

Especialização **Gestão Pública**

O Público e o Privado na Gestão Pública



Programa Nacional de Formação em Administração – PNAP

Especialização Gestão em Saúde Disciplina: O Público e o Privado na Gestão Pública

Professor Everton das Neves Gonçalves





Professor Everton das Neves Gonçalves

Doutor em Direito Econômico (UFMG/MG);

Doctor en Derecho Internacional Económico (Universidad de Buenos Aires – UBA/Argentina);

Mestre em Direito, na área de Instituições Jurídico-Políticas; (UFSC/SC);

Especialista em Comércio Exterior e Integração Econômica no MERCOSUL, (FURG/RS),

Especialista em Administração Universitária, (FURG/RS);

Professor do Departamento de Direito credenciado no Programa de Pós-Graduação em Direito e Coordenador do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão do Desenvolvimento – CEJEGD do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina – (UFSC/SC).

Contato: evertong@vetorial.net



**Objetivo: Qualificar gestores públicos
brasileiros em Saúde**

**Campo de estudo: a Disciplina perpassa
pelos conhecimentos do Direito,
especialmente, Constitucional,
Administrativo, Civil, Penal e
Trabalhista.**

Professor Everton das Neves Gonçalves



Introdução

A **fenomenologia social**, em um Estado de Direito democrático, têm de espelhar **legislação** adequada, legítima, válida e eficaz.

O fato social cria o Direito e vice-versa.

A **ação do gestor público em saúde** pode ocorrer em ambientes públicos ou privados; porém, sempre, guiada por ditames normativos que garantem os espaços individuais e coletivos.

No Brasil, com tradição na **Civil Law**, existem normas codificadas que disciplinam a ação em sociedade; assim, tem-se a Lei Máxima, a Constituição Brasileira e as normas infra-constitucionais.

Professor Everton das Neves Gonçalves



Legislação Pertinente

Direito Constitucional:

Constituição da República Federativa do Brasil de 05/10/1988 e Emendas Constitucionais (01, de 31/03/1992 a 70, de 29/03/2012);

Direito Administrativo:

Decreto-Lei 200/67, de 25/02/1967 (Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências);

Lei 8.112, de 11/12/1990 (Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais);

Lei 8.666, de 21/06/1993 (Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências);

Decreto 1.171, de 22/06/1994 (Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal);

Lei 8.987, de 13/02/1995 (Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências);

Lei 9.784, de 29/01/1999 (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal);

Lei 10.520, de 17/07/2002 (Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências);

Lei 11.079, de 30/12/2004 (Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública);



Legislação Pertinente

Direito Civil:

Lei 8.429, de 02/06/1992 (Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências);

Lei 9.637, de 15/05/1998 (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);

Lei 9.790, de 23/03/1999 (Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências);

Decreto 3.100, de 30/06/1999 (Regulamenta a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências);

Lei Complementar 101, de 04/05/2000 (Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências);

Lei 10.406, de 10/01/2002 (Institui o Código Civil);



Legislação Pertinente

Direito Penal:

Decreto-Lei 2.848, de 07/12/1940, alterado pela Lei 7.209, de 11/07/1984 (Institui o Código Penal);

Direito do Trabalho:

Decreto-Lei 5.452, de 01/05/1943 (Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho);

Evidencia-se que, além do **Direito Material** (normas exemplificativas apresentadas), compete, ao operador jurídico, tratar do **Direito Processual**; entretanto, ainda que não se exija, do gestor público, conhecimento absoluto das normas e da jurisprudência dos Tribunais, poderá restar objetiva ou subjetivamente sua **responsabilidade** administrativa, civil e, mesmo penal, máxime observados os ditames que disciplinam a área de saúde pública.



Unidade 1 – Esfera pública e esfera privada no mundo contemporâneo

Professor Everton das Neves Gonçalves



Importância da discussão relativa à dicotomia Esfera pública e esfera privada: cada área tem regras próprias

Além disso, foram criadas normas que regem essa relação: criadas NÃO para dificultar a relação, mas, para garantir a **PRIMAZIA DO INTERESSE PÚBLICO**



A PRIMAZIA DO INTERESSE PÚBLICO significa, em outras palavras, o **INTERESSE DA SOCIEDADE sobre os AGENTES PRIVADOS**

Isso está relacionado com a própria história da criação do Estado moderno e da consolidação da Democracia



A idéia nesta disciplina, portanto, é conhecer alguns dos princípios que regem essa **DICOTOMIA PÚBLICO-PRIVADO**. Por quê?

... porque na condição de SERVIDOR, caso o comportamento não esteja de acordo com a Lei, pode ocorrer:

- dever de indenizar (a alguém/Estado)
- ser questionado pelo Tribunal de Contas
 - envolver-se em processos
- (responsabilidade administrativa, civil e criminal)



A discussão sobre o que é PÚBLICO e o que é PRIVADO vem envolvida pela história, discussão ideológica, etc.

Primeiro, poderíamos supor que:
ESTADO – esfera pública
EMPRESAS – esfera privada

Mas, como situar:
Empresa pública?
ONGs?



*Em si, nada é público ou privado. Tudo isso resulta de **CONVENÇÃO COLETIVA**, podendo até mesmo se diferenciar entre os países.*

*E, justamente por se tratar de uma convenção coletiva, a **ESFERA PÚBLICA** é convencionada no **DIREITO POSITIVO**.*

*Por critério residual, o que ‘sobra’ faz parte da **ESFERA PRIVADA**.*

No Brasil, ver os artigos 170 e 173 CF/88.



E, mesmo essa construção ao longo da história já foi tão diferente:

Exemplo 1 – defesa da coletividade (mercenários x Exército)

Exemplo 2 – coleta dos impostos (por agentes públicos x privados)

Exemplo 3 – orçamento público (na idade média, não raras vezes confundido com as propriedades dos reis e líderes religiosos – propriedades papais)



Então, dessas concepções surge uma série de outras diferenciações?

- Direito Público e Direito Privado
 - Estado e Sociedade Civil
- Poder Estatal e Direito do Cidadão
- Princípios de Gestão Pública e de Gestão Privada



Se, antes, esses conceitos eram confusos entre si, com:

- O desenvolvimento do capitalismo
 - formação do Estado Moderno
 - consolidação das democracias

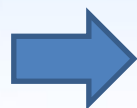
... O que aconteceu:

Surgiu uma nova forma de administrar, estudada por **Max Weber**, chamada BUROCRACIA, além de vários princípios como a legalidade, etc.

Weber estudou, conforme compilado em obra denominada Economia e Sociedade, dentre outros temas: o exercício do poder (tradicional, carismático e racional) e a sociologia da dominação (tradicional, patriarcal, patrimonial, carismática e burocrática racional).v

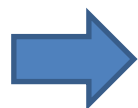


Na esfera pública



indivíduos são cidadãos (seja como agente público ou usuário)

Na esfera privada



indivíduos são peças físicas (que podem se associar*, transformando-se em **peças jurídicas**) Ver Livro II do CC – **Do Direito de Empresa** (arts. 966 a 1195. (Sociedades não personificadas – Sociedade em Comum e em

conta de participação; e sociedades personificadas – simples, em nome coletivo, em comandita simples, limitada, anônima, em comandita por ações, cooperativas e coligadas,)

* Essa associação em nada se confunde com a associação pública (**Pessoas Jurídicas de Direito Público**)



Por isso mesmo, temos:

ORGANIZAÇÕES – associações do setor Privado (estudadas pela Teoria das Organizações) e que envolvem a junção dos chamados **fatores de produção**: trabalho (T), natureza (N), capital (K), iniciativa empresarial (Ie) e tecnologia (Te).

INSTITUIÇÕES - associações do setor Público (Ver Decr.-Lei 200/67) **Administração Pública Direta e Indireta** (autarquias, fundações, sociedades de economia mista, empresa pública)



Vamos ver algumas diferenças entre elas:

ORGANIZAÇÕES

- Possui missão, objetivos etc
Próprios
- Autonomia para decidir
- visa alcançar interesses próprios

INSTITUIÇÕES

- Possui missão, objetivos
determinados por lei
- Autonomia relativa
- Interesses Coletivos/Públicos



As Instituições são classificadas em duas categorias:

ADMINISTRAÇÃO DIRETA – Serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios (no caso da administração federal) e dos governos e secretarias (nos casos das administrações estaduais, municipais e do Distrito Federal).

ADMINISTRAÇÃO INDIRETA - Organizações dotadas de personalidade jurídica e patrimônio próprio, que gozam de autonomia administrativa e financeira e se encontram vinculadas aos ministérios ou secretarias.

(Ver Decr.-Lei 200/67)



O que compõe a ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

Autarquias - Pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei, incumbidas de serviço público típico exercido de forma descentralizada, cujo pessoal se encontra regido pelo regime jurídico previsto pela lei da entidade-matriz. Banco Central; INMETRO, CADE,

(Ver Decr.-Lei 200/67, art 5)



O que compõe a ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

Fundações Pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei, destinadas a realizar atividades não lucrativas e atípicas do setor público, mas de interesse coletivo, cujo pessoal pode tanto ser regido pelo regime jurídico previsto pela lei da entidade-matriz, quanto pela CLT. Exemplo Universidades Públicas.

(Ver Decr.-Lei 200/67, art 5)



O que compõe a ADMINISTRAÇÃO INDIRETA
Empresas Públicas Pessoas jurídicas de direito privado, criadas por lei, de patrimônio público, destinadas a realizar obras e serviços de interesse público, cujos empregados têm suas relações de trabalho regidas pela CLT.

CEF, BNDES

(Ver Decr.-Lei 200/67, art 5)



O que compõe a ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

Sociedades de Economia Mista Pessoas jurídicas de direito privado, com participação do poder público e de particulares no seu capital e na sua administração, que realizam atividades econômicas outorgadas pelo poder público e cujos empregados têm suas relações de trabalho regidas pela CLT.

Petrobras e BB

(Ver Decr.-Lei 200/67, art 5)



Enquanto as Organizações oscilam em relação ao mercado e reagem, mudando interesses e objetivos etc., as INSTITUIÇÕES PÚBLICAS não reagem para sobreviver, mas PARA INFLUENCIAR o mercado no intuito de melhorar as condições da coletividade

Alguns exemplos:

Exemplo 4 – As IES Públicas esforçam-se em oferecer um ensino de qualidade com apoio e investimentos, para estimular o setor privado a fazer o mesmo (Influenciam a qualidade da educação e garantem o acesso a toda a população)



Exemplo 5 – As agências regulatórias regulam diretamente as condições da concorrência

Exemplo 6 – As instituições também pode agir de forma monopolista – Casa da Moeda, IBGE, Polícia Federal e polícias civis dos Estados, MP Federal e Estadual.



Entre as áreas pública e privada existe um diálogo pautado de
FORMA COMUM que é a GESTÃO ORGANIZACIONAL.

A história, aliás, revela que ambos os lados servem de
exemplo entre si:

Administração Pública

Princípios da Administração Burocrática
Estatal foram adotados pela Adm.
Privada .

Administração Privada

Inovações e gestão foram
adotadas pela Adm. Pública
Gestão da Qualidade

Especialização *Gestão Pública*

O Público e o Privado na Gestão Pública



Contudo, quando se fala em ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA e ADMINISTRAÇÃO PRIVADA, não se trata simplesmente de variação sobre o mesmo tema. Há princípios importantes e diferentes entre ambas. A Ordem Econômica Nacional rege-se pelos princípios do art. 170 CF/88:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
 - II - propriedade privada;
 - III - função social da propriedade;
 - IV - livre concorrência;
 - V - defesa do consumidor;
 - VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
 - VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
 - VIII - busca do pleno emprego;
 - IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.
 - IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.
- Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.



Aos poucos, vamos percebendo e é importante frisar:

- PRIMAZIA DO INTERESSE PÚBLICO
- A LEI determinando a atuação e a esfera de atuação do PODER PÚBLICO sobre o âmbito privado (entendido sempre residualmente)



No âmbito privado, vale o seguinte princípio
Liberdades negativas:

Os particulares poderão fazer tudo aquilo que a lei não proibir e deixar de fazer tudo aquilo que a Lei não obrigar



Os particulares poderão fazer tudo aquilo que a lei não proibir e deixar de fazer tudo aquilo que a Lei não obrigar

Por exemplo:

fazer tudo aquilo que a lei não proíbe – dirigir meu carro

deixar de fazer tudo aquilo que a Lei não obrigar – não usar óculos de sol enquanto dirijo (nenhuma Lei me obriga a isso)

(visto pelo lado inverso: se a lei obriga, eu tenho que fazer: usar cinto de segurança)



Isso se chama LIBERDADE NEGATIVA ...

Essa regra NÃO se aplica ao Direito Público, pelo contrário:

Em Direito Público somente é possível fazer o que a Lei Permite

Com isso, evitamos a tirania do Estado (detentor do monopólio do uso legítimo da força).



A LIBERDADE NEGATIVA delimita a esfera de liberdade dos indivíduos na sociedade civil, enquanto o DIREITO POSITIVO determina a esfera de poder do ESTADO SOBRE A SOCIEDADE



Não esqueça: a primazia do PÚBLICO sobre o PRIVADO está fundamentada na PRIMAZIA DO INTERESSE COLETIVO SOBRE O INDIVIDUAL



Nem sempre é fácil identificar quais atividades são consideradas públicas e quais privadas.

??? Por isso, há, também, jogo de interesses sobre as atividades que são exercidas pelo Poder Público ou Privado a ser disciplinado pela Legislação, mormente, a Constituição.

- No Brasil, tem-se o Estado Federal organizado em União, Estados, Municípios, Territórios e Distrito Federal
- Como Poderes, tem-se, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; ainda competindo ao Estado, por exemplo, a defesa nacional.

Há outras atividades consideradas de interesse público, mas que não são providas exclusivamente pelo Estado, como são exemplos, o ensino e a saúde, a coleta de lixo, etc.



Foi durante o Século XX (até 1970) que houve notável expansão da esfera pública sobre a privada: *Welfare State* ou Estado Intervencionista Keynesiano.

- Nas relações de trabalho
- Na prestação de serviços sociais (especialmente na área da saúde)
- Na produção de bens considerados essenciais ou de interesse coletivo (criação da CSN, Petrobras, Vale do Rio Doce)

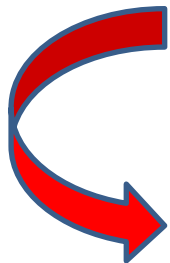
Nos anos 80 caminhou-se, globalmente, para modelo **neoliberal** (lembre-se da queda do Muro de Berlim, do fim da URSS e das administrações de Margaret Thatcher, Helmut Kohl) Ronald Reagan). Assistiu-se, no Brasil, movimento de PRIVATIZAÇÃO e flexibilização das relações de produção.



AS PRERROGATIVAS DO PODER PÚBLICO SOBRE OS AGENTES PRIVADOS

Existe, normativamente, toda uma estrutura que permite a PRIMAZIA DO PÚBLICO sobre o PRIVADO e que vai do

PODER SOBERANO até o PODER LIMITADO DAS LEIS



Ocorre em momentos específicos, como no Poder Constituinte



A regra de atuação é pautada pela obediência à Lei e sua hierarquia



No exercício do PODER SOBERANO houve a
previsão de alteração das relações entre
ESTADO e SOCIEDADE, no Ato das Disposições
Transitórias



Haveria/Houve um Plebiscito para escolher a
forma de Estado (Monarquia ou República) e
Sistema de Governo (Presidencialista ou
Parlamentarista)



Depois tivemos também o Plebiscito sobre Desarmamento. **Essas são formas direta de participação da sociedade para alterar as relações entre público e privado.**

Contudo, a forma mais usual é por meio das **EMENDAS CONSTITUCIONAIS** (que não podem alterar: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais – *clausulas pétreas*)



Nos regimes democráticos, é através da LEI que são alteradas as relações entre PÚBLICO e PRIVADO (de incumbência do **PODER LEGISLATIVO**)

Quanto mais importante for o assunto, mais complexa é a votação de alteração. Assim:

As Propostas de Emenda Constitucional (PECs) podem ser aprovadas por maioria qualificada, isto é, de 3/5 dos deputados federais e 3/5 dos senadores, em votações realizadas em dois turnos em cada uma das casas do Congresso Nacional.

(Ver arts. 59 a 75 CF/88)



Para a elaboração e alteração das **Leis Complementares**, é requerida a aprovação da maioria absoluta dos representantes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, ou seja, 50% mais um de todos os seus membros.

Já a aprovação de **Leis Ordinárias** requer apenas maioria simples, quer dizer, de 50% mais um dos presentes, em cada casa, nas sessões com quórum (50% mais um de todos os representantes).



Perceba-se a importância do PODER LEGISLATIVO, pois somente ele pode alterar a relação entre o PÚBLICO e o PRIVADO através da legislação.

Excepcionalmente, o PODER EXECUTIVO também legisla:

O presidente da República, os governadores de Estado e os prefeitos municipais têm o poder de emitir Decretos, regulamentando as disposições legais. Ao Presidente, ainda, são possíveis as Medidas Provisórias.



Os Conselhos, criados por Lei, podem normatizar por Resolução.

Os Ministros e secretários de Estado, exercem seu

poder normativo com efeitos externos, isto é, sobre a sociedade, por meio de Portarias.



Abaixo das Leis, o PÚBLICO e o PRIVADO se relacionam através **dos CONTRATOS** (que também têm regras próprias, quando uma das partes é o Estado que, de qualquer forma, deve zelar pelo equilíbrio financeiro do mesmo)

A matéria é tratada pelo Direito Administrativo.
(Ver Lei 8.666, de 21/06/1993 tratando das licitações e contratos da Administração Pública)

Contrato é manifestação de vontade livre entre as partes capazes, sobre objeto lícito e segundo forma prescrita ou não defesa em lei que cria, modifica ou extingue direitos.



As prerrogativas do Estado são muitas, mas todas exercidas dentro da **estrita legalidade** e sempre em **benefício público**. Em caso contrário, não caberia falar de prerrogativas, mas de arbítrio, que seria o abuso do poder público.



**Diferença:
Discricionariedade
Arbitrariedade**



Além do Direitos e das Prerrogativas do PÚBLICO sobre o PRIVADO, o ESTADO também possui DEVERES com os cidadãos. Dentro dessa perspectiva, temos os SERVIÇOS PÚBLICOS

CRITÉRIO	TIPO	DESCRIÇÃO	EXEMPLOS
Quanto ao prestador	Tipicamente público	Imprescindíveis à sociedade e que não são passíveis de delegação	Polícia e defesa nacional
	De interesse público	Essenciais, mas passíveis de delegação a terceiros	Transportes e comunicações
Quanto ao usuário	Geral ou universal	Não passíveis de apropriação individual	Iluminação e pavimentação públicas
	Particular ou individual	Passíveis de apropriação individual	Atenção à saúde e seguro-desemprego



Importante frisar que esses **serviços também decorrem da Lei**, não é um ato de vontade do Estado (se fosse, seria proibido)

Perceba-se, por outro lado, que não é a gratuidade que determina a natureza do serviço, pois:

- Tem serviço público pago: ex.: inspeções feitas por órgãos público
- Tem serviço privado gratuito: ex.: instituição de caridade particular que oferece assistência médica



O ESTADO E O SERVIDOR PÚBLICO

As relações existentes entre o Estado e seus servidores é bem diferente das existentes no setor privado.

No âmbito privado é possível abrir/fechar um empreendimento, comercializar até coisas absurdas, porém, não ilegais, contratar e demitir funcionários.

No âmbito público, temos o servidor como REPRESENTANTE DO ESTADO, trata-se de um AGENTE PÚBLICO

Ver CF/88, arts. 37 a 42 e, especialmente, a Lei 8.112, de 11/12/1990 – Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Federais Civis.



O que são CARGOS?

São os lugares criados por lei na estrutura da Administração Pública para serem providos por agentes, que exercerão suas funções na forma da lei. Os cargos ou funções pertencem ao Estado, que pode, discricionariamente, suprimi-los ou alterá-los.

Diz-se:

O CARGO é lotado no órgão

O AGENTE é uma pessoa física investida no CARGO

A FUNÇÃO é a atividade legalmente atribuída ao órgão/cargo/agente.



O acesso a esses cargos, ou seja, a INVESTIDURA ocorre:

- Por eleição – investidura política;
- Por concurso público – investidura originária
- Por comissão – investidura transitória

As diferenças que se estabelecem com a esfera privada são muitas e bem conhecidas, como a estabilidade (após o cumprimento do estágio probatório). A iniciativa privada, por sua vez, tem o FGTS. A esfera pública trouxe da esfera privada o 13º salário, chamada de Gratificação Natalina.



Sobre a adequação e justiça das diferenças entre o Regime Jurídico Único (RJU) e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), não existe qualquer consenso, sendo elas frequentemente questionadas pelos mais variados segmentos da sociedade.



Fim da Unidade 1