



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DIREITO

GABRIEL CUSTÓDIO DE ARAÚJO

ANÁLISE ADMINISTRATIVA DOS SEGMENTOS PÚBLICOS SOB O ENFOQUE
DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

JUIZ DE FORA
2010

GABRIEL CUSTÓDIO DE ARAÚJO

**ANÁLISE ADMINISTRATIVA DOS SEGMENTOS PÚBLICOS SOB O ENFOQUE
DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA**

Monografia de Conclusão de Curso apresentada ao curso de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito, Universidade Presidente Antônio Carlos como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Ruffino S. Júnior.

**JUIZ DE FORA
2010**

Gabriel Custódio de Araújo

**ANÁLISE ADMINISTRATIVA DOS SEGMENTOS PÚBLICOS SOB O ENFOQUE
DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA**

Monografia de Conclusão de Curso apresentada ao curso de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito, Universidade Presidente Antônio Carlos como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. José Ruffino S. Júnior – Orientador

Universidade Presidente Antonio Carlos

Prof. Dr. Francisco de Assis Belgo

Universidade Presidente Antonio Carlos

Prof. Dr. Bruno Rezende Palmieri

Universidade Presidente Antonio Carlos

Aprovada em 20/11/2010

RESUMO

Objetivo Geral: discutir a luz do Direito os benefícios práticos que o Estado proporciona com a privatização e qual a efetividade dos agentes responsáveis pela execução nos casos de falhas e ineficiência no atendimento. Método: revisão bibliográfica. Resultados: dentro das literaturas observadas, foi identificado que o Estado é legitimado pela atuação conciliada da lei na Administração Pública. Conclusão: foram observados os aspectos de maior impacto na gestão administrativa pública com base na privatização, sobre o enfoque do direito administrativo e o princípio da eficiência.

PALAVRAS - CHAVE: Eficiência; Administração Pública; Direito Administrativo; Estado.

ABSTRACT

General objective: To discuss the light of the practical benefits law that the state provides to the privatization and what the effectiveness of enforcement staff in cases of failure and inefficiency in service. Method: literature review. Results: Within the literature found, was identified that the state is legitimized reconciled by the action of the law in public administration. Conclusion: there were aspects of major impact on public administration based on privatization, the focus on administrative law and the principle of efficiency.

KEY - WORDS: Efficiency; Public Administration, Administrative Law; state

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 ESTADO: MECANISMO DE ORDEM SOCIAL	14
1.1 Nação e Estado:visão e conceitos	14
1.2 Poderes do Estado	16
2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	19
2.1 Privatização	22
2.2 Iniciativa privada e os impactos trabalhistas	25
3 DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO	28
3.1 Reforma Administrativa	29
3.2 Princípio da Eficiência	31
3.3 Contrato de Gestão e legislação atual	32
3.3.1 Objetivo do contrato de gestão e inadequação do termo contrato	35
CONCLUSÃO	37
BIBLIOGRAFIA	40

INTRODUÇÃO

Há questionamentos buscando comprovar os acertos e erros e eficácias das opções feitas até aqui no que se tange a gestão administrativa pública. Em outros países, a estruturação fundamental dos serviços públicos vem sendo desmontada e passando para o mercado, nem sempre com a representatividade da melhoria da prestação dos serviços. No Brasil, no caso, da telefonia, o consumidor ficou exposto a todo tipo de operação mercantil, paga-se tudo até para obter informação.

Nas rodovias apesar dos melhoramentos, postos de cobranças de pedágios surgem ao longo destas e a preços exorbitantes encarecendo o transporte rodoviário. As tarifas são justas? No setor siderúrgico a CSN houve um financiamento por parte do governo que até hoje a polêmica está a cessa. Foi favorável ao povo brasileiro? Foi favorável aos grupos que arrematou a empresa Vale do Rio Doce? Passamos a enfocar a saúde e educação, a situação caótica que se encontram seria eficaz a privatização? Ou seria mais importante o necessário investimento e reestruturação salarial dos professores, dos médicos e demais funcionários relacionados aos serviços.

As privatizações têm ocorrido aceleradamente no país, como parte da chamada globalização. Muitas são as análises sobre a política estrutural de privatização hoje prevalecente. Existem muitas avaliações consistentes a respeito de suas conseqüências sobre o lado propriamente fiscal da crise do Estado, pois as empresas que estão sendo privatizadas não são empresas quaisquer são aquelas que garantiram o desenvolvimento das economias nacionais até um passado bem recente. Hoje vemos tudo isso cada vez mais sob o controle, do mercado e sensíveis chances de regulação pública. Em outra discussão, sabemos pouco a respeito dos desdobramentos efetivos que as privatizações vem tendo sobre a vida e o cotidiano dos cidadãos.

Como desvantagens para o trabalhador pode-se indicar a perda do emprego e outros benefícios sociais. Outro risco da terceirização é contratar empresas inadequadas para realizar os serviços e inidôneas. A terceirização consiste em transferir a terceiros a execução de tarefas para as quais a relação custo – benefício da execução interna não é das mais vantajosas sob o ponto de vista financeiro, de qualidade ou mesmo de especialidade. Nos dias atuais sob o impacto das novas tecnologias de gestão as atividades empresariais já adotaram terceirização em diversos segmentos dispensando assim a manutenção de uma equipe própria e uma economia entre salários, encargos sociais e outros. A terceirização pode evidenciar vantagens e desvantagens para a gestão empresarial.

A vantagem primordial sob o aspecto administrativo é a de se ter alternativa para melhorar a qualidade do produto ou serviço vendido e também a produtividade além da diminuição dos encargos trabalhistas e previdenciários a redução do preço final do produto ou serviço.

O objetivo desta revisão bibliográfica é visualizar a eficiência administrativa sobre a ótica da lei, que outorga direitos ao gestor, mas que também imputa a ele deveres de preservar o bem comum, sem que haja fracionamento da estrutura social em sua integralidade e, concomitantemente, que o indivíduo seja também valorizado enquanto agente social e integrador do mecanismo financeiro, cultural e econômico.

1 ESTADO:MECANISMO DE ORDEM SOCIAL

1.1 Nação e Estado: visão e conceitos

Com base nas idéias de Maluf (1990) Nação e Estado são distintas realidades, pautando-se nos valores sociológicos e jurídicos. O conceito de Nação é fundamentado na realidade sociológica, já o Estado tem base jurídica. O primeiro é de ordem essencialmente subjetiva, já o segundo necessariamente objetivo. Para formação nacional, são necessários fatores naturais, históricos, psicológicos. Com efeito, a humanidade é composta por distintos grupos, de variadas regiões e localidades, sendo tais caracteres determinantes aos agrupamentos. Nação é uma entidade de direito natural e histórica, conceituada como um homogêneo conjunto de seres interligados entre si por permanentes vínculos: sanguíneo, idiomático, étnico, religioso, sociopolítico e cultural.

A nação é capaz de existir sem o Estado, bem como também pode reunir-se em um só Estado, bem como também uma só nação pode dividir-se em vários Estados. Expressivamente, os conceitos de povo, população e raça, são enxertados no aspecto de nação. População envolve quantatividade, demografia, designando a massa total dos indivíduos viventes dentro de uma fronteira, sem exclusão dos estrangeiros. Genericamente, a palavra povo equivale à população, mas no sentido estrito, qualificado é condizente com o conceito de nação. Já raça é uma unidade biopsíquica, enquanto nação define-se como sociopsíquica.

Nesta abordagem Jung (2006) afirma que o Estado é constituído por três elementos: povo, território e governo, acrescido por um quarto elemento – finalidade. Povo é o conjunto de pessoas naturais integrantes ao Estado; território é a base física da localização; enquanto governo é o elemento condutor do Estado, o ideal a ser alcançado, apresentado como o bem comum. É um ente personalizado, ou seja, a pessoa jurídica de Direito Público, nos termos dos arts. 40 e 41 do nosso Código Civil, com apresentação nas relações internacionais, no convívio com os outros Estados soberanos, bem como internamente. Capaz de adquirir direitos e contrair obrigações na ordem jurídica, constituindo na sua organização matéria de cunho constitucional, especialmente no tocante à divisão política, a organização de aquisição do poder pelos governantes.

Nação é precisamente um elemento formador do Estado, é a substância humanizada do Estado por sua vez, é uma unidade política e jurídica durável, constituída por uma aglomeração humana, formando, sobre um território comum, um grupo independente. Conceitualmente evolutivo desde a antiguidade a denominação de Estado, com significação atribuída ao direito moderno, vem por meados da Idade Média. A Itália, provavelmente foi o primeiro país a utilizar a palavra *Stato*, embora com significação vaga, demonstra Maluf (1990).

Um fato diferenciador, é que não há definição de Estado, mas pontos de vistas de cada doutrina. Blusitschi, um dos mais profundos tratadistas do direito público, reconhece que não há como conceituar Estado sem distinguir o Estado – idéia (Estado Instituição) do Estado como entidade histórica, real e empírica. Kelsen, doutrinador e profícuo literário do seu tempo criador da Teoria Pura do Direito, faz a retomada da concepção dualista com a afirmação de que a ciência política encara o Estado como objeto de valoração e como realidade social.

Contudo Jung(2006) observa que iniciada a organização política territorial, surge, então a noção de Estado, sendo considerado Estado unitário – caso haja apenas um só poder político central; e Estado federado(ou composto) – caso, no mesmo território, coexistam poderes políticos distintos. Previsto no art. 18 da Constituição Federal, “ a organização político-administrativo da República Federativa do Brasil compreende a união, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos”. O modelo federativo do Estado constitui cláusula pétrea, insuscetível de abolição por meio de reforma constitucional (CF, art.60, § 4º,1).

Para Machado(2001) a necessidade de viver em sociedade, forçou ao homem os aspectos devidos a criações de regras e condutas na criação do Direito. Em decorrência disto, nasce o Estado, com apresentação de um centralizado governo, *unitário*, ou descentralizado, em autônomas unidades, dito *federal*. Tem-se no Brasil, um exemplo de Estado Federal, ou Federação, mesmo que a centralização do poder político e das rendas tributarias, antes da Constituição de 1988, em sua ordem caracterizassem o Brasil como Estado Unitário.

É fato que nas últimas décadas, tem se atrelado as reflexões teóricas e políticas sobre as tendências liberais e marxistas, com intensa dedicação a temática do Estado, suas crises e necessidades de revisões das funções nos níveis nacionais e internacionais, mediante as exigências postas pelo processo da globalização (HARADA, 2004).

Em virtude de sua forma federativa, temos no Brasil, uma Administração Pública federal, uma Administração Estadual, uma Administração Distrital e Administração

Municipal. Caracterizando uma política descentralizada norteada pela convivência territorial e diferenciadas entidades políticas autônomas, regionalmente distribuídas. Vale, no entanto ressaltar, que não há subordinação entre os diversos entes federados no Brasil. Caracterizada pela coordenação, a relação tem, em cada um, autonomia política, financeiro e administrativa. Em virtude deste modelo organizacional, verifica-se a existência de administrações autônomas em cada uma das esferas da Federação, referencia Jung (2006).

Como nos esclarece Maluf(1990). A concepção dualista de Blusitschi é retomada por Kelsen, embora com afirmação que a ciência política encara o Estado como objeto de valorização e como realidade social. Na primeira hipótese o estudo tem caráter científico, já na segunda o observador se guia pela realidade. Para Carl Rudolf Smend, uma autoridade constitucional e do direito eclesiástico, o estado atual é a luta incessante de integração, refletindo estruturalmente, forças independentes congregantes e de comando. É um ângulo convergente de todas as forças sociais propulsoras, sob sua disciplina, da felicidade e da ordem, no seio da comunhão.

Auscultando tendências, influências fenomenais da natureza, imprimindo-lhes rumo e ritmo dirigindo à sua finalidade. Há para o Estado, considerações como: parte essencial da humanidade, capacidade de unir homens para promoção de seu interesse e mútua segurança. De modo objetivo, o Estado é a nação vista sob a ótica política, ou seja, é a Nação politicamente organizada. Ele é apenas uma instituição nacional, com o intuito de realização dos fins da comunidade nacional. É o órgão executor da soberania nacional, sendo constituído pela população, território e governo. Na nação do Estado perfeito esta implícita a idéia de soberania.

1.2 Poderes do Estado

O expoente máximo da separação dos poderes é encontrado em Montesquieu. No entanto, anteriormente, Aristóteles, havia tratado do tema, na Antiguidade grega, distinguindo assembleia geral, corpo de magistrados e o corpo judiciário (deliberação, mando e julgamento). Aristóteles constituiu sua base teórica política a partir do exame de inúmeras Constituições concretas. Desse ato resulta a aceitação, por parte do filósofo grego, da idéia de Constituição mista, descrita como aquela em que há participação diversificada de grupos ou

classes no poder político, ou aquela em que o exercício do governo é comum a todos, não somente a um núcleo participativo, como esclarece Carvalho(2008).

Maluf (2006) aponta que o texto constitucional, em seu art. 2º, adota a clássica tripartição de poderes, formulação de Montesquieu, filósofo francês. A Constituição Brasileira estabelece que são Poderes da União, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si. A separação não se dá de modo absoluto, na realidade o que temos são três funções distintas, sendo que cada Poder exerce uma função preponderante.

Entretanto Carvalho (2008) descreve interessantemente que a formulação teórica da separação dos Poderes foi inserida por John Locke, representante do empirismo britânico e contratos sociais, em função da realidade constitucional inglesa. É de Locke a afirmação da existência dos três poderes: Legislativo Executivo e Judiciário.

Na perspectiva apresentada por Lima (2002), notamos que a existência de regras pré-estabelecidas favorecem a convivência harmonicamente no sentido organizacional por integrantes de grupos sociais distintos correlacionados e pautados em regras. Para a existência das mesmas, alguma força há de produzi-las, para permanecerem, alguma força há de aplicá-las, com aceitação dos membros do grupo social. A força, que cria e estabelece respeito às regras, denomina-se poder.

O poder político é o acesso efetivo do Estado em exercer sobre os indivíduos a obrigatoriedade na realização ou nulidade de algo objetivando sempre o bem publico. De fato, um grupo humano pode legitimamente impor sua vontade sobre outros indivíduos, colocando por legitimidade em movimento um poder irresistível de coação. Uma ação experimentada de decidir pelo outro.

Silva Neto (1969) considera que:

O poder existe em qualquer organização social: é um fenômeno que acompanha a humanidade em todos os tempos, é inerente mesmo a uma estrutura social. Nesse sentido, tem razão Maurice Duverger, quando afirma: Na base de todo regime político, encontra-se o fenômeno essencial da autoridade, do poder, da distinção entre governantes e governados.

Para Jund (2006), os Poderes Legislativos e Judiciários, além de suas funções precípuas de legislar e julgar exercem também algumas funções administrativas, tais como, as decorrentes dos poderes hierárquicos e disciplinar sobre os respectivos servidores. O desempenho dessas funções administrativas, independente do poder que as esteja exercendo, deverá sempre observar as normas e princípios referentes ao Direito Administrativo. A presença das três funções em todos os poderes é claramente evidente, sendo consideradas funções atípicas, tendo cada um a sua função.

Embora na grande maioria dos ordenamentos se mantenha o princípio da separação dos três poderes, a fórmula originária não se ajusta totalmente à realidade política institucional dos Estados demonstrados em alguns casos. O advento da eleição direta do Executivo, não mais se justifica a supremacia do Legislativo, pois colocaria em choque a dualidade da escolha de representantes do povo contra representantes do povo, é o que observa Medauar (1999). Segue referenciando que a ampliação das atribuições do Estado e a exigência continuam de adoção de medidas socioeconômicas impõe soluções mais ágeis, contrastando com a morosidade do Legislativo.

Neste sentido Medauar (1999) aponta que esta é a razão da atual hegemonia do Executivo em todos os países na atualidade, afirmando que o Executivo passou a ter intensa atividade legislativa, como nos casos de medidas provisórias. Nota-se ainda que neste fim de século, há instituições improváveis ao enquadramento em algum dos três clássicos poderes, como é o caso do Ministério Público e dos Tribunais de Contas. Gomes (2006) participa da idéia apontando que o órgão controlador, diz respeito, ao órgão que o exerce e à sua localização em relação aos Poderes constituídos.

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, acrescentou, no caput do artigo 37 da Constituição Federal, entre os princípios da Administração Pública, o princípio da eficiência. Para Neto(2001), entenda-se a eficiência da Administração Pública como "a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade".

No que respeita à prestação de serviços públicos à sociedade, por parte do Estado, temos que, inicialmente, este concentrava em suas mãos a satisfação das necessidades da população. Com o passar do tempo, verificou-se que essa concentração o sobrecarregava, já que não possuía agilidade necessária para desempenhar todas as tarefas que lhe eram cometidas. E com a sobrecarga, os serviços prestados, pelo Estado, à sociedade mostravam-se ineficientes, insuficientes e insatisfatórios.

Ademais, o regime jurídico público caracteriza-se pela rigidez. Assim, além de sobrecarregado, o Estado via-se amarrado a um regime rígido, por força da própria lei maior, que restringia a sua autonomia na hora de escolher os meios e estratégias a serem utilizadas na entrega do serviço.

Com o objetivo de modificar esse quadro, assistimos, de início, à descentralização dos serviços, que antes ficavam a cargo da administração direta, e que foram entregues às entidades da administração pública indireta – autarquias, fundações e empresas estatais. Em seguida, além da descentralização por outorga a essas entidades mencionadas, partiu-se para a descentralização por delegação, entregando-se a execução de alguns serviços públicos a pessoas físicas e jurídicas – a particulares, portanto - através de contrato firmado com o Poder Público.

As empresas estatais, cuja criação e regulamentação encontram-se previstas no art. 173 da Constituição Federal de 1.988, precisavam otimizar seus serviços, tornando-se competitivas e eficientes, razão pela qual em 27 de maio de 1991 o então presidente da República Fernando Collor de Mello instituiu o Programa de Gestão das Empresas Estatais com a publicação do Decreto nº 137, que será objeto de comentários a seguir.

Foi nesse cenário que surgiram também as várias espécies de acordos de interesse firmados entre particulares e o Poder Público, com vistas a recuperar a eficiência necessária e a satisfação da sociedade pelo recebimento de um serviço bom e adequado às suas necessidades. A Constituição Federal fala, expressamente, em seu texto, de algumas espécies,

tais como os contratos de concessão e os termos de permissão. Outras, como a espécie que será doravante objeto de estudo, se não encontram menção expressa no texto constitucional, nem por isso se pode dizer que lhes falta previsão legal.

Moraes (2008) considera a Administração Pública como a atividade objetivamente concreta e imediata, que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos e, subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.

A concepção de Gomes (2006), Administração Pública pode ser definida como o conjunto harmônico de entidades, órgãos e agentes públicos, destinados a exercer as atividades inerentes ao Estado e aos seus fins. Isso não significa que tenha legalidade para ações abusivas aos direitos particulares. Sobre esta perspectiva, Celso Antonio Bandeira de Mello menciona:

Como expressão desta supremacia, a Administração, por representar o interesse público, tem a possibilidade, nos termos da lei, de constituir terceiros em nome da lei obrigações mediante a atos unilaterais. Tais atos são imperativos como quaisquer atos governamentais. Demais disso, trazem consigo a decorrente da *exigibilidade*, traduzida na *previsão legal* de sanções ou providencias indiretas que induzam o administrado a acatá-los.

Contudo, Silva (1984) observa que uma noção simples da Administração Pública aponta em primeiro lugar, para a subordinação do Poder político, entendendo que a administração compreende um conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas. Sob uma segunda ótica, observa-se que é algo utilitário para atingir fins definidos e, em terceiro lugar, denota os seus dois aspectos: um conjunto de órgãos a serviço do Poder político e as operações, as atividades administrativas.

De acordo com o art. 37 da Constituição há o emprego da expressão Administração Pública nos dois sentidos, como conjunto orgânico, descrevendo Administração Pública Direta, Indireta e Funcional dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O emprego da atividade administrativa é dado ao determinar sua submissão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, da licitação e os de organização do pessoal administrativo. Moraes (2008) acrescenta que a Administração Federal compreende a administração direta e administração indireta, a seguir apresentada.

Jund (2006) considera que administração direta é a constituição do conjunto de órgãos integrados na estrutura central de cada poder das pessoas jurídicas de direito público com capacidade política sendo, portanto, a gestão dos serviços públicos realizados pelas próprias

pessoas políticas por intermédio dos seus órgãos. A estrutura central do Poder Executivo Federal é composta pela Presidência da República e pelos Ministérios. Deste modo, a Administração Direta do Executivo Federal é composta pelos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios. Como características, os órgãos da Administração Direta, são apresentados da seguinte forma: Ausência de Personalidade Jurídica, Ausência de Patrimônio Próprio, Capacidade Processual Excepcional.

A Administração Pública Direta ou centralizada cria por meio da descentralização administração ou delegação, pessoas jurídicas para comporem a Administração pública Indireta ou descentralizada, é o que afirma Gomes (2006).

A afirmação feita por Jund (2006) é de que a centralização administrativa ocorre quando o Estado realiza suas tarefas de modo direto, intermediando órgãos e agentes integrantes da Administração Direta. Deste modo, os serviços são prestados diretamente pelos órgãos do Estado, despersonalizados, integrantes de uma mesma pessoa política.

O conceito central da Administração Indireta encontra-se no instinto da descentralização, sendo, como já visto, a distribuição de competências de uma para outra, física ou jurídica. Constitui o conjunto dos entes – entidades com personalidade jurídica, que vinculados a um órgão da Administração Direta, prestam serviços públicos ou de interesse público e proporcionarão ao Estado a satisfação de seus fins administrativos. Denomina-se descentralização institucional por conferir a organismos autônomos a personalização ou personificação, que marca este processo. (JUND, 2006)

Nas palavras de Gomes (2006) a administração Indireta nasceu da necessidade que a Administração tem de transferir a outras entidades a execução de determinadas atividades cuja coordenação cabe a Administração Pública direta ou centralizada, mas cuja execução pode ser transferida a outra pessoa criada pela Administração Pública para tanto. A descentralização administrativa pressupõe a existência de uma pessoa diversa do Estado, tendo estes poderes característicos da Administração Pública, mas exercendo em seu próprio nome. A administração estatal será exercida por pessoas públicas de modo descentralizado – transferência de competências de uma pessoa jurídica para outra pessoa jurídica, ou de modo desconcentrado – distribuição de competência dentro de uma mesma pessoa jurídica.

De modo necessário e cumulativamente, as entidades da Administração Indireta, possuem características, tais como: Personalidade Jurídica, Criação ou Autorização por Lei Específica, Patrimônio Próprio, Vinculação aos Órgãos da Administração Direta. As formas efetivas de descentralização dá-se pela outorga – quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere, por lei, determinado serviço público, acontecendo normalmente por prazo limitado;

ou delegação – quando o Estado transfere, por contrato ou ato unilateral, unicamente a execução do serviço, para que o ente delegado o realize ao público em seu próprio nome e por sua conta e risco, sob fiscalização do Estado, efetivada normalmente por limitado prazo.(JUND, 2006).

2.1 Privatização

Nem todos os países incorporaram as idéias neo liberais. A China e a Índia, por exemplo países que tem obtido grande sucesso econômico nas últimas décadas, adotaram uma abertura restrita e gradual. Nesses países, os investimentos produtivos das multinacionais foram realizados em associações com empresas nacionais. Mas não foi esse o caminho seguido pelo Brasil.

No Brasil,segundo Wetzel(2000), as primeiras privatizações ocorreram a partir de 1987, quando o Banco Nacional de Desenvolvimento - BNDES privatizou 16 empresas controladas e outrora inadimplentes com o Banco. Por delegação do governo federal, em 1990, o BNDES foi nomeado gestor do Fundo Nacional de Desestatização - FND, depositário legal das ações das empresas incluídas no Programa Nacional de Desestatização - PND. As privatizações estaduais começaram a ocorrer a partir de 1996. Quando solicitado, o BNDES forneceu assistência técnica na condução dos processos de privatização estaduais. Culturalmente, a privatização invadiu o país sob a enganosa bandeira da agilidade e eficiência, propulsão demarcante da terceirização de serviços públicos.

De modo amplo, a privatização sempre esteve presente na agenda nacional, com distintas fases. Na década de 80, descrita como a “reprivatização”, pelo processo ocorrido em 38 empresas com arrecadamento aproximadamente de US\$ 780 milhões, onde empresas haviam sido absorvidas pelo Estado em sua maioria em razão das dificuldades financeiras. Sem intenção governamental de implementação de um programa em larga escala, foram privatizadas empresas de menor porte, com modestos retornos financeiros (Wetzel, 2000).

A década seguinte é marcada pela criação do Programa Nacional de Desestatização – PND, assim a privatização tornou-se parte das reformas econômicas iniciadas pelo Governo. Em outubro de 1991, a venda da Usiminas permite a arrecadação de um percentual maior do que o obtido na década anterior. O PND centraliza seus esforços de vendas nas estatais produtivas, com a inclusão de empresas siderúrgicas, petroquímicas e de fertilizantes no

Programa. A priori é dado ao ajuste fiscal traduzido na maciça utilização das chamadas “moedas de privatização” – título representativo da dívida pública federal na aquisição das estatais (HEIDEMANN,2006).

A Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997 regulamentada pelo Decreto 2594, de 15 de maio de 1998, apresenta os objetivos alçados pelo Programa Nacional de Desestatização, com objetivos ordenados, evidenciando a reordenação da posição estratégica do Estado em relação a economia, com transferência à iniciativa privada de ações indevidamente exploradas pelo setor público; a contribuição na reestruturação econômica do setor público, em especial pela melhora no perfil e na redução da dívida pública líquida; permissão da retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas a iniciativa privada; contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para modernização da infra-estrutura e do parque industrial dopais; permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado (art. 1. incisos I,II,III, VI e V).

De modo amplo, tem-se privatização como modelo adotado pelo estado para minimizar a sua expansão, vislumbrando à agilização de suas atividades, devendo restringir-se ao desempenho de funções típicas do poder público. Não há uma unanimidade na doutrina, quanto ao conceito de privatização que, como assinalam os estudiosos, é um conceito em evolução. Abrangendo genericamente a desregulação, a desestatização, a desmonopolização, a concessão ou permissão de serviço público e a parceria com o setor privado, por meio de convênios ou contratos para execução de obras e serviços. Em sentido restrito, a privatização significa transferência de ativos ou do controle acionário de empresas estatais para o setor privado (HEIDEMANN,2006).

Despontando-se como parceira ao setor privado, a terceirização insere-se na linha da privatização genérica, implica, necessariamente, na vinculação contratual de terceiros pela Administração, com observação licitatória, de acordo com a Lei nº 8.666/93. Tanto por incompetência ou por má vontade, a condução correta e eficiente do serviço público, por administradores públicos, vem promovendo a terceirização das atividades administrativas ao arrepio das normas legais e constitucionais vigentes. Desvalorizar o quadro vigente é como demarcação do sucateamento de órgãos públicos essenciais à vida administrativa do ente político, buscando na terceirização uma forma de agilização na execução da servidora pública, é o que descreve Szazi(2000).

Imhoff(2005), ausência desses elementos pode interferir diretamente no desenvolvimento da nação como estrutura social. Por outra ótica, entretanto, a realização

desregrada e sem a base consolidada nas perspectivas sociológicas referentes a realidade do país, torna-se nocivo especialmente a sociedade enquanto indivíduos, não somente no coletivo. Faz-se portanto, necessário o estudo minucioso da dinâmica da privatização e terceirização na dinâmica administrativa pública.

O estudo proposto pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), indica que o Brasil constituiu exceção a seqüência usual de privatização. Inicialmente, não houve nenhuma contração exercida pelo Estado no processo da estabilização, refletindo numa série de fatores em que os gestores políticos brasileiros relutaram em desestatizar as grandes empresas estatais. Até então, as mesmas eram vistas como exemplos bem-sucedidos da capacidade empreendedora nativa e uma herança positiva da industrialização intensiva.

Nas palavras de Pinheiro(1996) e Landau(1996), privatização e política fiscal, são temáticas intimamente relacionadas. Usualmente, privatização é vista como um instrumento no processo de ajuste fiscal, primeiro pela dificuldade de redução ou eliminação dos déficits das empresas estatais sem transferência para o setor privado; segundo porque as receitas da privatização podem financiar o déficit público sem necessidade de recurso à emissão de dívida ou moeda. Uma das mais notáveis características do PND é a aceitação de títulos da dívida de médio e longo prazos das estatais e do setor público federal como um todo, moeda de pagamento na aquisição das empresas. Outro aspecto importante é que, com exceção de alguns papéis da dívida externa, todos esses títulos são aceitos pelo seu valor de face.

Fernandes (2006) aponta que no Plano Verão, final da gestão governamental do Presidente Sarney, já era proposto um amplo programa de privatização, mas foi no governo Fernando Collor que o processo realmente deslanchou com o Plano Nacional de Desestatização. Antes, na disputa presidencial de 1989, o então candidato Collor já demonstrava claramente que fins teriam empresas como a Usiminas e tantas outras. A estratégia da desestatização com o propósito de reduzir a interferência do Estado no domínio, econômico, não revelava intervenção em particular na vida social em geral e, o contemplar da extinção de empresas e organismos motivados pelas privatizações, descentralizações e desregulamentações.

Em franca ofensiva, o neoliberalismo tinha o apoio avassalador do grande empresariado e efetivamente ressoava positivo na classe média. Para o grande público, a argumentação proposta tinha dois importantes eixos: as empresas estatais são ineficientes e dão prejuízo; com a venda, o governo teria mais recursos de investimentos nos setores em que o Estado realmente tem obrigação- saúde e educação. Porém, na prática o PND tinha o

objetivo prioritário de diminuir a dívida pública através da aceitação de títulos públicos como moeda de privatização.

Nos termos da Lei nº 9.491, art. 2º, incisos I,II,III,IV e V, tornar-se-ão objeto de desestatização, as empresas controladas direta ou indiretamente pela União, inclusive instituições financeiras, instituídas por lei ou ato do Poder Executivo; empresas criadas pelo setor privado e que, por qualquer razão, passaram ao controle direto ou indireto da União; serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização; instituição financeira pública estadual que tenha tido as ações de seu capital social desapropriadas, na forma do Decreto-lei nº 2321, de 25 de fevereiro de 1987; bens moveis e imóveis da União, incluindo pela Medida Provisória nº 2161-35, de 2001).

O processo de desestatização é dado através da alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade. Pode também surgir da transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade(MELCHOR, 2004).

2.2 Iniciativa privada e os impactos trabalhistas

Em consenso, Filho (2006), Harada (2004), Gonçalves (2009), Melchor (2004), constata que a privatização e terceirização de órgãos, entidades e serviços públicos tornaram-se a “religiosidade fundamentalista”, defesa intermitente da instalação acelerada dos “Tribunais de Arbitragem”, os embriões de uma política de terceirização da função jurisdicional. Afirmou que com a constância do processo de terceirização e privatização, findaremos na completa alienação. Apontam que na terceirização dos serviços públicos o efeito no mercado de trabalho é diferente, a rotatividade da mão de obra é bem menor porque os contratos de trabalho vinculados com o estado é de menor periodicidade. Descrevem a terceirização como um contínuo processo de utilização estratégica organizacional, com critérios demarcantes da competitividade econômica.

Por tais afirmativas Neto (2007) sinaliza que o neoliberalismo apregoa um Estado mínimo com modo de ruptura dos embates sociais e diminuição do desemprego, minimizando pressões de aumento salarial, entre outras proposições do ideário neoliberal: contração da emissão monetária; elevação das taxas de juros; redução dos impostos sobre os altos

rendimentos; abolição dos controles sobre os fluxos financeiros; elaboração de leis anti-sociais; criação de desempregos em massa; corte de gastos públicos; promoção ampla de programa de privatização. Este ideário neoliberal foi estruturado e esquematizado para a América latina, em 1989, num encontro nos EUA, no qual ficou conhecido como o Consenso de Washington. O programa definido neste encontro é assim descrito: disciplina fiscal; priorização dos gastos públicos; reforma tributária; liberalização financeira; regime cambial; liberalização comercial; investimento direto estrangeiro; privatização; desregulação da relação trabalhista; defesa da propriedade intelectual.

Cruz (2007) discursa que o neoliberalismo conforma sobre três vertentes temáticas: doutrina, movimento e programa político. Como doutrina, o neoliberalismo apresenta afinidades ou oposição em decorrência das correntes ideológicas e políticas. O neoliberalismo, no entanto, não é uma reprodução simplória de preceitos liberais. Em oposição aos conservadores, corporativistas, socialistas e coletivistas, os neoliberais utilizam do liberalismo clássico, sendo portanto, reacionário. Como movimento obteve êxito ao tornar sua doutrina fonte de inspiração nas relações das altas finanças. No modelo programa, é conhecido pelo ataque aos sindicatos e redução dos direitos trabalhistas; redução da intervenção do Estado na economia por meio de desregulamentação de setores de atividades e privatizações de empresas públicas; defesa da estabilidade financeira a qualquer preço – elevação brutal do desemprego; exaltação do mercado auto-regulado como único mecanismo de coordenação econômica e defensor do princípio da liberdade.

É do mesmo autor a defesa que o programa neoliberal generaliza a lógica mercantil para todo o globo, em sua porção externa, o neoliberalismo visa constituir um espaço econômico homogêneo, em escala mundial, no qual bens e capitais possam circular sem obstáculos, indiferentes a consideração de caráter cultural, político ou social. Alerta é dado para as ressonâncias entre a doutrina e sua concretização política, ressaltado pelo fato que a política, mesmo em um grupo ideologicamente definido, é algo realmente transposto ao terreno das realidades mundanas de preceitos doutrinários. De modo amplo, durante o processo de privatização a última palavra era do máximo nível governamental.

A urgência na concretização das transferências e remoção dos obstáculos interpostos funcionou a favor dos grupos econômicos interessados nos ramais já que tiveram uma margem de pressão acrescentada pela impossibilidade governamental de retroceder na decisão de permitir a gestão dos serviços. No que tange à participação política dos trabalhadores ferroviários e, em geral, de grupos de oposição à privatização, pode-se ter uma idéia clara da

democracia sob o capitalismo. A rapidez do processo de privatização foi estratégica para evitar resistências organizadas.

Dentre as principais conseqüências políticas do neoliberalismo no Brasil além do alto índice de desemprego, contabilizamos o aumento das dívidas interna e externa. O FMI ditava as ordens para o Brasil. Não houve reconstrução do Estado, juros altos pagos aos credores estrangeiros, as necessidades do povo brasileiro ficaram à deriva. Não houve controle da entrada de capital estrangeiro e sim grande abertura, o que facilitou o aumento da dívida externa.

3 DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO

O direito de prestar conta de seus atos administrativos é também dever de todo agente público; deve os administradores estarem bem informados e prover meios necessários para que a sociedade faça o acompanhamento da gestão e tomada de contas através do controle. Como registros históricos Di Pietro (2008), relata que como o início do período republicano, suprimiu-se o Poder Moderador e a jurisdição administrativa antes atribuída ao Conselho de Estado. A Administração Pública começa a agilizar-se e afastar dos moldes do direito privado. No entanto, na primeira fase, foi pobre o trabalho doutrinário desenvolvido no tocante ao Direito Administrativo.

Para Lima (1982), “reside a causa dessa indiferença pelo Direito Administrativo na própria base, sobre que se fez assentar o nosso direito publico”. Reitera sua análise apontando que a partir da constituição de 1934, o Direito administrativo experimentou grande evolução, em decorrência da própria precisão constitucional de extensão da atividade do Estado nos âmbitos social e econômico. Instituiu-se um Tribunal de Direito Administrativo na esfera federal. Ao contrario da Constituição de 1891, de feição nitidamente liberal e individualista, a de 1934, que seguiu ao movimento revolucionário de 1930, assumindo o caráter socializante, marcado pela intervenção crescente na ordem social.

Para Maurer (2006), o Direito Administrativo é o conteúdo dos preceitos jurídicos (escritos e não escritos) que, de modo específico valem para a administração – atividade, procedimento e organização administrativa. Não há, no entanto significância para que o Direito Administrativo somente seja determinado para os órgãos administrativos e sua atividade. Regula, antagonicamente, também e exatamente, as relações entre a administração e o cidadão e fundamenta, por conseguinte, os direitos e deveres do cidadão, mas justamente sempre em relação à administração.

Contudo Gomes (2006) observa que o Direito Administrativo é fruto da necessidade do Estado, em sua magnitude, necessitando de disciplina e ordem própria no trato das questões internas e externas de sua competência. No Estado Democrático de Direito, há a necessidade de se disciplinar a atuação da Administração Pública, a fim de que o interesse público visado pelo Estado possa ser atendido, respeitando os direitos fundamentais; por conseguinte, também possam ser atendidos as necessidades básicas dos administrados, no tocante aquelas atividades executadas em caráter monopolístico pela Administração Pública ou, ainda,

aquelas cuja execução seja por ela atribuída aos particulares, sob fiscalização, como ocorre em vários dos serviços públicos.

O direito Administrativo é encarregado pela atividade jurídica do Estado, tendo por objeto a tutela do Direito, com exclusão das funções legislativa e jurisdicional e, para a Ciência da Administração, a atividade social, incluindo as várias formas de ingerência positiva e direta do Estado-poder nas áreas da saúde, educação, cultura, economia, previdência e assistência social. Esta divisão é plena justificativa, já que a matéria constituinte do objeto da ciência da administração é aquela concernente à valoração da interferência do Estado na ordem econômica e social, abrangendo os aspectos da utilidade e oportunidade dessa atuação; já o Direito Administrativo é complexo de normas e princípios jurídicos regentes da organização administração em seus vários aspectos, bem como as relações da Administração Pública com os particulares. (DI PIETRO, 2008)

3.1 – Reforma Administrativa

A reforma administrativa do aparelho do Estado no Brasil tem, na introdução e alteração de normas no âmbito da Constituição Federal e das leis do país, uma de suas etapas necessárias. A reforma para ser eficaz, necessita reformar a mentalidade dos agentes públicos; ampliação dos mecanismos de participação popular nas atividades administrativas e do controle social da administração pública; apontar novas formas de responsabilização dos agentes públicos pela gestão administrativa.

Não se confunde processo com procedimento. Processo existe como instrumento indispensável com instrumento para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração pública faz, operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; cada tomada de decisão, execução de obra, celebração de contrato, edição de regulamento, o ato final é sempre precedido de uma série de atos materiais e jurídicos, consistentes em estudos, pareceres, informações, laudos, audiências, enfim tudo o que for necessário para instruir, preparar e fundamentar o ato final objetivado pela Administração. Quanto ao procedimento, define-se como o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos, equivalendo a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo. (DI PIETRO, 2008)

Nunes (2007) considera que as agências atuam sobre setores vitais para a economia e para a sociedade, apresentando diferentes graus de dinamismo e avanços tecnológicos. Atraem, complementam, contraem interesses privados e públicos, produzindo regras e normas que imputam custos as unidades reguladas. Regular é imputar custos, não sendo, portanto surpresa, a inevitável atração fatal dos reguladores. Se não se evita, resta o convencimento. Se não há o convencimento, domestica-se. Se não há o domesticar, ocorre a captura. Não há regulação neutra ou inocente, nem toda a regulação é contra o regulado. O mercado regulatório é um selvagem campo de lutas de interesses. Regula quem pode não quem quer.

Na perspectiva do mesmo autor, verificamos que as agências assumem variados estatutos jurídicos, desde sua participação na administração direta até sua existência autárquica e independente. No Brasil, o regime regulatório inaugurado com as privatizações constitui verdadeira reforma do Estado. Este regime caracteriza-se pela redefinição do papel do Estado na Economia. Pela delegação legislativa, sob o modelo de “autarquias especiais”, cria-se um novo poder entre o poder exercido por novas agências reguladoras, apontando para a existência de um Estado dentro do Estado.

Estudos publicados por Ferreira (1996) apontam que a questão da governabilidade assume outra perspectiva, dado que a legitimidade assegurada por processos eleitorais democráticos nem sempre são traduzidos em favoráveis condições para implementar as reformas estruturais que, muitas vezes, dependem de complicados processos de negociação entre poderes, notadamente nos regimes presidencialistas. Entretanto, ainda que garantida a governabilidade, esta não é suficiente para produzir a mudança, o que coloca em relevo a necessidade de ampliar a dinâmica de grupo, como ingrediente determinante da estratégia de enfrentamento da crise, a partir de duas manifestações centrais: as crises financeira e do desempenho.

A crise financeira responde pela incapacidade do Estado contemporâneo de geração de poupança pública positiva, que lhe permita realizar os investimentos sociais e de infraestrutura necessários, já que o custeio da máquina compromete a maior parte da arrecadação. Já o desempenho, é caracteriza pela baixa qualidade na prestação dos serviços públicos, gerando insatisfação por parte da sociedade pelo não atendimento de seus requerimentos básicos. Ainda que esta situação não deva ser generalizada para toda a administração pública, o déficit de desempenho vem se agravando e gerando, como consequência, deterioração da imagem do serviço público perante a sociedade. Desta forma, o desafio de reformar o Estado está circunscrito no contexto de mudança social, política e econômica que caracteriza o

momento atual. Essa enorme tarefa de transformação impõe ao Estado a necessidade de rever seus papéis, funções e mecanismos de funcionamento, mas isso não é suficiente.

3.2 – Princípio da Eficiência

O princípio constitucional da eficiência administrativa nasceu como alternativa de alteração de modelo de administrativo, e sua presença não pode ser ignorada. Se for certo que a eficiência como paradigma político-cultural não é uma novidade histórica, também não é correto que os defensores do Estado- providencia se descuide desse poderoso instrumento de legitimação do poder político. O perigo da utilização irrestrita da eficiência como justificativa de conduta pode significar mais que um risco para a legalidade colocando-se como um perigo a democracia. (GABARDO, 2003)

Na visão de Moraes(2008) a ação estatal produz de modo direto ou indireto conseqüências jurídicas que instituem, reciprocamente, direito ou prerrogativas, deveres ou obrigações para a população, traduzindo uma relação jurídica entre a Administração e os administrados. Portanto, existirão direitos e obrigações recíprocos entre o Estado – administração e o individuo - administrado e, conseqüentemente, esse, no exercício de seus direitos subjetivos, poderá exigir da Administração Publica o cumprimento de suas obrigações da forma mais eficiente possível.

O reconhecimento de direitos subjetivos públicos não significa que o individuo exerça um poder sobre o Estado, mas que possui esses direitos como correlatos de uma obrigação do Estado em respeitar o ordenamento jurídico. O administrador público precisa ser eficiente, deve ser aquele que produz os efeitos desejados, que dá bom resultado, exercendo suas atividades sob o manto da igualdade de todos perante a lei, velando pela objetividade e imparcialidade. (FARIA ,2007)

Dromi (1997) apresenta o princípio da eficiência com a seguinte vertente:

...impõe à Administração Publica direta e indireta e as seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade , primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios garantir-se uma maior rentabilidade social.Este principio dirigi-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os

meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum.

O ensinamento proposto por Di Pietro(1998) é que o princípio da eficiência impõe ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis a consecução dos fins que cabem ao Estado alcançar, com a advertência de que a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito. Como composição de suas características básicas, temos o direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, que imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade.

3.3 – Contratos de Gestão e a legislação atual

Para Gasparini(2002), trata-se, o contrato de gestão, de "ajuste celebrado pelo Poder Público com órgãos e entidades da Administração direta, indireta e entidades privadas qualificadas como organizações sociais, para lhes ampliar a autonomia gerencial, orçamentários e financeiros ou para lhes prestar variados auxílios e lhes fixar metas de desempenho na consecução de seus objetivos". O contrato de gestão designa algumas espécies de acordos celebrados entre a Administração direta e entidades da administração indireta, assim também com entidades privadas que atuam de forma paralela com o Estado, e com dirigentes de órgãos da própria administração direta.

O instituto tem origem no direito francês, cujo ordenamento é muito mais flexível do que o direito administrativo brasileiro. Vale dizer que, no Brasil, sobra pouco espaço para o exercício da liberdade, para o arbítrio do administrador, porque, a teor do que consta no caput do art. 37 da Constituição Federal, a Administração Pública há que se pautar, entre outros, pelo princípio da legalidade. Isto equivale dizer que, ao contrário do particular, a quem tudo é permitido, desde que não viole as normas estabelecidas, à Administração só cabe fazer aquilo que a lei expressamente o permita. O direito administrativo francês, por outro lado, conforme ensina Di Pietro (2008), é, em grande parte "... jurisprudencial, muito menos legislado que o nosso, deixando muito mais espaço para as inovações feitas pela Administração Pública".

A diferença entre os dois sistemas, analisada aqui de modo apenas superficial, nos leva à conclusão de que o contrato de gestão, de origem francesa, não foi utilizado, em nosso país, ao menos de início, com observância ao princípio da legalidade, sendo fruto de uma adaptação bisonha de um instituto alienígena ao ordenamento pátrio, sem as devidas cautelas. Com efeito, a primeira norma que menciona expressamente o contrato de gestão e que trata das hipóteses de sua utilização foi o Decreto 137/91.

O referido Decreto tinha como objetivo "promover a eficiência e a competitividade das empresas estatais" (art. 1º), sendo certo que, por previsão expressa, caberia ao Comitê de Controle das Empresas Estatais (CCE), instituído por decreto publicado em 4 de fevereiro de 1991, entre outras incumbências, "aprovar e supervisionar os contratos de gestão das empresas estatais, previstos no art. 8º..." (art. 3º, inc. III).

Os contratos de gestão, previstos no art. 8º daquele decreto, deveriam estipular "os compromissos reciprocamente assumidos entre a União e a empresa", contendo ainda cláusulas que especificariam os objetivos, as metas, os indicadores de produtividade, os prazos para a consecução das metas estabelecidas e para a vigência do contrato, os critérios de avaliação de desempenho, as condições para a revisão, renovação, suspensão e rescisão, bem como as penalidades aos administradores que descumprissem as resoluções do CCE ou as cláusulas contratuais.

Com a assinatura do contrato, a empresa estatal isentava-se da aprovação prévia de propostas que tratassem dos preços e tarifas dos serviços públicos, da admissão de pessoal, da despesa de pessoal, inclusive aquele contratado a título de Serviços de Terceiros, da elaboração, execução e revisão orçamentárias, da contratação de operações de crédito ou de arrendamento mercantil, inclusive refinanciamento e dos demais assuntos que afetassem a política econômica. Além disso, os membros dos conselhos de administração e dos conselhos fiscais das empresas estatais deveriam zelar pelo cumprimento das resoluções do CCE e dos contratos de gestão.

As primeiras hipóteses de utilização desse instituto ocorreram com a Companhia Vale do Rio Doce – CVRD, a Petróleo Brasileiro S/A e o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais. Mas o fato de a matéria ser, naquele momento, regulamentada pelo Decreto 137/91, afrontava o Princípio da Legalidade, um dos princípios norteadores básicos da

administração pública (Constituição Federal, art. 37, caput). Com efeito, a previsão constante do art. 8º, § 3º, daquele decreto, isentando as empresas estatais que firmassem contrato de gestão com a União, da autorização prévia no tocante às matérias previstas no art. 3º, inciso II, bem como o afastamento das exigências de controle, tal como ocorre nos contratos de gestão, não eram matérias passíveis de serem regulamentadas por decreto, e sim por lei infraconstitucional ou por emenda constitucional, o que fez com que os contratos celebrados sofressem impugnação por parte do Tribunal de Contas da União.

O apontamento referido feito por Faria (2007) esclarece que contrato de gestão é algo adotado entre no início da década de 90, sem dados de referencia no direito positivado. No entanto, sendo a França o primeiro país a adotar tal modalidade de contratação, com o nome de contrato de programa, em meados de 1967. A idéia de adoção do ajuste veio da necessidade de oferecer maior dinamismo e eficiência as empresas estatais. Pelo instrumento pode se estabelecer metas e resultados a serem alcançados pela empresa. Firmado por uma entidade política ou um dos seus órgãos, e entidade da Administração descentralizada, com o intuito de a contratada atingir determinadas metas e proposições de resultados com eficiência e, em recompensa, de modo benéfico, receber vantajosos benefícios da entidade contratante.

A Emenda Constitucional nº 19/98, que alterou a redação do art. 37 da Constituição Federal, acrescentou a este artigo o disposto no § 8º, ande se lê que "a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I – o prazo de duração do contrato; II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades dos dirigentes; III – a remuneração do pessoal". Embora o dispositivo não o mencione expressamente, é nele que se encontra a previsão constitucional que dá respaldo ao chamado contrato de gestão.

No entanto, antes mesmo da Emenda Constitucional nº 19, os Decretos nº 2.487 e 2.488, ambos de 02 de fevereiro de 1998, tratavam do contrato de gestão, cuja celebração era um dos requisitos para que autarquias e fundações recebessem a qualificação especial de agências executivas. Além da celebração desse contrato, as autarquias e fundações que pretendessem tal qualificação deveriam ter plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional, voltado para a melhoria da qualidade da gestão e a redução de custos.

Mais tarde, em 15 de maio de 1998, foi publicada a Lei 9.637, que dispõe sobre a

qualificação de instituições não governamentais como organizações sociais, voltadas à prestação de atividades de interesse público, mediante várias formas de fomento pelo Estado. Essas atividades de interesse público são aquelas de prestação não exclusiva por parte do Estado, na área dos serviços sociais, abertos à iniciativa privada, tais como cultura, saúde, educação e outras. Essas instituições podem ser inseridas na categoria de entidades paraestatais, por serem pessoas privadas que atuam em colaboração com o Estado, "desempenhando atividade não lucrativa e às quais o Poder Público dispensa especial proteção", recebendo, para isso, dotação orçamentária por parte do Estado.

A lei 9637/98 foi resultado de conversão de medida provisória que tratava do assunto, como parte do que o Governo chamava de Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado. O contrato de gestão firmado com tais empresas, no entender Di Pietro (2008), "constitui instrumento de fomento e, portanto, meio de incentivo à iniciativa privada, e não como forma de descentralização", já que as organizações sociais prestariam, não serviços públicos, de forma descentralizada, mas "atividade privada de interesse público, a ser fomentada pelo Estado mediante a celebração de contrato de gestão".

Assim, o contrato de gestão firmado entre o Estado e as organizações sociais tem por escopo estabelecer um vínculo jurídico entre ambos, fixando metas a serem cumpridas pela entidade, tendo como contraprestação o auxílio, por parte do Estado, que pode fazer a cessão de bens públicos, a transferência de recursos orçamentários, a cessão de servidores públicos, entre outros. Com isso, o Estado consegue patrocinar o funcionamento das atividades com observância do princípio da eficiência, sujeitando essas entidades a um controle de resultados, de modo que, não atingidas as metas fixadas e não sendo satisfatórios os resultados, as organizações podem vir a perder o fomento do Estado.

3.3.1- Objetivo do contrato de gestão e inadequação do termo contrato

Há basicamente duas modalidades de contrato de gestão: o interadministrativo (art 37§ 8º) entre os órgãos da administrativo; e o contrato de gestão entre o poder público e entidades particulares. As características das propostas do contrato de gestão enfocam a ampliação da autonomia ou dispensa de obrigações regime de direito publico fundado em

interesse comum, celebrado de modo consensual, mediante o qual são fixados objetivos concretos, responsabilidades, meta de atuação, prazos de execução, indicadores para avaliações dos resultados.

Os objetivos a serem alcançados, com a formalização do contrato de gestão, serão variáveis, conforme se trate de pacto firmado entre a Administração Direta e seus órgãos, entre aquela e entidades da Administração Indireta ou entre o Estado e entidades paraestatais.

Nos primeiros casos, o contrato de gestão tem, como objetivo principal, a concessão de uma maior autonomia ao órgão da administração direta ou à entidade da administração indireta, para permitir que as metas estabelecidas no contrato sejam atingidas ao final do prazo, ali também definido. Mas não é só: presta-se ele também para fixar as metas a serem atingidas e os meios de redução de custo, bem assim para prever um controle de resultados, por meio do qual a Administração poderá decidir sobre a conveniência da manutenção ou da resolução do contrato. Ou seja, trata-se de um meio de adequar a prestação de serviços, de forma desconcentrada ou descentralizada, aos planos nacionais, conforme previstos na política de governo. Com efeito, leciona Di Pietro(2008) que, nesses casos, o contrato de gestão tem como objetivo a "flexibilização do regime jurídico administrativo", concedendo efetivamente às entidades da administração direta maior autonomia gerencial, operacional e financeira.

Todavia, quando se trata de contrato firmado com as entidades paraestatais, o contrato de gestão tem efeito contrário, já que "ao invés de permitir a submissão integral ao regime jurídico privado, exige-se da entidade a obediência a determinadas normas e princípios próprios do regime jurídico publicístico". Assim, para que possam merecer o repasse de verbas públicas, resultante da realização do contrato, tais entidades submetem-se a um rígido controle de resultados.

Há quem diga que o contrato de gestão seria uma forma fugir do regime jurídico de direito público, em afronta à legalidade, possuindo técnica de programação do controle administrativo, como a fixação de parâmetros para o exercício da supervisão administrativa, estabilidade do controle administrativo, redução da discricionariedade do controle administrativo, reforço do controle de resultados, determinação de responsabilidades.

CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou demonstrar os preceitos, fundamentos e características essenciais das terceirizações e privatizações brasileiras diante do princípio da eficiência.

A inovação trazida pelo legislador, ao prever o contrato de gestão como instrumento para a concessão de autonomia aos órgãos e entidades da administração direta e indireta, assim também às entidades paraestatais qualificadas como organizações sociais, encontra-se dentro do projeto de diminuição do tamanho do Estado, quer dizer, do número de incumbências que lhe são cometidas, como forma de agilizar e flexibilizar a prestação de serviços, com ganhos na qualidade desses serviços e na produtividade de seus prestadores.

Trata-se da doutrina do Estado mínimo, sobre a qual muito já se escreveu a respeito. Este fenômeno teve seu marco inicial, no ordenamento jurídico, com a edição da lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997, que trata do Plano Nacional de Desestatização, e que deu início à febre das privatizações. Apesar de ser assunto estranho ao tema ora tratado, ele nos mostra que a intenção era, realmente, como tem sido, a diminuição dos encargos do Estado, transferindo-os, em parte, para outros órgãos, entidades e pessoas.

Confrontando-se a intenção do legislador, ao instituir o Plano Nacional de Desestatização, iniciando a privatização de várias empresas antes pertencentes ao Estado, com o advento da legislação que trata do contrato de gestão firmado com entidades que atuam paralelamente ao Estado, na prestação de atividade privada de interesse público, chega-se a um paradoxo: afinal, se a intenção, com os contratos de gestão firmados entre o Poder Público e entidades privadas, é estender a elas rigidez dos contratos firmados sob o regime de direito público, afigura-se estranho a promoção da desestatização, sob outra forma que não a venda de ações, mas com a qualificação da entidade como organização social. Isto implica na extinção de um órgão público ou de uma pessoa jurídica de direito público, com o surgimento, em seu lugar, de uma pessoa jurídica de direito privado de atuação paralela ao Estado.

A intenção primeira do legislador, ao prever a utilização do contrato de gestão, foi estabelecer metas para os órgãos e entidades prestadoras de serviços, em troca da concessão de maior autonomia no planejamento de suas atividades e sua elaboração, ficando, no entanto, sujeita ao um controle de resultados, no que chamamos administração por objetivos, já que os meios de controle formal dão lugar aos controles qualitativo e quantitativo. A preocupação maior, como já exposto, é o cumprimento da eficiência, elemento preponderante da avaliação.

Apesar da intenção de conceder, àqueles que firmam contrato de concessão com o Poder Público, maior autonomia, em troca do cumprimento das metas pretendidas, vimos que os efeitos percebidos divergem, quando o contrato é firmado com entes da administração direta e indireta, em relação àquele firmado com as chamadas organizações sociais.

Não obstante ter iniciado de forma precipitada, de início sem competente previsão legal, o contrato de gestão, utilizado como instrumento de acordo de interesses entre o Poder Público e entes paraestatais, mostra-se adequado para a consecução das metas a que se obrigaram tais entidades para merecer os privilégios concedidos pelo Estado.

O termo Desestatização expressa de forma mais adequada os processos ocorridos no Brasil e na Argentina. O processo de desestatização constitui uma resposta à crônica ineficiência do Estado e à crescente dificuldade em controlá-lo. A privatização surge como principal desdobramento da desestatização.

Através da privatização, processa-se a transferência de ativos, a venda de empresas inteiras e de atividades concentradas e até privativas do Estado para particulares. Dessa forma, os termos desestatização e privatização denotam um processo de transformações que diminuem, substancialmente, o papel do Estado na vida social.

As privatizações brasileiras estão sob análises e avaliações consistentes, quanto a política estrutural de privatização e, suas conseqüências sobre o lado fiscal da crise do Estado, quais os desdobramentos efetivos que as privatizações vem tendo sobre a vida e o cotidiano do povo.

A mesma perspectiva é de que o Estado brasileiro se encontra incapacitado, tendo como motivo o grande endividamento e compromissos assumidos a longo prazo com os organismos internacionais: Fundo Monetário Internacional - FMI e, má administração dos bens públicos.

Surge mediante este cenário, a necessidade de privatizar ou transferir os ativos ou controle acionário das empresas estatais para o setor privado, na maioria das vezes, há o questionamento: “Foi favorável ao povo brasileiro? Foi favorável aos grupos que arremataram as empresas?” Já que são privatizadas estatais que estão produzindo e proporcionando lucros como a Companhia Siderúrgica Nacional – CSN, a Vale do Rio Doce.

A conclusão que se evidencia, é de que o processo de privatização desenvolveu-se em meio ao nebuloso clima de dúvidas, onde a eficiência do Estado não atingiu sua plenitude em vários setores, como saúde, educação e meio ambiente.

O tema merece as críticas trazidas pelos doutrinadores, no entanto, quando da

assinatura do contrato entre órgãos da administração direta ou entre estes e entidades da administração indireta. Opiniões há, em defesa da utilização do instituto, com a desconsideração de seu nomen juris por entenderem que, se de contrato não se trata, por faltarem interesses opostos e exigência de contraprestação, poder-se-ia muito bem denominá-lo acordo de programas ou convênio, pois o instrumento, independentemente de sua denominação, apresenta resultados satisfatórios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição(1998).**Constituição federal**.4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalvez de. **Direito constitucional**.14.ed.Belo Horizonte:Del Rey, 2008.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DO BRASIL.São Paulo: Atlas, 1988.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21.ed.São Paulo:Atlas, 2001.

_____. **Parcerias na administração pública**. 3.ed.São Paulo: Atlas, 2001.

DROMI, José Roberto. Derecho administrativo. 6.ed.Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.

FILHO, Valmir Pontes. Revista Latina Americana de Estudos Constitucionais.

GOMES, Fábio Bellote. **Elementos de direito administrativo**. 1.ed. Barueri:Manole, 2006.

HARADA, K. Terceirização de serviço público e o novo texto constitucional. Revista Juz Vigitantibus.São Paulo, 2004. Disponível em:< <http://jusvi.com/artigos/866>>. Acesso em: 09 de abril de 2010.

HEIDEMANN, Francisco G. **Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade?**Revista Administração Pública, Rio de Janeiro, v.40 n.3 maio/Junho 2006.

IMHOFF, Marãa:**Terceirização, vantagens e desvantagens para as empresas**.

JUND, Sérgio. **AFO, administração, orçamento e contabilidade pública**.2.ed.Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia. **O direito administrativo e o poder judiciário**. 2.ed. rev. atual. e ampl.Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 20.ed.São Paulo:Saraiva, 1990.

MEDAUAR, Odete. Controle administrativo das autarquias. São Paulo: Bushatsky, 1999

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**.33.ed.São Paulo:Malheiros, 1996.

MELCHOR, Paulo. **Terceirização de serviços: Série SAIBA MAIS**. – Brasília: SEBRAE, 2004

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23.ed. São Paulo:Atlas, 2008.
Revista Eletrônica de contabilidade. Ed Julho de 2005.

NETO, Diogo Figueredo Moreira. **Curso de direito administrativo**, 12 ed., Rio de Janeiro : Forense, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 30.ed. São Paulo:Malheiros, 2008.

SZAZI, Eduardo. **Terceiro setor: regulação no Brasil** – São Paulo: Petrópolis, 2000
Terceirização: trabalho temporário: orientação ao tomador de serviços : apresentação de Vera Olímpia Gonçalves. – Brasília : MTE, SIT, 2001.

WETZEL,Ursula. **Histórias de recomeço: privatização e downsizing** – Rio de Janeiro: Mauad: COPPEAD, 2000.