

Regime privado não pode ser esconderijo do alcance do Direito Público



Organizar, na acepção comum, significa a atividade de “colocar em ordem”

com amparo em algum *critério* e com vistas a determinada *finalidade*. O vocábulo *organização*, por sua vez, compreende os atos e efeitos de organizar, podendo abranger estruturas, instrumentos, processos e finalidades buscadas com a sobredita ordem. As duas expressões (*organização* e *administração*) possuem como elemento comum a *finalidade* ou, melhor, a *busca orientada de determinados fins*. É justamente a *finalidade* o ponto nodal de distinção entre as diversas formas de *organização* e de *administração*. Na clássica lição Ruy Cirne Lima, a *finalidade pública* condiciona a Administração Pública, caracterizando-a como a atividade do que não é proprietário, senhor absoluto. Trata-se, pois, de realidades que se completam. Sob o ponto de vista do ordenamento jurídico, convém lembrar a clássica lição de Santi Romano ao dizer que o Direito, antes de ser norma e de implicar uma simples relação ou uma série de relações sociais, é sobretudo organização, estrutura.

Em consequência, pode-se falar em “organização da Administração Pública” em *sentido amplo*, abrangendo as acepções *subjetiva* e *objetiva*, definido-a como a composição e conformação de estruturas, competências, processos e instrumentos da Administração voltados ao alcance de finalidades públicas. Nesse sentido amplo, a organização da Administração compreende objetos diversos, tais como: a) criação e composição de estruturas subjetivas e objetivas adequadas para o alcance de finalidades; b) determinação e distribuição das tarefas entre estruturas e agentes mediante critérios estabelecidos e voltados para o alcance dos objetivos; c) provisão de pessoal para o exercício das tarefas; d) relações de coordenação, subordinação e controle entre as diversas estruturas organizativas; e) estruturação da prestação das diversas atividades realizadas pela Administração de forma a atingir, de forma satisfatória, as finalidades públicas específicas buscadas; e f) controle de todos os processos planejados e executados.

A conexão da ciência do Direito com a ciência da Administração, sinteticamente, ocorre com o objetivo de estabelecer no sistema jurídico uma ordem na forma e nas estruturas de atuação para perseguir a

realização de determinados fins. Esse encontro envolve a *avaliação e concepção de desenhos institucionais e ferramentas gerenciais voltadas ao alcance de objetivos determinados*. Nesse particular, assume importância o conhecimento da evolução e diversificação dos modelos institucionais de organização administrativa, questões que encontram local mais adequado para investigação nos estudos de ciência da Administração e Administração Pública, não necessariamente no Direito Administrativo. Cabe ao Direito Administrativo estudar a organização em *sentido restrito*, abrangendo somente as estruturas e meios *previstos no ordenamento jurídico* com o intuito de desenvolver certas atividades para o alcance de determinados resultados.

Administração em sentido subjetivo: as alternativas colocadas ao Estado

Em se tratando da *Administração Pública em sentido subjetivo*, no interior do ordenamento deverá ser buscada a estrutura jurídico-subjetiva mais adequada para a realização de determinados fins. Essas considerações são importantes para robustecer o papel essencial desempenhado pelos sujeitos que exercem funções públicas (órgãos, autarquias, empresas, etc). Em atendimento aos princípios que regem a atividade da Administração Pública, não se admite que a decisão a respeito de quem realizará qual tipo de atividade seja tomada de forma passional, pessoal, sem atentar para as diferenças de regime jurídico e para a vocação de cada estrutura subjetiva.

Para o desempenho de atribuições determinadas pela Constituição para serem oferecidas aos cidadãos como serviço público, por exemplo, o Estado possui diversas alternativas de organização. Inicialmente, é possível prestar o serviço de forma centralizada, por meio de órgão público integrado na pessoa jurídica estatal. É ainda possível transferir atribuições por meio da criação legal de um novo ente, com personalidade jurídica própria, sujeita predominantemente ao direito privado ou ao direito público. Admite-se ainda a prestação do serviço mediante diversos vínculos contratuais firmados com particular, em regime de colaboração ou parceria (em sentido amplo).

A decisão do Estado nesse processo de organização não é indiferente, pois deve ser presidida pela necessidade de identificar o modelo mais adequado para alcançar ou fomentar determinada finalidade pública. Dentre outros aspectos, a decisão político-administrativa a respeito deve levar em consideração se a realização a contento de determinado tipo de atividade necessita ou não de instâncias com menor grau de dependência do ente central. Esse processo decisório deve ser feito de forma motivada e transparente para que o cidadão possa não somente conhecê-los como, eventualmente, deles participar ou buscar o seu controle.

Função garantista da organização

É reconhecer à organização uma *função garantista* ligada à predeterminação das condições de futuro desenvolvimento da atividade. No caso, a garantia do cidadão está na atribuição de uma função a um ente ou órgão dotado das características necessárias para sua adequada realização. A garantia está não somente na individualização de funções e estabelecimento de seu regime jurídico, mas também na sua adequada atribuição a sujeitos predeterminados. Na prática, trata-se de identificar a estrutura subjetiva responsável pela relação jurídica travada com o cidadão, que tem o direito de conhecer qual *parte* do Estado deve procurar em cada situação; a qual unidade deve se dirigir em cada caso. Sob o ponto de vista da própria Administração, a organização é importante não só para atribuir competências e

responsabilidades como também para permitir que cada estrutura (órgão ou entidade) possa defender suas atribuições, inclusive perante outros órgãos e entidades.

Em outras palavras, a organização deve estabelecer de forma clara um complexo de atribuições que permitam ao cidadão antever qual órgão ou entidade é responsável pela realização de qual atividade. Esse aspecto inclui a identificação do patrimônio que poderá ser afetado em razão da responsabilização atribuída aos entes por ações ou omissões no exercício de suas competências.

A função garantista de organização está na predeterminação de finalidades, na articulação das funções em atividades e em sua distribuição entre sujeitos construídos de modo a assegurar o desenvolvimento adequado e impessoal das ações administrativas. A discricionariedade relativa à escolha da estrutura subjetiva a ser criada é, reforce-se, guiada pela *finalidade pública a ser alcançada*. O mesmo deve ser dito com relação à organização da atividade que será prestada pela estrutura criada.

O que não se pode admitir simplesmente é a deliberada busca do regime privado com o único fito de evitar as constrações do direito público, em um movimento que tem ganhado o nome de “fuga do Direito Administrativo”. A utilização de pessoas jurídicas de direito privado, quando possível, não tem o condão de afastar por completo a aplicação do regime jurídico público, tampouco de significar que a atividade administrativa tenha se tornado privada.

Date Created

10/09/2015