrativo e os seus elementos, mesmo que de forma breve.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto descreve ato administrativo como sendo a “manifestação de vontade da Administração Pública que tem por objeto constituir, declarar, confirmar, alterar ou desconstituir uma relação jurídica, entre ela e os administrados ou entre seus próprios entes, órgãos e agentes” (2014, p. 150).

Os elementos do ato administrativo são cinco: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. A competência é o elemento caracterizador do sujeito ativo que determina a capacidade do agente. A finalidade está imbricada com a ideia de legitimidade, ou seja, o ato será legítimo se obedecer à destinação prevista em lei ao definir um determinado interesse público. A forma é entendida como a exteriorização material do ato administrativo, pela qual a vontade manifestada é expressada e, assim, permanece e se comprova juridicamente. O motivo é o que possibilita visualizar a intenção do ato. O objeto é o que exprime a eficácia jurídica do ato, dito de outro modo, é o resultado que o ato visa que será a constituição, declaração, confirmação, alteração ou desconstituição de uma relação jurídica (MOREIRA NETO, 2014).

A breve demonstração de cada elemento do ato administrativo se mostra pertinente para o presente trabalho, pois será demonstrado, nas próximas linhas, que a controlabilidade dos atos administrativos discricionários vem sendo aceita pelos Tribunais brasileiros e pela doutrina, contudo, limitando-se, em muitos casos, aos três primeiros elementos que são compreendidos como atos vinculados, não sendo possível a controlabilidade dos dois últimos, pois são compreendidos como atos discricionários.

A distinção clássica entre atos vinculados e atos discricionários repousa na seguinte ideia: nos atos vinculados há requisitos e condições preestabelecidos em lei, deixando, para o órgão da Administração, nenhuma liberdade de decisão. Por sua vez, os atos discricionários são concebidos como atos em que a Administração possui liberdade para escolher seu conteúdo, destinatário, oportunidade, conveniência, bem como o modo de sua realização (MEIRELLES, 1995).

A discricionariedade tem origem no Estado europeu antigo compreendido nos séculos XVI a XVIII, sendo considerada a expressão do próprio absolutismo. Somente após o século XIX, com a noção de Estado de direito, é que se passou a ideia de imposição de limites jurídicos às atividades dos órgãos estatais. Mesmo com a necessidade de balizamentos jurídicos, nos atos discricionários, a compreensão de alguns atos administrativos continuava sendo considerada imprescindível para a eficiência da Administração Pública. Assim, tendo em vista que a normatização, de forma exaustiva, sempre foi exceção e que, dentro dos espaços de liberdade deixados pelo legislador, não havia a possibilidade de qualquer tipo de controle, conclui-se que a sujeição da Administração Pública à lei era mínima nesta época (BINENBOJM, 2014).

Esta liberdade, que é conferida pelo legislador ao Administrador, decorre da proximidade deste com a realidade social, assim, no desempenho de suas competências, o Administrador deve saber o que é melhor para o interesse da coletividade, por este motivo, a lei lhe confere poder para escolher a alternativa que melhor irá atender ao interesse público (FARIA, 2007).

A concepção clássica do ato vinculado é pautada na premissa de ausência de liberdade de escolha por parte da Administração Pública, já os atos discricionários são concebidos numa ideia de ampla liberdade pelo Administrador. Contudo, como será visto, esta concepção dogmática deve ser superada a fim de propiciar ampla possibilidade de controle a todos os atos da Administração Pública, conforme preconiza os ideais da Constituição Federal do Brasil de 1988.

Sobre a temática da distinção dos cinco elementos do ato administrativo, parte da doutrina expõe que, considerando analiticamente três dos cinco elementos, são atos necessariamente vinculados a competência, a finalidade e a forma; o motivo e o objeto são considerados discricionários. Em que pese a doutrina moderna insistir que, na prática, não há puramente estas espécies de atos, ou seja, na verdade há atos que são mais vinculados que outros e atos que são mais e outros menos discricionários. Tal ideia guarda congruência no sentido de flexibilização ideal da Administração Pública, o que, sob critério da juridicidade, faz muito sentido, pois seria apenas uma classificação gradativa das escolhas públicas (MOREIRA NETO, 2014).

Para alguns doutrinadores, os atos discricionários apenas são parte vinculados e parte discricionários, sendo vinculados nos elementos da competência, finalidade e

forma e, discricionários, no motivo e objeto. Em que pese esta ideia parecer ser uma evolução da concepção dicotômica clássica, ainda é necessário evoluir na compreensão desta temática.

O paradigma concebido acima está em vias de ser superado, tendo em vista a necessidade de revisão da noção de atos administrativos discricionários, não como um campo de escolhas totalmente subjetivas, mas sim de fundamentação dos atos e das políticas públicas adotadas dentro de parâmetros constitucionais e legais (BINENBOJM, 2014).

A juridicização da discricionariedade administrativa sucede em quatro etapas: 1) a teoria dos elementos do ato, possibilitando a controlabilidade dos elementos vinculados do ato discricionário; 2) o desenvolvimento de teorias de controle com base em parâmetros implícitos na lei; 3) o desenvolvimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e; 4) a ideia da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais (BINENBOJM, 2014).

A teor do que foi exposto, não se pode mais defender a existência de uma dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, deve-se abrir espaço para um novo paradigma que compreenda diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade, pois a discricionariedade não pode ser compreendida como um campo de liberdade decisória avessa ao direito e conseqüentemente ao controle jurisdicional (BINENBOJM, 2014).

O que se defende, nesta tese, é a posição de que efetivamente deve ser vencido a ideia dicotômica entre ato vinculado e ato discricionário, sendo que nenhum ato é puramente discricionário ou vinculado, há apenas diferentes graus de vinculação à juridicidade, pois toda e qualquer atividade da Administração Pública deve ser traçada a partir dos ideais constitucionais, baseando-se especialmente no sistema de direitos fundamentais e normas do sistema democrático.

O que significa dizer, a par do exposto por Gustavo Binenbojm (2014), que a atividade administrativa, como regra, se vincula à lei quando esta for constitucional, muito embora, por vezes, possa encontrar fundamento direto na Constituição Federal, de forma independente, inclusive, para além da lei, *praeter legem*, ou, quiçá, legitimar-se perante o direito, ainda que, porventura, contra à lei nos casos em que estiver ponderada em princípios constitucionais. Inobstante estes possam ser, a uma primeira

vista, identificados como atividade *contra lei*, são fundamentadas nos preceitos constitucionais.

Portanto, não se pretende tornar toda a atividade jurídica da Administração Pública vinculada a regras estritas, mas sim estabelecer parâmetros constitucionais de aplicação de atos considerados discricionários, estreitando a margem de legitimação destes sempre com base nos direitos fundamentais e nos ditames do Estado Democrático de Direito.

À vista dos conceitos acima descritos, pode-se afirmar que a atividade administrativa de fomento é uma função administrativa que visa promover, por meio de mecanismos de indução, comportamentos da iniciativa privada que visem exercer atividades de interesse público e que promovam a concretização de direitos fundamentais, podendo, para tanto, transferir bens e direitos com ou sem contraprestação.

Diante do exposto, acrescenta-se, ainda, que a atividade administrativa de fomento não decorre de uma liberalidade da Administração Pública, ou seja, apesar de ser classificada dogmaticamente como ato discricionário, está subordinada ao princípio da indisponibilidade e demais norteadores do Estado Social Democrático de direito, estando, portanto, vinculada sempre à satisfação de interesses públicos previstos na Constituição Federal do Brasil de 1988.

Frisa-se, não se pretende que o ente privado se submeta ao regime jurídico administrativo quando no exercício da atividade fomentada, entretanto, esta adesão, aos estímulos concedidos pela Administração Pública, implica submissão às regras que visem assegurar a realização do interesse coletivo que originalmente propiciou e legitimou a concessão do fomento (SCHIER, 2019).

Assim, levando-se em conta que o fomento administrativo propicia que particulares realizem atividades de interesse público, nestes casos, entende-se que deverá reger as regras de direito administrativo de forma a propiciar a participação e controle social.

Na clássica divisão dicotômica entre ato vinculado e ato discricionário, a atividade administrativa de fomento se enquadra tradicionalmente como ato discricionário, contudo, conforme exposto, defende-se a flexibilização desta dicopodia antagônica, pois não se pode admitir a sinonímia de um campo aberto para arbitrariedades e desvirtuação da atividade de fomento. A atividade administrativa de

fomento deve, assim como qualquer atividade da Administração Pública, ser pautada pelos princípios da Administração Pública, pois sempre estará sujeita ao regimento jurídico administrativo e a um determinado grau de juridicidade sempre vinculado aos princípios constitucionais que preconizam um Estado social de Direito pautado pela redução das desigualdades, desenvolvimento sustentável e o interesse coletivo.

Portanto, propõe-se a superação da dicotomia entre atos vinculados e discricionários para situar a atividade administrativa de fomento como um ato administrativo sujeito à juridicidade, o qual deve sempre buscar sua legitimidade na interpretação sistematizada a partir dos lineamentos constitucionais, com ênfase no sistema de direitos fundamentais e normas estruturantes do regime democrático e a fim de propiciar e privilegiar mecanismos de controle social para esta atividade.

A Administração Pública desempenha as atividades de serviço público, polícia administrativa e o serviço público, sendo que alguns doutrinadores acrescentam a intervenção como quarta modalidade, embora outros a compreendem como uma das formas de fomento (DI PIETRO, 2014).

A atividade de fomento se diferencia do poder de polícia, pois, no fomento, o poder público não exerce nenhum tipo de coerção, além disso, também se diferencia do serviço público, pois, no fomento, o Estado não realiza nenhuma atividade prestacional. (SCHIER, 2019).

É importante registrar que a doutrina do direito administrativo brasileiro não se ocupou, de forma profunda, em sistematizar as atividades administrativas, podendo, inclusive, classificar até oito diferentes atividades: a) serviço público; b) atividade de polícia administrativa; c) atividade ablatória; d) atividade sancionatória; e) atividade econômica; f) atividade de gestão dos bens públicos; g) atividade verificadora; h) atividade de fomento (VALIM, 2015).

Mariano Baena Del Alcázar (1967) explica que a diferença entre o serviço público e o fomento é que neste há uma atuação indireta da Administração Pública, enquanto naquele, uma atuação direta. Outra diferença importante a ser referida é com relação à titularidade, pois no serviço público ela sempre será do Estado, mesmo quando concedida a um ente privado para executá-la, ou seja, o serviço público nunca é de ordem privada (MARQUES NETO, 2014).

A atividade de serviço público oferece comodidades e utilidades próprias do Estado, podendo ser fruídas de forma singular pelos cidadãos e serem prestadas

diretamente pelo Estado ou de forma patrocinada. A atividade de polícia administrativa compreende limitações impostas, pela Administração Pública, à liberdade e à propriedade. Na atividade administrativa ablatória, enquadram-se técnicas de sacrifícios de direitos tais como as desapropriações, tombamento, entre outros. A atividade sancionatória é conceituada como ações da Administração Pública preordenadas, visando a apuração de infrações e conseqüentemente a aplicação de sanções, pressupondo, neste caso, um ilícito administrativo (VALIM, 2015).

A atividade econômica é quando o Estado participa diretamente no domínio econômico, seja participando ou absorvendo o mercado por meio de empresas públicas ou sociedades de economia mista. A atividade de gestão dos bens públicos é toda atividade voltada para a alienação, utilização e aquisição de bens do domínio público. Na atividade verificadora, enquadram-se os atos notariais e de registro, trata-se de atividade voltada à apuração ou documentação de uma situação de direito ou de fato. Por fim, a atividade de fomento se refere às técnicas de transferências de bens e direitos em prol de sujeitos de direito privado, podendo haver contraprestação ou não, mas sempre em condições facilitadas e visando a satisfação indireta ou direta de interesses públicos (VALIM, 2015).

A consensualidade é uma importante característica para distinguir o fomento e o poder de polícia, sendo a principal diferença a contraposição entre consensualidade e coercitividade, pois a função do poder de polícia incide de forma coercitiva para todos que se enquadram em uma determinada situação. Por outro lado, quando se trata de atividade de fomento, a submissão do administrado é sempre por intermédio de uma medida consensual. No que tange à diferenciação entre fomento e serviço público, em que pese haver convergência de objetivos, as funções são diferenciadas principalmente pela titularidade da atividade que, no caso do serviço público, pertence ao Estado (MARQUES NETO, 2014).

Independentemente da forma de divisão a ser adotada, é importante registrar que todas elas compreendem a atividade de fomento como atividade administrativa, portanto, assim como toda atividade administrativa, o fomento deve obedecer a todos os regramentos aplicáveis ao direito administrativo, ou seja, deve ser submetido ao regime jurídico administrativo (SCHIER, 2019).

São quatro os elementos do fomento: a) objetos do fomento: setores ou atores; b) agentes do fomento; c) instrumentos do fomento e; d) contrapartidas do fomento.

Com relação ao objeto do fomento este é verificado sempre considerando o tipo de setor para qual o fomento será destinado, podendo ser enquadrado como fomento social, econômico e institucional, torna-se importante registrar que, em qualquer destes casos, o fim deve ser sempre incentivar uma atividade econômica que gere situações positivas para a sociedade. No que tange aos agentes do fomento, importa o estudo de quem são os destinatários deste, devendo ser sempre uma pessoa física ou jurídica de direito privado, não sendo possível o fomento de um ente público para outro ente público (MARQUES NETO, 2014).

No que toca aos instrumentos, em brevíssima síntese, podem ser enquadrados como financeiros quando há efetivamente um aporte financeiro do Estado a um ente privado; não financeiros quando, embora haja um benefício financeiro, não há um efetivo dispêndio de valores por parte do Estado. Por fim, as contrapartidas são as garantias ou o cumprimento de obrigações que o ente público pode exigir dos agentes do fomento, havendo três ressalvas: i) a exigência de contrapartida não afasta a consensualidade; ii) não transforma o fomento em uma relação sinalagmática e; iii) difere-se da exigência de requisitos para recebimento do fomento (MARQUES NETO, 2014).

Pode-se identificar diversas espécies de medidas de fomento, contudo, é importante repetir que, por se tratar de função administrativa e levando-se em conta os fins deste estudo, não se compreende a atividade legislativa que visa estimular o setor privado na realização de atividades de interesse público como, por exemplo, a atividade parafiscal dos tributos ou nas hipóteses em que o legislador cria vantagens para pequenas e microempresas. Este entendimento, contudo, não é o posicionamento mais comum da doutrina (SCHIER, 2019).

Também se mostra relevante expor a forma de operacionalização do fomento, demonstrando os processos e os requisitos necessários para viabilizar a sua implementação. O processo de fomento apresenta, ao menos, três etapas: a) definição do interesse público a ser protegido, da atividade econômica a ser fomentada e dos agentes de fomento; b) a escolha dos instrumentos de fomento e; c) a formalização jurídica e orçamentária do fomento.

Na primeira etapa, a Administração Pública deve identificar, de forma precisa e clara, o setor que busca fomentar. Na segunda, decide-se quais os benefícios serão concedidos, podendo, inclusive, prever mais de um instrumento, sendo necessário

que tais benefícios sejam aptos e suficientes para incentivar a conduta pretendida pelo fomento. Na última etapa, destaca-se a desnecessidade da criação de uma lei específica para o exercício da atividade de fomento, sendo apenas necessária a criação legislativa se a própria natureza do instrumento de fomento escolhido assim o determinar, como o caso de desonerações tributárias (MARQUES NETO, 2014).

Com base nas premissas expostas ao longo desse item, é possível ter as seguintes conclusões preliminares sobre a atividade de fomento: (a) é uma atividade teleológica que visa orientar comportamentos, (b) é um tipo de atividade que mira a consensualidade e não comporta o uso de coação e por isso se distingue do poder de polícia, (c) se difere do serviço público, pois este, além de ser atividade própria do Estado, visa a satisfação direta e imediata de necessidades coletivas, sendo que, no fomento, o objetivo é a realização das necessidades coletivas de forma indireta e mediata e não possuindo necessariamente titularidade Estatal, (d) o fomento visa a satisfação de direitos coletivos, (e) deve estar subordinada ao regime jurídico administrativo e seus princípios informadores e, por fim, (f) tem sempre como sujeito passivo um ente privado.

Conforme visto nas linhas acima, o fomento é uma função da Administração Pública onde o poder público estimula o setor privado a realizar atividades que visam a consecução dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, sendo, portanto, indubitavelmente uma das ferramentas elementares para a concretização das diretrizes do Estado de Direito.

4.3 A noção do fomento administrativo como instrumento de uma política pública voltada ao desenvolvimento sustentável e multidimensional

No item anterior, ficou demonstrado que o fomento administrativo, por ser uma atividade administrativa, deve ser pautado sempre visando os fins do Estado Social de Direito. O desenvolvimento sustentável é um direito fundamental insculpido na Constituição Federal do Brasil de 1988, portanto, as atividades da Administração Pública devem ser realizadas mirando garantir a realização dos direitos ali previstos.

Existem ao menos dois modelos em conflito relativamente à sustentabilidade nas relações administrativas. O modelo antiquado em que o irracionalismo, que não leva em conta os efeitos colaterais ambientais, é marcado na equivocada discricionariedade e que nada faz para resolver, além de, por muitas vezes, agravar

a iniquidade. O modelo da sustentabilidade é exatamente o oposto, pois a base é voltada à racionalidade dialógica, pluralista, natural e prospectiva (FREITAS, 2014).

Na estreia desse raciocínio, mostra-se necessário realizar uma transformação no direito administrativo, voltando-se para uma administração baseada na sustentabilidade em que a eficiência, transparência, imparcialidade, sustentabilidade, moralidade, participação social e plena responsabilidade são amplamente viabilizadas.

A atividade administrativa de fomento é um instrumento de extrema valia para o Estado Social de Direito, pois possibilita a realização das suas finalidades que estão previstas na Constituição Federal de 1988. O fomento não é uma atividade subsidiária que incide sobre deficiências do mercado, porquanto a sua atuação deve ser planejada pelo Estado e sua destinação voltada a efetivar interesses públicos (VALIM, 2020).

A regulação administrativa sustentável é entendida como uma forma de intervenção indireta do Estado com o intuito de implementar políticas constitucionais autônomas por meio de correção de falhas de governo e de mercado, podendo ter caráter repressivo ou até mesmo promocional, visando a concretização eficaz dos direitos fundamentais de gerações futuras e presentes (FREITAS, 2015).

O fomento é uma atividade administrativa, permitindo que a satisfação de interesses públicos seja realizada por particulares mediante incentivo do Estado. Assim, trata-se claramente de um instituto que deve ser utilizado como um instrumento voltado para a realização do desenvolvimento nacional sustentável, pois o mecanismo permite incrementar o desenvolvimento econômico, social e ambiental, uma vez que a atividade de fomento somente pode ser considerada legítima quando persegue, mesmo que de forma indireta, os direitos dos cidadãos num recinto de proteção ao meio ambiente (SCHIER, 2019).

Como já exposto no decorrer desta tese, a escolha de qual atividade ou ente será fomentado não pode ser compreendida como um ato puramente discricionário. É evidente que todos os atos da Administração Pública, discricionários ou vinculados, devem estar minimamente atrelados aos objetivos da Constituição Federal.

Neste sentido, parece inegável que a Administração Pública, quando estiver entre diversas escolhas possíveis, deve sempre optar pela melhor delas em termos de desenvolvimento e sustentabilidade. Da mesma forma, o administrador, quando

tratar de alguma política pública especialmente quando opta em fomentar alguma atividade, deve utilizar de mecanismos que privilegiem o desenvolvimento de forma sustentável, tendo em vista que este é tipicamente um meio de indução do mercado a realizar atividades de interesse público.

Juarez Freitas (2015) explana que existem diversos mecanismos para a regulação administrativa sustentável, agindo, o Estado, como forma de intervenção indireta: a) seleção de incentivos intertemporalmente congruentes; b) participação efetiva da sociedade; c) desburocratização do processo regulatório, acompanhada da racionalização normativa; d) planejamento estratégico, colaborativo, coordenado; e) conformação de ambiente negocial conducente ao empreendedorismo inclusivo; g) incorporação de critérios-chave da sustentabilidade aos procedimentos administrativos; h) avaliação multidimensional dos impactos regulatórios; i) redefinição das variáveis integrantes da equação custo-benefício e; j) inteligibilidade e consolidação.

A história recente do Brasil foi marcada por um relativo crescimento econômico e de alguns avanços sociais. O Relatório de Desenvolvimento Humano 2016 (RDH) concluiu que, no período de 1990 a 2015, o Índice de Desenvolvimento Humano do Brasil subiu de 0,611 para 0,754, apontando o aumento, de 9,4 anos em média, da expectativa de vida dos brasileiros e, inclusive, a renda familiar cresceu 31,6%. Outros índices também obtiveram sensível melhora como o de acesso à educação em idade escolar, computando aumento de 3 anos, além da expectativa de anos de estudo de adultos de 25 anos que obteve aumento para 4 anos (SCHIER; LIMA, 2019).

Schier e Lima apontam que, no RDH de 2018, o Brasil se consolidou na 79ª posição entre 189 nações, passando a ter uma expectativa de vida de 75,7 anos. Houve um aumento de 65.3 anos para 75,7 anos entre o ano de 1990 até o ano de 2017, entretanto, não se pode deixar de mencionar que países da América do Sul como Chile, Argentina, Uruguai e até mesmo a Venezuela apresentam melhores índices que o Brasil. O IDH ajustado à desigualdade mostra que o Brasil empata com o Panamá e perde apenas para Irã e Botsuana. Com relação ao índice de Gini, que visa medir o grau de concentração de renda, nos anos de 2010 a 2015, o Brasil é o 4º pior da América Latina, sendo melhor apenas que Haiti, Colômbia e Paraguai. Há também notável desigualdade com relação à eficiência dos serviços públicos (SCHIER; LIMA, 2019).

Embora alguns índices mostram avanços, o Brasil ainda tem muito a evoluir, especialmente no setor do saneamento básico que é essencial para a compreensão de um desenvolvimento sustentável.

Na área do saneamento básico, a pesquisa demonstrou que o Brasil possuía 85,4% dos domicílios com abastecimento de água em 2015, contudo, na região norte, apenas 60,3% das residências estavam ligadas à rede geral de abastecimento. O esgotamento sanitário causa preocupação, mesmo apontando evolução de 5,66% entre 2001 a 2015, pois, no ano de 2015, somente 57,6% dos domicílios brasileiros possuíam rede coletora de esgoto, sendo que, na região norte do Brasil, o índice era apenas de 12,9%. Além disso, 35% das residências se encontravam com fossas rudimentares e 32,8% possuía fossa séptica sem ligação à rede coletora. O Relatório Luz da Agenda 2030 apontou grandes deficiências de infraestrutura e desafios para a industrialização inclusiva e sustentável, afirmando haver um claro desmonte das políticas voltadas à efetivação dos direitos humanos e à sustentabilidade socioambiental (SCHIER; LIMA, 2019).

Como visto, embora tenha ocorrido alguns avanços importantes, não se pode concluir sejam suficientes para o cumprimento, na integralidade, das garantias e dos direitos sociais previstos pela Constituição Federal. Os relatórios apontados demonstram a necessidade de maior engajamento do Estado para certificar uma vida digna aos seus cidadãos. É justamente dentro desse quadro que se pretende demonstrar como a Administração Pública pode lançar mão de parcerias com os particulares para alcançar o desenvolvimento sustentável.

Conforme o pensamento de Amartya Sen, é necessário que se estabeleça um modelo de desenvolvimento econômico e socioambiental que permita a expansão das capacidades dos indivíduos e conseqüentemente a sua liberdade, criando-se bases que permitam que indivíduos alcancem uma vida cada vez mais livre e digna de ser vivida (SEN, 2010).

O autor entende que os indivíduos somente podem ser considerados efetivamente livres quando alcançam suas capacidades necessárias para escolher como querem viver, ou seja, quando puder decidir livremente a forma com a qual possam viver uma vida boa e digna. Para tanto, defende a ideia de que o desenvolvimento, ao assegurar o acesso a direitos individuais, sociais, políticos e

ambientais, incide na expansão das liberdades que os indivíduos podem se valer (SEN, 2010).

Esta concepção de desenvolvimento implica em uma atuação específica do Estado, o qual tem como dever efetivar os direitos sociais para toda a população, refuta-se as correntes que defendem que o Estado deveria apenas conceder um mínimo de direitos que garantisse uma vida digna a todos. A concepção de desenvolvimento adotada é permitir que toda a população tenha condições de desenvolver suas capacidades para que possa, de forma livre, escolher qual vida pretende viver (SCHIER; LIMA, 2019).

Não se pode deixar de reconhecer que o desenvolvimento deve promover a livre iniciativa também consagrada como direito fundamental pela Constituição Federal. Daí decorre a necessidade de conciliar ideais antagônicos: a redução da desigualdade por meio de uma sociedade livre, justa e solidária baseada em valores que decorrem de um sistema capitalista (SCHIER; LIMA, 2019).

Pretendendo juntar essas concepções aparentemente antagônicas que institui a atividade administrativa de fomento, visando incentivar a iniciativa privada para executar atividades de interesse público como os direitos sociais é que Schier e Lima (2019) chamam a atenção para as parcerias por serem uma alternativa válida que autoriza o poder público a repassar incentivos para o particular através de recursos diversos com o fim de realizar ações que atendam ao interesse da coletividade. Essa visão de atuação indireta estatal é, para muitos adeptos das teorias do Estado mínimo, uma preferência, sendo o fomento o principal meio de implementação de serviços públicos.

Vale esclarecer que os pressupostos adotados, nesta tese, divergem da linha de pensamento que defende a atuação do Estado apenas de forma indireta por meio de fomento. A utilização do fomento deve ser vista como uma alternativa que visa contribuir com o desenvolvimento sustentável, refutando-se a ideia de atuação subsidiária do Estado.

Por isso, o presente trabalho filia-se à ideia do direito administrativo Social, onde a atuação do Estado deve ser interventiva especialmente diante da prestação de serviços públicos, utilizando-se da indução de particulares na realização de atividades de interesse social, criando um ambiente colaborativo pautado pelo desenvolvimento sustentável.

Neste sentido, identifica-se uma nova forma de atuação da Administração Pública pautada pela racionalidade dialógica, pluralista e democrática, almejando o cumprimento das metas superiores da Constituição Federal de forma coerente e coesa (FREITAS, 2010).

Pode-se afirmar, portanto, que a ideia de desenvolvimento, ao ser interpretada com as bases da Constituição Federal de 1988, não pode ser compreendida de forma dissociada da sustentabilidade.

Por esta razão, a fim de possibilitar o raciocínio esposado nesta tese, é que o próximo item visará expor como o Brasil tem usado da atividade de fomento administrativo em experiências concretas atrelada à concretização dos direitos sociais previstos na Constituição Federal.

4.4 O fomento administrativo como instrumento de políticas públicas para o desenvolvimento atrelado a concretização dos direitos sociais: uma análise das experiências brasileiras

Nesse sentido, insta esclarecer que, no panorama legislativo brasileiro, as atividades de fomento podem ser conjugadas das mais variadas formas, ora denominadas de incentivo ou estímulo, ora como prioridade ou favorecimento. No entanto, independentemente da terminologia indicativa, como visto anteriormente, o fomento é caracterizado como uma atuação administrativa do Estado, instigando a iniciativa privada a exercer atividades de interesse público.

Restando esclarecido que o fomento administrativo pode ser um importante instrumento de realização dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, bem como a sua forma de aplicação e esclarecimentos dogmáticos, passa-se a expor algumas experiências, no Brasil, sobre a aplicação do fomento em casos concretos.

No último estudo feito e disponibilizado pelo IBGE, em 2019, que avaliou o nível de escolaridade de pessoas de 25 anos ou mais de idade, foram apontados os seguintes dados relativamente ao ensino superior: 1) pessoas com ensino superior incompleto ou equivalente correspondiam a 3,4% em 2016, 3,7% em 2017, 4,0% em 2018 e em 2019; 2) pessoas com ensino superior completo correspondiam a 15,3% em 2016, 15,7% em 2017, 16,5% em 2018 e 17,4% em 2019.

No que tange à questão de gênero, os números são os seguintes: 1) mulheres com ensino superior completo, em 2016, correspondiam a 17%, em 2017, 17,6%, em

2018, 18,4% e em 2019, 19,4% e; 2) homens com ensino superior completo, em 2016, 13,7%, em 2017, 13,8%, em 2018, 14,7% e em 2019, 15,3% (IBGE, 2019).

O estudo ainda faz a comparação do acesso ao ensino superior, distinguido a cor e a raça: 1) brancos com ensino superior completo, em 2016, correspondiam a 22,5%, sendo 23,2% em 2017, 24,3% em 2018 e 25,2% em 2019; 2) pretos ou pardos com ensino superior completo, em 2016 correspondiam a 8,8%, em 2017, 9,3%, em 2018, a 10,1% e, em 2019, 11% (IBGE, 2019).

Embora a pesquisa aponte crescimento na taxa de brasileiros com ensino superior, ainda há um caminho longo a ser percorrido para garantir o acesso ao ensino superior no Brasil especialmente no que se refere a igualdade de acesso racial.

A Organização das Nações Unidas, ONU, vem exercendo papel de grande relevância, adotando um modelo de desenvolvimento econômico e socioambiental. Em 2015, a entidade propôs uma agenda de desenvolvimento, chamada de Agenda 2030, para os próximos 15 anos, fixando 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, ODS (SCHIER; ANDRADE, 2020).

Nesse panorama, o ODS nº 4, Educação de qualidade, estabelece, como objetivo, garantir o acesso à educação inclusiva, de qualidade e equitativa, além de promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos⁶¹. Dentre as metas deste objetivo, destaca-se, para o desenho da presente pesquisa, as de 4.3 e 4.5. A meta 4.3 dispõe que: “4.3 Até 2030, assegurar a igualdade de acesso para todos os homens e mulheres à educação técnica, profissional e superior de qualidade, a preços acessíveis, incluindo universidade”⁶².

Por sua vez, a meta 4.5 estabelece que os países aderentes devem, até 2030, eliminar: “[...] as disparidades de gênero na educação e garantir a igualdade de acesso a todos os níveis de educação e formação profissional para os mais vulneráveis, incluindo as pessoas com deficiência, povos indígenas e as crianças em situação de vulnerabilidade”⁶³.

Tendo aderido à Agenda 2030 desde 2015, o Brasil vem adotando ações direcionadas que visam alcançar as metas e objetivos traçados (SCHIER; ANDRADE, 2020, p.14). Em nível nacional, as práticas de fomento, nesse setor, possuem diversos

⁶¹ Disponível em < <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/4>>. Acesso: 30 dez. 2022.

⁶² Disponível em < <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/4>>. Acesso: 30 dez. 2022.

⁶³ Disponível em < <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/4>>. Acesso: 30 dez. 2022.

programas geridos pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, autarquia federal que foi criada pela Lei nº 5.537 de 21 de novembro de 1968. Esta lei estipula que será dada preferência a financiamentos de programas e projetos que melhor correspondam à necessidade de formação de recursos humanos para o desenvolvimento social.

Quando se trata de direito à educação, não é possível analisá-lo isoladamente dos objetivos da república brasileira, previstos nos art. 1º e 3º da Constituição Federal de 1988, que prevê, no inciso II e III do art. 1º, a cidadania e a dignidade da pessoa humana como pressupostos.

Não se tem dúvida que a educação constitui uma necessidade para alcançar estes fundamentos, tendo em vista que é por meio dela que se pode alcançar a cidadania em seu sentido pleno, bem como a dignidade da pessoa humana.

Ainda, cabe mencionar que o art. 3º traz a educação como um dos objetivos fundamentais da República, com destaque especial ao inciso I, que prevê a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo que não pode ser atingido desvinculado da ideia da educação. Contudo, vale esclarecer que a efetivação deste direito não depende tão apenas da sua previsão na norma abstrata, mas principalmente de instrumentos jurídicos que efetivem a sua concretização por meio de ações do Estado (CEZNE, 2006).

O art. 205 da Constituição Federal (1988) define, de forma genérica, o direito à educação como sendo “direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. A instrumentalização do ensino está positivada no art. 208 da Constituição Federal⁶⁴ que dispõe diversos mecanismos de obrigação estatal para o alcance do direito fundamental à educação.

⁶⁴ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

Pode-se verificar que a gratuidade do ensino somente é prevista no ensino fundamental, prevendo a progressiva universalização do ensino médio. Não há referência expressa ao ensino superior, contudo, há menção ao acesso para os níveis mais elevados de ensino, conforme a capacidade individual.

O art. 206 da Constituição Federal trouxe, como princípio da educação, a universalização e gratuidade do ensino, entretanto, o ensino superior não pode ser tratado com os mesmos parâmetros do ensino fundamental e médio, pois não é considerado como obrigatório. Portanto, com relação ao ensino superior, deve-se garantir que haja igualdade para o seu acesso (CEZNE, 2006).

O Plano Nacional de Educação, regulamentado pela Lei nº 13.005/2014, enfatiza a importância da educação superior ao preconizar diretrizes e metas para alcançar um forte sistema de educação superior. Verifica-se que, em um mundo em que o conhecimento desbancou os recursos materiais enquanto fator de desenvolvimento humano, o acesso à educação superior é cada vez mais urgente.

O Plano Nacional de Educação reconhece a importância da educação superior ao estabelecer diretrizes para o seu funcionamento, em especial a sua função primordial para o desenvolvimento humano. Reconhece também o papel relevante das instituições de ensino, tratando a necessidade de apoio público como algo decisivo para alcançar as diretrizes estabelecidas na lei.

A Lei nº 13.005/2014 deixa clara a importância do ensino superior na superação de desigualdades sociais e regionais ao dispor que, atualmente, as rápidas conversões trazem, para as instituições de ensino superior, o estímulo em congregar, dentro de suas atividades, a pesquisa e a extensão, detendo, como critério de relevância, a superação das desigualdades sociais e regionais, além da qualidade e cooperação internacional, reconhecendo que as instituições de ensino constituem o principal instrumento de transformação da humanidade, através das diversas experiências culturais e científicas acumuladas ao longo da história.

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

Importante mencionar que o Plano Nacional de Educação (2014) prevê, como meta, o aumento de vagas na educação superior em 50%, demonstrando preocupação com a necessidade da expansão de acesso à educação a nível superior que deve estar dentro de parâmetros de qualidade.

Pode-se dizer, a partir da análise das metas estipuladas no Plano Nacional de Educação, que a necessidade de aumento de vagas, para a educação superior, decorre da perspectiva de acesso à educação nas bases, ou seja, do aumento do número de egressos da educação média. Por isso, deve-se planejar a expansão do ensino com qualidade em todos os graus de ensino.

Diante disso, não se pode negar a importância da contribuição do setor privado que oferece a maior parte das vagas na educação superior, detendo um relevante papel a cumprir, desde que respeitados os parâmetros de qualidade estabelecidos pelos sistemas de ensino.

É neste sentido que o Fundo de Financiamento Estudantil (FIES) pode contribuir na efetivação do direito fundamental à educação, sendo atualmente um dos principais instrumentos da Administração Pública Federal que visa a ampliação de acesso ao Ensino Superior.

O FIES foi criado, em 1999, com o objetivo de financiar estudos de alunos carentes em instituições de ensino privadas, tendo sido regulado por meio da Medida Provisória nº 1827/99, Lei nº 10.260/2001 e Portarias Ministeriais nº 860/99 e nº 1386/99, além da Resolução CMN 2647/99.

O programa visa a valorização da qualidade do ensino superior, impondo, ao aluno, a condição de inscrição em cursos avaliados positivamente pelo MEC com, pelo menos, nota três, o que incentivou as instituições de ensino superior, interessadas em participar do programa, a investir em infraestrutura, condições de trabalho, qualificação dos docentes e do projeto pedagógico (ALMEIDA, 2015).

A imposição de metas, cada vez mais rígidas para as instituições de ensino superior e seus cursos, se mostra necessária para que o governo federal não seja apenas um fomentador de captação de alunos para as instituições privadas, propiciando grandes lucros financeiros e pouco esforço. A existência de mecanismos de controle se mostra extremamente relevante, tendo em vista que a grande demanda de alunos com financiamento consequentemente aumenta a responsabilidade do

governo quanto a garantia de qualidade na formação acadêmica propiciada pelas instituições privadas (PINHEIRO, 2013).

É importante esclarecer, na esteira deste raciocínio, que o FIES não foi o primeiro modelo de financiamento do ensino superior no Brasil, embora tenha se mostrado um importante instrumento de fomento ao acesso à educação superior.

A política nacional de financiamento do ensino superior teve seu início marcado no ano de 1976 com o Programa de Crédito Educativo (PCE Creduc), que tinha como objetivo primordial facilitar o acesso à universidade de estudantes de baixa renda. O seu funcionamento se dava por meio de recursos provenientes do Fundo Nacional de Assistência Social, sendo que, após a Constituição Federal de 1988, passou a ser administrado pela Caixa Econômica Federal. O PCE Creduc entrou em crise, em 1991, devido à inadimplência, falta de um sistema de incentivo adequado, bem como à escassez de recursos que foi agravada pela inexistência de indexação dos débitos à inflação. O PCE Creduc foi descontinuado e substituído pelo FIES (BECKER; MENDONÇA, 2019).

O FIES pode ser compreendido como uma política pública focalizada no atendimento de estudantes economicamente menos favorecidos, visando combater o abismo entre as classes sociais, propiciando, por meio do ensino superior, o acesso a salários mais altos e conseqüentemente combatendo desigualdades (ALMEIDA, 2015).

Conforme informações obtidas no site do FNDE, o FIES é conceituado como um programa que tem como fim o financiamento da graduação de estudantes matriculados em cursos presenciais pagos e que tenham desempenho positivo nos processos de avaliação conduzidos pelo MEC, podendo haver financiamento da totalidade dos encargos educacionais cobrados pelas instituições de ensino que tenham aderido ao fundo. O programa é destinado para estudantes que não tenham ensino superior concluído e devem atender, ao menos, dois requisitos: 1) ter participado do Exame Nacional do Ensino Médio, ENEM, e obtido média aritmética superior a quatrocentos e cinquenta pontos e não tenham tirado nota zero na redação e b) ter sido selecionado no processo seletivo do FIES.⁶⁵

O FIES é um programa vinculado ao Ministério da Educação que visa a concessão de crédito aos estudantes regularmente matriculados em cursos

⁶⁵ <http://www.fnde.gov.br/index.php/financiamento/fies-graduacao/o-fies/sobre-o-fies>

superiores de instituição de ensino privadas, tendo passado por grandes reformulações ao longo dos anos, podendo seu histórico ser organizado em três fases principais.

Segundo Becker e Mendonça (2009), a primeira fase está concentrada no período compreendido entre os anos de 2001 a 2009, caracterizando-se pela consolidação da política, sendo que a maior preocupação, à época, foi com a inadimplência e o equilíbrio fiscal.

Ao ser comparada com a primeira, a segunda fase, de 2010 a 2014, foi marcada por um abrandamento das regras de concessão do financiamento e o aumento das facilidades de pagamento do empréstimo, diante da redução dos juros e a ampliação do prazo para a amortização do débito, o que, além de outros fatores, como o desemprego, causou impacto na inadimplência. Esta fase ainda foi marcada pela mudança na forma de inscrições que passaram a ocorrer de forma contínua, bem como pelo estabelecimento de critérios de elegibilidade com base na renda familiar e na qualidade do curso. Com estas mudanças, as matrículas do FIES passaram de 5% para 39% entre 2009 e 2015, o que foi incompatível com a disponibilidade de recursos, havendo também a transferência de uma parcela dos riscos do financiamento à Administração Pública, bem como um aumento das mensalidades (BECKER; MENDONÇA, 2009).

Assim, em 2015, passou-se à terceira fase do FIES que restou caracterizada pelas mudanças estruturais que visavam dar sustentabilidade fiscal à política, passando a ter taxas de juros de 6,5% ao ano, também houve um aumento nos critérios de exigibilidade que levou a uma redução de 61% da oferta de novos contratos entre os anos de 2014 a 2015 (BECKER; MENDONÇA, 2009).

Conforme dados do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (2020), verifica-se que 76,03 mil estudantes obtiveram financiamento estudantil através do FIES no ano de 2010, foram 154,29 mil financiamentos em 2011, 377,82 mil em 2012, 559,79 mil em 2013, sendo 732,64 mil financiamentos concedidos em 2014.

A partir de 2015, os números de financiamentos entraram em decréscimo, restando concedidos 287,54 mil financiamentos, 203,53 mil em 2016 e 175,98 mil financiamentos em 2017. Em 2018, sob o regime do novo FIES, apenas 82,67 mil financiamentos foram concedidos, detendo um pequeno aumento, em 2019, com 85,09 mil e voltando a decair, em 2020, com 52,93 mil financiamentos.

Nota-se que, a partir de 2015, o número de contratos entrou em grande decadência. Há uma enorme disparidade entre o ano de 2014 e o ano de 2020 no que tange ao número de financiamentos. Em 2014, foram 732,64 mil financiamentos concedidos, sendo que, em 2020, o número de financiamentos ficou limitado a apenas 52,93 mil beneficiários.

Embora a crise do FIES tenha ficado estampada nos seus números a partir de 2015, Monteiro esclarece que, desde 2007, as instituições de ensino superior vêm sinalizando atrasos nos repasses, já demonstrando que o orçamento do FIES sofreu reveses na época (MONTEIRO, 2012).

Contudo, a chamada crise do FIES apenas veio a ocorrer efetivamente no ano de 2015, onde o Brasil viveu uma crise política e econômica que afetou diretamente a forma em que o governo tratou as políticas públicas, tendo a educação sofrido com diversos cortes de orçamento, o que também ameaçou o FIES e a possibilidade de novos contratos, inclusive, aditamentos de contratos vigentes (ALMEIDA, 2015).

O pagamento, às instituições de ensino superior, é realizado por meio de Certificados Financeiros do Tesouro, títulos públicos emitidos pelo Tesouro Nacional. Os recursos do FIES são repassados pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento, visando honrar os contratos dos estudantes com os agentes financeiros credenciados no FIES (NEVES, 2020).

Não há como negar, apesar de entendimentos diversos, a importância do FIES como meio de fomento administrativo que visa incentivar o direito à educação. O programa constitui em política pública que, além de visar o direito à educação, possibilita o desenvolvimento social, bem como a redução de desigualdades na medida em que proporciona, aos menos favorecidos, oportunidade de adquirir conhecimentos que permitem o acesso a empregos com maior remuneração.

De igual forma, tendo em vista a impossibilidade de o Estado prestar diretamente a educação superior de forma universal, seja por limitações legais ou financeiras, o FIES vem se mostrando um importante instrumento de incentivo a entes privados ao oferecer educação superior de qualidade à população de baixa renda.

A explanação exemplificativa sobre o FIES, enquanto política pública de fomento na educação, demonstra a pertinência do tema desta tese, pois tornou possível averiguar, em grau e número, como o fomento atua, na prática, para

melhorar, em termos sociais, as oportunidades de pessoas menos favorecidas a um grau maior de instrução acadêmica.

No entanto, a mera existência de fomento administrativo, por si só, não pressupõe o seu sucesso social, tampouco é suficiente para averiguar se os recursos ali despendidos pelo Estado estão, de fato, sendo totalmente investidos para o fim criado.

É por esta razão que o tema desta tese se mostra relevante, pois o fomento pode ser considerado uma política pública essencial ao alcance dos objetivos da república brasileira e a efetividade dos direitos fundamentais ante a nítida característica de atividade estatal o que pressupõe, tal qual os demais espaços e políticas públicas, que haja espaços para a participação do controle social.

Assim, o próximo item deste capítulo será dedicado exclusivamente a averiguar a possibilidade de ampliação do espaço de participação e controle social, para além das formas estudadas anteriormente, focando principalmente nas atividades de fomento administrativo.

4.5 Análise dos espaços e perspectivas para uma maior implementação da participação e controle social nas atividades de fomento administrativo alinhadas a teoria das políticas públicas

A atividade administrativa de fomento, assim como toda atividade da Administração Pública, deve estar sujeita à transparência e ao direito de informação de tal forma que esta possa ser submetida à participação e ao controle social.

Contudo, conforme será tratado neste item, há diversos entraves para exercer a participação e o controle social quando a prestação de uma determinada atividade ocorre por meio de fomento.

Mas, para que seja possível entender estes entraves no campo normativo, torna-se indispensável compreender e relembrar alguns pontos importantes sobre o Terceiro Setor, suas finalidades e natureza jurídica.

Pois bem, sobre este assunto, não se pode deixar de trazer as contribuições de Eloísa Helena de Souza Cabral (2008) que propõe uma observação importante escondida atrás da concepção do Terceiro Setor, ou seja, o *welfare mix* que, em outros termos, trata do conceito de mistura de proteção social, contando com as interações concorrentes e complementares do triângulo social: o Estado, o setor mercantil e a comunidade.

Este mix conceitual pressupõe uma atuação enérgica, por parte da Administração Pública, quando o assunto é fomento, pois, como visto acima, coexistem os interesses de todos envolvidos no triângulo social. Daí se afirmar que o Terceiro Setor deve ser compreendido “como espaço relacional onde lógicas diversas, discursos e racionalidades emergindo do Estado, do setor mercantil e da comunidade, são interconectados por um propósito comum de proteção e desenvolvimento social” (CABRAL, 2008, p. 23).

Esse espaço relacional, em que o Terceiro Setor se comunica com as demais lógicas do sistema, deve ser analisado a partir da concepção própria de espaço público, porquanto nada mais é do que uma dimensão deste espaço na sociedade (CABRAL, 2008).

A partir desse referencial, identifica-se que o Brasil se atém a uma opção política mais descentralizada e própria de um Estado com facetas predominantemente gerenciais da coisa pública, que se dá comumente através de políticas públicas de bens e serviços.

Como bem advertem Schier e Lima (2021), o Brasil passou por um longo processo de alterações das funções do Estado principalmente em decorrência da globalização e a mundialização do capital que inaugurou uma nova fase do capitalismo, o que provocou a adoção de políticas mais liberatórias em relação à atuação do Estado tais como privatizações de estatais, desregulamentação e desmantelamento dos direitos sociais.

Daí que, com o esfacelamento do Estado Social em grande parte provocada pelas consequências da Guerra Fria, foi necessário proceder com mecanismos alternativos de gestão administrativa, implicando na devassa conversão do entorno estatal, buscando primordialmente estabelecer novos paradigmas para a Administração Pública principalmente no que se refere à eficiência na gerência da coisa pública e na prestação dos serviços públicos (SCHIER; LIMA, 2021).

De tudo o que foi exposto até o momento, pode-se afirmar, com certa tranquilidade, que, assim como as Agências Reguladoras nascem com uma grande carga obrigacional em gerenciar e tornar eficiente os bens e serviços públicos que eram exclusivos do Estado até as privatizações, o Terceiro Setor advém, da mesma forma, como braço extensivo do Estado para a consolidação e fortificação de bens e

serviços que visam concretizar direitos fundamentais do cidadão, possuindo, portanto, uma carga axiológica fundada principalmente no princípio ético do bem comum.

A bem da verdade, não se pode negar que a Constituição Federal de 1988 demonstra que o Estado chama a sociedade civil para que, de forma ativa, participe do processo de cidadania, inclusive, prevendo a coparticipação da iniciativa privada nos programas de subsistência dos direitos sociais (SANTOS, 2020), como se pode verificar a partir da leitura do art. 204 da CF⁶⁶.

Assim, destacam-se três principais espécies de Organizações do Terceiro Setor, sendo as primeiras denominadas de Serviços Sociais Autônomos, comumente conhecido como sistema “S”, as quais recebem dotações orçamentárias ou contribuições parafiscais; em segundo, as Organizações Sociais, Lei 9.6739 de 1998, contratadas através de contrato, sendo constantemente submetidas à fiscalização e, em terceiro, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, OSCIP, que se relacionam com o Estado através de termos de parcerias, sendo qualificadas por meio de ato vinculados (SANTOS, 2020).

Por certo, um dos diversos fatores de entrave do controle e espaço de participação social, no Terceiro Setor, decorre no emaranhado de formas legais que caracterizam a constituição e repasses públicos para cada espécie de organização.

Se não bastasse isso, a atividade de fomento pode ser realizada em diversos setores e segmentos escolhidos, pela lei, como mercedores de incentivo, traduzindo-se em uma série de mecanismos que implica a existência de formas diferenciadas de controle (POMBO, 2018).

A questão fática crucial, que envolve a problemática apresentada nesta tese, consiste, para além do que foi abordado até o presente momento, no fato de que existem atualmente, conforme dados do IPEA, cerca de 815.000⁶⁷ organizações, sendo que cada qual recebe fomentos de maneiras diversas e para variados fins,

⁶⁶ “Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.” (BRASIL, Constituição Federal, 1988)

⁶⁷ Dados retirados no sítio eletrônico do IPEA: <https://mapaosoc.ipea.gov.br/>

tornando demasiadamente oneroso se pensar num modo padrão de controle e participação social.

Apesar disso, não se pode deixar de lado que o Terceiro Setor é basicamente financiado com recursos advindos através de políticas públicas de fomento e que, por isso mesmo, necessita de mecanismos eficazes de controle que devem refletir não apenas no que tange à forma de utilização dos valores, mas sobretudo na eficiência da entrega do bem ou da prestação de serviço público ao seu destinatário.

Veja-se que, como atividade administrativa, além de um exame de legalidade, exige-se um controle pautado pela Constituição Federal, verificando a compatibilidade dos resultados da performance da Administração Pública com o desenvolvimento sustentável, utilizando-se de índices que medem a longevidade, educação e renda (FREITAS, 2015).

Existem pontos sensíveis na implementação de medidas de fomento tais como a escolha do setor, segmento ou região, a seleção de sujeitos que receberão o incentivo e a escolha do modo adequado para induzir a atividade escolhida como relevante, que, como visto, cabe a ordem jurídica a escolha de qual direção o incentivo deve ir (POMBO, 2018).

Cabe lembrar uma importante premissa para o exercício do controle quando se trata de atos de fomento, qual seja, a afirmação, que parece óbvia, porém muitas vezes esquecida, de que os atos de fomento também devem ser pautados pelo regime jurídico administrativo, conforme já exposto no item 4.2.

A referência ao regime jurídico administrativo se justifica porquanto o fomento é exteriorizado mediante atos administrativos que, por determinação legal, são considerados discricionários em sua grande maioria, todavia, este fato faz com que equivocadamente o fomento seja considerado como um campo aberto para liberdade da Administração Pública que, por vezes, acaba concedendo benefícios diante de um juízo de oportunidade e conveniência, baseados em critérios subjetivos (SCHIER; MEDEIROS, 2021).

Portanto, a classificação do fomento como ato discricionário acaba usualmente afastando o controle sobre esta atividade, tendo em vista que o mérito do ato administrativo é compreendido como um juízo de conveniência da Administração Pública. Nestas hipóteses, a adequada solução deve ser sempre a que melhor alcançar o interesse público, ponderando-o diante de uma análise dos princípios que

integram o regime jurídico administrativo em cada caso, em especial os princípios da finalidade e isonomia (SCHIER; MEDEIROS, 2021).

Neste ponto em específico, cabe chamar a atenção para um viés inexistente no Terceiro Setor, mas que, sem sombra de dúvidas, apresentar-se-ia como uma alternativa viável para o aumento e consolidação, respectivamente, da participação e do controle social.

Parte-se do ponto de vista de que a sociedade exerce um papel primordial na fiscalização dos bens e serviços públicos, podendo exercer o controle social de forma direta e indireta, conforme visto anteriormente, o controle social, assim, está intimamente vinculado a dois princípios essenciais, a saber: publicidade e transparência⁶⁸.

Todas as diretrizes deverão ser cumpridas, pelas OS e OSCIP, para propiciar o controle social por parte do cidadão. Para tanto, vale rememorar que, nos termos do art. 1º da Lei 4.717/65, qualquer cidadão é legitimado a ajuizar eventual ação popular nos casos em que for constatada qualquer irregularidade, sendo esta uma forma de exercício de controle direto. Outra forma de controle direto, pode-se citar, nas OS, a participação da sociedade civil no Conselho de Administração e, nas OSCIPs, pelo Conselho de Políticas Públicas (PONTE, 2015).

O controle social indireto pode ocorrer nos casos em que o cidadão, quando da ciência de eventual irregularidade, informa o órgão competente ou ao Ministério Público para, se for o caso, tomar as medidas cabíveis. Além disso, nos casos das OSCIPs, pode haver a desqualificação da organização, administrativa ou judicialmente, por iniciativa popular (PONTE, 2015), conforme art. 7º da Lei 9.790/99 c/c art. 4º do Decreto nº. 3.100/99.

À vista disso, constata-se que, de uma forma mais objetiva, a legislação prevê a participação social no controle direto nas Organizações do Terceiro Setor e, mais

⁶⁸ “De fato, a legislação que disciplina as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público traz expressamente a obrigatoriedade da publicidade do contrato de gestão (artigo 7º, “caput”, da Lei no 9.637/98); do termo de parceria (artigo 10, §2º, inciso VI, da Lei no 9.790/99); dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão (artigo 2º, inciso I, alínea f, da Lei no 9.637/98); do relatório de atividade e das demonstrações financeiras, que serão colocados à disposição para exame de qualquer cidadão (artigo 4º, inciso VII, alínea b, da Lei no 9.790/99); do regulamento próprio para aquisição de bens e contratação de obras e serviços com emprego de recursos repassados pelo ente público (artigo 17 da Lei no 9.637/98 e artigo 14 da Lei no 9.790/99); da publicidade do extrato da execução física e financeira do termo de parceria (artigo 18 do Decreto no 3.100/1999)” (PONTE, 2015, p. 45).

timidamente, no controle indireto, o qual é possibilitado apenas a partir do cumprimento das diretrizes relativas aos princípios da transparência e publicidade.

Mas, tratando-se, o fomento, de um ato administrativo majoritariamente discricionário, conforme entendimento de boa parte da doutrina já referido anteriormente nesta tese, esta característica abre margem para uma certa liberdade em eleger os seus beneficiários que, ao contrário do serviço público, não há como exigir a universalidade dos benefícios concedidos.

Com base no princípio da isonomia, esta interpretação exige ponderações, uma vez que é clara a impossibilidade de se reconhecer o direito subjetivo de todos os cidadãos a fim de exigir, do Estado, a utilização individualmente das medidas de fomento. Contudo, pode-se reivindicar que os incentivos sejam prestados em caráter isonômico, sendo que, para tanto, o Estado deve fundamentar as razões de escolha, motivando a sua discriminação (SCHIER; MEDEIROS, 2021).

Assim, se mostra imprescindível a observância do princípio da motivação e a submissão da atividade de fomento ao regime jurídico de direito administrativo como pressuposto de controlabilidade destes atos.

Nesse sentido, “o próprio dever da Administração Pública justificar e fundamentar seus atos, única maneira de viabilizar a fiscalização do cumprimento do disposto no art. 37 da CF/88, deve estar presente no âmbito de toda e qualquer gestão que ela pratica” (LEAL, 2021, p. 397).

Havendo impossibilidade de o ato de fomento abranger todos os possíveis beneficiários, diante da limitação de recursos, mostra-se pertinente o estabelecimento de um procedimento licitatório entre os possíveis beneficiários, privilegiando critérios objetivos (ROCHA, 2003).

Entretanto, não é isso que se verifica na prática. Basta lembrar que o Marco das Organizações da Sociedade Civil (Lei 13.019/2014) foi responsável por criar parâmetros normativos para que ocorresse o fomento, monitoramento e controle das parcerias realizadas entre a Administração Pública e as OSC.

A Lei 13.204/2015 trouxe mudanças ao texto original do marco das OSC, em especial as exceções ao chamamento público que é o processo que tem como intuito selecionar propostas de celebração de parceria com a Administração Pública, seu intuito principal é auxiliar no controle dos recursos que venham a ser distribuídos ao Terceiro Setor, dotando de impessoalidade a seleção das OSC que venham a ser

beneficiadas. É importante lembrar que há muito tempo já se fala sobre a distorção do uso de projetos de fomento do Terceiro Setor, inclusive, gerando escândalos que já foram objeto de CPIs referente a atuação de determinadas OSCs de fachada que sugaram recursos públicos e não ofereciam contrapartida à sociedade (NOHARA, 2016).

A inexigibilidade do chamamento público se aplicava, inicialmente, apenas em questões em que o chamamento fosse inviável devido à natureza do objeto de plano de trabalho ou quando as metas somente pudessem ser atingidas por determinadas entidades. Contudo, a Lei 13.204/2015 trouxe mais duas exceções ao chamamento público: a) quando o objeto da parceria constituir incumbência prevista em acordo, ato ou compromisso internacional no qual sejam indicadas as instituições que utilizarão os recursos e b) a parceria decorrer de transferência para organização da sociedade civil que esteja autorizada em lei na qual seja identificada expressamente a entidade beneficiária. A primeira exceção é razoável, mas a segunda é extremamente questionável, pois permite que os agentes políticos ajustem o favorecimento de uma entidade, abrindo uma fenda à transparência, competitividade e ausência de privilégios. O retrocesso é notável, inclusive, com relação a modificação trazida no art. 29 que prevê que termos de colaboração ou de fomento, quando advindo de recursos decorrentes de emendas parlamentares, possam ser realizados sem chamamento público (NOHARA, 2016).

Percebe-se claramente a dificuldade que o Brasil tem em criar uma legislação que seja pautada pela transparência, por um procedimento claro, objetivo, padronizado, com aplicação igualitária e que possa afastar favorecimentos sem qualquer fundamento (NOHARA, 2016).

Parece que o legislador, em diversos momentos, esquece da determinação constitucional, art. 193, parágrafo único, de que a lei deve assegurar a participação da sociedade nos processos de formulação, monitoramento, controle e avaliação das políticas públicas. A legislação, conforme vem sendo exposto, não vem cumprindo satisfatoriamente o comando constitucional e, por muitas vezes, faz exatamente o contrário, cercando a Administração Pública de um arcabouço de discricionariedades que só servem para a perpetuação de práticas patrimonialistas.

Mas não é só isso, na impossibilidade de o Estado injetar recursos em todos os segmentos de políticas públicas do Terceiro Setor, uma forma de ampliar, não só

a participação social, mas o controle social do investimento público, está na criação de procedimentos de participação que venham a incluir a sociedade no processo de escolha do setor a ser fomentado, o que facilitaria, inclusive, o processo de fundamentação das razões de escolha que seria facilmente alcançável através de consultas públicas locais ou regionais antes da destinação dos fomentos.

Esse processo não é novo no cenário da Administração Pública, conforme Fortini e Cavalcanti (2021), o processo decisório, após alterações significativas trazidas pelas Leis nº. 13.303/16 e nº 13.655/18⁶⁹, propiciou um aumento do controle social, implementando algumas medidas a fim de combater práticas de corrupção, tal como a elaboração de programas de integridade, incentivo à utilização de práticas de governança, entre outros.

Não se ignora o fato de que as alterações normativas que ampliaram a participação social, através destas alterações legislativas, estão direcionadas ao processo de tomada de decisão relativamente a propostas de alteração de atos normativos de interesse geral nos casos das Agências Reguladoras.

Todavia, esta lógica poderia ser transplantada para os assuntos interligados ao fomento no Terceiro Setor, notadamente quando os recursos não forem suficientes para alcançar todos os segmentos das políticas públicas.

Por certo, a consulta popular previamente à tomada de decisão de qual política pública merece ganhar uma atenção especial na designação do fomento, parece um caminho viável para a participação social de forma mais ampla, inclusive, personalíssima na tomada de decisão, o que, sem sombra de dúvidas, auxiliaria a Administração Pública a sentir qual a realidade e necessidade social em determinada região.

⁶⁹ “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.” (BRASIL, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, 1942)

Além disso, se tornaria uma ferramenta importantíssima também no controle social, pois a consulta pública permitiria que a Administração Pública tomasse ciência das dificuldades sociais, o que, a toda prova, contribuiria para evitar decisões discricionárias e eventualmente corruptivas, fomentando um setor que, à vista de outros, não estariam elencados nas necessidades emergenciais da sociedade.

Assim, o princípio da igualdade estar-se-ia concretizado pelo dever, da Administração Pública, de não realizar escolhas discriminatórias quando outorga ajudas públicas, tendo como necessidade propiciar que todos os potenciais beneficiários participem nas mesmas condições (RODRÍGUEZ, 2015).

No que tange à finalidade, entende-se que a atividade de fomento deve ser pautada para incentivar o particular na atuação em favor do desenvolvimento nacional sustentável, além de respeitar e preservar o meio ambiente, criando condições para que os cidadãos possam ter acesso aos direitos fundamentais. De igual forma, deve incentivar a iniciativa privada no seu desenvolvimento econômico, criando condições favoráveis para a lucratividade de sua atividade (SCHIER; MEDEIROS, 2021).

Como debatido anteriormente, a atividade de fomento deve sempre buscar promover ou estimular entes privados a favorecer o bem-estar geral, contudo, se esta finalidade não for detectável com a devida clareza, a atuação do fomento deve ser compreendida como ilegítima, injustificável e discriminatória (HIGA, 2011).

Atos administrativos praticados com desvio de finalidade devem ser compreendidos como nulos, tendo em vista que foram praticados em dissonância com o que a lei determina. No caso do fomento, a atuação de entes privados, na efetivação de atividades de interesse público, é integrante da própria finalidade do ato concedido, em outras palavras, pode-se afirmar que a finalidade do fomento administrativo somente pode ser alcançada com a atuação correta do ente privado fomentado, portanto, é imperioso o controle dessa atividade, ainda que o privado esteja subordinado ao regime privado, sua atuação resta vinculada à finalidade pública que o concedeu (SCHIER; MEDEIROS, 2021).

No que se refere à atuação correta do ente privado fomentado, cabe aqui um aparte importante para a discussão de um ponto interessante aos objetivos desta tese, que pode caracterizar mais um nicho de expansão da participação e controle social.

Veja-se que quando Schier e Medeiros afirmam que a finalidade do fomento apenas pode ser alcançada através da correta atuação do ente privado, pode-se

extrair daí uma leitura diferenciada que remete ao que Eloísa Helena de Souza Cabral denomina de dualidades na gestão social do Terceiro Setor.

Explica-se: A dualidade de gerenciamento administrativo das Organizações do Terceiro Setor explicita, como visto, uma área intermediária do mix do sistema de proteção social, o que, num primeiro momento, não causa nenhuma estranheza.

No entanto, ao se vincular a finalidade do fomento à gestão correta das Organizações fomentadas, deve-se ter em mente a advertência de Cabral (2008), pois a natureza abstrata do fomento, enquanto intermediária às racionalidades do tripé Estado-mercado-comunidade, está calcada num propósito comum de proteção e desenvolvimento social.

Todavia, ao lembrar que as Organizações do Terceiro Setor são uma dimensão do próprio espaço público⁷⁰, torna possível compreender, em linhas gerais, que mesmo se tratando de organizações privadas, estas se identificam com valores comuns ao próprio Estado, quais sejam: “*representação de interesses coletivos; democratização; qualidade; efetividade; visibilidade; cultura pública; universalidade; autonomia; controle e defesa social; e sustentabilidade*” (CABRAL, 2008 p. 25).

Daí se dizer que, mesmo se tratando de organizações privadas e que sejam patrocinadas com fontes diversas além do fomento público, por estarem num espaço intersetorial, a sua gestão social deve articular diferentes grupos nos quais possam ser identificados interesses grupais que são essenciais a sua formação, o que caracteriza o conceito operacional trabalhado por Cabral (2008) como *públicos constituintes*,⁷¹ os quais se identificam por diferentes valores, partindo principalmente de pressupostos delimitados através da chamada ENCIR, isto é, Expectativas,

⁷⁰ No que tange às concepções de espaço público, ver CABRAL, Eloísa Helena de Souza. A gestão social do terceiro setor e suas dualidades. In Revista Administração em Diálogo, n. 11, v.2, 2008, p. 21-34.

⁷¹ “Estes públicos seguem cinco frações diferenciadas de atores sociais: *instituidores*, correspondendo ao grupo original que instalou a organização, manifestou sua missão e propiciou os recursos materiais e ideológicos iniciais; *funcionários*, correspondendo ao grupo de indivíduos que se vincularam legalmente como trabalhadores da organização e assumiram ao longo do tempo um determinado grau de identidade com os pressupostos da organização; *voluntários*, como um grupo relativamente transitório que se articula à organização de modo autônomo e realiza parcelas das tarefas, ou contribui com trabalho, participação ideológica ou empenho pessoal, não remunerado, com intensidade e características diversas; *doadores*, correspondente ao conjunto, nem sempre internamente articulado de indivíduos, que contribui financeiramente para a manutenção da organização; e, finalmente o *público alvo*, que constitui o grupo de beneficiários dos serviços prestados pela organização, ou seja, o cidadão portador de direitos, com capacidade de autonomia e liberdade para decidir sobre sua vida individual e coletiva – para quem se destinam as ações das OTS.” (CABRAL, 2008, p. 26)

Necessidades, Capacidades, Interesses e Representações sociais que estão estipuladas na missão estatuída em determinada Organização.

Pois bem, pelo todo o exposto até o momento, não pairam dúvidas de que a dimensão intermediária que o Terceiro Setor ocupa, que vincula os valores sociais e serviços/bens públicos, é fadada a uma gestão social peculiar unida a uma certa responsabilidade social empresarial ou, como explica Cabral (2008), uma conexão pública em duas instâncias.

A conexão pública, portanto, se estabelece, em primeiro lugar, como representatividade própria das OTS enquanto articuladoras de seus públicos constituintes e, em segundo, enquanto base institucional, dialogando com o Estado durante situações conflituosas. Assim, as OTS de um lado, se apresentam com características mais universais e próprias das instituições de Estado e, de outro, manifestam posições e entendimentos particulares de determinados grupos, incluindo suas expectativas e missões. A bem da verdade, a conexão do TS com o Estado reside em um ponto de equilíbrio entre a autonomia de gestão das organizações e a integração regulatória (CABRAL, 2008).

Aqui se extrai a concepção da dualidade da gestão social do Terceiro Setor, caracterizando mais um entrave no que tange aos espaços de participação e controle social, porquanto essa dualidade da gestão social que, de um lado, atua com fim universal na defesa e interesses para a busca dos fins sociais previstos na Constituição Federal, como saúde, educação, assistência, cultura, ambientalismo, de outro, trabalha de modo conflituoso com os demais segmentos setoriais, diferentes do objeto de sua missão, muito embora o objeto fim seja o mesmo em todos os casos: a busca pela proteção social.

A partir disso, extrai-se uma espécie de paradoxo do controle social, como será visto a seguir, advindo da particularidade do “público, mas privado” das Organizações do Terceiro Setor que, embora buscam um fim social universal, representam apenas um segmento deles, apresentando, por isso, um paradoxo gerencial que vai refletir na esfera da participação e controle social, o que, como se propõe nesta tese, merece atenção especial.

Se a finalidade do fomento apenas pode ser alcançada através da correta atuação do ente privado, como bem observado por Schier e Medeiros (2021), pressupõe-se a adequada gestão social da Organização privada inferida numa certa

responsabilidade social empresarial, ainda que esta detenha uma natureza abstrata e intermediária e que receba, além do fomento público, outras fontes de recursos privados e, por isso, como visto em Cabral, está intimamente atrelada a sua missão originária.

Diante disso, o foco de partida deve compreender tudo o que está determinado, isto é, a missão, cujo pressuposto é a própria organização de sua gestão, o que, dado à insuficiência do controle infelizmente não está construindo elementos de *standard* fortes que permitam a avaliação como atividade autônoma. Enfim, ainda que a missão, enquanto expressão dos valores, seja reputada importante, o controle da gestão é insuficientemente implantado, apesar de os públicos constituintes solicitarem, dos gestores, o cumprimento integral da missão. Esta situação é chamada, por Cabral (2008), como *paradoxo do controle* que corresponde à contraposição de expectativa de cumprimento da missão à insuficiência dos instrumentos de controle de sua verificação (CABRAL, 2008).

Nestes casos, o paradoxo do controle social trabalhado por Cabral deve ser interpretado, para os fins desta tese, de forma que permita a compreensão de como o controle informal pode ser exercido pelo cidadão em cada tipo de organização, se o gerenciamento social de cada uma pressupõe uma forma legal e diferente de receber repasses públicos.

Em outros termos, o paradoxo do controle social, nas Organizações do Terceiro Setor, a par de tudo o que foi exposto, está justamente no *como* o controle informal pode ser exercido a fim de identificar se a finalidade do fomento foi alcançada através da correta atuação do ente privado.

Como visto anteriormente, há algumas particularidades em relação ao sistema de controle social, no entanto, nenhuma delas é precisa no que tange ao controle informal, o que deverá ser ampliado, como se verá a seguir.

Pois bem, em se tratando de controle social do fomento, a resposta pode ser encontrada a partir da titularidade do exercício do controle, podendo ser externo ou interno, bem como em relação ao momento, prévio, concomitante ou posterior. No tocante à natureza da atividade, o controle pode ser de legalidade ou mérito (SOUTO, 2003).

Quanto ao titular, não há grandes peculiaridades no que toca à atividade de fomento. No que tange ao momento, cabe mencionar que o controle pode ocorrer a

qualquer tempo, sendo que, quando se trata de controle prévio, deve-se atentar à adequação no planejamento da atividade de fomento, controle concomitante quando há aderência às regras previstas em relação aos resultados ou à manutenção do custo-benefício e, por fim, há controle posterior relativamente a qualquer aspecto da atividade de fomento. Com relação à natureza da atividade, entende-se que é necessário haver tanto o controle de legalidade quanto o de mérito, devendo-se analisar cada caso concreto (SOUTO, 2003).

Com base na previsão do art. 70 da Constituição Federal, o conteúdo do controle de fomento, assim como toda atividade da Administração Pública, deve ocorrer sob tríplice aspecto: legalidade, legitimidade e economicidade. Com relação ao controle de legalidade, deve-se examinar a adesão aos limites e parâmetros estabelecidos em lei.

Já no exame de legitimidade, mostra-se necessário examinar se as escolhas estão relacionadas ao objetivo e à finalidade perseguida, assim, havendo outorga de fomento sem a observância do interesse público, pode-se configurar discriminação que afronta o princípio da isonomia. Todavia, em relação ao controle de economicidade, é importante saber que a Administração Pública deve ser pautada sempre pela eficiência, escolhendo a melhor relação custo-benefício no momento de outorga dos benefícios (SOUTO, 2003).

Acrescenta-se a isso, a necessidade de exame de resultados, pois a moderna técnica da administração por resultados, pela utilização de meios de fomento, impõe o controle de eficácia, verificando se os objetivos almejados, pela atividade fomentada, foram alcançados (SOUTO, 2003).

Para que o controle de resultados seja possível, deve-se observar alguns postulados quando editados atos de fomento: a) precisão no estabelecimento de metas; b) definição clara de ações e meios de realização das metas preestabelecidas; c) estimativa de impacto das ações planejadas; d) processos estabelecidos para elaboração das metas; e) estabelecimento de meios de monitoramento para a execução e avaliação de resultados; f) indicação de consequências pelo descumprimento das metas; e g) fixação de competências para realização destas etapas (PEREZ; SOUZA, 2017).

Benjamin Zymler entende que o controle deve ser desenvolvido em quatro etapas: "estabelecimento de metas, observação de desempenho, comparação do desempenho com as metas estabelecidas e ação corretiva" (1998, p. 17).

O Tribunal de Contas da União já determinou a implementação de controle de resultados em atividades de fomento. Como exemplo, cita-se o acórdão 1.352/2011, em que se verificou ser possível o desvirtuamento na avaliação de desempenho operacional de entidades que gerem o Fundo Constitucional de Financiamento no Norte - FNO, que visa financiar ações da Política Nacional de Desenvolvimento Regional, trazendo diversas determinações, em especial, duas: a) determinou a inclusão, pelo responsável, de análises que evidenciem a eficácia e efetividade, no FNO, como instrumento de redução de desigualdades intrarregionais e b) a realização de mapeamento e acompanhamento de agências e superintendências que tivessem baixo desempenho na concessão de créditos para o fim de possibilitar o melhor direcionamento de esforços para o alcance de metas.

O referido Fundo é regulamentado pela Lei nº 7.827/1989 que, no inciso V do art. 15, impõe como dever a prestação de contas sobre os resultados, bem como do desempenho. O acórdão supramencionado indica a atuação do Tribunal de Contas da União e seu esforço em exigir o controle de resultados de atividades de fomento, o que pode ser visto como um ponto positivo na implementação efetiva de controle nestas atividades.

No que se refere ao controle judicial na atividade de fomento, mesmo que se entenda que o Judiciário não pode substituir o administrador público na escolha de conveniência e oportunidade, entende-se que devem ser anulados os atos administrativos de fomento quando não atinjam o interesse público, que conforme exposto, encontra-se vinculado como a busca do desenvolvimento nacional sustentável (SCHIER; MEDEIROS, 2021).

Ainda sobre a jurisprudência acerca do controle judicial de atos de fomento, é importante ressaltar a decisão do julgamento do Mandado de Segurança nº 33340 pelo Supremo Tribunal Federal. A decisão foi julgada pela 1ª Turma do STF, sendo de relatoria do Ministro Luiz Fux. No referido caso, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, BNDES, sustentou ser empresa pública federal, estando sujeita a regras do mercado financeiro que preconiza o sigilo bancário.

O Tribunal de Contas da União alegou que as informações não podem ser objeto de sigilo fiscal uma vez que se tratam de recursos de origem pública. Em suas razões, o Ministro Luiz Fux aduziu que, no caso concreto, o TCU deve ter livre acesso às operações financeiras realizadas pelo BNDES, pois foram operacionalizadas com recursos públicos, portanto, sujeitas aos princípios do art. 37 da Constituição Federal que determina a atuação transparente que decorre do Estado Democrático de Direito. O Ministro Relator ainda destaca que a contratação pública não pode ser feita em esconderijos justificados por um arcabouço jurídico que impeça o controle social do emprego de verbas públicas.

No campo legal, verifica-se que a Lei de Acesso à informação, Lei nº 12.527/2011, art. 2º, determina que suas disposições são plenamente aplicáveis a todas as subvenções sociais, contratos de gestão, termo de parceria, convênios e instrumentos congêneres.

No dispositivo legal citado, há indevida restrição ao dever de informação quando limita os seus destinatários àqueles que recebam subvenções sociais, devendo-se reconhecer, diante de uma interpretação em sintonia com a Constituição Federal, que as subvenções econômicas também são abrangidas pela referida norma. Há também uma limitação com relação ao sujeito passivo, podendo levar a interpretação equivocada de que, em virtude do art. 10 da lei de acesso à informação, as informações devem ser prestadas apenas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, não estando sujeitas a tal obrigação os entes privados que receberam os recursos (VALIM, 2015).

Isso ocorre, pois, a Lei nº 12.527/2011 não prevê a obrigação de informar, por parte das organizações do Terceiro Setor, a transparência passiva, ou seja, as informações, relacionadas às organizações do Terceiro Setor, devem ser obtidas diretamente na Administração Pública mediante requerimento (REGULES, 2014), o que, a toda prova, apresenta-se como mais um entrave para que o controle social possa ser exercido de forma ampla, pois dificulta a fiscalização, pela sociedade, de que a finalidade do fomento e a gestão correta das Organizações fomentadas estão em consonância.

O art. 63 do Decreto nº 7.724/12⁷² estabelece quais informações devem ser divulgadas, pelo Terceiro Setor, quando receber recursos da Administração Pública a título de transparência ativa. No entanto, verifica-se que a mera publicização de informações, conforme determinação legal, não é suficiente para que os cidadãos possam compreender a dinâmica da gestão social das Organizações do Terceiro Setor relativamente a finalidade do fomento e a atuação correta do ente privado. É preciso ir muito além disso para que se possa falar numa verdadeira forma de controle social.

Cumprir salientar que o aparato legal para a incidência do controle por resultado, apto a medir a eficiência da Organização privada em cumprir com suas missões e objetivos estabelecidos em contrato de gestão, significa que o Estado dá maior ênfase ao resultado (fim) em detrimento dos procedimentos (meios), característica própria da administração gerencial a qual, de igual forma, pressupõe uma maior participação do cidadão (PONTE, 2015).

No entanto, isso, por si só, não significa a participação maior dos cidadãos, os quais estão, de certa forma, engessados nas participações formais previstas em lei e, informalmente, apenas quando buscam, por si mesmos, compreender toda a sistemática de controle através das singelas informações que ficam disponíveis.

Deve-se ter em mente que o controle social não está atrelado apenas como uma forma de medir resultados, devendo estar em alento a todos os procedimentos para se alcançar os resultados pretendidos.

Falar em controle social, portanto, não se cinge apenas em verificar a incorreção na aplicação dos recursos públicos, representa muito mais que isso,

⁷² Art. 63. As entidades privadas sem fins lucrativos que receberem recursos públicos para realização de ações de interesse público deverão dar publicidade às seguintes informações:

I - cópia do estatuto social atualizado da entidade;

II - relação nominal atualizada dos dirigentes da entidade; e

III - cópia integral dos convênios, contratos, termos de parcerias, acordos, ajustes ou instrumentos congêneres realizados com o Poder Executivo federal, respectivos aditivos, e relatórios finais de prestação de contas, na forma da legislação aplicável.

§ 1º As informações de que trata o **caput** serão divulgadas em sítio na Internet da entidade privada e em quadro de avisos de amplo acesso público em sua sede.

§ 2º A divulgação em sítio na Internet referida no §1º poderá ser dispensada, por decisão do órgão ou entidade pública, e mediante expressa justificativa da entidade, nos casos de entidades privadas sem fins lucrativos que não disponham de meios para realizá-la.

§ 3º As informações de que trata o **caput** deverão ser publicadas a partir da celebração do convênio, contrato, termo de parceria, acordo, ajuste ou instrumento congênere, serão atualizadas periodicamente e ficarão disponíveis até cento e oitenta dias após a entrega da prestação de contas final.

porquanto pode ser compreendido como uma ferramenta imprescindível para monitorar continuamente a gestão pública, possibilitando um atendimento mais adequado das demandas sociais para a correção ou o ajustamento de políticas públicas (SECCHIN, 2008).

Assim como há a necessidade de ampliação do espaço público de participação antecedente à tomada de decisão de fomento, pela Administração Pública, relativamente aos setores em déficit de políticas públicas para melhor se ater a real necessidade social, deve-se, de igual maneira, ampliar a participação social também nos processos de gestão social das Organizações do Terceiro Setor relativamente aos valores recebidos a título de fomento.

Em outras palavras, apenas as informações disponíveis no sítio eletrônico e o controle de resultados, por exemplo, não são úteis para proporcionar uma participação social mais ampla com conseqüente aumento de um controle social mais efetivo.

O parecer de Cabral (2008) é assertivo ao apontar que a função de controle, nas Organizações do Terceiro Setor, é preterida a uma proposta subalterna se comparadas às demais funções da gestão social como o planejamento, organização e direção, de modo que o controle é tratado como uma função meramente coadjuvante.

Os estudos da autora sugerem, como alternativa a este problema, o estabelecimento de processos para o reconhecimento da relação entre controle, missão e públicos constituintes. Diante disso, o controle deverá assimilar os valores “intangíveis e informais, da originalidade das ações e do conteúdo dos processos, não se limitando a uma mera construção de escalas quantitativas sobre resultados finais, ou de compilação de expressões opinativas sobre escalas de satisfação” (CABRAL, 2008, p. 31).

Diante disso, mostra-se necessária a criação de mecanismos claros que propiciem o acesso a informações diretamente pelas entidades fomentadas. De igual forma, parece necessário incluir, no texto da norma, o dever de informação também para as subvenções econômicas, eliminando qualquer dúvida sobre a sua incidência a respeito da espécie de fomento.

Tudo isso se justifica, pois, toda atividade pública, como regra, deve ser sujeita aos princípios da Administração Pública, sendo a transparência e a informação dois

deles. Assim, não há motivos para que algumas atividades sejam sujeitas a transparência e informação e outras não.

Acrescente-se a isso, que deve também ser criado formas e procedimentos legais que propiciem a facilitação do controle social das atividades de interesse público, sobretudo a abertura de espaços para um maior diálogo com o cidadão, não apenas na análise de relatórios e documentos relativamente aos resultados obtidos e eventualmente disponibilizados através de sítios eletrônicos oficiais.

O arcabouço legislativo e o processo de controle social, através de consultas e audiências públicas existentes, como exemplo, nos casos das Agências Reguladoras, embora não possam ser *ipsis litteris* transplantados automaticamente ao controle da gestão social do fomento nas Organizações do Terceiro Setor, podem servir de inspiração para o aumento do espaço de participação social e controle por parte do cidadão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concentrou-se, nesta pesquisa, em investigar as assimilações que envolvem a compreensão de fomento no âmbito das Organizações do Terceiro Setor, enquanto espécie de políticas públicas, além da referência aos espaços de participação social e as possibilidades de controle social como reflexos de coarticulações na esfera política, administrativa e da cidadania.

Da análise das articulações iniciais, emergiu-se o problema desta: quando o Estado, através da atividade de fomento administrativo, procura incentivar entes privados na realização de direitos fundamentais e direitos fundamentais sociais, quais são os espaços existentes para a participação e controle social e, na hipótese de sua existência, é possível a sua ampliação?

Para que fosse possível responder a esta indagação, foi necessário traçar um denso caminho que partiu de análises que remontam à historicidade, questões de ordem sociológicas, econômicas, políticas, legislativas e, ainda que não profundamente, culturais e biopsicopolíticas.

Para tanto, objetivou-se sinteticamente a diagnosticar e observar criticamente os espaços de participação e controle social na atividade do fomento administrativo a fim de que fosse possível constatar algumas formas para a possível criação de um modelo que propicie a viabilização e ampliação dos espaços de participação social e, conseqüentemente, do próprio controle social, permitindo a existência de um modelo de fomento administrativo condizente com os princípios da Administração Pública e seu regime jurídico.

A hipótese para a solução da problemática aventada, embora a uma primeira vista transpareça óbvia, não foi fácil de ser constatada em termos de formas elucidativas, o que demandou uma pesquisa mais densa das matrizes de participação e controle social existentes em outros institutos jurídicos da Administração Pública, como no caso das Agências Reguladoras.

No primeiro capítulo, foi possível constatar que as reformas administrativas, em especial a reforma gerencial, mudou drasticamente o contexto em que a prestação de serviços públicos ocorre no Brasil. Marcada por uma onda neoliberal e baseada na subsidiariedade, a reforma gerencial foi responsável pela criação de um amplo arcabouço normativo que transfere a execução de políticas públicas para o mercado e para o Terceiro Setor.

A Constituição Federal de 1988 pode ser considerada a mais inclusiva e preocupada com a participação da sociedade civil na Administração Pública. Não obstante isso, após breve período de sua promulgação, foi proposta a reforma administrativa gerencial que trouxe em seu bojo a ideia de privatização de diversos serviços públicos propondo que a atuação estatal deveria ser focada na fiscalização e fomentação dos serviços públicos, contrapondo o pacto constituinte de 1988.

A possibilidade de atuação da sociedade civil, na prestação de serviços públicos, deve ocorrer de forma a auxiliar o Estado e não de maneira a substituí-lo por completo, tendo em vista que o pacto constituinte originário previu um Estado Provedor de Direitos Sociais, o que significa que ele deve ser o principal executor e promotor de políticas públicas e serviços públicos, ou seja, deve exercer o papel de protagonista e não meramente coadjuvante.

Todo o arcabouço referencial, colacionado no primeiro capítulo desta pesquisa, deixou relativamente claro que o Brasil não passa ileso a essa mentalidade pós-moderna que tem como principais características o individualismo exacerbado, a descrença na ciência e o desinteresse em questões públicas.

Aliado a tudo isso, não se pode olvidar das mazelas da escravidão e do patrimonialismo ainda presentes que assombram a atividade pública e privada diariamente. Tal contexto é fator que permitiu que a sociedade civil tivesse a aptidão necessária para ser protagonista na realização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

A interpretação da Constituição Federal, baseada no princípio da subsidiariedade que preconiza a intervenção estatal apenas em atividades que a sociedade não se mostre capaz, deve ser refutada. Este fato é possível de afirmação, pois, como se viu, o pacto constituinte previu um papel de protagonismo do Estado na realização de direitos fundamentais e sociais, sendo que, somente assim, estes poderão ser alcançados.

O estudo da PEC 32/2020 tornou possível analisar as pretensões futuras da reforma administrativa, sendo que estas ainda se apresentam nebulosas em termos práticos e realistas. A escolha ficou limitada ao servidor público como bode expiatório para todos os problemas quando, na verdade, o empecilho central não está na base dos servidores, mas na própria incapacidade gerencial do gestor público e na diminuição gradativa em investimentos públicos para aprimoramento da máquina

estatal. Assim, denota-se o que se deseja com a pretensa reforma, isto é, com escusas ao bordão popular, “tapar o sol com a peneira”, pois o problema real continua sendo ignorado.

Uma reforma administrativa deve ser objeto de estudo levado a sério, escoando por diagnósticos técnicos e científicos, devendo ser proposta de forma que venha realmente a solucionar as mazelas das classes mais vulneráveis. Todavia, desprestigiar e precarizar o serviço público já existente entra em claro conflito com as necessidades dos próprios cidadãos brasileiros.

Como se viu no estudo do primeiro capítulo, ainda que de forma superficial, pois debater todos os problemas gerenciais da Administração Pública não caberia em tão poucas páginas, existem diversos desafios que a Administração Pública ainda não superou especialmente no que tange à implementação de um ambiente, ainda que digital, que propicie a efetiva participação do cidadão na tomada de decisões e no exercício do controle social, a criação de mecanismos focados na melhor coordenação das políticas públicas, bem como o seu aprimoramento.

O desenvolvimento nacional, preconizado na Constituição Federal, somente pode ser alcançado quando o Estado atua na linha de frente, prestando serviços e coordenando ações pautadas sempre pela concretização dos direitos fundamentais sociais.

A redução das desigualdades e a implementação e proteção dos direitos fundamentais sociais não podem ser tarefas relegadas e confiadas ao interesse de particulares que têm apenas o lucro como base de suas atividades, diferentemente da atuação Estatal que sempre deve estar pautada no interesse público e na busca do bem-estar social.

De igual forma, é imperioso lembrar do fenômeno da fuga do direito administrativo para o âmbito do direito privado que permite, por diversas vezes, condutas claramente imorais, pois, conforme restou evidenciado, com a reforma gerencial do Estado e a descentralização daí advinda, há uma clara tentativa de evasão do direito administrativo.

Verificou-se, com a exposição da Lei das OS, OSCIPs e OSCs, que a atuação sem o devido controle possibilita, por exemplo, que a remuneração, nestas organizações, ultrapasse o teto comumente de praxis. A contratação de parentes, perseguições internas de toda ordem, favorecimentos internos na escolha de

fornecedores, ineficiências, tudo sendo sustentado por recursos públicos e fora do abrigo do regime jurídico de direito público, criando um espaço onde não se verifica a existência de solidariedade, interesse público e moralidade.

Foi possível verificar, nesta tese, que este fato ocorre porque há um Estado gerencial em que a preocupação primordial é com os fins e não com os meios, o processo para a obtenção dos resultados é comumente deixado à mercê do ente privado que, a toda prova, é uma porta aberta para *lobbies* privados e corruptivos.

Pois bem, com as explanações feitas no segundo capítulo, foi possível identificar que, dentre os instrumentos de execução de políticas públicas, o serviço público é o principal meio de concretização dos direitos fundamentais. Ao conceituar as políticas públicas restou esclarecido o papel do serviço público como principal instrumento de efetivação das políticas públicas.

Demonstrou-se como a participação e controle social são pressupostos de existência de um Estado Democrático de Direito, sendo que as políticas públicas devem sempre estarem pautadas na atuação transparente da Administração Pública, pois é característica necessária para que a participação e o controle social possam ser efetivados. Portanto, tem-se que a participação e o controle social são pressupostos de um Estado Democrático de Direito, encontrando neste o elemento fundante e controlador, motivo pelo qual foi realizado um recorte dogmático de quais são os mecanismos jurídicos previstos na legislação que permitem a participação e o controle social.

Quando se afirmou que a participação e o controle social são bases para um Estado Democrático de Direito, deve-se ter em mente que o sistema político escolhido, democracia, norteia as relações entre a sociedade e o Estado. E aqui, em se tratando de democracia, coube uma observação importante, a partir da doutrina habermasiana, baseada no modelo de democracia deliberativa que proporciona uma relação transparente entre Estado e indivíduos, conciliando a soberania popular e o Estado de Direito.

Sem a institucionalização da igualdade e da liberdade, em espaços públicos, não é possível falar em democracia, pois sem deliberação não haveria possibilidades de formação realmente livre da opinião e da vontade e, a teor do que foi trabalhado, se há qualquer espécie de censura, a crítica fica limitada.

Nos termos do que foi estudado, verificou-se que o debate é uma condição

necessária e garantia da integridade da própria democracia, sendo o embate de argumentos e contra-argumentos que racionaliza todo o processo decisório democrático.

Em termos práticos, constatou-se que, ao democratizar o processo de decisão, é possível auferir bons resultados, pois além de aumentar a possibilidade de acerto das decisões e compartilhar, com a sociedade, a responsabilidade por elas, também contribui para o senso de pertencimento à sociedade o que transforma a política em algo comum. Acrescenta-se a isso, o fato de que quanto maior é a participação deliberativa, maior é o incentivo à gestão compartilhada.

Portanto, resta cristalino que a democracia, através dos ditames constitucionais, exerce tanto a função de legitimação quanto a de controle, esta com a incumbência de criar meios de frear as práticas desvirtuantes que vêm do poder, aquela estatuidando padrões axiológicos de formatação no processo de tomada de decisões de interesse público, incluindo decisões relativas às políticas públicas.

À vista disso, verificou-se que as ações, que venham a ser colocadas em práticas pelas políticas públicas, são determinadas com antecipação por decisões que caracterizam o que se chamou de modelo decisório. Nesse cenário, quando a decisão recair relativamente ao fomento de determinado segmento através de certas políticas públicas, verifica-se a possibilidade de o cidadão decidir por usufruir de determinado direito, diminuindo, portanto, eventuais ônus e possibilitando benefícios que ultrapassam a administração de forma direta, mas que atingem principalmente toda a sociedade, ainda que de forma indireta.

Pode-se afirmar, com base em todo o aparato doutrinário estudado, que é por meio dos instrumentos públicos que os objetivos das políticas públicas podem ser concretizados, ou seja, os direitos fundamentais. Assim, o fomento, enquanto espécie de instrumento, propõe a adoção de soluções criativas para que seja possível o alcance dos objetivos da República e da concretização dos direitos fundamentais e sociais.

Mas, para tornar possível o estudo do fomento, ou melhor, para que fosse esclarecido os campos de participação e controle social nas Organizações do Terceiro Setor, foi necessário estabelecer os espaços e parâmetros do controle social existentes na Administração Pública nas mais variadas formas, buscou-se, nesse sentido, trabalhar o arcabouço legislativo e as nuances constitucionais.

Estas considerações mais pragmáticas, expostas no segundo capítulo, tornaram possíveis o aprofundamento da matéria no terceiro capítulo, o qual expôs como a ideia de política pública está relacionada com serviços públicos, trazendo quais mecanismos de controle recaem sobre o serviço público em três diferentes vertentes: a) quando prestado pelo Estado; b) quando prestado por entes privados por delegação ou permissão; c) quando prestado por entidades do Terceiro Setor, restando clarividente a perda de espaço de participação e controle social sempre quando os serviços e bens públicos não são prestados diretamente pelo Estado.

Relativamente aos controles, constatou-se que, quanto ao órgão que os exerce, podem ser administrativos, legislativos ou judiciais. Dentro desse cenário, o controle social pode ser considerado dogmaticamente como outro meio de controle, inobstante isso, para que haja a efetivação deste, é necessário a utilização de instrumentos disponíveis relativamente a algum dos órgãos do Poder Público e, como recorte necessário, trabalhou-se através do controle administrativo.

No que se refere ao marco teórico do controle administrativo, adotou-se a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro que os classifica em três formas: a autotutela, a tutela e o controle hierárquico. Mas, independentemente disso, verificou-se que o serviço público, quando prestado diretamente pelo Estado, é dotado de extensos mecanismos de controle que vão além do controle administrativo e comumente permitem ampla participação social, além, é claro, da incidência do controle legislativo, judicial, político e financeiro, este último auxiliado pelo Tribunal de Contas.

Por fim, fica evidente a incidência do controle sobre os atos da Administração Pública Direta e Indireta, configurando, nestes termos, o controle popular uma decorrência lógica da própria democracia, pois todo poder emana do povo que pode exercê-lo diretamente ou por seus representantes.

O arcabouço doutrinário e legislativo, relativamente ao papel do Estado e o protagonismo das políticas públicas objeto de estudo principalmente no terceiro capítulo, serviu de base para desenvolver a noção central do fomento, enquanto política pública, e as condições de aplicabilidade nas Organizações do Terceiro Setor.

Além disso, proporcionou a verificação, no capítulo quarto, do fomento como um instrumento das políticas públicas, elementar para o desenvolvimento nacional sustentável. O fomento administrativo, que deve ser interpretado à luz da Constituição

Federal de 1988, não permite uma leitura com base no princípio da subsidiariedade, devendo este meio de atuação estatal ser baseado nas acepções axiológicas do direito administrativo social.

O fomento administrativo sempre deve ser interpretado mediante a leitura do regime jurídico de direito administrativo e, mesmo se tratando em sua grande maioria de atos discricionários, não se pode furtar à observância dos princípios constitucionais, ou seja, sempre que a Administração Pública optar pelo fomento de uma determinada atividade, deve realizá-lo em prol do interesse público, buscando o bem-estar social e a efetivação dos direitos fundamentais. O fato de se tratar usualmente de ato discricionário não pode ser uma justificativa para o administrador usar critérios subjetivos de seleção de quais atividades, locais e indivíduos serão beneficiados por incentivos.

A submissão do fomento ao regime jurídico de direito administrativo é base teórica para que seja submetido a mecanismos de controle, devendo pautar-se pela transparência de forma a possibilitar a participação e o controle social de maneira mais ampla possível.

Contudo, verificou-se que a roupagem de submissão às regras de direito privado, escolhas arbitrárias e contrárias ao interesse público são tomadas quando a Administração Pública se utiliza de mecanismos de fomento. Trabalhou-se, como exemplo, o julgamento do Mandado de Segurança nº 33340 cuja questão precisou ser judicializada, pois havia resistência do BNDES em fornecer informações relevantes em relação aos recursos repassados para a empresa JBS, alegando estar submetido às regras de direito privado como o sigilo bancário e, portanto, não passível de transparência.

É por casos como esse que torna emergente a proposta de modificações legislativas no sentido de privilegiar a transparência e o acesso à informação, de forma que a participação e o controle social não sejam apenas instrumentos simbólicos, típicos de um Estado Pós-Democrático.

Portanto, para que fosse possível responder a indagação desta tese, foi necessário traçar um denso caminho que partiu de análises que remontam à historicidade, questões de ordem sociológicas, econômicas, políticas, legislativas e, ainda que não aprofundadamente, culturais e biopsicopolíticas.

Para tanto, objetivou-se sinteticamente diagnosticar e observar criticamente os

espaços de participação e controle social na atividade do fomento administrativo a fim de tornar possível a constatação de algumas formas para a possível criação de um modelo que propicie a viabilização e ampliação dos espaços de participação social e, conseqüentemente, do próprio controle social, permitindo a existência de um modelo de fomento administrativo condizente com os princípios da Administração Pública e seu regime jurídico.

A teor da problemática levantada nesta tese, pode-se concluí-la com uma resposta afirmativa, pois verificou-se que o Terceiro Setor também é passível de controle quando desenvolve políticas públicas que irão influenciar na prestação de serviços à comunidade, serviços estes que não são de atividade exclusiva do Estado.

Foram identificadas quatro formas de controle nas Organizações do Terceiro Setor, sendo o autocontrole, o controle pelo Poder Executivo, o controle pelo Tribunal de Contas e o controle social. De igual maneira, é possível responder afirmativamente a indagação quanto a possibilidade de ampliação da participação e controle social.

Através da densa pesquisa realizada, utilizando-se o método dedutivo conforme delineado no introito deste trabalho, foi possível confirmar a hipótese levantada, pois, de fato, a atuação de um Estado regulador, mais preocupado com os fins do que com os meios, acaba contribuindo para a perda gradativa de espaços para participação e controle social nas atividades de fomento administrativo.

Esse déficit pode ser explicado em parte pela característica intermediária que o Terceiro Setor ocupa, sendo que, por mais que se vincule os valores sociais e serviços/bens públicos, está fadado a uma gestão social peculiar vinculada a uma certa responsabilidade social empresarial mais afeita às características de direito privado do que o direito público propriamente dito.

Verifica-se que o fomento é uma atividade estatal que deve visar a realização de direitos fundamentais e produzir o desenvolvimento nacional, bem como todas as atividades estatais devem estar ao crivo dos princípios da Administração Pública de forma que sejam suficientes a refletir, inclusive, sobre alguns aspectos do regime jurídico de direito administrativo, o que por sua vez faz pressupor espaços para a participação e controle social.

A hipótese para a solução da problemática aventada, embora a uma primeira vista transpareça óbvia, não foi fácil de ser constatada em termos de formas elucidativas, o que demandou uma pesquisa mais densa das matrizes de participação

e controle social existentes em outros institutos jurídicos da Administração Pública, como no caso das Agências Reguladoras.

Assim, como possíveis alternativas para a problemática apresentada, sugere-se que a consulta pública, antecedente ao processo decisório do segmento a ser fomentado, é um caminho viável para que a Administração Pública possa se inteirar dos anseios sociais a fim de possibilitar um controle maior sobre o atendimento dos fins sociais, requisito primordial do fomento público. O que contribuiria, inclusive, para o controle da destinação da verba pública, ao passo que impede que, ao subterfúgio da decisão discricionária, o fomento seja destinado para áreas que não estejam na lista de prioridades sociais.

Já no que tange ao controle social a ser exercido durante e ao final, constata-se que também deve ser ampliado, pois a mera disponibilização de documentos, pareceres e informações no sítio eletrônico da Organização, por si só, não é suficiente para permitir uma efetiva participação e controle social.

Como dito anteriormente, quando o Estado se preocupa com os fins e ignora os meios, escancara as portas para que o processo de disponibilização do bem ou serviço público, até que chegue ao destinatário final, seja eivado de irregularidades e sejam procedidos por *lobbies* predominantemente privados e corruptivos.

Não se nega a importância e necessidade dos meios de controle das Organizações do Terceiro Setor já existentes, mas eles não são aptos a proporcionar uma participação ampla e efetiva do corpo social o que, por lógica, reflete na atuação do controle social. Muito embora alguns meios existentes em outros casos, a exemplo do que ocorre nas Agências Reguladoras, não possam ser automaticamente aplicados às Organizações do Terceiro Setor, podem servir de base para a criação de novos espaços.

Portanto, conclui-se que a atividade estatal deve sempre ser pautada por uma atuação transparente, criando espaços de participação e controle social onde não exista, ampliando e aperfeiçoando onde sejam existentes.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Ana Carla; FRAGA, Amínio; SUNDFELD, Carlos Ari. **A Reforma do RH do Governo Federal**. S.l.: Olyver Wyman, 2019. (Série Panorama Brasil). Disponível em: <https://www.oliverwyman.com/br/insights/2019/march/a-reforma-do-rh-do-governo-federal.html>. Acesso em: 06 mai. 2022.
- ALMEIDA, Ana Paula de. **O policiamento comunitário como política inovadora de segurança pública: uma análise a partir do programa nacional de segurança pública com cidadania, sob a perspectiva local de enfrentamento ao crime e à violência**. 2012. 121 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, 2012.
- ALMEIDA, Silvana Santos. A importância do FIEs na garantia ao ensino superior. *In: Colóquio Internacional de Gestão Universitária*. Mar Del Plata, 2015. Disponível em: <
https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/136212/102_00204.pdf?sequence=1>
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ARNSTEIN; Sherry R. A ladder of citizen participation. *In Journal of the American Institute of Planners*, v. 35, Issue 4, 1969, p. 216-224.
- BAENA DE ALCÁZAR, Mariano. Sobre el Concepto de Fomento. *In Revista de administración pública*, n. 54, 1967, p. 43-86
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade: conceito e revolução**. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 1995.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELOS, Ana Paula de. Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BEBER, A. C. M.; BITENCOURT, C. M. A participação popular por meio dos conselhos municipais: a qualidade da tomada de decisão em políticas públicas a partir da teoria da democracia deliberativa. *In: I Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis*, 2016, Porto Alegre. Anais do I Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 2015. p. 512-537.
- BECKER, Kalica Lea; MENDONÇA, Mário Jorge. **Políticas de financiamento estudantil: análise de impacto do FIES no tempo de conclusão do ensino superior**. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2019.

BERCOVICI, Gilberto. Administração pública dos cupons. *In Conjur*, set. de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-06/estado-economia-administracao-publica-cupons>. Acesso em: 22 de dezembro de 2020.

BERCOVICI, Gilberto. CARDOSO JR., José Celso. PEC 32/2020: vícios privados, prejuízos públicos. *In Congresso em Foco [online]*, Brasília, 10 outubro 2021. Espaço Aberto. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/temas/economia/pec-32-2020-vicios-privados-prejuizos-publicos/>

BERCOVICI, Gilberto. Reformas de base e superação do subdesenvolvimento. *In REB. Revista de Estudos Brasieños*, segundo semestre, v. 1, n. 1, p. 97-112, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. *Vouchers: trapaça na “Reforma” Administrativa*. *In Outras mídias [online]*, São Paulo, 08 setembro 2020. Espaço aberto. Disponível em: <https://outraspalavras.net/outrasmidias/mais-um-contrabando-na-reforma-administrativa/>

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. *In: Revista de Direito Administrativo*. V. 240 – Abr./Jun, Rio de Janeiro: FGV, 2005, p.147-165.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. 3a Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITENCOURT, Caroline Müller. **Acesso à informação para o exercício do controle social: desafios à construção da cultura de transparência no Brasil e diretrizes operacionais e legais para os portais no âmbito municipal**. Relatório Pós-Doutoral. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2019.

BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

BITENCOURT, Caroline Müller. RECK, Janriê Rodrigues. **Políticas públicas e matriz pragmático-sistêmica: os novos caminhos científicos do direito administrativo no Brasil**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018.

BITENCOURT, Caroline Müller.; GABARDO, Emerson. O mito da subsidiariedade e as reformas do estado social: um *brainstorm* sobre os governos e a administração no Brasil atual. *In* Irene Patrícia Nohara; Rodrigo Oliveira Salgado. (Org.). **Gestão pública, infraestrutura e desenvolvimento: 20 anos do Programa de Pós-graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie**. 1ed.São Paulo: Thonson Reuters Brasil, 2021, v. I, p. 31-60.

BITENCOURT, Caroline Müller; BEBER, Augusto Carlos de Menezes. O controle social a partir do modelo da gestão pública compartilhada: da insuficiência da representação parlamentar à atuação dos conselhos populares como espaços públicos de interação comunicativa. *In Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 6, n. 2, jul./dez. 2015, p. 232-253.

BITENCOURT, Caroline Müller; GABARDO, Emerson. Governo eletrônico, serviços públicos digitais e participação popular: um caminho democrático a ser percorrido pela administração pública brasileira. *In Interesse Público*, v. 9, p. 41-74, 2021.

BITENCOURT, Caroline Müller; PASE, Eduarda Simonetti. A necessária relação entre democracia e controle social: discutindo os possíveis reflexos de uma democracia não amadurecida na efetivação do controle social da Administração Pública. *In Revista de Investigações Constitucionais*, v. 2, p. 293-311, 2015.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Democracia deliberativa, teoria da decisão e suas repercussões no controle social das despesas em saúde. *In Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 121-147, jan./abr. 2017

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Interações entre direito fundamental à informação e democracia para o controle social: uma leitura crítica da LAI a partir da experiência dos portais de transparência dos municípios do Rio Grande do Sul. *In Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 23, n. 3, p. 126-153, set./dez. 2018.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Os Desafios do Acesso à Informação e o Controle Social no Estado Pós-Democrático: normalidade ou exceção. *In Sequência*, n. 84, p. 183-208, abr. 2020.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. **Políticas públicas e matriz pragmático-sistêmica: os novos caminhos científicos do Direito Administrativo no Brasil** [recurso eletrônico]. – Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018.

BITENCOURT, Caroline Muller; Reck, Janriê. **O Brasil em crise e a resposta das políticas públicas: diagnósticos, diretrizes e propostas**. Curitiba: Íthala, 2021.

BITENCOURT, Caroline Müller; TRINDADE, Jonas Faviero. As propostas da reforma administrativa – PEC 32: um olhar crítico sobre os possíveis flertes com o patrimonialismo. *In O direito administrativo do pós-crise*. Curitiba: Ithala, 2021.

BITENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Controle das concessões de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo**. São Paulo: Paz e Terra, 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGES, Ana Paula Dutra. O processo administrativo e participação popular: consulta pública, audiência pública e conselhos de gestão de políticas públicas. *In Revista Jurídica Direito & Realidade*, v2. N.1. Monte Carmelo: UNIFUCAMP, 2013.

BRANDÃO, Francisco. Reforma administrativa: veja as diferenças entre a proposta do governo e o texto aprovado pela comissão. **Agência Câmara de Notícias**

[online]. Brasília, setembro de 2021. Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/noticias/810414-reforma-administrativa-veja-as-diferencas-entre-a-proposta-do-governo-e-o-texto-aprovado-pela-comissao>

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. Decreto 10.411 de 30 de junho de 2020. Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2020, Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.411-de-30-de-junho-de-2020-264424798>

BRASIL. Emenda Constitucional n. 19, 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1998, Disponível em:
<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>

BRASIL. Lei 13.460, de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. 2017. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2017. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm

BRASIL. Lei 13.874 de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado e dá outras providências. 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2019. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm

BRASIL. Lei 14.015 de 15 de junho de 2020. Altera as Leis n os 13.460, de 26 de junho de 2017, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, para dispor sobre a interrupção e a religação ou o restabelecimento de serviços públicos. 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2020. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14015.htm#art2

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2000. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm

BRASIL. Lei n. 13.869 de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2019. Disponível em:
[https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13869.htm#:~:text=Constitui%20crime%20realizar%20intercepta%C3%A7%C3%A3o%20de,quatro\)%20anos%2C%20e%20multa.](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13869.htm#:~:text=Constitui%20crime%20realizar%20intercepta%C3%A7%C3%A3o%20de,quatro)%20anos%2C%20e%20multa.)

BRASIL. Lei n. 9.709 de 18 de novembro de 1998. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9709.htm>

BRASIL. Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001. Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10172.htm

BRASIL. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. 2009. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm

BRASIL. Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm

BRASIL. Lei nº 5.537, de 21 de novembro de 1968. Cria o Instituto Nacional de Desenvolvimento da Educação e Pesquisa (INDEP), e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5537.htm

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm

BRASIL. Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data. 2017. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9507.htm

BRASIL. Lei nº 9.637 de 15 de maio de 1988. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20qualifica%C3%A7%C3%A3o%20de,sociais%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm

BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. 1995. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 33340**. Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 26 de maio de 2015, publicado em 03 de agosto de 2015. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 09 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.131.552/CE**.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa nº 81, de 20 de junho de 2018. Dispõe sobre a fiscalização dos processos de desestatização. **Diário Oficial da União**, 2018. Brasília, DF, 2018. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.gov.br/anp/pt-br/rodadas-anp/mais-sobre-rodadas/legislacao-rodadas/arquivos/acordaos-tcu/instrucao-normativa-n81-2018.pdf

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Modernidade neoliberal**. In Revista brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 29, n. 84, 2014, p. 87-102. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092014000100006&lng=en&nrm=iso>. access on 01 Mar. 2020. <https://doi.org/10.1590/S0102-69092014000100006>.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma Gerencial do Estado de 1995** In **Revista de Administração Pública**. v. 34(4). Rio de Janeiro: FGV, 2000, p.7-26

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil. In **Revista dos Serviços Públicos** – RSP, Brasília, n. 73 (Especial 85 anos), 2022, p. 180-219.

BRESSER-PREREIRA, Luiz Carlos. **Desenvolvimento e crise no Brasil: Entre 1930 e 1967**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968.

BUCCI, M. P. D.; GASPARD, M.; RIBEIRO, I.C. A volta do rápido e mal feito: as reformas administrativas de Dória e Bolsonaro. In **Jota**, São Paulo, set. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas e direito administrativo**. Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198/r133-10.PDF?sequence=4>> Acesso em dez. 2022.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 6 ed. rev., atual. e ampl. até a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2005.

CABRAL, Eloisa Helena de Souza. **Terceiro setor: gestão e controle social**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMPANTE, Rubens Goyatá. O Patrimonialismo em Faoro e Weber e a Sociologia Brasileira. *In DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 46, n. 1, 2003, p. 153-193

CAMPELO, Graham Stephan Bentzen. Administração Pública no Brasil: ciclos entre patrimonialismo, burocracia e gerencialismo, uma simbiose de modelos. *In Revista Ci. & Tróp.*, Recife, vol. 34, n. 2, 2010, p. 297-324

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 36 ed. Barueri [SP]: Atlas, 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo federal. Comentários à Lei no 9.784, de 29.1.1999** 5. ed. rev., ampl. e atual. até 31.3.2013. São Paulo: Atlas, 2013.

CASARA, Rubens. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CHUDZIJ, Luísa Fófano. Controle das políticas públicas: uma apreciação sob a ótica do poder legislativo, poder judiciário e tribunal de contas. *In Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 7, n.1.,2020, p. 275-296.

COHEN, Joshua. Procedimento e substância na democracia deliberativa. *In WERLE, Denilson Luis e MELO, Rubio Soares. Democracia Deliberativa*. São Paulo: Singular, 2007. p.115-143.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTALDELLO, Angela Cassia. Reforma administrativa e seus retrocessos. *In O direito administrativo do pós-crise*. Curitiba: Ithala, 2021.

COSTALDELLO, Angela Cassia; KRUBNIKI, João Pedro Ruppert. Gestão Pública e direito administrativo: um necessário diálogo em prol do planejamento. *In Rivista Nuove Autonomie, Napoli, Editoriale Scientifica*, v. XXVII, n. 1, 2019, p. 49-73.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016.

DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. *In O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público privada e outras formas. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Reinaldo; Matos, Fernanda. **Políticas públicas: princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2012.

ESCOLA, Héctor Jorge. **Compêndio de Derecho Administrativo II**. Buenos Aires: Depalma, 1990.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 6.ed.rev. e. amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FARIA, Nádia Rezende. **O controle das políticas públicas pelo Tribunal de Contas no Brasil**: fundamentos teóricos. Disponível em: <https://portal.tce.go.gov.br/documents/20181/91633/Controle%20das%20Pol%C3%AAdticas%20P%C3%BAblicas%20pelo%20Tribunal%20de%20Contas/a4500811-fd7b-4890-91d3-f59f57088411>

FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. São Paulo: Edusp, 2015.

FERNANDES, Fernando M. B.; MOREIRA, Marcelo R.; RIBEIRO, José M.. Análise da atuação das ouvidorias estaduais do Sistema Único de Saúde como instâncias participativas. *In Saúde debate*, Rio de Janeiro, v. 40, 2016, p. 201-212.

FERNANDES, Jeferson Nogueira. O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. *In Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba: Unibrasil, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

FREITAS, Juarez. Carreiras exclusivas de Estado e relações administrativas mais que Estado do que de governo. *In Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, nº 25. Porto Alegre: UFRGS, 2005, p. 121-147.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo e estado sustentável. *In Revista direito à sustentabilidade*. V.1. n.1. Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu: Triunfal Gráfica e Editora, 2014.

FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações brasileiras. *In Interesse público*, ano 12, n. 60. Belo Horizonte: Fórum, abr. 2010, p. 13-24.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2013.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade - Direito ao Futuro**, Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FREITAS, Juarez. Teoria da regulação administrativa sustentável. *In Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, v. 270, set./dez/ 2015, p. 117-145

FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná; GREGÓRIO, Giovani Galvão Vilaça; SOUZA, Flávia Baracho Lotti Campos de. O maco regulatório das organizações da sociedade civil: principais instrumentos criados pela Lei nº. 13.019/2014 e desafios para sua implementação. *In Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, v. 6, 2020, p. 60-81.

FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO. **Relatório de gestão**. 2020. Disponível em:
<https://sites.google.com/view/relatriodegestao/resultados-da-gest%C3%A3o/financiamento-estudantil?authuser=0>

GABARDO, Émerson. Estado Social e Estado Subsidiário: dois modelos distintos de desenvolvimento. *In Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*. Belo Horizonte, v.11, n.3, 2019, p. 283-299.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson. O Novo Código de Defesa do Usuário do Serviço Público: Lei 13.460/17. *In Direito do Estado [online]*, n. 367, 2017. Disponível em:
<<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/o-novo-codigo-de-defesa-do-usuario-do-servico-publico-lei-13-460-17>>. Acesso em: 08 mai. 2022.

GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019.

GARRIDO FALLA, Fernando. **Tratado de derecho administrativo II**. 3. Ed. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1966.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. Atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.

GIDDENS, Antony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Unesp., 1991.

GONÇALVES, Alcindo. Notas sobre o clientelismo político no Brasil. *In Leopoldianum*, n. 101/102/103, 2011, p. 97-130.

GRIN, Eduardo José. Regime de Bem-estar Social no Brasil: Três Períodos Históricos, Três Diferenças em Relação ao Modelo Europeu Social-Democrata. *In* Cadernos Gestão Pública e Cidadania, v. 18, n. 63, Jul/Dez, São Paulo, 2013.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jurgen. **Teoría de la acción comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social**. Madrid: Taurus, 1999.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *In* A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional (impresso), v. 53, 2013, p. 133-168.

HIGA, Alberto Shinji. A construção do conceito da atividade administrativa de fomento. *In* **Revista de Direito Mackenzie**, São Paulo, v.5, n.1, 2011.

HOLANDA, Nilson. Reforma administrativa e reforma do Estado. *In* **Revista Serviço Público**, Brasília, n. 117(2), p. 117-132, set/dez, 1989.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IBGE. **As fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil: 2016**. Rio de Janeiro, 2019.

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua: educação: 2019; PNAD contínua: Educação: 2019**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101736>

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

JUSTEN FILHO; Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa, Portugal: Edições 70 Ltda, 2007.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O estado de bem-estar social na idade da razão: A reinvenção do estado social no mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

KOVËCSSES, Zoltan. **Language, mind and culture**. New York: Oxford University, 2006

LAPIERRE, Jean-Willian. **Qué es ser ciudadano**. Editorial Biblioteca Nueva, S.L., Madrid, 2003.

LAVAL, Christian; DARDOT, Pierre. **A Nova Razão Do Mundo: Ensaio Sobre A Sociedade Neoliberal**. São Paulo: Boitempo, 2016.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. Participação Social na Administração Pública. *In* HERMANY, Ricardo (org). **Empoderamento Social local**. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

LEAL, Rogério Gesta. Transversalidades necessárias no controle da administração pública: a importância da cooperação horizontal e interinstitucional entre os agentes de controladores. *In* **O direito administrativo do pós-crise**. Curitiba: Íthala, 2021.

LYNCH, Christian Edward Cyril. MENDONÇA, José Vicente Santos de. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. *In* **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 08, n. 2, p. 2017, p. 974-1007.

MANIN, Bernard. Legitimidade e deliberação política. *In* WERLE, Denílson Luis; MELO, Rúrion Soares. **Democracia deliberativa**, São Paulo: Singular, 2007.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. *In* **Revista de Direito Público da Economia**. vol 8. n. 32. 57-71. Belo Horizonte: Fórum, out-dez 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. Fomento. *In* Maria Sylvia Zanella di Pietro. (Org). **Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado**. 1 ed. v.4, p. 405-501. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natália de Aquino. Chamamento público para parcerias sociais – comentários à Lei n. 13.019/2014. *In* **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 3, 2016, p. 453-473.

MATA, Ismael. **Los entes reguladores de los servicios públicos**. Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración, 1996.

MAXIMINIANO, Antônio Cesar Amaru; NOHARA, Irene Patrícia. **Gestão pública: abordagem integrada da Administração e do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2017.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEDAUAR, Odete. Serviço público. *In*: **Revista de Direito Administrativo**. V. 189. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. Ação popular e sua lei regulamentar e sua natureza jurídica. *In* **Revista de Direito Administrativo**, v. 84. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1966.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. Proteção ambiental e ação civil pública. *In* **Revista de Direito Administrativo**, v. 165. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986.

MELLO, Célia Cunha. **O fomento da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais. Os direitos fundamentais e os limites entre democracia e jurisdição constitucional. A jurisdição constitucional e a democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; MARQUES, Stanley Souza. Consulta Popular e Audiência Pública: por um processo administrativo federal dialogado. *In* **CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito**. (Org.). XXI Encontro Nacional do CONPEDI/UFU. 1ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, v. 1, p. 3675-3695.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão. *In*: SUNDFELD. Carlos Ari (Coord.) **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar; PAIVA, Paula. **Políticas públicas no Brasil: uma abordagem Institucional**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização. *In* **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 2, Salvador, 2005.

MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil - as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. *In* **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica. v. I. nº. 9. dezembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 4 de novembro de 2022.

MONTEIRO, A. C. **A viabilidade financeira do Fundo de Financiamento ao Estudante de Ensino Superior- FIES para a Instituição Privada**. 2012. Monografia (Especialização) - Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA, Vital. Serviço público e concorrência. *In* **Os caminhos da privatização da Administração Pública**, Coimbra: Coimbra editora, 2001.

MORO, Rosangela Wolff. **Regime jurídico das parcerias das organizações da sociedade civil e a administração pública, lei nº 13019/14**. São Paulo: Matrix, 2016.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003.

MUNIZ, Cibele Cristina Baldassa. **Participação democrática na administração pública: audiências e consultas públicas na Lei 9.784/99**. São Paulo, 2018.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria Constitucional e Democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVES, Rodrigo Meleu das. **Fundo de financiamento estudantil (Fies) como política pública: Implementação e transformações para a educação brasileira (1999 – 2020)**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Educação, Programa de Pós-Graduação em Educação, Porto Alegre, BR-RS, 2020.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

NOHARA, Irene Patrícia. Participação Popular no Processo Administrativo Federal: consulta, audiência pública e outros meios de interlocução comunitária na gestão democrática dos interesses públicos. *In* NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHOS, Marco Antonio Praxedes de (Org.). **Processo Administrativo – Temas Polêmicos da Lei 9.784/99**. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 77/100.

NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012.

OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene. **Estatais**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

OLIVEIRA, Ocimar Barros de. **Processo administrativo e democracia participativa**. Leme: J.H.Mizuno, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho de Rezende. **Administração Pública, concessões e terceiro setor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 10. ed., rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Método, 2022.

ONU. **Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano**. 1972. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: jul de 2018.

ONU. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento**, 1986. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: jul de 2018.

PAZ, Rosangela. A representação da sociedade civil nos Conselhos de Assistência Social. *In* CARVALHO, Maria do Carmo A.A.; TEIXEIRA, Ana Cláudia C. **Conselhos Gestores de Políticas Públicas**. São Paulo: Pólis, 2000.

PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. Direito ao Desenvolvimento como Direito Fundamental. *In XV Congresso Nacional do CONPEDI*. Manaus, 2006, Anais, p. 6952-6973. [on line]. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2020.

PEREIRA, José Matias. Reforma do Estado, transparência e democracia no Brasil. *In Observatorio de la economía latino-americana*. Revista académica de economía, n. 26, junio 2004, p. 1-34, disponível em: www.eumed.net/coursecon/ecolat/

PEREIRA, Rodolfo Vianna. **Direito Constitucional democrático**: controle de participação como elementos fundantes e garantidores de constitucionalidade. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PINHEIRO, W. M. Captação x Inclusão: duas faces do financiamento estudantil. *In Revista Espaço Acadêmico*. São Paulo, n. 149, out. 2013.

PINK, Brian; TAYLOR, Sue; WETZLER, Hanna. Measuring Progress: The International Context. In: PODGER, Andrew; TREWIN, Dennis. **Measuring and promoting wellbeing: how important is economic growth**. ANU Press, 2014.

POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas. Controle de resultados da atividade de fomento pelo Tribunal de Contas da União. *In Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 18, n. 203, jan. 2018, p. 49-59.

PRADO, Inés María Coimbra de Almeida; CASTRO, Taiane Lobato de. O controle do terceiro setor. *In Revista de Direito Sanitário*. V. 8, n. 2. São Paulo: Jul./Out, 2007.

PRADO, Safira Orçatto Merelles do. **O controle judicial dos serviços públicos sob a perspectiva de concretização de direitos fundamentais**. 2007. 179f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, 2007.

PROCOPIUCK, Mario. **Políticas públicas e fundamentos da administração pública**: análise e avaliação, governança e redes de políticas, administração judiciária. São Paulo: Atlas, 2013.

RECK, Janriê Rodrigues; BITENCOURT, Caroline Müller. Direito Administrativo e o diagnóstico de seu tempo no Brasil. *In A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, jan./mar. 2019. p. 248-249.

REGULES, Luis Eduardo Patrone. A Lei n. 12.527/2011 e as entidades do terceiro setor. *In VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (in memoriam)* (Coord). **Acesso à informação pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor**. São Paulo: Malheiros, 2003.

RODRÍGUEZ, Libardo Rodríguez. La actividade administrativa de fomento. *In* ARANA MUNOZ, Jaime Rodriguez; RODRÍGUEZ, Libardo Rodríguez (Directores). **Curso de derecho administrativo iberoamericano**. Granada: Inap, 2015.

ROSA, Ádima Rodrigues da. **Agências Reguladoras e Estado no Brasil: reformas e reestruturação neoliberal nos anos 90**. Universidade Estadual Paulista: Marília, 2008.

SANTIN, Janaína Rigo. NASCIMENTO, Anna Gabert. Patrimonialismo na gestão pública: o caso do Brasil. *In* **RJLB**, Ano 5, n. 06, 2019, p. 1157-1178

SARFATI, Gilberto. Políticas Públicas de Empreendedorismo e de Micro, Pequenas e Médias Empresas (MPMEs): o Brasil em perspectiva comparada. *In* GOMES, Marcus Vinícius. ALVES, Mário Aquino. FERNANDES, Renê José Rodrigues. **Políticas Públicas de Fomento ao Empreendedorismo e as Micro e Pequenas Empresas**. São Paulo: Programa Gestão e Cidadania, 2013.

SCHIER, Adriana Costa Ricardo. **A participação popular na administração pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHIER, Adriana Costa Ricardo; MEDEIROS, Clayton Gomes. A controlabilidade dos atos de fomento. *In* **O direito administrativo do pós-crise**. Curitiba: Íthala, 2021.

SCHIER, Adriana Costa Ricardo; MENDONÇA BERTOTTI, Bárbara. Os Direitos dos usuários de serviços públicos: uma análise da Lei nº 13.460/17 e de seus preceitos. *In* **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 58, p. 113-130, dez. 2019. ISSN 1982-9957. Disponível em:

<<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/14468>>. Acesso em: 08 mai.2022. doi:<https://doi.org/10.17058/rdunisc.v0i58.14468>.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Fomento: administração pública, direitos fundamentais e desenvolvimento**. Curitiba: Íthala, 2019.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; ANDRADE, Giulia de Rossi Andrade. A implementação das metas do ODS n 09 – indústria, inovação e infraestrutura – no âmbito brasileiro: o marco legal da inovação voltado ao desenvolvimento sustentável. *In* **Passando a limpo a gestão pública: arte, coragem, loucura**. Curitiba: NCA Comunicação e Editora, 2020.

SCHMIDT, João P. Políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *In* **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, set/dez. 2018, p. 119-149.

SCHMIDT, João Pedro; FONTANA, Eliane. Um conceito forte de terceiro setor à luz da tradição associativa. *In* **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 26, n. 1, p. 278-304, jan./abr. 2021.

SCHOENMAKER, Janaina. **Controle das Parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor pelos Tribunais de Contas**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, 2009.

SCHWARCZ, Lilia Mortiz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

Segunda Turma. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Disponível em: <chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcgclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=DJ&docID=14893936&pgl=1&pgF=477>

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Edição eletrônica. São Paulo: Editora S-chwarcz Ltda, 2009

SILVA, Augusto Soares. Significado, conceptualização e experiência: sobre a natureza do significado linguístico. *In Revista Portuguesa de Humanidades*. Braga, v. 10, n. 1, p. 01-25, 2006

SILVA, Frederico Barbosa da; JACCOUD, Luciana; BEGHIN, Nathalie. Políticas sociais no Brasil: participação social, conselhos e parcerias. *In JACCOUD, Luciana. (org.). Políticas Sociais no Brasil: participação social, conselhos e parcerias*. Brasília: IPEA, 2005, p. 373-407.

SIRAQUE, Vanderlei. **O controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004.

SOUSA, Livia Maria de. O direito humano ao desenvolvimento como mecanismo de redução da pobreza em regiões com excepcional patrimônio cultural. *In Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a. 9 – n. 32/33, p. 71-102 – jan./dez. 2010.

SOUTO, Marcos Jurena Villela. **Direito administrativo da economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**: da escravidão à lava jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

SOUZA, Nelson Oscar de. **Manual de Direito Constitucional**, 2ª edição. Forense: Rio de Janeiro, 1998.

STEDILE, Nilva Lúcia Rech; FERRI, Caroline; OLIVEIRA; Mara de. Conselhos de Políticas públicas: espaços legítimos de participação social na defesa das políticas públicas. *In RFMD*, Belo Horizonte, v. 20, n. 39, p. 61-90, out./abr. 2017.

SUNFELD, Carlos Ari. Criação, estruturação e extinção de órgãos públicos: limites da lei e decreto regulamentar. *In Revista de Direito Público*, Londrina, n. 97, p. 43-52, 1991.

SUNFELD, Carlos Ari. Reforma administrativa: críticas e caminhos. *In O direito administrativo do pós-crise*. Curitiba: Ithala, 2021.

TARGA, Luiz Roberto Pecoits. A formação social e territorial (FS&T) sul-rio-grandense na longa duração e a identidade regional. *In O ambiente regional*. Três décadas de economia gaúcha, v.1, 2010, p. 48-90.

TEIXEIRA, Albano Busato; BITENCOURT, Caroline Müller Bitencourt. Os conselhos de participação popular como instrumento de legitimação das decisões das agências reguladoras. *In Revista Eletrônica da PGE-RJ*, [S. l.], v. 2, n. 2, 2019. DOI: 10.46818/pge.v2i2.62. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/62>. Acesso em: 7 jan. 2023.

VALIM, Rafael. A atividade administrativa de fomento no contexto da Covid-19: em defesa da renda básica universal. *In WARDE, Walfrido; VALIM, Rafael. (Org.). As consequências da Covid-19 no Direito brasileiro*. 1 ed. v. 1, p. 63-77. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

VALIM, Rafael. **A subvenção no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

VISCARDI, Cláudia Maria Ribeiro. O Federalismo oligárquico brasileiro: Uma revisão da “política do café-com-leite”. *In Anuário IEHS 16*, 2001, p. 73-90.

WAGNER, Laís Franciele de Assumpção. **Democracia e Tribunal do Júri: uma análise a partir da instrumentalidade democrático-constitucional**. 2021. 163f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, 2021.

WAHRLICH, Beatriz M. de Douza. Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente. *In Revista de Administração Pública*, 8, p.27-75, Rio de Janeiro, abr-jun. 1974.

ZANCANER, Weida. Lineamentos sobre a Lei de acesso à informação. *In VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (in memoriam) (Coord.). Acesso à informação pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 25-34.

ZYMLER, Benjamin. Controle das finanças públicas no Brasil: visão atual e prospectiva. *In Revista do Tribunal de Contas da União*, v. 29, n.76, abr/jun.1998.

ZYMLER, Benjamin. **Direito administrativo e controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.