

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Thalles Gomes Camêllo da Costa

Contratações públicas populares

Mestrado em Direito

São Paulo
2021

Thalles Gomes Camêllo da Costa

Contratações públicas populares

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Efetividade do Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Silvio Luís Ferreira da Rocha

**São Paulo
2021**

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta Dissertação de Mestrado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura

Data

E-mail

Gomes Camêllo da Costa, Thalles

Contratações públicas populares / Thalles Gomes Camêllo da Costa. -- São Paulo: [s.n.], 2021.

Paginação 144.

Orientador: Prof. Dr. Silvio Luís Ferreira da Rocha

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, 2021

Área de concentração: Efetividade do Direito

1. Soberania. 2. Participação Popular 3. Contratações públicas populares
I. Ferreira da Rocha, Silvio Luis. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. III. Participação popular nas contratações públicas educacionais

CDD

Thalles Gomes Camêllo da Costa

Contratações públicas populares

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Efetividade do Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Silvio Luís Ferreira da Rocha

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Dr. Nome Completo – Sigla da Instituição

Dr. Nome Completo – Sigla da Instituição

Dr. Nome Completo – Sigla da Instituição

O presente trabalho foi realizado com apoio da *Bolsa Acordo Interno de Trabalho APROPUC* da Fundação São Paulo – FUNDASP.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos professores, funcionários, pesquisadores e colegas do Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pelos debates e reflexões; em especial ao meu orientador, Silvio Luís Ferreira da Rocha.

A meus pais, irmãos, sobrinhos e familiares. O apoio, a saudade e o carinho do reencontro foram motores essenciais desta empreitada.

Essa dissertação não existiria sem a Anna e o Gabriel. São eles a inspiração maior, não só desta pesquisa, mas de tudo mais que faço na vida. As linhas que seguem e todas as demais que virão são a eles dedicadas.

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo construir um panorama sobre a participação popular nas contratações públicas, tendo como escopo aquelas realizadas no âmbito da educação pública, a partir de uma análise que alia aspectos sociológicos e dogmáticos jurídicos. Para tanto, busca produzir, num primeiro momento, uma reflexão sobre a dialética da soberania e a efetivação dos instrumentos de participação popular na região canavieira de Alagoas, a partir de um diálogo entre a doutrina jurídico-administrativa com as perspectivas das teorias críticas do direito e da jurisprudência insurgente. Em seguida, promove uma análise sobre as tensões entre a educação pública popular e o sequestro dos mecanismos de participação evidenciado pelo desvirtuamento do regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil promovidos pela aposta do terceiro setor endinheirado e de grandes empresas ligadas, principalmente, à área da tecnologia na paulatina derrocada dos limites entre Estado e mercado. Por fim, delinea conceitos e possibilidades jurídicas de consolidação e fortalecimento das contratações públicas populares, a partir de uma pactuação teórica sobre o que se entende por contratação pública popular matizada pela análise crítica de casos concretos relacionados à realidade educacional.

Palavras-chave: Contratações públicas populares. Participação popular. Dialética da soberania. Terceiro setor endinheirado. Educação pública popular.

ABSTRACT

This work aims to build an overview of popular participation in public contracts, having as its scope those carried out in the context of public education, from an analysis that combines sociological and legal dogmatic aspects. Therefore, it seeks to produce, at first, a reflection on the dialectics of sovereignty and the effectiveness of popular participation instruments in the sugarcane region of Alagoas, Brazil, from a dialogue between the legal-administrative doctrine with the perspectives of critical legal studies and insurgent jurisprudence. Then, it promotes an analysis of the tensions between popular public education and the kidnapping of participation mechanisms evidenced by the distortion of the legal regime of partnerships between the public administration and civil society organizations promoted by the bet of the moneyed third moneyed sector and large companies mainly linked to the area of technology in the gradual collapse of the boundaries between State and market. Finally, it outlines legal concepts and possibilities for the consolidation and strengthening of popular public contracts, based on a theoretical pact on what is understood by popular public contracts, nuanced by the critical analysis of concrete cases related to the educational reality.

Keywords: Popular public procurement. Popular participation. Dialectics of sovereignty. Moneyed third sector. Popular public education.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. DIALÉTICA DA SOBERANIA.....	18
3. DIREITO NO MUNDO DA CANA.....	48
4. EDUCAÇÃO PÚBLICA POPULAR.....	67
5. TERCEIRO SETOR ENDINHEIRADO.....	87
6. CONTRATAÇÕES PÚBLICAS POPULARES.....	116
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	134
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	137

1. INTRODUÇÃO

Pedro Henrique de Araújo Silva, 19 anos, mora em Capela, cidade incrustada entre os canaviais que monopolizam grande parte da paisagem alagoana. A região canavieira de Alagoas abarca 53 dos 102 municípios do estado, incluindo sua capital, compreendendo uma população de cerca de dois milhões de habitantes e uma área equivalente a pouco mais de treze mil quilômetros quadrados. Excluindo os municípios que integram a Grande Maceió, a região canavieira é composta em sua maioria por cidades com população não superior a 20 mil habitantes, Índice de Desenvolvimento Humano abaixo da média estadual, que já é a pior do Brasil, renda per capita não superior a R\$ 300,00 e cujas receitas públicas dependem quase que exclusivamente das transferências de recursos da União e do Estado. Em muitos deles, as plantações de cana ocupam mais de 40% de seu território, podendo chegar a 80%¹.

Pedro Henrique, cursando o terceiro ano do ensino médio na escola pública estadual Professora Edite Macedo, venceu, em 2019, o concurso nacional de redação Jovem Senador, promovido pelo Senado Federal. Junto com estudantes de cada um dos estados brasileiros, passou uma semana em Brasília para vivenciar o trabalho dos senadores².

“Interpreta-me ou te devoro”. Assim chamou sua redação. Numa analogia ao enigma da esfinge de Tebas, Pedro escreveu que o “orçamento público no Brasil, por ser complexo e desconhecido por grande parte da população, constitui um verdadeiro desafio para muitos cidadãos que se encontram excluídos de um processo democrático, porque não conseguem acompanhar o que desconhecem em virtude da pouca escolaridade ou da falta de conhecimento político”.

A linguagem técnica de tais documentos, num país com cerca de 40 milhões de analfabetos funcionais, “dificulta ainda mais sua interpretação”, destaca Pedro, para em seguida sentenciar ser “inadmissível para um Estado democrático de direito privar parte de seus cidadãos de decisões políticas tão importantes”.

Ao lado dos funcionais, Pedro também identifica os “analfabetos políticos”, que “preferem ignorar o quanto sua participação é importante para a melhoria da nação”,

¹ ALAGOAS, *Diversificação Produtiva como Alternativa para a área Canavieira de Alagoas*. Maceió: SEPLAG, 2017; e *Anuário Estatístico do Estado de Alagoas*. Ano 24. v. 24. Maceió: SEPLAG, 2018.

² *Estudante de Alagoas é o primeiro colocado em concurso do Jovem Senador*. Agência Senado. 7 de out. 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/10/07/estudante-de-alagoas-e-o-primeiro-colocado-em-concurso-do-jovem-senador>>. A íntegra da redação está disponível em: <<https://www.tnh1.com.br/noticia/nid/leia-a-redacao-do-alagoano-que-ficou-em-1o-lugar-no-projeto-jovem-senador/>>. Acesso em 10 out 2021.

proporcionando aos governantes “total liberdade de gerir recursos públicos, o que facilita, muitas vezes, o desvio de verbas ou o mau gerenciamento do dinheiro público”.

“Nesse contexto, é necessário que se criem condições de o povo compreender, participar e fiscalizar”, conclui. “Portanto, urge que medidas sejam tomadas para diminuir esse déficit de conhecimento. Para isso, é dever do Estado expressar de forma mais simples e direta como funciona a lei orçamentária”.

A redação de Pedro põe o dedo em tantas feridas da relação do cidadão com o Estado que vale perguntar se é só para o orçamento e se é só em Capela que ela se aplica.

Um exemplo talvez ajude a dar mais amplitude à discussão. Sobre a própria execução orçamentária. A Constituição Federal de 1988 determina, em seu artigo 212, que, a cada ano, os municípios devem destinar para a manutenção e desenvolvimento do ensino, no mínimo, vinte e cinco por cento de tudo que arrecadam com impostos. A isso se convencionou chamar percentual mínimo ou limite constitucional da educação.

Não raro, chegados os últimos meses do ano, os municípios iniciam uma corrida contra o tempo para gastar o que for necessário ao cumprimento desse percentual. Muita dessa afobação se deve ao fato que, pelo artigo 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal, o não cumprimento do limite constitucional pode acarretar a interrupção das transferências de recursos federais e estaduais, principal fonte de receita dos municípios brasileiros. Além disso, a prefeitura pode ter suas contas rejeitadas pelo Tribunal de Contas do Estado e o prefeito se tornar inelegível por improbidade administrativa, como previsto na Lei Complementar nº 64/90.

Imagine-se, agora, o seguinte cenário. Chegado novembro, um prefeito decide aplicar os recursos que faltam para atingir o limite constitucional da educação na pintura da já desgastada fachada de uma das escolas municipais. Por si só, seria difícil questionar a opção por esse gasto. Acontece que o fogão industrial desta mesma escola está quebrado, prejudicando o cozimento da merenda escolar. Diante dessa nova informação, passa a ser questionável defender a priorização pela pintura em detrimento do conserto do fogão.

Mas é possível imaginar uma situação mais nebulosa. Com o mesmo objetivo de cumprir o percentual mínimo, o prefeito decide comprar notebooks de última geração para serem distribuídos a todos os professores e alunos da rede municipal. Uma decisão que busca melhorar a qualidade de ensino e aprendizagem. Contudo, os professores desta mesma cidade estão com seus salários defasados há anos, bem abaixo inclusive do patamar de remuneração de localidades vizinhas, e decidem entregar, por meio de sua associação, um pedido de reajuste

salarial ao prefeito. Diante desse cenário, a decisão entre a aquisição dos notebooks e o reajuste salarial ganha um grau de complexidade maior.

O governo municipal poderia, obviamente, optar por realizar todas elas simultaneamente - pintura, fogão, notebook, salário - e a discussão estaria encerrada. Mas, mesmo se esse prefeito, recluso em seu gabinete, optasse por priorizar somente uma das quatro opções, atingiria o limite constitucional e afastaria o risco de rejeição das contas.

A provocação de Pedro parece pertinente: pode um Estado democrático de direito privar parte de seus cidadãos de decisões políticas tão importantes?

Em sua redação, Pedro recorreu à mitologia grega, mas não precisaria ir tão longe. Seu conterrâneo Djavan parece ter sintetizado, em uma estrofe, a perplexa situação do povo diante das (in)decisões do Estado brasileiro:

*Você disse que não sabe se não
Mas também não tem certeza que sim
Quer saber? Quando é assim,
deixa vir do coração³*

Que fazer quando não se compreende o porquê do Estado dizer sim ou não? Que fazer quando o próprio Estado não sabe explicar por que diz sim ou não?

Onde não há lógica racional, tudo se resolve na emoção. No amor ou no ódio. *Soltar essa louca, arder de paixão*. Pode até funcionar nas relações privadas, mas não no universo público. Se tudo é decidido no calor do momento, não é possível prever de antemão as ações e reações do Estado e dos governantes. Como se programar quando as decisões tomadas não seguem um padrão? *Mais fácil aprender japonês em braille, do que você decidir se dá ou não*. Impossibilitado de prever os resultados, não há como o cidadão calcular as consequências de seus atos. Sem conseguir entender, sem poder calcular, como confiar? Nas relações entre o povo e o Estado, a falta de razão é sinônimo de insegurança⁴.

Não à toa, essa percepção de falta de ordem e segurança no espaço público e na política é apontada como uma das causas do maior alinhamento a propostas de cunho conservador nas últimas eleições. Como resume um dos entrevistados em recente pesquisa sobre o

³ Trata-se da primeira estrofe da música *Se...*, do álbum *Coisa de acender*, lançado em 1992.

⁴ Para uma análise mais aprofundada sobre insegurança jurídica, recomenda-se a obra de ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

conservadorismo e as questões sociais⁵, “política é aquela coisa: você acredita, mas não confia.”

Para superar esse suposto impasse, é preciso refletir sobre o que se entende e o que se espera das relações jurídicas estabelecidas entre o Estado e o povo. Essa reflexão exige não só uma análise complementar entre a perspectiva do direito constitucional e do direito administrativo, mas um mergulho mais profundo sobre o que se entende por soberania e participação populares. Esse é um dos objetivos das linhas que seguem.

Contudo, nunca é demais lembrar, que o diabo, aqui e como sempre, está nos detalhes. Isso porque “o mundo do direito não vive em suspensão, alheio ao contexto socioeconômico que lhe serve de engate”, como bem alerta Celso Antônio Bandeira de Mello. “Pelo contrário, as concepções dominantes de uma sociedade são as que ofertam a matéria-prima trabalhada pelos legisladores e depois pelos intérpretes das regras por ele produzidas”⁶.

É por isso que estas linhas tortas são adeptas do bom e velho “caráter terreno do pensamento”⁷. Com isso, quer-se dizer que de nada adiantaria um mergulho teórico sobre a soberania e participação populares se ele não repousar e retornar, ao fim e ao cabo, ao chão frio das questões práticas e situações concretas do cotidiano social, político e econômico. Dizendo de outro modo, por mais que sejam tortas, estas linhas não se embrenham pela vereda dos que põem o direito num pedestal neutro, a-histórico, puro, afastado de toda e qualquer política ou ideologia. Para ficar ainda mais claro: não se defende aqui uma suposta divisão entre direito e política por acreditar que tal separação ou é fruto da ingenuidade ou de má-intenção.

Ingenuidade por tentar tapar com peneira o fato de que o embate político entre classes sociais antagônicas permeia a sociedade capitalista desde sua fundação, sendo o direito um instrumento dessa luta, não árbitro externo. Má-intencionalidade quando vende gato por lebre ao arrotar um direito atemporal e sem passado muito útil aos que hoje detém o poder político, econômico e jurídico, mas esquecendo o histórico revolucionário da mesma classe social hoje hegemônica e as estratégias e preferências extrajurídicas dos aplicadores e tomadores de

⁵ FUNDAÇÃO TIDE SETUBAL. *O conservadorismo e as questões sociais* [recurso eletrônico]. São Paulo. 2019. Disponível em: <https://conteudo.fundacaotidesetubal.org.br/downloadconservadorismo> Acesso em: 2 out 2019.

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 34. Ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 1.126.

⁷ “A questão de saber se ao pensamento humano pertence uma verdade objetiva não é uma questão da teoria, mas uma questão prática. É na práxis que o ser humano tem de comprovar a verdade, isto é, a realidade e o poder, o caráter terreno do seu pensamento. A disputa sobre a realidade ou não-realidade de um pensamento que se isola da práxis é uma questão puramente escolástica (MARX, Karl. *Teses sobre Feuerbach*, 1982, p. 1-3).

decisão jurídica que compõem ou defendem esta classe. Certa vez houve história, hoje não há mais, sorriem os cínicos⁸.

Longe disso. O direito, na parte que nos cabe deste latifúndio, é entendido como fruto de um trabalho realizado por sujeitos que se valem dos materiais jurídicos que lhe estão à mão em um determinado tempo e espaço, com o objetivo de fazer valer a ideologia e vontade política do grupo social a que pertencem ou defendem⁹. Sendo um acontecimento surgido de uma interação e performance coletiva, não cabe falar em um direito nato, mas apenas naquele construído por atores e atrizes históricos diante de um contexto específico, que “se cria, inclusive, na mais rotineira aplicação de uma norma aos fatos”¹⁰.

Essa construção rotineira não é outra coisa senão o resultado da cotidiana disputa entre as vontades políticas da ideologia jurídica dominante e daquelas ditas insurgentes ou, trocando seis por meia dúzia, produto “do conflito entre classes sociais que procuram adequar as instituições de controle social aos seus fins e impor e manter um sistema específico de relações sociais”¹¹.

É neste terreiro de luta prenhe de brechas e contradições que a soberania e participação populares podem encontrar solo fértil. Mas atenção aos desavisados, todo o cuidado é pouco para não cair na armadilha do idealismo e colocar a participação popular e o povo no mesmo pedestal puritano da neutralidade. Como tudo em nossa sociedade, também estão em construção e disputa.

Além do risco de esvaziar em palavras floreadas, práticas formalistas e consultas públicas “para inglês ver” o potencial de pressão e mudança que a participação popular pode proporcionar ao fazer jurídico dos intérpretes “oficiais” nos tribunais e gabinetes, olvidar o caráter histórico e volátil destes conceitos é escancarar a zaga para visões políticas autoritárias

⁸ “Uma classe social tão firmemente enraizada, mas ainda assim tão temerosa de seus contestadores, julgará especialmente útil um sistema de pensamento que nega seu próprio passado revolucionário e focaliza o caráter concreto, no tempo presente, de seu poder. Certa vez houve história, dizem os positivistas, mas agora não há mais”. TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine R. *O direito e a ascensão do capitalismo*. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1978, p. 282.

⁹ Essa perspectiva de direito como “acontecimento” que “habita a interação entre um intérprete situado e um conjunto variável de materiais jurídicos potencialmente aplicáveis aos fatos de um caso”, ou seja, “produto histórico do trabalho de advogados, juristas e juízes que levam adiante (alguma parte do tempo, consciente ou inconscientemente) projetos ideológicos contrapostos” tem como referência o ponto de vista das chamadas teorias críticas do direito (*Critical Legal Studies*, no original em inglês), aqui sistematizadas pela obra de Duncan Kennedy, *Izquierda y derecho: ensayos de teoría jurídica crítica*. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010, p. 17, 98-99 (tradução nossa).

¹⁰ KENNEDY, 2010, p. 119.

¹¹ TIGAR, 1978, p. 13.

que adoram arvorar-se como legítimas intérpretes da voz e vontade do povo, personalizando, muitas vezes, na figura de líderes populistas o que se deve entender por soberania e interesse público. “Eu sou a Constituição”¹², proclamam os desse naipe antes de afrontarem os direitos consolidados na própria ordem constitucional.

Contra isso, o que se propõe aqui parte de uma constatação simples: num Estado de Direito Democrático, o escrutínio do público sobre as decisões e atos da administração pública deve ser o mais amplo e constante possível. O agente público que promove um ato ou decisão administrativa está em posição limitada, porque incapaz de abarcar todas as nuances fáticas e jurídicas que envolvem a individualização do direito aos casos concretos.

Ou seja, propugnar por uma participação popular como requisito procedimental das decisões e atos administrativos não se justifica apenas pelo pressuposto de que, num Estado de Direito Democrático, a administração pública pode e deve ser exercida por todos e por qualquer um, mas também pela constatação de que não existe um administrador iluminado, capaz de tudo prever e abarcar, protegendo e promovendo, por conta própria, a exaustiva gama de interesses públicos consolidados num ordenamento jurídico constitucional.

Ensimesmada, diante de um contexto social complexo e conflitivo, a administração pública se torna cada vez menos capaz de decidir por conta própria qual a melhor forma de concretizar os valores constitucionais. É preciso se abrir ao outro, ao povo, à participação popular, para melhor promover o interesse público fruto do consenso provisório e em constante construção das vontades políticas e interesses particulares das classes sociais antagônicas.

Entretanto, sejamos, desde logo, francos: participação popular não é garantia de nada. Não torna, por si só, a decisão judicial ou administrativa mais justa ou eficaz. Não melhora, automaticamente, a qualidade dos serviços públicos, nem, ao menos, é fiadora da influência e incidência de grupos mais desfavorecidos, haja vista o papel crescente de fundações e institutos familiares e empresariais de viés abertamente neoliberal - aqui chamados de terceiro setor endinheirado - sobre o fazer da administração pública brasileira, em especial no campo da educação.

¹² *Eu sou a Constituição, diz Bolsonaro ao defender democracia e liberdade um dia após ato pró-golpe militar.* Folha de São Paulo, São Paulo, 20 abr 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/04/democracia-e-liberdade-acima-de-tudo-diz-bolsonaro-apos-participar-de-ato-pro-golpe.shtml>>. Acesso em 10 out 2021.

Tampouco se trata de justificar essa prática por conta de um suposto direito natural à participação ou mesmo por uma superioridade moral e ética deste agir.

O caminho aqui é outro. Defende-se uma maior e mais qualificada participação popular para, tão só, engrossar o caldo e aumentar os ruídos e atritos característicos de qualquer construção minimamente plural e democrática, tirando da zona de conforto os juristas e intérpretes dito oficiais ao trazer para a disputa uma gama maior de jogadores, muitos deles sistemática e intencionalmente excluídos ao longo do tempo de quaisquer espaços e instâncias de decisão pública. Afinal, não custa perguntar se é possível à administração pública individualizar devidamente as normas legais, criando as situações jurídicas individuais, sem a participação desses próprios indivíduos nos atos de concretização de seus direitos. Ou mesmo questionar como se poderia exercer a função administrativa, entendida como dever-poder de satisfação dos interesses coletivos¹³, sem se garantir que os cidadãos que compõem essa mesma coletividade possam interferir de modo eficaz na tomada de decisão administrativa.

Ou seja, essa abertura do procedimento de decisão à realidade social e à participação popular, se não é garantia determinante de uma decisão administrativa justa e eficaz, tem o potencial de, ao menos, ampliar o espaço de disputa e escancarar as incertezas e dúvidas relacionadas à própria incompletude do ordenamento jurídico, incapaz de tudo prever e abarcar.

Mas parar por aí, apesar de franco, seria manco. Sendo pesquisa e investigação, estas linhas tentar ir mais além da constatação e escaramuçam alternativas para um critério possível de verificação do quanto a participação popular poderia, de fato, ser instrumento do fazer jurídico de um campo popular contra-hegemônico e insurgente, ampliando o impacto da “contestação de grupos que querem que a ideologia jurídica dominante seja interpretada de outras maneiras, ou mesmo derrubá-la e substituí-la por outra”¹⁴.

Contra os deslizamentos semânticos e a “máquina de produzir insignificância”¹⁵ que norteia a lógica de mercantilização da vida a esvaziar significados e tornar conceitos em clichês ociosos, uma participação popular que se queira, de fato, relevante deve fazer o que mais se preza numa sociedade capitalista: seguir o rastro do dinheiro. O que, no direito administrativo, significa focar nas contratações públicas.

¹³ BANDEIRA DE MELLO, 2019, p. 72

¹⁴ TIGAR, 1978, p. 281.

¹⁵ ARANTES, Paulo Eduardo. *Esquerda e direita no espelho das ONGs* [recurso eletrônico]. São Paulo, [s.n], 2021, p. 33

Num país cujas contratações públicas anuais de bens e serviços dos governo federal, estaduais e municipais correspondem, em média, a 12% do Produto Interno Bruto (PIB), e, somente no ano de 2019, movimentaram mais de 681 bilhões de reais¹⁶, uma participação popular que se resume a um papel de controle social consultivo, reivindicatório e fiscalizatório, será, apenas, fogo de palha a perder-se na cortina de fumaça da cidadania domesticada intencionalmente difundida pela ideologia jurídica dos grupos economicamente dominantes.

Trocando em miúdos, num Estado de matiz capitalista, espera-se que as contratações públicas mantenham e fortaleçam a concentração da propriedade e renda. Pensar tais contratações pelo prisma da participação popular exigiria, portanto, explorar as brechas surgidas pelo deslocamento entre a ideologia jurídica e os interesses econômicos das classes dominantes, criando novas interpretações e mecanismos que questionem e, sempre que possível, repartam essa concentração de renda, propriedade e poder econômico.

É por isso que estas linhas vão defender que a participação em procedimentos de licitação e posterior contratação pública de pequenas empresas e microempreendedores individuais, isolados ou associados, sediados em territórios vulneráveis com grande concentração populacional e baixa oferta de emprego, de cooperativas de trabalhadores urbanos e rurais, de agricultores familiares, de assentados da reforma agrária, de quilombolas, de indígenas, de mulheres negras, de imigrantes e demais grupos histórica e socialmente marginalizados da galinha dos ovos de ouro das compras governamentais é critério crucial para medir a eficácia social da participação popular no atos e decisões administrativas. Não é por outro motivo que a presença destes grupos sociais nas contratações públicas é implicitamente dificultada, quando não explicitamente inviabilizada.

Mais que participação popular, contratação pública popular.

E é pelo exposto que, buscando melhor responder às provocações de Pedro Henrique paridas no meio dos canaviais alagoanos, a presente investigação buscará construir um panorama sobre a participação popular nas contratações públicas, tendo como escopo aquelas realizadas no âmbito da educação pública, a partir de uma análise que alia aspectos sociológicos e dogmáticos jurídicos.

Para tanto, tentará produzir, num primeiro momento, uma reflexão sobre a dialética da soberania e a efetivação dos instrumentos de participação popular na região canavieira de

¹⁶ THORSTENSEN, Vera; GIESTEIRA, Luís Felipe, *Cadernos Brasil na OCDE: Compras Públicas*. CEPAL-IPEA, 2021.

Alagoas, a partir de um diálogo entre a doutrina jurídico-administrativa com as perspectivas das teorias críticas do direito e da jurisprudência insurgente.

Em seguida, promoverá uma análise sobre as tensões entre a educação pública popular propugnada por Paulo Freire e o sequestro dos mecanismos de participação evidenciado pelo desvirtuamento do regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil promovidos pelo apelo do terceiro setor endinheirado e de grandes empresas ligadas, principalmente, à área da tecnologia na paulatina derrocada dos limites entre Estado e mercado.

Por fim, a pesquisa buscará traçar os conceitos e possibilidades jurídicas de consolidação e fortalecimento das contratações públicas populares, a partir de uma pactuação teórica sobre o que se entende por contratação pública popular matizada pela análise crítica de casos concretos relacionados à realidade educacional.

Tudo, contudo, sem fugir da trilha aberta pelo próprio Pedro Henrique, quando, diante do enigma da esfinge das decisões administrativas, apontou o caminho a seguir na frase que encerra sua redação: “o povo, tal como Édipo, também solucionará esse grande desafio e terá condições de participar ativamente de tais deliberações”.

2. DIALÉTICA DA SOBERANIA

Parece consenso na análise política contemporânea ter como ponto de partida o deslocamento entre os anseios do povo governado e a prática dos que estão à frente das instituições estatais.

No Brasil, essa tensão entre representantes e representados ganhou maior evidência após o ciclo de manifestações que se iniciou em junho de 2013. Diante de seguidas denúncias de corrupção, lidando com uma aguda crise econômica e sem identificação com ocupantes ou pleiteantes a cargos executivos e legislativos, as manifestações desde então tomaram um viés fundamentalmente negativista, cujo ápice foi alcançado em 2018 com o discurso vitorioso de candidatos que se apresentaram como *outsiders* contra a “velha política”. Esse vazio de representatividade é agravado pelo fato do sistema político partidário brasileiro ser um dos mais fragmentado dentre as democracias atuais¹⁷.

A consequência mais grave desta crise repousa, contudo, sobre um alicerce fundamental do sistema democrático. Desde os embates medievais contra o direito divino dos reis¹⁸, a legitimidade última de qualquer exercício de poder estatal na modernidade reside no consentimento e prevalência da vontade popular. E um descolamento tão agudo entre governados e governantes coloca em xeque o elemento primordial mesmo da democracia moderna: a soberania popular.

Se não há anuência na representatividade institucional, a prevalência da vontade popular não se faz eficaz e a prerrogativa de que todo poder emana do povo - consolidada no art. 14 da Constituição Brasileira - só pode manter-se de pé se o povo for encarado como ícone¹⁹, imagem abstrata que não diz respeito a nenhum indivíduo ou grupo de pessoas em específico, a ser invocada apenas como figura de linguagem legitimadora do discurso de poder.

Nesse cenário, bloqueia-se a cidadania positiva e ativa do povo, rebaixando-o à condição de população, mero conjunto de pessoas que vive em determinado território sem participação efetiva na formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano²⁰. Uma cidadania, enfim, fora do lugar²¹.

¹⁷ NICOLAU, Jairo. *Representantes de quem?* Os (des)caminhos do seu voto da urna à Câmara dos Deputados. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

¹⁸ BOEIRA, Marcus. *Suárez e os problemas políticos da modernidade* in Francisco Suárez, Defesa da Fé Católica (edição compilada) / tradução de Luiz Astorga, edição de Renan Santos. - Porto Alegre, RS: Concreta, 2015.

¹⁹ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998.

²⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32ª. ed. São Paulo, Saraiva: 2013.

²¹ SCHWARZ, Roberto. *As ideias fora do lugar: ensaios selecionados*. São Paulo: Companhia das Letras, Penguin Books, 2014.

Essa explicação, todavia, dá conta apenas da identificação do problema, mas não de sua superação. A resolução desse impasse exige, portanto, que a pergunta seja colocada em outros termos: quando, de fato, se origina o deslocamento entre soberania popular e Estado?

Tida como responsável por universalizar a afirmação dos valores fundamentais da pessoa humana e dos princípios do Estado Democrático - dentre eles o de que todos os homens nascem iguais e livres e de que a soberania reside na nação, tendo a sociedade o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração -, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão se viu, ainda no calor de sua promulgação, em 26 de agosto de 1789, diante de uma encruzilhada histórica sintomática. É que no dia 22 de outubro daquele mesmo ano, desembarcou em Paris e bateu à porta da Assembleia Nacional uma comitiva de homens livres do Haiti - a mais próspera colônia francesa nas Américas - reivindicando para os habitantes e escravos da ilha os Direitos do Homem²².

O impasse estava posto. Como poderia uma Assembleia que mal havia aprovado os Direitos do Homem recusar-se a tratar da questão colonial e da escravidão? Houve acalorado embate sobre o tema. Apesar dos protestos da ala mais radical da Assembleia, encabeçada por Robespierre - “vós defendeis sem cessar os Direitos do Homem, mas acreditais neles tão pouco que santificastes a escravidão constitucionalmente” -, acabou prevalecendo a vontade da ala mais conservadora, defensora dos interesses econômicos da burguesia marítima, tendo nas palavras de Antoine Banarve sua mais perfeita síntese: “Esse regime é absurdo, mas está estabelecido e uma pessoa não pode manipulá-la grosseiramente sem desatar a maior das desordens. Esse regime é opressivo, mas dá sustento a vários milhões de franceses. Esse regime é bárbaro, mas um barbarismo ainda maior resultará se interferirmos nele sem o necessário conhecimento”²³.

Negligenciados pelos próceres da Revolução Francesa, os negros escravos do Haiti eclodiram sua própria revolução em 1791 e, após 13 anos de luta contra os exércitos da França, Espanha e Inglaterra, deram origem à primeira revolução de escravos vitoriosa da história, abolindo a escravidão e declarando a independência do país.

Mais do que um dado histórico, este fato pode ser lido como a demonstração prática e basilar da tensão latente entre a vontade política de um povo - o poder popular constituinte - e a aspiração de estabilidade que todo poder constituído busca. O paradoxo democrático é que, embora titular da soberania e sujeito criador da constituição, o povo é sempre temido. Isso

²² JAMES, C.L.R. *Os Jacobinos negros: Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos*. São Paulo, Boitempo: 2000.

²³ Apud JAMES, 2000, p. 75-90.

porque, numa democracia, o poder constituinte nada mais é do que o povo concreto atuando de forma permanente, existindo ao lado e acima da constituição, com autoridade e força para estabelecê-la, preservá-la e revogá-la²⁴.

Esse conflito medular entre povo e poder constituído já havia sido identificado por Maquiavel como o pressuposto essencial para se entender a liberdade num regime democrático - não como uma forma política estável, mas como produto de forças em disputa, resultado possível de uma luta permanente. Não há de se falar em busca por segurança, mas em uma ação de criação social que se renova constantemente ao longo da história. É da confrontação perene do poder constituído com a possibilidade real de sua deposição pelo poder popular que se institui a unidade do corpo social. Em Maquiavel, a fundação contínua da liberdade passa a ser um fator de sobrevivência de qualquer sociedade que se pleiteia democrática²⁵. Como ele mesmo afirma na conclusão de seus *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*: “Para manter sua liberdade, uma república necessita, todo dia, de novas providências”²⁶.

Ora, se o conflito entre governantes e governados existe desde os primórdios do Estado Democrático, sendo contínuo o processo de fundação e refundação das leis de uma República, não se trata mais de identificar quando a soberania popular foi supostamente traída pelos governantes, mas sim de compreender a soberania como fruto mesmo do conflito entre poder constituinte e poder constituído, entre representantes e representados, entre povo e Estado.

Sob esse ponto de vista, o poder popular constituinte nunca se transforma em poder constituído e, tampouco, deixa que este se consolide. E é justamente nessa ameaça constante que reside sua força transformadora. Um processo de transformação que não é linear, ascendente, mas engloba períodos lentos - nos quais se sucedem alterações setoriais ou quantitativas - e períodos de aceleração em que se precipitam modificações radicais, saltos qualitativos.

Desta forma, seria mais correto falar em uma dialética da soberania, entendendo-a como a síntese dos elementos colidentes (povo e Estado) que está em constante transformação por carregar em si, ao mesmo tempo, a negação de uma determinada realidade, a conservação de algo essencial que existe nessa realidade negada e a elevação dela a um nível superior²⁷.

²⁴ BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. 1a. Ed. São Paulo, Quartier Latin: 2008.

²⁵ BIGNOTTO, Newton. *Maquiavel republicano*. São Paulo, Loyola: 1991.

²⁶ MACHIAVELLI, Nicollò (1469-1527). *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*. Trad. de Sérgio Bath. 3ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

²⁷ KONDER, Leandro. *O que é dialética?* São Paulo: Brasiliense, 2008.

Ao fim e ao cabo, a síntese dialética da soberania superaria também o falso impasse criado pela ideia de crise de representatividade. O conflito entre governantes e governados, a tensão entre povo e poder constituído não é o colapso da democracia, mas seu *mise-en-scène*, seu espaço próprio de atuação e gestação. A crise de representatividade deixa de ser encarada como uma anomalia do sistema e passa a ser vista como característica intrínseca ao exercício da soberania popular.

É por esse motivo, aliás, que, apesar de compartilhar da mesma visão de soberania popular como instrumento de defesa contra autoritarismos jurídicos, políticos e sociais, não se concorda, aqui, com o pressuposto defendido por Luís Manuel Fonseca Pires de que “política e direito, mediados pela Constituição, devem conter-se em seus espaços”, cabendo a esta última o “papel de elemento moderador” da tensão entre aquelas, de modo que, sempre que houver “a sobreposição de vontades políticas ao direito, além dos limites da Constituição”, a soberania popular estaria “usurpada” em meio a “confrontos autoritários e sistemáticos contra a ideologia constitucional”, os chamados “estados de exceção”²⁸.

Ora, como vimos, os conflitos entre política e direito, poder constituinte e poder constituído são a base da soberania popular e estão na origem do que chamamos Estado Democrático de Direito. Esperar que o direito modere esses confrontos como árbitro externo e neutro é uma visão que flerta perigosamente com um estreiteza positivista ao não levar em consideração que todo fazer jurídico é permeado pela ideologia e vontades políticas de seus atores, atrizes e intérpretes e que o trabalho jurídico é fruto da interação desses sujeitos históricos com os materiais jurídicos disponíveis em determinado tempo e lugar, não mera subsunção automática cega ao seu entorno. Nunca é demais repetir o velho e bom alerta de Bandeira de Mello de que “o mundo do direito não vive em suspensão, alheio ao contexto socioeconômico que lhe serve de engate”²⁹.

O equilíbrio entre política e direito não é garantido pela letra das Constituições, mas pela tensão, nunca resolvida, entre poder popular constituinte e poder constituído. As disputas políticas permeiam e condicionam o direito. Identificar todo confronto a estados de exceção é colocar no mesmo balaio investidas de autoritários contra a ideologia constitucional com ações de resistência e insurgência de grupos e classes sociais marginalizadas pelo poder jurídico e econômico hegemônico.

²⁸ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Estados de exceção: a usurpação da soberania popular*. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 21, 22, 26, 139, 173.

²⁹ BANDEIRA DE MELLO, 2019, p. 1.126

Como bem lembram Michael Tigar e Madeleine Levy, as leis - nela incluída as Constituições - são cristalizações momentâneas de relações de poder integradas a um sistema de regras fruto de uma ideologia jurídica que busca sedimentar as aspirações, objetivos e valores do grupo social economicamente dominante em determinado tempo e lugar. Por essa razão, “a ideologia e o poder estão sempre no processo de vir a ser, de mudar, de serem mudados e varridos para longe, desaparecendo”. A indagação mais importante deixa de ser sobre a estrutura em si das relações sociais, mas seu movimento³⁰.

É por esse caráter provisório e de constante mutação que a soberania popular nunca alcança a estabilidade necessária para ser capturada em sua integralidade dentro do texto constitucional. A soberania popular não se resume nem se confunde com a superfície das técnicas de sufrágio ou manifestação de vontade popular solidificadas nas constituições³¹. Para além dessa aparência positivada, a soberania popular se manifesta na recriação contínua do social exercida pelo povo concreto, seja por meio do direito de resistência, seja através de manifestações políticas menos formais, externas aos mecanismos legais de representação³².

Partindo desta visão dialética, seria possível defender que o exercício da soberania popular não se dá apenas através das formas positivadas em lei, mas se constrói, sobretudo, na prática social contínua de fundação da liberdade por meio do povo enquanto detentor real e ativo do poder constituinte.

E o povo aqui não mais entendido como ícone abstrato invocado apenas na lógica da retórica legitimadora do exercício indiscriminado do poder ou seletivamente eleitos pelo tirano da vez “com a exclusão de quem se opõe, ou simplesmente questiona o governo em exercício”³³. Ao revés, o povo configura-se e determina-se pelas condições econômicas e materiais de um determinado tempo e lugar, não sendo um monolítico estático e homogêneo, nele também habitando os mesmos conflitos e confrontos entre grupos e classes sociais antagônicas.

A soberania dialética reforçaria, portanto, o condão entre democracia e autogoverno, combatendo, inclusive, aquilo a que Norberto Bobbio identificou como “técnicas do poder secreto” segundo as quais “o povo, ou não deve saber, porque não é capaz de entender, ou deve ser enganado, porque não suporta a luz da verdade”, de modo que esse poder secreto não se vale apenas do silêncio, mas da mentira, servindo-se “da palavra não para manifestar em

³⁰ TIGAR, 1978, p. 271, 275, 283.

³¹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 9ª. ed. São Paulo, Malheiros: 2012.

³² CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

³³ PIRES, 2021, p. 159.

público as suas próprias e reais intenções, mas para escondê-las”, subtraindo-se “à vista do público no momento em que se tomam as deliberações de interesse público” e vestindo a máscara da participação e transparência “quando se é obrigado a apresentar-se em público”³⁴.

Desta feita, mais que votar, consentir ou fiscalizar, o exercício prático do poder popular pode ser entendido como requisito de eficácia social da Constituição em um Estado Democrático, que passa, assim, a ser, de fato, um “poder em público”, como defendia Bobbio.

Não por acaso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 reconhece, em seus artigos XXI e XXIX, o direito à democracia como direito humano. Consolidada no art. 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o direito à participação do cidadão na condução dos assuntos políticos e no governo passa a ser visto como condição essencial para a efetivação dos direitos humanos. O regime democrático fundado na soberania popular já não é, pois, uma opção política entre muitas, mas única solução reconhecida pelas nações para que o Estado possa garantir o desenvolvimento integral da dignidade humana³⁵.

Essa perspectiva de poder constituinte não estaria em conflito com os pressupostos do Direito Administrativo. Ramo da ciência jurídica que se ocupa das regras e princípios reguladores da relação jurídica entre o Estado e o particular, o Direito Administrativo trabalha com a ideia chave de que, nessa relação com o povo, a Administração Pública deve se nortear e limitar pelo cumprimento da função administrativa³⁶.

Ao criar o Estado através da Constituição, o poder constituinte, na qualidade de manifestação maior da vontade coletiva, também determina como deve ser a organização desse Estado, sua estrutura geral, os poderes políticos que o compõem e os direitos básicos dos indivíduos e da coletividade que deverão ser respeitados e promovidos³⁷.

Na tradição do Estado de Direito, com intuito de melhor realizar seus fins e objetivos, a atividade estatal costuma ser repartida em três funções complementares: legislativa, administrativa e jurisdicional. Enquanto a primeira se destinaria à atividade de formação do direito, as outras duas atuariam na sua realização. Na objetiva distinção de Seabra Fagundes,

³⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Trad. Daniela Beccacia Versiani. Rio de Janeiro, Elsevier: 2000, p. 386.

³⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Por que não a soberania dos pobres?* In *Constituinte e Democracia no Brasil Hoje*. 2ª ed. p. 85-109. São Paulo, Brasiliense: 1985.

³⁶ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. Malheiros: São Paulo, 2013, p. 39.

³⁷ SEABRA FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4 ed. Forense, Rio de Janeiro: 1967, pg. 15.

ao legislar, o Estado editaria o direito positivo, ao administrar, aplicaria a lei de ofício e, ao julgar, aplicaria essa lei contenciosamente, como resultado de um processo judicial³⁸.

Mas essa aplicação da lei de ofício não deve ser entendida como uma ação automática de executar, roboticamente, o que está escrito na letra fria da lei. Primeiro porque, quando se fala em aplicar a lei, não se deve cair no erro comum de restringir essa ação às leis ordinárias criadas pelo legislativo, esquecendo-se da Constituição. Se as leis criadas pelo poder legislativo são uma tentativa de melhor positivar os fins instituídos pelo poder popular constituinte, não haveria lógica em defender um agir estatal que executasse cegamente as leis do parlamento, mesmo que isso significasse o desrespeito ou descumprimento dos próprios preceitos constitucionais. Ao agir, a Administração realiza o Direito e não a lei isolada. O próprio Seabra Fagundes aponta nesse sentido ao esclarecer que “a administração tem como finalidade exclusiva os fenômenos de realização do direito; a legislação é formadora do direito, e a administração executora”. É por isso que Celso Antônio Bandeira de Mello falará em “sistema legal”³⁹ e autores contemporâneos, como Ricardo Martins, optem por se referir à aplicação do Direito globalmente considerado⁴⁰.

Essa aplicação da lei tampouco é automática já que, para concretizá-la, a Administração Pública precisará acomodá-la às distintas situações jurídicas individuais, naquilo que Seabra Fagundes chamou de “trabalho de individualização”, através do qual as situações abstratamente consideradas na lei alcançariam, na prática, as situações concretas do dia a dia compreendidas na generalidade dos enunciados legais. A criação dessas situações jurídicas individuais seria a essência da função administrativa⁴¹. Não é por outro motivo que Celso Antônio Bandeira de Mello identificará o exercício da função administrativa com a satisfação dos interesses da coletividade⁴². Todo poder que a Administração possa concentrar será instrumental e limitado ao dever de proteger e promover os interesses da coletividade. Daí se falar em poder-dever ou, mais adequado ao grau de importância, *dever-poder* de atender os interesses públicos por quem exerce a função administrativa.

³⁸ SEABRA FAGUNDES, 1967, pg. 16-17.

³⁹ BANDEIRA DE MELLO, 2019, pg. 79.

⁴⁰ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Ato Administrativo*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de Direito Administrativo - v.5: ato administrativo e procedimento administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pg. 48.

⁴¹ SEABRA FAGUNDES, 1967, pg. 19-20.

⁴² BANDEIRA DE MELLO, 2019, p. 72.

Contudo, para seguir a partir daqui é preciso, antes de tudo, melhor compreender o que se entende por interesse público.

Muita tinta já foi derramada na busca por essa definição. Apesar de não haver um conceito positivado em lei, não seria errado afirmar que uma das perspectivas mais aceitas na teoria brasileira atual é aquela proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem o interesse público corresponderia aos interesses individuais em sua dimensão pública⁴³, ao “conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem”⁴⁴. Nessa visão, o interesse público até poderia se contrapor a um determinado interesse individual, mas não seria possível que esse mesmo interesse público se chocasse com os interesses de cada um dos membros da sociedade⁴⁵.

Não parece ser o caso de discutir a correção ou erro desta definição, mas sim de situá-la como fruto de um determinado contexto histórico e político.

Em artigo dos anos 1960⁴⁶, o filósofo alemão Gerhart Niemeyer, buscando distinguir interesse público do privado, sistematizou quatro possíveis pontos de vista oriundos da ordem grega, cristã, liberal e marxista.

Mesmo não existindo, na antiguidade grega, uma diferença expressa entre interesse público e privado, Niemeyer encontrou indícios dessa distinção nas reflexões de Platão e Aristóteles sobre os elementos que constituíam a alma humana, dividida entre a razão e a paixão⁴⁷.

A parte racional, chamada de *logos* ou *naus*, seria uma espécie de prudência comum a todos que habilitaria os homens a viver em paz e amizade. É nessa consciência racional que residiria a essência da comunidade pública para os gregos.

⁴³ BANDEIRA DE MELLO, 2019, p. 66.

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, 2019, p. 62.

⁴⁵ Na explicação complementar de Ricardo Martins, “a definição do interesse público, dos particulares enquanto partícipes de uma sociedade, leva em consideração o interesse privado desses particulares. E assim o faz pela óbvia razão de que o particular não deixa de tê-lo ao se inserir na sociedade e, por evidente, não tem interesse de seus interesses privados sejam obstados. Assim, seu interesse enquanto partícipe da sociedade (dimensão pública do interesse privado) leva necessariamente em consideração seus interesses privados (dimensão privada do interesse privado)” (MARTINS, 2019, 47).

⁴⁶ NIEMEYER, Gerhart. *O Interesse Público e o Interesse Privado*. In: FRIEDRICH, Carl J. *O interesse público*. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

⁴⁷ O resgate histórico feito nesta parte da exposição sobre as ordens grega, cristã, liberal e marxista terá como base as reflexões de Gerhart Niemeyer no artigo supracitado.

Ao lado desse *logos*, estaria a paixão, a parte apetitiva da alma voltada para a satisfação das necessidades e a autopreservação. É esse apetite voraz que incitaria a produção e o acúmulo dos bens materiais, fomentando as atividades econômicas e produtivas imprescindíveis à sobrevivência e desenvolvimento da humanidade.

Contudo, para os gregos, o exclusivismo egoístico da paixão só contribuiria para a vida comunitária se comandada pela razão; do contrário, tenderia à desorientação e perversão da sociedade. Seria preciso encontrar um ponto de equilíbrio em que se pudesse gozar os desejos da paixão sem se submeter por completo a eles. A esfera privada da economia estaria, portanto, subordinada à esfera pública do *naus*. Residiria aí a distinção entre interesse público e privado. Enquanto as atividades econômicas estariam movidas pelo interesse privado, o interesse público seria dirigido pela consciência da ordem racional da justiça.

Se na antiguidade grega o destino do homem estava subordinado à vida em comunidade pautada pela razão, na ordem cristã medieval o fim primeiro de toda humanidade passa a ser a salvação da alma individual. Nessa visão, o martírio de Jesus Cristo, filho de Deus, ao morrer na cruz para a redenção dos pecados da humanidade, exigiria a repressão dos desejos individuais em busca da redenção divina da própria alma, que se transforma no interesse privado primordial. E como essa salvação viria apenas de Deus, todo sistema político estaria subordinado à autoridade superior da lei natural divina. A partir das reflexões de Agostinho e Tomás de Aquino, seria possível conceituar o interesse público da ordem cristã como a garantia do mínimo de paz, ordem e justiça social necessários à redenção das almas, alcançada somente na relação individual dos homens com Deus. Estaríamos, então, diante de um interesse público limitado, que participa indiretamente na salvação humana ao garantir o mínimo de paz social⁴⁸.

Na era moderna, o pensamento liberal de John Locke inverterá por completo a lógica grega e cristã a respeito dos fins da ordem pública. Segundo ele, a política serviria, primordialmente, para garantir aos apetites aquisitivos do homem o maior grau de satisfação possível. Como explicita em seu *Segundo tratado sobre o governo civil*⁴⁹, “Deus, que deu o mundo aos homens em comum, deu-lhes também a razão para que se servissem dele para o maior benefício de sua vida e de suas conveniências”⁵⁰. E uma vez que, “através de um consentimento tácito e voluntário, eles descobriram e concordaram em uma maneira pela qual

⁴⁸ NIEMEYER, 1967, pg. 17.

⁴⁹ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 1994

⁵⁰ LOCKE, 1994, parágrafo 26.

um homem pode honestamente possuir mais terra do que ele próprio pode utilizar⁵¹”, outra conclusão não se poderia chegar a não ser a de que “o objetivo capital e principal da união dos homens em comunidades sociais e de sua submissão a governos é a preservação de sua propriedade”⁵². A comunidade política se edificaria, desse modo, não mais sobre o que é comum aos seres humanos, mas sobre as necessidades e aspirações individuais. O apetite da propriedade passaria a direcionar a vida em comunidade. O desejo se sobrepõe à razão.

Coube a Adam Smith acrescentar ao pensamento liberal de Locke a ideia de que, para se chegar à concepção de uma comunidade que se baseasse unicamente na utilidade privada, seria necessário que os interesses dos indivíduos se auto regulassem de modo a harmonizar os apetites aquisitivos com seus meios escassos de satisfação. A esse ajuste autônomo das atividades econômicas Adam Smith chamou de *Mão Invisível*.

A satisfação do ímpeto consumista, do acúmulo exponencial de bens e propriedades, passa, então, a ser a régua de avaliação do interesse público. Bom governo e economia eficiente seriam duas faces da mesma moeda. A melhor ordem pública liberal seria aquela que interferisse o menos possível no equilíbrio criado pela *Mão Invisível*, restringindo-se a proporcionar meios legais e institucionais que criassem maior agilidade e segurança à satisfação dos desejos individuais.

O desenvolvimento histórico da democracia liberal de matriz lockeana demonstrou, com o passar do tempo, a dificuldade em se consolidar um interesse público tangível derivado dos ajustes autônomos da *Mão Invisível*, o que poderia pôr em risco a própria satisfação dos interesses individuais. E foi em defesa destes interesses individuais que se passou a exigir uma Administração estatal que supere a posição passiva de proteção negativa para uma promoção pública dos interesses privados. O fim da ordem política deixa de ser a intervenção mínima no equilíbrio da *Mão Invisível* e passa a ser o de identificar e remover os obstáculos à satisfação do apetite consumidor dos indivíduos.

Em nome dessa satisfação, o governo invade cada vez mais a esfera demarcada dos interesses individuais. O interesse público, nessa perspectiva, passa a ser entendido como “a administração pública das satisfações privadas”⁵³. Não é difícil ver nesse governo da satisfação

⁵¹ LOCKE, 1994, parágrafo 50.

⁵² LOCKE, 1994, parágrafo 124.

⁵³ NIEMEYER, 1967, pg. 20.

do prazer traços do Estado Democrático de Direito e de Bem-Estar Social consolidado como modelo da ordem política a partir do século 20.

Esse resgate traz nova luz ao conceito de interesse público lapidado por Bandeira de Mello. Isso porque, ao igualá-lo aos interesses individuais em sua dimensão pública, o autor não deixa de se filiar à tradição liberal iniciada por Locke. Identificar o interesse público com o “conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade” é um conceito que se coaduna com uma perspectiva liberal do Estado. Isso significa que, mesmo mais próxima a uma faceta social e igualitária, essa perspectiva, como toda e qualquer posição liberal, ainda restringe o interesse público à defesa da propriedade privada como base da subsistência individual e à satisfação dos apetites egoísticos de ordem econômica.

Essa afirmação não deve ser encarada como demérito, mas sim esclarecimento necessário das circunstâncias históricas em que o conceito de Celso Antônio foi cunhado. E se faz necessária para afastar o risco de naturalizar como únicos possíveis os pressupostos liberais. A democracia liberal e o regime capitalista não são onipresentes e imortais, como quer fazer crer a indústria cultural⁵⁴. O consumismo avaro e a propriedade privada absoluta não são os únicos critérios de realização do interesse público. Não era assim na antiguidade grega, e mesmo no medievo cristão. Por que seria no futuro?

A perspectiva marxista de interesse público, como analisada por Gerhart Niemeyer, ajuda a desnaturalizar essa concepção liberal. Para ele, a ideia de interesse público em Marx se distancia tanto da ordem grega como da liberal, ao negar a supremacia da razão e o absolutismo da propriedade privada.

Em primeiro lugar, ao identificar na concretude do trabalho a ação transformadora da natureza que funda e sustenta a humanidade, Marx acaba por refutar qualquer possibilidade de transcendência da razão sobre a vida material⁵⁵.

Por outro, sendo o trabalho o elemento primordial da humanidade, qualquer possibilidade de apropriação privada desse trabalho acabaria por colocar em xeque o próprio

⁵⁴ Exemplar nesse sentido são os programas infantis *A Família Dinossauros*, *Os Flintstones* e *Os Jetsons*, que adotam a propriedade privada e a sociedade de consumo como padrões atemporais da vida em sociedade na terra.

⁵⁵ “É uma questão de aceitar a dignidade do trabalho, seja ele qual for. Politicamente, o âmago é aceitar a dignidade do trabalho. E o trabalho não é uma coisa servil. É algo que exprime a alma da pessoa”, sintetiza Nise da Silveira, médica psiquiatra alagoana, em depoimento integrante do documentário *Imagens do Inconsciente*, de 1986, dirigido por Leon Hirszman. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=EDg0zjMe4nA>. Acesso em 17 nov. 2019.

convívio humano. O trabalho, dessa forma, precisaria ser cada vez mais comunitário, a ponto de a ordem da política ser substituída pela ordem do trabalho. Numa sociedade futura em que se garanta a plena socialização das condições e frutos do trabalho, o interesse público passaria a ser a própria administração estatal do trabalho⁵⁶.

Mesmo adotando a visão marxista de centralidade do trabalho como fator essencial de organização da ordem pública, aceitar como consequência desse pressuposto que o interesse público se resumiria à administração estatal do trabalho, como apontado por Niemeyer, é continuar mantendo nas mãos do Estado o monopólio sobre o interesse público. Mesmo que a Administração Pública deixe de gerenciar a satisfação do prazer e passe a regular o mundo do trabalho, ainda assim é a razão ensimesmada do Estado que continua se impondo aos interesses privados.

Além dos riscos inerentes a qualquer concentração de poder, que poderia propiciar desde desvios totalitários similares ao regime stalinista na Rússia soviética a experiências autoritárias contemporâneas em que “a visão de mundo do líder populista ocupa o signo ‘interesse público’⁵⁷, restringir a perspectiva marxista de promoção do interesse público à administração estatal do trabalho é condicionar sua satisfação à pré-existência de um governo controlado pelos trabalhadores. O interesse público, desse modo, jamais se satisfaria numa democracia liberal capitalista. Em última instância, seria preciso a revolução social, a ditadura do proletariado e a substituição do Estado pelo comunismo para alcançar esse fim. Uma alternativa por demais remota no atual contexto histórico.

Ao revés, diante de uma realidade de consolidação momentânea do modelo capitalista liberal, parece mais condizente com a própria perspectiva de centralidade do trabalho apontar para um cenário de construção contínua do interesse público pelos trabalhadores, fruto de uma resistência contra-hegemônica⁵⁸ similar à ideia de poder popular constituinte que nunca se transforma em poder constituído e, tampouco, deixa que este se consolide.

Numa democracia liberal capitalista, essa construção contínua e conflitante do interesse público se daria como fruto da luta de classes, da tensão constante entre os interesses dos setores sociais que disputam a hegemonia de poder. É do embate antagônico entre dominantes

⁵⁶ NIEMEYER, 1967, pg. 22.

⁵⁷ PIRES, 2021, p. 153

⁵⁸ Os conceitos de hegemonia e contra-hegemonia utilizados neste texto são extraídos do pensamento do filósofo italiano Antonio Gramsci, segundo o qual existe uma impositiva preservação do domínio cultural e da liderança das classes dominantes sobre o *status quo* da sociedade. GRAMSCI, Antonio. *Os intelectuais e a organização da cultura*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

e dominadas, típica da soberania dialética que envolve a relação entre governantes e governados, que se construiria o que é o interesse público em cada momento histórico.

Essa é, inclusive, uma forma de melhor responder às críticas que vêm sendo atribuídas ao princípio da supremacia do interesse público⁵⁹. Isso porque só se pode falar em supremacia do interesse público se ele for entendido não como aquele definido exclusivamente pelo Estado (modelo autoritário), ou pelo poder econômico privado (modelo liberal), mas sim como fruto da tensão entre os distintos interesses privados que compõem a atual sociedade de classes, da síntese dialética e contingente entre os interesses antagônicos do poder econômico e do povo.

Isto dito, pode-se afirmar que, num Estado Democrático de Direito como o Brasil, o melhor interesse público possível, porque oriundo da mais viável composição de interesses numa sociedade capitalista, economicamente desigual e politicamente concentrada como a brasileira, é aquele que tem como norte o que se consolidou na Constituição Federal de 1988. Por esse motivo, concorda-se com Ricardo Martins quando afirma que “o interesse público refere-se à realização dos valores constitucionais, contemporaneamente chamados de princípios constitucionais”, por serem estes a melhor “síntese de todos os interesses juridicamente relevantes”⁶⁰. Contudo, faz-se necessário acrescentar que, por conta da própria origem conflituosa dessa síntese, esses valores constitucionais precisam ser fundados e concretizados continuamente.

O poder popular constituinte não se esvai com o encerramento dos trabalhos da Assembleia Constituinte e posterior promulgação da Constituição. Ele não é substituído pela Administração Pública e chamado a sair de sua letargia em eleições bianuais ou em referendos e plebiscitos esporádicos. Não há como a Administração cumprir sua função de aplicar o Direito, satisfazendo o interesse público ao individualizar a lei em situações jurídicas particulares, tendo ouvidos mudos a esse próprio público.

Se o regime jurídico administrativo, como sintetiza Silvio Luís Ferreira da Rocha, é aquele que busca “imprimir certa racionalidade a um conjunto de princípios e regras existentes no ordenamento jurídico que incidem e disciplinam as relações jurídicas administrativas”⁶¹, e o elemento característico da função administrativa é satisfação das necessidades coletivas⁶²,

⁵⁹ Um panorama dessas críticas e de possíveis respostas a ela está sistematizada em: GABARDO, Emerson. *O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social*. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017.

⁶⁰ MARTINS, 2019, pg. 45 a 49.

⁶¹ ROCHA, 2013, pg. 49.

⁶² SEABRA FAGUNDES, 1967, pg. 21.

esse rigor racional só tem razão de existir se conseguir auxiliar a Administração Pública a conjugar o material fático e jurídico necessários para se encontrar a melhor resposta aos problemas sociais que lhe batem à porta⁶³ sempre que se vê diante do desafio de individualizar o direito em situações jurídicas concretas, ou, na melhor expressão de Seabra Fagundes, sempre que constituir atos administrativos que “realizam o direito pelo individualização das regras gerais e abstratas constitutivas do direito positivo”⁶⁴.

Deste modo, só nos parece possível adotar o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello de ato administrativo como declaração jurídica do Estado⁶⁵, se essa declaração for encarada a partir de uma situação comunicativa em que os cidadãos não se encontrem mais numa condição de sujeição irrestrita perante a Administração, mas sim numa perspectiva de paridade jurídica na qual todos os envolvidos estão, em igual medida, subordinados à lei e ao direito⁶⁶.

De acordo com a teoria da comunicação, para que ela exista é preciso que uma mensagem seja enviada pelo transmissor através de um código passível de ser compreendido pelo receptor em um determinado contexto. A esse contexto, que engloba as circunstâncias de espaço e tempo em que se encontram o emissor e receptor, dá-se o nome de situação comunicativa. Quando a mensagem não é decodificada corretamente, fala-se em ruído na comunicação.

Esses ruídos ocorrem porque toda situação comunicativa é reflexiva, ou seja, a mensagem enviada do emissor para o receptor importa numa reação deste para aquele. Essa reação pode gerar, inclusive, um questionamento sobre a correção em si da própria mensagem transmitida. É por isso que, numa situação comunicativa, não basta dizer, é preciso provar o que se diz.

Em sua *Teoria da Norma Jurídica*⁶⁷ Tercio Sampaio Ferraz Jr. vê nas normas jurídicas mensagens próprias de uma situação comunicativa. Contudo, distingue-as das demais mensagens porque a norma buscaria garantir a maior segurança jurídica possível, afastando qualquer tipo de ruído gerador de conflitos entre os partícipes da situação comunicativa. Para

⁶³ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José Maria. *Metodología del Derecho Administrativo*: reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa. Madrid, Marcial Pons: 2016, pg. 129.

⁶⁴ SEABRA FAGUNDES, 1967, pg. 20.

⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO, 2019, p. 393.

⁶⁶ MACHETE, Pedro. *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*. Coimbra. Almedina, 2007, pg. 497.

⁶⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

tanto, devem gozar de exigibilidade e presunção de veracidade, relegando ao destinatário - e não ao emissor - a obrigação de provar que a mensagem não é válida e não pode ser aplicada ao caso concreto.

Entendendo atos administrativos como normas jurídicas, e examinando-os pela perspectiva da situação comunicativa proposta por Tercio Sampaio Ferraz Jr., um dos principais desdobramentos dogmáticos seria de que o ato administrativo passaria a gozar dos atributos de autoexecutoriedade e presunção de legitimidade, gerando efeitos imediatos e ininterruptos até que sua invalidade seja arguida pelo administrado e reconhecida pelo órgão competente. Em última instância, caberia ao administrado provar a invalidade do ato, o erro da mensagem⁶⁸.

É de se questionar o quanto essa perspectiva é refém daquilo que o jurista português Pedro Machete chama de relação jurídica administrativa de “supra e infra-ordenação”⁶⁹. Nela, a função administrativa se limita à tutela da legalidade objetiva e o cidadão é colocado numa posição de subordinação frente à Administração, dotada de uma “mais-valia jurídica” que legitimaria a supremacia de suas decisões pelo simples motivo de serem oriundas do poder estatal, independente de seu conteúdo ou do contexto fático e jurídico em que foram tomadas. Um modelo de relação jurídica, poderíamos acrescentar, pautada no dito popular de que “manda quem pode, obedece quem tem juízo”.

Machete contrapõe a esse modelo o que chama de Administração paritária. Nela, o “Estado-Administração deixa de ser caracterizável como um poder que confronta os cidadãos a partir da sua posição de supremacia jurídica; ao invés, e tal como eles, é um sujeito de direitos e deveres”⁷⁰. Substitui-se a mera legalidade objetiva por “uma perspectiva de legalidade democrática em que a Administração, tal como os particulares, apenas pode exercer seus

⁶⁸ Neste sentido, Ricardo Martins vai defender que, “por força do atributo da presunção de legitimidade do ato administrativo, a invalidade do ato, se não reconhecida de ofício pela Administração, deve ser impugnada pelo administrado. Esse dever gera, em juízo, a inversão do ônus da prova: regra geral, tem o administrado, quando impugnada a questão no Judiciário, o ônus de provar a invalidade”. MARTINS, Ricardo Marcondes. Atributos do ato administrativo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/19/edicao-1/atributos-do-ato-administrativo>.

⁶⁹ MACHETE, 2007, pg. 573.

⁷⁰ MACHETE, 2007, pg. 36.

poderes jurídicos que normativamente lhe hajam sido concedidos”⁷¹, tendo como pressuposto e fim último a defesa dos direitos dos cidadãos.

Esse modelo paritário seria mais condizente com o Estado de Direito Democrático baseado na dignidade da pessoa humana e na vontade popular proposto pela Constituição Federal de 1988. A partir dela, Administração e cidadão passam a ser vistos como sujeitos iguais de uma relação jurídica e a defesa do direito não é mais prerrogativa exclusiva do Estado, mas fruto dessa relação de tensão entre o povo e a Administração⁷².

Nessa perspectiva, não há de se falar em superioridade de nenhum dos polos partícipes da situação comunicativa envolvendo Administração e administrado. A supremacia residiria na mensagem em si, no interesse público que a norteia, fruto de uma síntese dialética, do melhor consenso possível entre a ruidosa relação do Estado emissor com o cidadão receptor.

Portanto, seria possível dizer, como posto por Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷³, que a participação popular na gestão e controle da Administração Pública é pressuposto essencial a definir as relações jurídicas administrativas, desde o ponto de vista do pluralismo político próprio do Estado de Direito Democrático. Parece-nos óbvia e de difícil oposição a constatação de que o Estado, agindo unilateralmente, não teria mais condições de proteger e promover a exaustiva gama de interesses públicos consolidados na Constituição de 1988.

Contudo, cabe reproduzir o alerta que a própria Di Pietro traz sobre a adoção dessa visão de Administração paritária na realidade brasileira. Se é inegável que a Constituição de 1988 trouxe avanços significativos na promoção da participação popular, ainda são grandes as dificuldades para sua efetivação, “quer porque muitos dos instrumentos de participação estão previstos em normas programáticas, quer pelo desinteresse da grande massa da população, voltada que está para a própria sobrevivência, quer pelo desinteresse do poder público em implantar esses mecanismos”. Nesse impasse, as decisões administrativas que afetam a vida pública continuam sendo adotadas sob influência quase que unilateral de seletos grupos políticos e setores econômicos. “As pequenas associações e organizações, e mais ainda os indivíduos isolados, apesar da boa vontade dos autores dos textos legais e constitucionais, não

⁷¹ MACHETE, 2007, pg. 457.

⁷² “A defesa do direito não é assegurada por causa do Estado, mas, em primeiro lugar, em razão de cada indivíduo que é pensado numa relação de tensão com a Administração” (MACHETE, 2007, pg. 37).

⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Participação popular na administração pública*. R. Dir. Adm, Rio de Janeiro, 191: 26-39, jan.mar. 1993

têm na democracia pluralista outro meio de participação senão o das eleições”, conclui a autora⁷⁴.

Essa constatação de Di Pietro data de artigo escrito originalmente em 1993. Passados quase trinta anos, permanece inalterável ou haveria avanços legais e teóricos que ajudariam a melhor garantir a participação popular nas decisões e atos administrativos?

No campo teórico, os avanços são inegáveis. Como exemplo, podem-se citar novos posicionamento de autores clássicos, como Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que, em um de seus últimos escritos⁷⁵, propugnou por uma visão de Direito Administrativo como instrumento de realização da democracia substantiva do século 21, dando relevância nuclear ao princípio da responsividade. Caracterizada como o coerente comportamento esperado dos agentes públicos em concordância e obediência à soberana vontade dos governados, Diogo de Figueiredo defende que a responsividade é um princípio instrumental da democracia e um dever jurídico autônomo de todo agente do Poder Público, “uma vez que se destina a salvaguardar o núcleo significativo da legitimidade, conciliando a expressão da vontade popular, democraticamente recolhida, com a racionalidade na ação pública”⁷⁶.

Autores contemporâneos, como Floriano de Azevedo Marques Neto⁷⁷, vão defender a superação definitiva de uma visão de ato administrativo como manifestação unilateral da autoridade estatal, que não confere importância ao cidadão e não leva em consideração a interação com os interesses e atores externos. Marques Neto chega a designar esse ato administrativo de “autista”, por conta de seu “brutal déficit de comunicação com o meio ambiente cultural, social, econômico; sua absoluta indiferença para com os administrados e com a sociedade que, em última instância, são os destinatários e razão de ser da prática desses atos”⁷⁸.

Apesar de reconhecer a importância dessas contribuições teóricas, não nos parece que a relevância da participação popular na construção dos atos administrativos seja fruto, somente, de um contexto contemporâneo. Ao contrário, entende-se que, não de hoje, ela está imbricada

⁷⁴ DI PIETRO, 1993, pg. 38.

⁷⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011

⁷⁶ MOREIRA NETO, 2011, pg. 24.

⁷⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In *Os Caminhos do Ato Administrativo*, coord. Medauar, Odete e Schirato, Vitor Rhein. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, pp. 89/113.

⁷⁸ MARQUES NETO, 2011, pg. 96.

ao conceito de ato administrativo. Nesse sentido, a participação popular não seria apenas uma técnica contemporânea de administração consensual, mas sim, por sua relevância, elemento constitutivo do próprio ato administrativo - um de seus pressupostos de regularidade.

Já nos anos 1940, Seabra Fagundes indicava que, no desenvolvimento das relações recíprocas entre Estado e indivíduo, surgiriam situações contenciosas fruto do “choque entre o conceito da Administração Pública sobre as restrições a que o direito positivo submete as atividades particulares e a noção que tem o indivíduo da amplitude dos seus direitos”⁷⁹.

Boa parte desses conflitos se resolveria pela subsunção da atividade administrativa aos limites pré-estabelecidos no ordenamento jurídico. Contudo, a variedade e multiplicidade das situações que se apresentam à Administração Pública no trabalho de individualização do Direito aos casos concretos impedem uma prévia regulação que tudo abarca de modo taxativo e uniforme. O exercício da função administrativa seria condicionado, dessa forma, por “uma série de circunstâncias ocasionais” impossíveis de prever. Não sendo útil “descer à rigorosa minuciosidade, o que resultaria em nocivo entrave à realização das finalidades visadas pela atividade administrativa”, Seabra Fagundes postula que, por conta disso, o ordenamento jurídico “permite em muitos casos ao Poder Executivo que seja discricionário em relação à conveniência, oportunidade e modo de agir”⁸⁰.

Mas, como essa margem de atuação discricionária não se exerce fora da sujeição à lei e tendo como fim último a melhor realização do interesse público, sob o risco de se transformar em mero poder arbitrário⁸¹, surge então a necessidade de ampliar e aprimorar o controle político-jurídico sobre as atividade administrativa, de modo a garantir sua submissão à ordem jurídica constitucional⁸².

Passados quase oitenta anos, a síntese que Seabra Fagundes faz sobre a complexidade que envolve o exercício e controle da atividades administrativas do Estado permanece tão atual, que vale a transcrição extensa: “O seu feitio, puramente ativo, a incidência direta de todos os atos sobre o indivíduo, a variedade das circunstâncias, em face das quais tem de agir, dificultam, por um lado, a sua disciplinação, que não se pode adstringir a cânones rígidos, e,

⁷⁹ SEABRA FAGUNDES, 1967, pg. 99.

⁸⁰ SEABRA FAGUNDES, 1967, pg. 103.

⁸¹ SEABRA FAGUNDES, 1967, pg. 20.

⁸² SEABRA FAGUNDES, 1967, pg. 100.

por outro, a fiscalização de seu desenvolvimento, tanto para proteção do indivíduo, como para segurança do bom funcionamento do mecanismo estatal”⁸³.

Seabra Fagundes vai identificar, então, um tríplice sistema de controle das atividades administrativas composto pelo controle administrativo, legislativo e jurisdicional. O autor focará seus estudos, entretanto, nas nuances relacionadas ao controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, opção que parece ser preponderante na teoria administrativa brasileira desde então.

Apesar de se concordar com a importância crucial da função jurisdicional como instância contramajoritária de defesa e manutenção dos valores e princípios constitucionais, acredita-se que sua relevância na esfera do controle dos atos administrativos precisa ser sopesada diante da realidade dos pequenos municípios brasileiros, imensa maioria dentre os entes públicos no país. Isso porque, no cotidiano de boa parte destes municípios, o Judiciário é uma instância distante e, muitas vezes, inacessível. Estudos do Ministério da Justiça apontam que o acesso à justiça no Brasil consegue ser mais desigual do que o encontrado em outras áreas, como distribuição de renda, educação e saúde. Para se ter uma ideia, enquanto a diferença de IDH entre estados brasileiros chega a 20%, diferenças regionais no acesso à justiça podem alcançar 1000%. Por conta disso, recorrer ao juiz para a revisão de um ato administrativo é rara exceção numa realidade de impossibilidade técnica, econômica e mesmo física de acesso ao Poder Judiciário⁸⁴.

O melhor caminho, nessas circunstâncias, parece ser, por uma frente, focar no controle realizado ainda na instância administrativa e, por outra, promover uma revisão ampliada sobre o que se entende por controle.

Silvio Luís Ferreira da Rocha esclarece que a origem da palavra controle remonta ao seu correspondente em francês - *contre-rôle* - que significa “cópia de um registro guardada para ser comparada com o registro original, a fim de permitir a verificação de dados”⁸⁵. Apesar dos variados usos que a palavra adquiriu ao longo dos anos, desde aqueles que a aproximam da ideia de direção ou gestão, até os que veem nela um sinônimo de dominação ou centralização, sob o ponto de vista jurídico, o controle passou a ser entendido por um viés mais

⁸³ SEABRA FAGUNDES, 1967, pg. 107 e 108.

⁸⁴ ONU BRASIL. *PNUD: Diferenças regionais no acesso à justiça chegam a 1000% no Brasil*, Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pnud-diferencas-regionais-no-acesso-a-justica-chegam-a-1000-no-brasil/>. Acesso em 17 nov 2019.

⁸⁵ ROCHA, 2013, pg. 715.

restrito à vigilância e fiscalização, como uma “verificação de conformidade de uma ação a uma norma que a ela se impunha”⁸⁶.

O papel dado à participação popular na gestão e controle da Administração Pública como pressuposto essencial do pluralismo político característico do Estado de Direito Democrático⁸⁷, no qual Administração e cidadão passam a ser vistos como sujeitos iguais de uma relação jurídica e onde a defesa do direito deixa de ser prerrogativa exclusiva do Estado e passa a ser fruto da relação de tensão entre o povo e a Administração⁸⁸, exige uma superação da ideia de controle popular dos atos administrativos como ação de natureza posterior e adstrita à verificação de conformidade legal.

Não é só no controle ulterior que residiria a participação popular nos atos administrativos. É preciso ampliar a perspectiva do que esse entende por controle popular da administração, para nela incorporar a ideia de gestão e direção, ao lado da fiscalização e vigilância. Desta forma, o foco de atenção do controle dos atos administrativos não estaria na dicotomia entre vinculação e discricionariedade, mas na qualidade e quantidade de participação popular durante o procedimento administrativo de decisão e criação dos atos administrativos.

O trabalho de individualização das regras gerais e abstratas às situações jurídicas particulares, típico dos atos administrativo, deixa de ser entendido como um processo de cima para baixo, em que a Administração encaixa os fatos às normas pré-estabelecidas, e passa a ser visto como um processo de idas e vindas entre os fatos e as normas, em que esta vai se completando pouco a pouco com critérios adicionais suscitados pela realidade fática. Como afirma o jurista espanhol José María Rodríguez de Santiago⁸⁹, trata-se, então, de um processo de aproximação progressiva dos fatos à norma, e da norma aos fatos, que permitiria à decisão administrativa produzir um melhor ajuste das circunstâncias relevantes da realidade social às leis e normas que serão individualizadas.

Nessa visão, passa a ser requisito essencial de toda decisão administrativa a identificação dos interesses antagônicos em jogo, atribuindo a importância devida a cada um deles e estabelecendo quais seriam os prioritários em cada caso concreto. Essa perspectiva,

⁸⁶ ROCHA, 2013, pg. 715.

⁸⁷ DI PIETRO, 1993.

⁸⁸ MACHETE, 2007.

⁸⁹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016, pg. 131.

além de proporcionar maior racionalidade e segurança ao exercício da função administrativa, fomenta a participação popular e o melhor controle desta sobre os atos da Administração⁹⁰.

E é justamente por isso que não se caberia mais restringir o debate à discussão entre vinculação ou discricionariedade no agir administrativo. No trabalho de concretização das normas, a competência vinculada e a discricionária não seriam excludentes, mas complementares⁹¹. Ora se penderia pela subsunção à legalidade, ora prevaleceria a ponderação sobre a conveniência e oportunidade.

O que passa a ser relevante é a abertura desse processo de decisão à participação popular, que proporcionaria uma maior quantidade e qualidade de informações para se adotar a decisão capaz de proporcionar a melhor resposta possível aos conflitos sociais⁹². Para Rodríguez Santiago, caberia à Administração construir suas decisões mediante uma progressiva acumulação de critérios adicionais que completam e concretizam o texto original da norma, de forma a melhor individualizá-la ao caso concreto objeto de cada decisão⁹³.

A abertura aos fatos e interesses que a participação popular promove se apresenta, então, como um instrumental metodológico capaz de afastar critérios meramente intuitivos e informações insuficientemente investigadas, proporcionando maior racionalidade ao procedimento de decisão administrativa⁹⁴.

Em construção teórica anterior, o português David Duarte⁹⁵ já defendia ideia similar de procedimento administrativo como estrutura de integração de interesses organizada em duas fases complementares, a extrospecção instrutória e a introspecção decisória⁹⁶. Na primeira, haveria a aquisição de toda informação necessária à “captação da realidade exterior sobre a qual a decisão vai incidir”⁹⁷. Na segunda, ocorreria a utilização valorativa dessa informação para se conformar a melhor decisão administrativa alteradora da ordem jurídica.

Nessa perspectiva, a razão primordial do procedimento administrativo passa ser sua capacidade de “esgotamento potencial de todos os factores materiais que devam ser integrados

⁹⁰ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016, pg. 133.

⁹¹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016, pg. 135.

⁹² RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016, pg. 136.

⁹³ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016, pg. 142.

⁹⁴ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016, pg. 142.

⁹⁵ DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra, Almedina: 1996.

⁹⁶ DUARTE, 1996, pg. 379 e 380.

⁹⁷ DUARTE, 1996, pg. 381.

para a ponderação”⁹⁸, garantindo, assim, a “atenuação da unilateralidade autoritária da decisão conclusiva”⁹⁹.

Essa abertura do procedimento de decisão administrativa à realidade social e à participação popular, se não é garantia determinante de uma decisão administrativa justa e eficaz, tem o potencial de, ao menos, diminuir as incertezas e dúvidas relacionadas à própria incompletude do ordenamento jurídico, incapaz de tudo prever e abarcar.

É por isso que, para David Duarte, há uma relação direta entre a participação popular e o princípio da imparcialidade, vez que “esta função transferencial da participação no procedimento administrativo aproxima valorativamente os mecanismos participatórios da realização e otimização do princípio da imparcialidade, estabelecendo que a correta composição do elenco de elementos da ponderação passa necessariamente pela utilização das faculdades participatórias”¹⁰⁰.

As possíveis resistências, no campo teórico e político, a uma Administração paritária aberta à participação popular só podem ser compreendidas dentro de um contexto de “ódio à democracia”, como argumenta apontado em ensaio homônimo de Jacques Rancière¹⁰¹. Esse ódio, ao contrário do que se possa pensar, não é prerrogativa de certa elite econômica ou fruto de determinado contexto geopolítico. Ao contrário, surgiu junto com a própria democracia. Os *haters* de ontem e hoje não se opunham necessariamente ao fato de que os governantes possam ser eleitos por qualquer membro da sociedade, mas sim pelo simples fato de que, no regime democrático, qualquer um pode, em potencial, ser alçado a governante.

Não é preciso ser filósofo, sábio, possuir sangue real ou ser enviado dos deuses. Não é necessário ser homem, branco, heterossexual, rico, com MBA em gestão pública, diploma em direito, economia ou administração. Não se exige nem a conclusão do ensino médio. Se todo o poder emana do povo, qualquer do povo pode exercê-lo.

Rancière lembra, inclusive, que, nos primórdios da democracia, os governantes eram escolhidos por sorteio. Nada mais condizente com a radicalidade do pressuposto democrático. Afinal, a impessoalidade randômica do sorteio não restringiria o exercício do poder público a

⁹⁸ DUARTE, 1996, pg. 384.

⁹⁹ DUARTE, 1996, pg. 391.

¹⁰⁰ DUARTE, 1996, pg. 403.

¹⁰¹ RANCIÈRE, Jacques. *Ódio à democracia*. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014.

classes sociais específicas ou indivíduos com características pré-selecionadas. Pelo contrário, nela o governo pode — e deve — ser exercido por qualquer um, sem exceção.

Defender que o poder público pode e deve ser exercido por todos e por qualquer pessoa carrega consigo a constatação da limitação e inviabilidade do administrador público iluminado que determina, protege e promove, por sua própria conta e risco, os interesses públicos.

Assim como não deve existir o que se poderia chamar de administrador *Hulk*¹⁰² que, diante da incompletude da lei e da complexidade das situações antagônicas a que é obrigado intervir, desiste da racionalidade e, tal qual a música do Djavan, *deixa vir do coração* a decisão, mesmo que, para isso, precise *esmagar* certos direitos individuais; tampouco seria prudente ter como modelo um administrador *Hércules*, para se utilizar do método proposto por Ronald Dworkin¹⁰³, que buscaria, por meio de uma capacidade quase sobre-humana, avaliar por conta própria todas as circunstâncias fáticas e jurídicas relacionados ao caso até encontrar a única decisão correta para a situação jurídica individualizada no caso.

No campo das decisões administrativas, a melhor luz, para utilizar de outra expressão do próprio Dworkin, não viria da interpretação argumentativa unilateral feita pelo administrador sobre as regras ou princípios que compõem a ordem constitucional, mas sim da participação popular que abre a Administração Pública aos fatos e interesses conflitantes que caracterizam a sociedade de classes capitalista, capazes de melhor identificar o interesse público a ser consensuado e promovido nos atos administrativos.

Sob esse ponto de vista, é possível identificar o administrador público, metaforicamente, ao diretor de um documentário. Atrás das câmeras, este diretor, primeiro, entrevistará pessoas envolvidas com o objeto de seu filme para, em seguida, na ilha de edição, selecionar as informações e relatos mais importantes do material bruto, concatenando-os em sequências lógicas, de modo a criar um discurso fílmico que passe uma mensagem capaz de,

¹⁰² Hulk é um personagem de quadrinhos, livremente inspirado na obra *O Estranho Caso de Dr. Jekyll e Sr. Hyde*, de Robert Louis Stevenson. Atingido por radiação, o cientista Bruce Banner passa a conviver com um alter ego dotado de força descomunal que se apodera de seu corpo em situações limítrofes de tensão, passando a agir pautado nos mais primitivos instintos de sobrevivência. De poucas palavras, seu vocabulário se restringe ao bordão “Hulk esmaga!”.

¹⁰³ Em suas obras *Levando os direitos a sério* (1977) e *O Império do Direito* (1986), o jurista estadunidense Ronald Dworkin apresenta como método de decisão judicial a figura imaginária do juiz Hércules, dotado da resiliência e sabedoria necessárias para esmiuçar e reinterpretar o ordenamento jurídico como um todo à procura da única resposta correta a cada um dos casos em litígio, inclusive os mais difíceis.

ao ser entendida pelo público, promover nele uma mudança de percepção e ação para além das telas.

De modo semelhante, no trabalho de individualização das regras gerais e abstratas às situações jurídicas particulares, típico dos atos administrativo, o administrador também partiria de uma etapa de extrospecção instrutória, onde buscaria captar o máximo de realidade exterior sobre a qual a decisão vai incidir, para, em seguida, no momento de introspecção decisória, selecionar as informações e interesses coletados através da participação popular para conformar a melhor decisão administrativa alteradora da ordem jurídica dos indivíduos a quem se destina.

A qualidade do documentário, assim como a eficácia do ato, será diretamente proporcional à riqueza do material coletado e editado. A decisão administrativa que melhor promove os interesses públicos, que melhor soluciona os conflitos sociais, é aquela fruto da participação popular, da escuta ativa, da síntese dialética oriunda da latente tensão que envolve a relação jurídica do indivíduo com a Administração Pública.

Se, em sua *Theoria das constituições rígidas*, de 1934, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello defendia o Poder Judiciário como “oráculo da Constituição”¹⁰⁴, não nos parece indevido, ao nascer da terceira década do século 21, identificar na participação popular o oráculo coletivo do interesse público.

É sob esse pano de fundo que nos parece acertado o procedimento de decisão administrativa delineado por Ricardo Martins¹⁰⁵. Mesmo quem não compartilha de todos os pressupostos da teoria neoconstitucional adotada pelo autor poderá ver, na trilha por ele proposta, uma forma possível de concretizar a participação popular na edição dos atos administrativos.

O autor parte da ideia de princípio defendida por Robert Alexy como “mandatos de otimização em que se ordena que algo seja realizado na maior medida possível, dada as possibilidades jurídicas e fácticas”¹⁰⁶. Nessa perspectiva, “os princípios positivam um valor a ser concretizado, sem definir o meio de concretização, enquanto as regras estabelecem o meio de

¹⁰⁴ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1934, pg. 130.

¹⁰⁵ MARTINS, 2019, pg. 102 a 114.

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. *¿Cómo proteger los derechos humanos? Proporcionalidad y racionalidad*. In: ALONSON, Juan Pablo; CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldi. *Argumentación, derechos humanos y justicia*. Buenos Aires, Astrea, p. 25-48, 2017, pg.27.

concretização de um valor”¹⁰⁷. Sob esse ângulo, o ato administrativo consistiria “ou na aplicação de uma regra e, nesse caso, na aplicação do princípio por ela concretizado, ou na aplicação de um princípio, ainda não concretizado por uma regra”¹⁰⁸.

Desta forma, no procedimento de decisão administrativa, o agente público deve, antes de tudo, apurar se os fatos do caso concreto objeto de sua futura decisão enquadram-se ou não no suporte fático de alguma regra jurídica abstrata. Enquadrando-se, aplica-se a regra. Contudo, constatando que “os fatos ocorridos no mundo fenomênico não se encaixam no suporte fático de regra jurídica alguma, deve o agente, numa segunda etapa do procedimento de decisão, verificar quais princípios incidem”¹⁰⁹.

Martins irá propor, então, que “tanto a definição do princípio mais pesado a ser concretizado pela Administração, como a definição do meio de concretização exigem, muitas vezes, a participação dos destinatários da decisão, que podem revelar novos aspectos fáticos, novos argumentos de convencimento. É no processo administrativo - decorrente da relação processual - que se definem quais são os interesses relevantes para a ponderação administrativa”¹¹⁰.

Entendendo o procedimento de participação popular na decisão administrativa como uma imposição do Estado Democrático de Direito, ao melhor justificar a decisão tomada pela Administração e obter o consenso social necessário ao seu cumprimento¹¹¹, Martins defenderá, então, um processo administrativo de participação em que se assegura, como direito político decorrente do princípio democrático, a possibilidade de todo cidadão conhecer, participar e influir concretamente no processo decisório da Administração¹¹².

Desta forma, passa-se a exigir o processo administrativo de participação mesmo quando não haja litígio ou acusação, por ser necessário à “correção do conteúdo do próprio ato administrativo, pois a partir dele são definidas as circunstâncias fáticas relevantes, a finalidade pública a ser perseguida e o meio de atuação administrativa”¹¹³.

¹⁰⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria dos Princípios e Poder Judiciário: a utilização de princípios na fundamentação jurídica*. In GUERRA, Alexandre Dartanham de Mello. Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil - v. 1. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018, pg. 29.

¹⁰⁸ MARTINS, 2019, pg. 105.

¹⁰⁹ MARTINS, 2019, pg. 103.

¹¹⁰ MARTINS, 2019, pg. 114.

¹¹¹ MARTINS, 2019, pg. 113.

¹¹² MARTINS, 2019, pg. 267.

¹¹³ MARTINS, 2019, pg. 267.

Não nos parece errado sintetizar, portanto, que diante da textura aberta das normas jurídicas, a participação popular no procedimento de decisão administrativa garante uma maior gama de informações e circunstâncias fáticas relevantes capazes de afastar as zonas de penumbra e garantir a melhor concretização dos interesses públicos durante o trabalho de individualização do direito às situações jurídicas individuais, fim último de todo ato administrativo.

Em termos práticos, adotar essa perspectiva de processo administrativo significa defender a participação popular como requisito procedimental sem o qual o ato administrativo estaria viciado, podendo ser considerado irregular ou, até mesmo, inválido. Sua permanência ou não no ordenamento jurídico estaria vinculada à análise do quanto sua falta prejudicou a promoção do interesse público no caso concreto.

Isso porque, seguindo a linha de Seabra Fagundes, adota-se como critério para classificação dos atos administrativos viciosos a afetação maior ou menor do interesse público pela declaração de sua invalidez. Como destaca o autor, “no direito administrativo, importa menos a natureza do defeito em si do que as repercussões que a invalidez do ato, atentas às circunstâncias eventuais, venha trazer ao interesse público, pelo que um mesmo vício pode, muita vez, acarretar consequências diversas”¹¹⁴. Desta feita, a partir da natureza e vulto do interesse público atingido, os atos viciosos se dividiriam em: (1) absolutamente inválidos, cujas “razões de interesse público e de moralidade administrativa levariam a fulminá-los”¹¹⁵; (2) relativamente inválidos, no quais, “em face de razões concretamente consideradas, se tem como melhor atendido o interesse público pela sua parcial validade”¹¹⁶; e (3) irregulares que, por apresentarem defeitos irrelevantes, não afetariam ponderavelmente o interesse público, dada a natureza leve da infringência das normas legais¹¹⁷.

É de se concluir, então, que, quanto maior for a complexidade da norma a ser individualizada pelo ato administrativo, quanto mais conflituoso forem os interesses particulares envolvidos e, por conseguinte, maior tensão existir entre indivíduos e o Estado, maior será a necessidade da participação popular como pressuposto de regularidade do ato administrativo. O não cumprimento desse requisito procedimental, diante dessas

¹¹⁴ SEABRA FAGUNDES, 1967, 65.

¹¹⁵ SEABRA FAGUNDES, 1967, pg.63.

¹¹⁶ SEABRA FAGUNDES, 1967, pg. 63.

¹¹⁷ SEABRA FAGUNDES, 1967, p. 67.

circunstâncias, poderia tornar o ato inválido, exigindo a correção do vício pela extinção do ato ou por sua modificação saneadora. Num Estado de Democrático de Direito, que adota como diretriz a soberania popular no controle e gestão das decisões e atos administrativos, a falta de participação popular acarretará, regra geral, a invalidade do ato.

Retomando o exemplo do capítulo introdutório sobre a melhor forma de aplicação de recursos públicos na área da educação em municípios de pequeno porte da região canavieira alagoana, é possível afirmar que já existe no ordenamento jurídico brasileiro soluções para garantir a participação popular nessas decisões administrativas.

A começar pela própria Constituição Federal que, em seu artigo 205, estabelece a educação como um direito de todos e dever do Estado e da família, a ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade. Por conta disso, adota como princípio a gestão democrática do ensino público, conforme consolidado do artigo 206, inciso VI.

Tendo isso em vista, a Lei Federal 11.947, de 2009, positivando como diretriz a participação da comunidade no controle social e acompanhamento das ações estatais (art., 2º, IV), instituiu o Programa Dinheiro Direto na Escola - PDDE, com o objetivo de prestar assistência financeira, em caráter suplementar, às escolas públicas da educação básica das redes estaduais e municipais (art. 22, caput). Esses recursos seriam destinados “à cobertura de despesas de custeio, manutenção e de pequenos investimentos, que concorram para a garantia do funcionamento e melhoria da infraestrutura física e pedagógica dos estabelecimentos de ensino” (art. 23).

Tomando como norte a participação popular e a autonomia das escolas públicas, a Lei Federal avança ainda mais ao prever que os recursos do PDDE seriam repassados diretamente à conta bancária da unidade executora de cada escola, entidade privada sem fins lucrativos integrada por membros da comunidade escolar, incluindo professores e pais de alunos (art. 22).

A decisão administrativa entre a pintura da fachada e o conserto do fogão da escola não seria mais tomada no gabinete do prefeito ou secretário de educação, passando a ser delegada aos atores sociais diretamente afetados pelo futuro ato, incluindo diretores, professores e pais de alunos. Se não é possível garantir, de antemão, a melhor qualidade ou justeza da decisão fruto da maior participação popular, parece pouco discutível o ganho em legitimidade que o ato administrativo oriundo do consenso tomado pela comunidade escolar possuirá,

principalmente se comparada à unilateralidade daquele expedido pelo prefeito ou secretário municipal.

Já na hipótese de conflito entre a aquisição de notebooks e a concessão de reajuste salarial aos professores da rede municipal de ensino, a previsão legal para a participação popular poderia ser encontrada nas recentes alterações à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) promovidas Lei nº 13.655, de 2018.

Seja por seu novo artigo 20, que passa a exigir a consideração das “consequências práticas da decisão” como requisito de necessidade e adequação de toda decisão administrativa; seja pelo teor do artigo 26, que prevê a realização de consulta pública para se “eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público”; ou mesmo pelo artigo 29, que estabelece, na edição de atos normativos pela autoridade administrativa, a possibilidade de prévia “consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão”, a nova LINDB parece adotar a participação popular como diretriz transversal a toda decisão administrativa.

Ao analisar o regime jurídico da consulta pública¹¹⁸, Vera Monteiro relembra que, há mais de 20 anos, com a Lei Paulista de Processo Administrativo¹¹⁹ e a Lei Federal de Processo Administrativo¹²⁰, a consulta pública se apresenta como “instrumento de participação popular previsto na legislação brasileira para apoiar atividades públicas em geral, com potencial para contribuir para a qualidade da decisão de autoridade administrativa”¹²¹. Para a autora, contudo, as inovações na LINDB dão um passo adiante ao consolidar a consulta pública como “exigência geral de participação da sociedade nos processos, necessário para justificar e motivar as deliberações”¹²², passando a exigi-la como dever prévio e não mera opção. Por conta disso, na visão de Monteiro, a partir da nova LINDB e de seu artigo 29 em particular, todo

¹¹⁸ MONTEIRO, Vera. *Art. 29 da LINDB - Regime jurídico da consulta pública* in Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018.

¹¹⁹ “Artigo 28 - Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, autorizar consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada. § 1.º - A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que os autos possam ser examinados pelos interessados, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas. 2.º - O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado no processo, mas constitui o direito de obter da Administração resposta fundamentada. Artigo 29 - Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo” (Lei Estadual nº 10.177, de 2018).

¹²⁰ Os artigos 31 e 32 da Lei Federal nº 9.784, de 1999, reproduzem os artigos da Lei Paulista citados acima.

¹²¹ MONTEIRO, 2018, pg. 229.

¹²² MONTEIRO, 2018, pg. 234.

gestor público, em quaisquer dos poderes, está sujeito ao dever de realizar consulta prévia como condição de validade de ato administrativo normativo¹²³.

A diretriz de realização de consulta pública prevista na LINDB se apresenta, portanto, como alternativa mais adequada para “considerar as consequências práticas” e eliminar a “incerteza jurídica ou situação contenciosa” que envolveria a decisão entre a aquisição dos notebooks e o reajuste salarial dos professores. A robustez da motivação e justificativa dessa decisão oriunda dos aportes trazidos pela consulta pública seria bem maior do que aquela comumente tomada pela autoridade administrativa reclusa em seu gabinete, limitada a pareceres técnicos e à letra fria da lei.

Junto à consulta pública prevista na nova LINDB, é de se destacar a consolidação nos últimos anos do direito à consulta livre, prévia e informada, corolário do direito à democracia e à participação popular soberana. Adstrito inicialmente à busca por garantir o respeito aos interesses de minorias, em especial povos originários e população indígena, nos processos de elaboração, interpretação e aplicação de políticas públicas voltadas a essas comunidades, a consulta prévia vem se afirmando dentro do sistema internacional de proteção dos direitos humanos como instrumento mais amplo de concretização da cidadania ativa, “uma forma eficiente não apenas de assegurar direitos humanos fundamentais a todos, mas, além disso, de contribuir para o enraizamento da cidadania como prática política ao implicar diretamente os envolvidos na responsabilidade necessária para a tomada de decisões que afetarão a vida de todos aqueles que dividem um mesmo espaço geográfico e político”¹²⁴.

Contudo, não caberia concluir esse capítulo sem uma suspeita e uma pergunta. Para ser realmente eficaz no seu objetivo de garantir a maior gama possível de incidência e influência das ideologias e vontades políticas antagônicas envolvidas na concretização dos interesses públicos durante o trabalho de individualização do direito às situações jurídicas individuais, talvez fosse o caso de levar a participação popular para além da reivindicação e fiscalização relacionadas aos atos e decisões administrativas e fazer pousá-la, também, nos negócios jurídicos realizados pela Administração Pública.

Problematizando essa suspeita, a pergunta que emerge, então, é: o que seria uma contratação pública permeada pela participação popular que, de fato, alterasse a correlação e

¹²³ MONTEIRO, 2018, pg. 239.

¹²⁴ PERUZO, Pedro Pulzatto. *Direito à consulta prévia aos povos indígenas no Brasil*. In: Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, vol. 08, n. 04, 2017, p. 2737.

concentração de renda e poder em torno da galinha de ouro bilionária das contratações públicas brasileiras?

A melhor resposta a estas suspeita e pergunta demandará um mergulho mais detalhado sobre as tensões entre a educação pública popular e a paulatina derrubada dos limites entre Estado e mercado promovida seja por grandes empresas monopolizadoras do fornecimento ao poder público, seja pela parcela “endinheirada” do terceiro setor.

Mas, antes de tudo, e para não nos afastarmos demais das provocações de Pedro Henrique, é preciso perguntar: como tudo isso vale e se aplica ao mundo da cana alagoano?

3. DIREITO NO MUNDO DA CANA

As respostas às provocações de Pedro Henrique não estariam completas se não fossem matizadas pelo contexto socioeconômico em que surgiram: o mundo da cana alagoano.

Sim, os desafios da administração pública na região canavieira alagoana não são pontos fora da curva da gestão pública brasileira como um todo, em especial nos municípios de pequeno porte, imensa maioria dentre os entes públicos no país, na árdua tarefa de garantir o pleno acesso à democracia e a prestação de serviços públicos de qualidade à população, transformando em realidade uma linguagem técnica do Direito construída, muitas vezes, desde a perspectiva das grandes metrópoles, sem levar em consideração as características socioeconômicas e as fontes materiais do Brasil profundo.

Mas, no universo cultural dos canaviais, há um ingrediente peculiar que exige atenção redobrada. Para entendê-lo, faz-se necessária uma breve digressão histórica.

Registros indicam que a primeira remessa de açúcar do Brasil colônia para Portugal se deu no ano de 1526, a partir da feitoria de Itamaracá, localizada no atual território do estado de Pernambuco. Essa mesma feitoria foi o destino dos dez primeiros escravos africanos a chegarem ao Brasil, trazidos por Diogo Leite naquele mesmo ano, a fim de se dedicarem a trabalhos agrícolas. Surgia aí o inextricável vínculo que uniria, por todo o decorrer da história colonial brasileira, a cana-de-açúcar e o trabalho escravo.

Contudo, após quatro séculos de simbiose, no advento do século XIX, o preço do escravo se tornou cada vez maior, influenciado pelas restrições ao tráfico na Europa. Somando-se isso à venda de grande parte da população escrava para os emergentes cafezais da região sul do país, o número de escravos caiu drasticamente na zona canavieira nordestina. Para reverter tal situação, os proprietários começaram a facilitar o estabelecimento de moradores nas suas terras.

Esses moradores eram constituídos em sua origem de índios civilizados, mulatos e negros livres. Em troca de proteção e de um pequeno pedaço de terra, os proprietários exigiam que cultivassem lavouras de subsistência e que lhe pagassem um pequeno aluguel anual. Além disso, na época de maior trabalho nos engenhos, esses moradores costumavam dar ao proprietário alguns dias de trabalho por semana, às vezes gratuitamente, às vezes em troca de ínfimos salários: era a *condição* ou *cambão*. Além dessas *condições*, os proprietários, como

forma de reter os moradores, emprestavam determinada quantia a estes, só permitindo que os devedores deixassem a sua propriedade quando o débito fosse quitado.

Tal fenômeno social, conhecido como “sistema de morada”, fortaleceu-se no fim do século XIX após o fim da escravidão, tornando-se nas décadas seguintes elemento fundamental para a continuidade do modelo de produção açucareira ao longo do século XX. Por conta de sua centralidade, vale reproduzir algumas análises científicas oriundas da sociologia e antropologia sobre esse sistema¹²⁵.

Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que, a partir do século XX, “tornar-se morador significava se ligar ao senhor do domínio de uma maneira muito específica, numa relação que supunha residência e trabalho simultaneamente”¹²⁶. Havia forte significado simbólico em se pedir uma morada ao invés de trabalho. Solicitar morada era reconhecer não ter outra escolha melhor, não ter para onde ir. Sem meios de organizar sua existência social, o trabalhador “vinha pedir ao senhor que os fornecesse, ou mesmo que a organizasse para si. Caíam assim sob a estreita dependência do senhor”¹²⁷.

Surge, então, mais que uma relação de trabalho, uma “dívida moral”, uma “forma específica de dominação”¹²⁸ que gravitava entre a gratidão e a submissão. Isso porque, “o simples fato de ser o próprio trabalhador quem pedia casa de morada fazia com que, no próprio ato de ser constituído morador, contraísse uma dívida moral, um reconhecimento para com o senhor de engenho que lhe concedia, por esse mesmo ato, uma casa e trabalho”¹²⁹.

A morada e as vantagens dela advindas (roçado, criação de animais, festas comunitárias) eram consideradas como um “dom” recebido, uma benevolência dos grandes proprietários. No entanto, por essa característica de favor, havia sempre uma incerteza velada quanto à permanência das “vantagens” materiais e simbólicas, que poderiam “ser reduzidas a zero por meio de uma decisão unilateral do senhor”¹³⁰.

¹²⁵ Para uma visão mais ampla e profunda sobre esse resgate histórico, recomenda-se o trabalho de Lúcio Verçosa em sua obra: *Os homens-cangurus dos canaviais alagoanos: um estudo sobre trabalho e saúde*. Maceió: Edufal, 2018.

¹²⁶ GARCIA, Afrânio. *Sujeitos e Libertos: sobre a transição para trabalhadores livres do Nordeste*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, n. 7, v.3, p.05-41, 1988, p.9.

¹²⁷ GARCIA, *idem*.

¹²⁸ PALMEIRA, Moacir. *Casa e trabalho: notas sobre as relações sociais na plantation tradicional*. Contraponto, v. 2, n. 2, p. 103-114, nov. 1977, p. 113.

¹²⁹ HEREDIA, Beatriz Alasia de. *Formas de dominação e espaço social: A modernização da agroindústria canavieira em Alagoas*. São Paulo: Marco Zero; Brasília, DF: MCT/CNPq, 1988, p. 118.

¹³⁰ GARCIA, 1988, p. 15.

Diversas foram as tentativas de romper esse circuito fechado de dominação ao longo da século XX, principalmente a partir da segunda metade do década de 1950, com o surgimento das Ligas Camponesas, o fortalecimento dos sindicatos dos trabalhadores rurais e a aprovação, em 1963, do Estatuto do Trabalhador Rural, que estendia alguns importantes direitos dos trabalhadores urbanos para os trabalhadores rurais, como salário mínimo, 13º salário, férias anuais pagas e aviso prévio, além de prever, em caso de conflito, a mediação da Justiça trabalhista.

Essa intermediação de instrumentos do Estado Democrático de Direito, como no caso da atuação do Poder Judiciário na solução dos conflitos trabalhistas, representou um abalo sísmico na lógica do favor e da subserviência na zona canavieira, justamente porque tinha um “efeito simbólico preciso: colocava no mesmo plano a palavra do morador e do senhor e materializava a existência de um poder acima do senhor”¹³¹.

Os sindicatos rurais e o Estatuto do Trabalhador Rural se transformaram em um ponto de ruptura entre duas épocas, ao subverterem por completo as relações tradicionalmente estabelecidas¹³². Entender como isso se deu é relevante para se compreender o papel do direito e da moral na conformação das relações sociais e da vida pública na região canavieira.

Em estudo antropológico com o sugestivo título de *Armadilhas da honra*¹³³, Lygia Sigaud relembra que, desde o início dos anos 50, estava em curso uma drástica mudança nas regras do sistema de morada. Isso porque, com a crise econômica que se espalhou no setor sucroalcooleiro, os grandes proprietários de terra começaram a buscar meios alternativos de aumentar os ganhos de produtividade com a expansão da área de cultivo da cana. Para isso, não só retiraram dos moradores o usufruto das terras da morada, como passaram a modificar as formas de remuneração do trabalho feito, reduzindo os valores pagos pela cana cortada. Com isso, passaram a negligenciar as obrigações morais de protetores e doadores, pilar do sistema de morada. Essa quebra unilateral das regras do jogo criou “possibilidade da ruptura de outras regras que os moradores aceitavam como parte da ordem natural das coisas, notadamente aquelas que os obrigavam a serem leais a seus patrões e a não questionarem sua autoridade”¹³⁴.

¹³¹ GARCIA, *idem*.

¹³² PALMEIRA, Moacir. *Desmobilização e conflito: relações entre trabalhadores e patrões na agroindústria pernambucana*. Revista de Cultura e Política, vol. 1, nº 1, pp. 41-55, ago. 1979.

¹³³ SIGAUD, Lygia. *Armadilhas da honra e do perdão: usos sociais do direito na mata pernambucana*. Mana. Estudos de Antropologia Social, v. 10, n. 1, p. 131-163, abr. 2004.

¹³⁴ SIGAUD, 2004, p. 136.

Esse contexto irá influenciar a organização dos trabalhadores rurais, seja por meio da formação de ligas, associações e sindicatos, que pressionará cada vez mais a regulamentação das relações de trabalho no campo. Fruto dessa pressão, o Congresso Nacional aprovou, em 1963, o Estatuto do Trabalhador Rural, que regulamenta as obrigações dos empregadores rurais e prevê, em casos de conflito, a mediação da Justiça trabalhista.

O texto da nova lei tornou-se verdadeiro objeto de luta política. Sindicatos passaram a promover greves e manifestações pelo pagamento dos novos direitos e apoiaram os primeiros processos judiciais de moradores contra as violações dos direitos trabalhistas. Cortadores de cana que nunca tinham recorrido à Justiça contra seus patrões começaram a fazê-lo. Não por outro motivo, nesse período, em Pernambuco, durante a gestão do governador Miguel Arraes, foi firmado o primeiro contrato coletivo de trabalho da região canavieira entre representantes sindicais e proprietário de terra, que estabelecia, dentre outras cláusulas, uma tabela pré-definida dos preços e dimensões das tarefas agrícolas, razão principal dos conflitos nos engenhos de cana, uma vez que eram os patrões que os impunham e modificavam arbitrariamente.

Como alerta Sigaud, seria incorreto, e até leviano, computar a introdução do direito como regulador das relações sociais na região canavieira como efeito direto da promulgação do Estatuto do Trabalhador Rural, como se os direitos sociais dos trabalhadores passassem a ser respeitados apenas porque a lei assim o exigia. Claro que a existência de novas normas jurídicas e a consolidação do Poder Judiciário como instituição estatal na região contribuíram para essa mudança na ordem social. Mas elas, por si só, não teriam o condão de modificar a estrutura de poder que regia as relações sociais no mundo da cana.

Para que esses direitos sociais se tornassem efetivos, foi necessária uma ampla mobilização social, com a participação de dirigentes sindicais e lideranças comunitárias. Contudo, seria de um voluntarismo ingênuo acreditar que a organização classista dos trabalhadores teria o condão, por si só, de romper com o sistema de moradia. Nesse sentido é significativo o fato de que, nem todos os trabalhadores - a bem da verdade, nem sequer a maioria deles -, decidiu por se juntar aos sindicatos rurais ou mesmo por “colocar os patrões no pau”, levando os conflitos trabalhistas para a Justiça. Por conta disso, seria mais condizente

tratar a sindicalização e judicialização dos conflitos como consequência e não causa da crise do sistema de morada¹³⁵.

A causa principal, a raiz da introdução do direito como um dos reguladores das relações sociais, se dá a partir do rompimento da tradição, da perda da proteção que os “patrões” deveriam conceder aos “moradores”, base do sistema de morada. Esse abandono desobrigou, mesmo que momentaneamente, a subserviência dos trabalhadores do mundo da cana e os impeliu a buscar nos “direitos”, na intermediação dos acordos coletivos e ações judiciais, uma compensação a essa ruptura unilateral da proteção¹³⁶.

Fala-se em desobrigação “momentânea” porque as relações de favor e subserviência do sistema de morada persistiram e se reinventaram ao longo das últimas décadas. Se levarmos em consideração que nos municípios da zona canavieira, como os de Alagoas, as relações de poder econômico foram transpostas para o seara político, concentrando nos mãos dos proprietários de terra as funções e cargos da administração pública municipal, é possível compreender como a “coerção moral” do sistema de morada se transformou em uma “armadilha da honra” que se sobrepõe às instituições democráticas e atua como uma sombra a constranger todo exercício de soberania popular nestas cidades. Afinal, como me opor ao senhor-proprietário-prefeito-deputado, se ele me “deu” tanto?

No caso específico da zona canavieira da Capela de Pedro Henrique, recente pesquisa de Ana Carolina Castro, Anabelle Santos Lages e Wendell Ficher Assis¹³⁷ traz revelações importantes sobre a experiência do poder judiciário alagoano na mediação e solução de conflitos agrários.

Após se debruçarem sobre um total de 241 processos judiciais que tramitaram entres os anos de 2009 e 2014 na vara especializada em conflitos agrários, criada por lei estadual para

¹³⁵ “Os indivíduos não cobram ou deixam de cobrar os direitos porque os conhecem ou ignoram, porque estes foram ou deixaram de ser violados, porque a Justiça é acessível ou deixa de sê-lo. Todos esses fatores podem ou não favorecer a cobrança de direitos, mas ela é incompreensível se se ignora que a cobrança dos direitos está subordinada a outras normas que regem a vida social, às coerções morais que se abatem sobre todos aqueles envolvidos em relações de troca e aos interesses que lhes estão associados”. SIGAUD, Lygia. *Direito e coerção moral no mundo dos engenhos*. Estudos Históricos, v. 9, n. 18, p. 361-388, 1996, p. 380.

¹³⁶ Na virada dos anos 1980 para os anos 1990, quando nova crise eclodiu na zona canavieira, muitos trabalhadores sentiram que estavam à beira de perder tudo: não havia mais nenhuma proteção, nem da tradição nem do direito. Esta representação contribuiu para que se dispusessem a ocupar os engenhos e a começar a inventar um novo direito: o direito à terra e à reforma agrária. SIGAUD, 2004, p. 156.

¹³⁷ CASTRO, Ana Carolina; LAGESE, Anabelle Santos; ASSIS, Wendell Ficher. *Da violência opressora à negociação institucional: a judicialização dos conflitos agrários no cenário alagoano*. Estudos Sociedade e Agricultura, jun. 2018, v. 26, n. 2, p. 309-330

tratar, especificamente, de litígios coletivos pela posse de imóvel rural, as pesquisadoras chegaram à conclusão que “na Vara Agrária alagoana a evocação da legalidade, da celeridade e a afirmação míope do direito de propriedade têm sido acionadas na justificação de decisões judiciais que seguem operando a perpetuação de injustiças sociais”, de forma que, “longe de promover uma equalização justa dos conflitos agrários, a judicialização das disputas tem contribuído para perpetuar um cenário de violência que, contudo, se apresenta na contemporaneidade em roupagens institucionais”¹³⁸.

Embasam essa conclusão o fato que todas as ações protocoladas são de autoria de sujeitos que reivindicam a propriedade da terra ocupada, sendo 94% delas para manutenção e reintegração de posse e os outros 6% de interdito proibitório. Enquanto o polo ativo dessas ações foram ocupadas por empresários, fazendeiros, políticos, funcionários públicos ou profissionais liberais, não foi identificado, dentre os mais de 240 processos analisados, nenhum caso em que os movimentos e organizações populares de luta pela terra ocuparam o polo ativo, ou mesmo uma ação em que a parte ré tenha sido outra que não um movimento social. De modo que, a participação popular na esfera jurídica passa a ser caracterizada mais como uma atitude de resistência que de garantia e acesso a direitos.

Não seria errado afirmar, desta forma, que o sistema de moradia é uma das principais chaves de interpretação para compreender o contexto social marcado pelo misto de medo, subserviência e gratidão que perdura até os dias de hoje nas cidades canavieiras alagoanas, e que se constitui como obstáculo a ser superado para a consolidação definitiva do Estado Democrático de Direito como regulador das relações sociais e vetor do desenvolvimento pautado na dignidade humana nos municípios da região.

Como lembra Luis Manuel Fonseca Pires, o medo é um afeto com dimensão política relevante na própria formação do Estado que atravessa relações sociais, criando um sentimento de identidade entre os potenciais afetados por diversas facetas deste medo difuso - do desemprego, da fome, da falta de moradia, da violência, do estrangeiro, do outro, a ponto de convertê-lo na adesão social necessária para empossar autoridades, abdicar direitos, normalizar obediências e legitimar o uso da força - mesmo quando indiscriminado e autoritário. Em última instância, essa mobilização sistemática do medo e da insegurança social será usada como instrumento político e arma ideológica para interditar a participação e a crítica. Como sintetiza

¹³⁸ CASTRO et al, 2018, p. 329.

Pires, “O hábito, a constância desta espontânea disponibilidade à tirania, torna-se um ‘poder irresistível’ a nos ‘ensinar a servir’”¹³⁹.

Não seria de todo estranho, deste modo, identificar no sistema de morada na região canavieira como uma exemplificação em escala micro de como a mobilização de afetos políticos é instrumento de adesão social a sustentar a cessão consentida de direitos individuais que caracteriza a própria formação do Estado moderno.

É possível, então, trazer novas luzes a essa discussão se pensarmos o sistema de morada por meio da perspectiva do Direito Fundamental à Liberdade.

Em seu clássico *Discurso da servidão voluntária*¹⁴⁰, Etienne de La Boétie busca saber por que as pessoas obedecem, isto é, por que, na sociedade moderna que se constituía no momento de sua escrita, as pessoas ou povos ainda se permitiam renunciar voluntariamente à própria liberdade, submetendo-se, por livre vontade e iniciativa, às ordens e arbítrios de um agente externo, governante.

Para ele, existiriam três motivos para a servidão voluntária: o costume, a covardia e as estruturas de poder. E se a servidão é um ato de vontade, o rompimento desses grilhões também o é. Como são os próprios indivíduos e povos que se fazem dominar, bastariam o firme desejo em ter sua liberdade de volta para assim o conseguir. Em suas próprias palavras: “Sede resoluto em não servir mais e estareis livres”.

Já na metade do século 20, Isaiah Berlin, em seu seminal ensaio *Dois conceitos de liberdade*¹⁴¹, vai trabalhar a noção da liberdade em duplo viés. O primeiro deles, chamado negativo, gira em torno da ideia da ausência de interferência externa na disposição das atividades de um indivíduo. A extensão da liberdade, em seu viés negativo, consistiria na ausência de obstáculo não simplesmente às escolhas reais dos indivíduos, mas também às escolhas potenciais – ao modo de agir de uma forma ou de outra, conforme opção de cada ser.

O sentido positivo da noção de liberdade se relacionaria com as ideias de autonomia e autodeterminação. Origina-se do desejo de cada indivíduo em ser seu próprio senhor, de modo que suas decisões dependam dele mesmo e não de forças externas de qualquer tipo. A liberdade

¹³⁹ PIRES, 2021, p. 26, 123, 124, 140, 147, 148.

¹⁴⁰ LA BOÉTIE, Etienne de. *Discurso da servidão voluntária*. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 69-108.

¹⁴¹ BERLIN, Isaiah. *Dois conceitos de liberdade*. In *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 226-272.

positiva, desta forma, nada mais seria que a vontade alimentada por todo ser humano de decidir por si mesmo os rumos de sua vida.

Problematizando as perspectivas de liberdade feitas por La Boétie e Berlin, seria necessário perguntar se é possível falar em uma liberdade inata, em sentido puro, natural, livre de todas as conjunturas e pressões sociais e históricas; uma ideia de liberdade individual que se aplique prévia e universalmente a todo um país ou território, sem levar em consideração recortes culturais, políticos e socioeconômicos. Em outras palavras, pergunta-se: a liberdade individual faz parte do âmago humano ou é uma construção social?

Parece-nos mais condizente com o contexto social do mundo da cana nordestino adotar o pressuposto de que a liberdade é uma construção social, onde os aspectos negativo e positivo funcionam como tese e antítese necessárias à síntese dialética da liberdade possível em cada contexto histórico. Desta forma, a efetivação do direito à liberdade passa a ser fruto do consenso provisório e em constante construção dos interesses particulares de indivíduos e classes sociais em disputa num determinado tempo e lugar.

E essa síntese dialética só pode ocorrer, como já afirmado, a partir de um Estado que se abra à participação popular, à escuta ativa dos interesses conflitantes, de modo a absorver a maior quantidade e qualidade de informações para se adotar a decisão capaz de proporcionar a melhor resposta possível aos conflitos sociais e à concretização do direito à liberdade.

Neste ponto, parece-nos pertinente dialogar com as reflexões do jurista inglês Herbert L.A Hart. Em sua obra *O conceito de Direito*¹⁴², publicada nos anos iniciais da década de 1960, Hart busca construir uma compreensão do direito para além das ideias de ordem, ameaça e obediência. Para ele, não é possível reduzir o fenômeno jurídico à visão simplificadora que vê nele um meio de controle social em que as pessoas se submeteriam às ordens oriundas de um poder soberano por conta, exclusivamente, do medo da punição e coerção física em caso de descumprimento. Na visão de Hart, “é óbvio que a previsibilidade do castigo é um aspecto importante das regras jurídicas; mas não é possível aceitar isto como uma descrição exhaustiva”¹⁴³.

Partindo de uma perspectiva oriunda da filosofia da linguagem comum, em que a construção do conhecimento não é fruto de um exercício artificial de purificação da linguagem

¹⁴² HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

¹⁴³ HART, 2001, p. 15.

ordinária, mas sim de um aprofundamento e esclarecimento de seus termos e usos cotidianos, Hart vai desenvolver o conceito de regra jurídica a partir da distinção “entre a asserção de que alguém *foi obrigado a fazer algo* e a asserção de que essa pessoa *tinha a obrigação de o fazer*”¹⁴⁴.

Uma regra jurídica se diferenciaria tanto de hábitos regulares em uma sociedade como de condutas sociais baseadas em ameaças de castigo: não se pode confundir a obrigação oriunda daquela, por exemplo, com a obediência às ordens de um assaltante armado ou ao costume de ir semanalmente ao cinema. Para Hart, uma pessoa obedece às regras jurídicas não porque tem medo ou por mero hábito, mas, em última instância, porque acredita que aquilo é o mais correto a se fazer, porque concorda com a própria razão de existir daquelas regras, “porque se crê que são necessárias à manutenção da vida social ou de algum aspecto desta altamente apreciado”¹⁴⁵.

É esse *ponto de vista interno* que explicará tanto a pressão social pelo cumprimento das regras jurídicas como o fato destas serem seguidas mesmo quando em conflito com os interesses individuais da pessoa que as cumpre. Daí o fato de se aproximar mais à ideia de *dever*, de *ter a obrigação de fazer*. Não será por outro motivo, explicará Hart, que “dizemos que censuramos ou castigamos um homem *porque* violou a regra e não meramente que era provável que o censuráramos ou castigaríamos”¹⁴⁶.

Essa perspectiva fornece uma explicação da obrigação jurídica isoladamente, mas não de seu funcionamento em um contexto social complexo, dentro um ordenamento jurídico como um todo. Para fornecer esse panorama geral, Hart partirá de uma distinção entre obrigação e regra, ao afirmar que “as regras são concebidas e referidas como impondo obrigações quando a procura geral de conformidade com elas é insistente e é grande a pressão social exercida sobre os que delas desviam ou ameaçam desviar-se”¹⁴⁷. Regras seriam, portanto, a junção entre as obrigações socialmente aceitas com a pressão social para seu cumprimento.

Essas regras podem ter sua origem nos próprios costumes de uma comunidade, não se exigindo um sistema central organizado de castigos contra sua violação. O controle social para o cumprimento destas regras poderia se resumir a uma reação hostil ou desaprovação

¹⁴⁴ HART, 2001, p. 92.

¹⁴⁵ HART, 2001, p. 97.

¹⁴⁶ HART, 2001, p. 15.

¹⁴⁷ HART, 2001, p. 96.

generalizada. Em situações como essa, quando a pressão social é exercida por meio do apelo coletivo a sentimentos de vergonha, remorso ou culpa, seria mais correto classificar “as regras como parte da moral do grupo e a obrigação decorrente das regras como obrigação moral”¹⁴⁸. Por outro lado, quando a pressão social se vale de sanções físicas, mesmo quando não centralizadas em estruturas oficiais e deixadas à comunidade em geral, seria possível classificar as regras de tal tipo como uma forma primitiva ou rudimentar de direito.

Seguindo essa linha de raciocínio, Hart afirmará que uma sociedade de baixa complexidade, fixada num ambiente minimamente estável em que seus membros compartilham sentimentos, crenças e tradições comuns, poderia abrir mão de um sistema centralizado de regras e castigos oficiais. Nelas, bastaria como único meio de controle social a atitude geral do grupo em relação aos modos-padrão de comportamento. A essas regras que impõem e controlam diretamente os deveres e condutas sociais, que exigem dos membros da comunidade que ajam ou se abstenham de agir, quer queiram ou não, Hart chamará de obrigações básicas ou primárias¹⁴⁹.

Contudo, a partir do momento em que essa comunidade se torne mais complexa, a sustentabilidade desse tipo de sistema social começa a ruir e seus membros se deparam com, ao menos, três tipos de problema¹⁵⁰. O primeiro deles é o da incerteza. Devido à constante mudança e aumento das regras existentes, as pessoas já não sabem ao certo quais regras são válidas e obrigatórias e quais não são. O segundo é o problema do caráter estático. Em sociedades deste tipo, não há um reconhecimento de formas institucionais ou de pessoas dotadas de autoridade para adaptar as regras existentes à realidade em constante mutação, seja por meio da introdução de novas regras, seja por meio da eliminação das existentes. Consequência destes, o último problema identificado por Hart seria o da ineficácia. A incerteza e a incapacidade de adaptação das regras primárias, somadas à ausência de uma instância oficial e centralizada capaz de determinar sanções às violações, enfraqueceriam a pressão social para o cumprimento destas regras, permitindo-se cada vez mais seu descumprimento.

¹⁴⁸ HART, idem.

¹⁴⁹ HART, 2001, p. 101.

¹⁵⁰ HART, 2001, p. 101. Para uma melhor síntese do pensamento de Hart, indica-se o artigo *Um Sistema de Regras Primárias e Regras Secundárias: Exposição do Argumento de Hart em “O Conceito de Direito”* (2011), do professor de Teoria de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, André Luiz Souza Coelho, disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2011/12/um-sistema-de-regras-primarias-e-regras.html>. Acesso em 29 nov. 20.

A superação da incerteza, inaptidão e ineficácia, avalia Hart, só seria possível se as regras primárias de obrigação fossem complementadas com outros tipos de regras que assegurassem aos membros da comunidade criar, extinguir ou modificar as regras primárias, determinando os diferentes modos de aplicação e fiscalização. Enquanto as regras do primeiro tipo imporiam deveres, as do segundo tipo atribuiriam poderes, públicos ou privados, para a criação, modificação e aplicação destes deveres. São regras instrumentais, que não regulam condutas, mas sim a forma como essas condutas serão reguladas¹⁵¹. A essas regras complementares ou parasitas, Hart chamará regras secundárias.

Haveria, portanto, um tipo de regra secundária para cada um dos problemas identificados nas regras primárias. Contra o problema da incerteza, o remédio seria a introdução de uma “regra de reconhecimento”, que institui um critério formal para decidir quando uma regra é ou não válida e obrigatória. Ao introduzir esse método puramente formal, independente, portanto, de concordância íntima ou apreciação do mérito de seu conteúdo,¹⁵² elimina-se a dúvida e se supera a incerteza quanto à validade e cumprimento dos deveres oriundos das obrigações primárias¹⁵³.

Já para superar problema do caráter estático, a comunidade deveria instituir “regras de alteração”, que definiriam quem são as pessoas dotadas de autoridade e legitimidade para criar, alterar ou extinguir regras primárias, bem como o procedimento preciso que devem seguir, de modo a evitar incertezas sobre quais regras quais são as regras vigentes ou não¹⁵⁴.

O último complemento ao regime simples das regras primárias de obrigação, destinado a remediar o problema da ineficácia, seria a introdução de “regras de julgamento”, que definiriam quem são as pessoas dotadas de autoridade responsáveis por mediar os conflitos entre os membros da comunidade, identificando quando um regra primária foi ou não violada e as consequências dessa violação, autorizando, inclusive, a aplicação das sanções oficiais centralizadas do sistema¹⁵⁵.

Para Hart, e aqui vale a citação mais extensa, “a introdução de um corretivo para cada defeito poderia em si ser considerado um passo na passagem do mundo pré-jurídico para o jurídico, uma vez que cada um desses remédios traz consigo muitos elementos que vão permear

¹⁵¹ HART, 2001, p. 91.

¹⁵² COELHO, 2011.

¹⁵³ HART, 2001, p. 105.

¹⁵⁴ HART, 2001, p. 105-106.

¹⁵⁵ HART, 2001, p. 107.

o direito: os três remédios em conjunto são sem dúvida o bastante para converter o sistema de regras primárias naquilo que é indiscutivelmente um sistema jurídico”¹⁵⁶. Desta feita, um sistema jurídico poderia ser conceituado como a estrutura resultante da “combinação das regras primárias de obrigação com as regras secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento”¹⁵⁷, em que o hábito geral de obediência é fruto de uma aceitação compartilhada das regras, tantos pelos cidadãos comuns com pelos agentes públicos, que reconhecem os mesmos critérios dotados de autoridade para identificar as regras primárias de obrigação¹⁵⁸.

Esse conceito hartiano do Direito traz, de fato, novas luzes à compreensão da concretização do fenômeno jurídico e do direito à liberdade no mundo da cana nordestino. Isso porque não nos parece de todo impossível transpor o que se identificou acima como “passagem do mundo pré-jurídico para o jurídico” à crise do sistema de morada na zona da mata canavieira dos anos 1960.

Enquanto vigorava as obrigações primárias do sistema de morada, isto é, enquanto os proprietários, por um lado, forneciam proteção e um pedaço de terra, e os trabalhadores, por outro, o fruto de seu trabalho e o respeito irrestrito às ordens do patrão, a região canavieira nordestina era, na prática, um mundo pré-jurídico, uma sociedade de baixa complexidade baseada em sentimentos, crenças e tradições comuns, que reconhecia, mas não aplicava, o sistema centralizado de regras e castigos oficiais oriundo do ordenamento jurídico brasileiro. A lei dos canaviais era a lei dos senhores de engenho.

Contudo, a partir do momento em que os grandes proprietários decidiram aumentar seus lucros por meio da expansão do cultivo da cana-de-açúcar por sobre as terras antes destinadas aos moradores, ruíram-se os alicerces da lógica de troca e favor que sustentavam as relações sociais no mundo dos canaviais. Essa quebra unilateral das regras do jogo impactará a dinâmica das regras básicas do sistema de morada, desobrigando os moradores a serem leais a seus patrões e a não questionarem sua autoridade.

Diante da incerteza sobre quais seriam as regras a serem seguidas, da inaptidão dos proprietários em adequar as regras existentes à realidade em mutação e da inexistência de uma instância imparcial que pudesse mediar os conflitos entre moradores e proprietários, foi

¹⁵⁶ HART, 2001, p. 103.

¹⁵⁷ HART, 2001, p. 107.

¹⁵⁸ HART, 2001, p. 127.

necessário recorrer às regras secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento, que pudessem ser aceitas e compartilhadas por todos, proprietários e cortadores.

Adota-se, a partir daí, as premissas de um sistema jurídico constituído de regras primárias e secundárias, em que as obrigações reconhecidas como válidas e obrigatórias serão aquelas oriundas do Estatuto do Trabalhador Rural promulgado pelo Congresso Nacional e, em caso de não cumprimento, a solução não se dará mais no plano individual das trocas e favores, mas através dos acordos coletivos mediados pelas sindicatos rurais e, em última instância, através da provocação do Poder Judiciário.

Apesar de se entender possível utilizar os conceitos de Hart para explicar a relação com o Direito e o Estado que impera nas cidades canavieiras nordestinas, é sempre bom lembrar que essa transposição não pode ser feita de modo automático. Isso porque não acreditamos que houve, na região da cana alagoana, a superação por completo do mundo pré-jurídico pautado pelas obrigações morais e o uso privado da força. As relações de favor e subserviência do sistema de morada persistiram e se reinventaram ao longo das últimas décadas. A dominação econômica migrou dos canaviais para as instituições estatais, concentrando nas mãos dos mesmos coronéis o poder econômico e o político. Não seria errado dizer que a moral coronelista se apropriou dos mecanismos próprios de funcionamento das regras secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento. Por trás da aparência de imparcialidade do Estado Democrático de Direito, as leis, os atos administrativos e as decisões judiciais continuam submissas à influência e interesses dos antigos senhores de engenho.

Esta simbiose entre o jurídico e o pré-jurídico também pode ser compreendida como fruto do malformado capitalismo brasileiro, que Francisco de Oliveira¹⁵⁹ equiparou ao ornitorrinco, por seus impasses e combinações esdrúxulas. A resiliência do arcaico, a permanência escamoteada do sistema de morada no mundo da cana, nada mais seria que uma faceta da modernização conservadora brasileira que, a par da crescente urbanização e industrialização das últimas décadas, não superou os vícios estruturais provenientes da antiga sociedade pré-industrial, marcada pelas relações promíscuas entre a esfera pública e a privada e na qual os grandes proprietários de terra continuam no centro do poder político.

A ideia de modernização conservadora foi cunhada por Roberto Schwarz em ensaios

¹⁵⁹ OLIVEIRA, Francisco de. *Crítica à razão dualista/O ornitorrinco*. São Paulo, Boitempo, 2003.

escritos nos anos 1960 e 70¹⁶⁰. Tendo como objeto de estudo a cultura e a literatura brasileira, mais especificamente a obra de Machado de Assis, Schwarz acaba por refletir sobre o processo de formação do Estado brasileiro. Para ele, a trajetória nacional é marcada, desde o século XIX, por um "pitoresco estrutural", um sistema de funcionamentos anômalos em que “a comédia local das presunções de civilidade e progresso são desqualificadas pelo pé na escravidão e nas relações conexas”¹⁶¹.

Como a independência nacional não se originou de nenhum processo de convulsão social capaz de promover alterações na estrutura de poder econômico e social do período colonial, a formação do Estado brasileiro se pautou, em grande medida, na manutenção dos benefícios das classes dominantes locais. E para manter seus privilégios, essa elite só poderia adotar indicadores da modernidade, tais quais a submissão de todos perante a Lei, a separação entre o público e o privado e a defesa das liberdades civis, desde um ponto de vista meramente formal - o conhecido “para inglês ver”. Por trás desse álbi das aparências, o que se desnuda é a “elasticidade com que a civilização burguesa se acomoda à barbárie, a qual parecia condenar e que lhe é menos estranha do que parece”¹⁶².

Por essa perspectiva, a superposição entre o jurídico e o pré-jurídico nos municípios da região canavieira alagoana não seria um ponto fora da curva, mas uma característica estrutural própria da conformação anômala do Direito nessas regiões.

Uma possível superação desse impasse, ao menos no plano teórico, partiria de um retorno à obra de Hart. Na sua reflexão sobre o fenômeno do Direito, ele ressalva que, por conta do pluralismo político que caracteriza todo regime democrático e da própria incapacidade humana para antecipar o futuro, não seria possível um sistema jurídico que tudo antevê e regula, determinando com inteira precisão quando um objeto ou fato corresponderia aos conceitos gerais e abstratos das leis. Por conta disso, haveria graus de indeterminação¹⁶³, zonas de foco e penumbra, a serem preenchidos por uma “escolha criadora” exercida pelos tribunais “ao interpretarem uma lei concreta que se revelou indeterminada”¹⁶⁴. Na palavras do autor, “haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correcta e, para decidir os casos em que tal ocorra, o juiz deve exercer seus poderes de criação

¹⁶⁰ SCHWARZ, Roberto. *As ideias fora do lugar: ensaios selecionados*. São Paulo: Companhia das Letras, Penguin Books, 2014.

¹⁶¹ SCHWARZ, 2014, p. 131.

¹⁶² SCHWARZ, idem.

¹⁶³ HART, 2001, pg. 143.

¹⁶⁴ HART, 2001, pg. 166.

do direito”¹⁶⁵, poder esse restrito e limitado a “resolver as questões específicas suscitadas por casos concretos”¹⁶⁶.

Nos parece que essa textura aberta de que fala Hart, ao identificar “áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinarão o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso”¹⁶⁷, também se aplicaria às decisões e atos administrativos.

Apesar das muitas críticas que se colocaram à abrangência do poder discricionário judicial que essa “função criadora” concederia aos juízes, entendemos, respeitadas as opiniões divergentes¹⁶⁸, que as respostas de Dworkin e das teorias interpretativistas à ideia de textura aberta hartiana ainda depositam no juiz o poder, quase absoluto, de encontrar a decisão correta para o caso concreto.

Parece-nos, em contrapartida, que uma das mais eficazes problematizações aos pressupostos da textura aberta hartiana é aquela trazida por Duncan Kennedy, desde a perspectiva das teorias críticas do direito (*Critical Legal Studies*, no original em inglês)¹⁶⁹. Para essa visão do fazer jurídico, não há empecilho algum em adotar o ideal positivista hartiano de que o direito é às vezes indeterminado, noutras determinado. A dificuldade reside em crer que existiria um atributo inato às normas de um ordenamento jurídico que definiria, por si só, quando um caso se localizaria ou na área de determinação ou na área de penumbra. Seria possível, na prática, identificar esse marco entre a subsunção e ponderação, de modo que, por mais escuro e difícil, sempre se poderia encontrar uma única correta decisão para cada caso?¹⁷⁰

Respondendo negativamente, Kennedy irá rechaçar, num primeiro momento “a ideia de que a determinação e a indeterminação sejam ‘qualidades’ ou ‘atributos’ inerentes à norma, independente do trabalho do intérprete”¹⁷¹. Ao revés, para ele não há como se falar em um direito preexistente que resolve por si as questões concretas, com independência dos sujeitos

¹⁶⁵ HART, 2001, pg. 336.

¹⁶⁶ HART, 2001, pg. 338.

¹⁶⁷ HART, 2001, pg. 148.

¹⁶⁸ Para uma visão sistemática do embate entre as visões positivistas, interpretativistas e pós-positivistas acerca da teoria da decisão judicial, sugere-se a leitura do capítulo primeiro da obra de Georges Abboud, *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

¹⁶⁹ KENNEDY, Duncan. *Izquierda y derecho: ensayos de teoría jurídica crítica*. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010.

¹⁷⁰ KENNEDY, 2010, pg. 89-93.

¹⁷¹ KENNEDY, 2010, pg. 93. As citações diretas do autor aqui reproduzidas foram traduzidas livremente do original em espanhol.

que o aplicam. Os sujeitos não são mera correia de transmissão de uma suposta correta e preexistente norma a ser aplicada. Ao revés, são parte constituinte da própria decisão jurídica. Determinação ou indeterminação não seriam pré-condições, mas sim contingências oriundas de uma interpretação jurídica encarada como um “trabalho que, como tal, se realiza em um meio e com certos materiais”¹⁷².

Esse “trabalho jurídico” se configura, portanto, como uma “interação” momentânea de um intérprete, situado em determinado tempo e espaço, com o conjunto variável de materiais jurídicos possivelmente aplicáveis aos fatos de um caso. Tal labor nada tem de pré-determinado ou neutro, mas se efetiva como um acontecimento em que o intérprete adota um “comportamento estratégico”, elegendo determinados caminhos para “desenvolver uma possível solução do problema jurídico em detrimento de outra”. Dando nome aos bois, Kennedy indicará que tais “preferências extrajurídicas” norteadoras do “comportamento estratégico” adotado pelo trabalhador jurídico serão orientadas pela ideologia deste próprio intérprete, entendida como um projeto de universalização e hegemonia dos interesses e vontades políticas de um determinado grupo sobre outros¹⁷³.

Não há mais como se falar, desta feita, em um direito nato entendido como técnica neutra de regulação de condutas, apenas naquele construído pela dialética entre o sujeito-intérprete e os objetos-materiais jurídicos à sua disposição, diante de um contexto específico. Tais materiais podem restringir e influenciar, mas nunca determinar ou impedir o trabalho jurídico de fortalecimento estratégico de ideologias jurídicas, consciente ou inconscientemente adotadas pelo intérprete¹⁷⁴.

Perceber essa “face oculta ideológica” presente em todos os aspectos da decisão judicial (ou administrativa) é essencial para entender, como sintetiza Guillermo Moro em sua introdução à obra de Duncan Kennedy, que, no atual estágio da humanidade, o direito se constitui “entre os dispositivos simbólicos mais importantes da sociedade capitalista para naturalizar como institucionalidade inevitável o que não é, senão, uma relação de poder contingente”¹⁷⁵.

¹⁷² KENNEDY, 2010, pg. 17-18 e 30

¹⁷³ KENNEDY, 2010, pg. 17, 28, 30, 31, 90, 91 e 108.

¹⁷⁴ KENNEDY, 2010, pg. 18, 23, 92, 93, 100 e 102.

¹⁷⁵ Guillermo Moro, em sua introdução a KENNEDY, 2010, pg. 13.

Em trilha similar ao de Kennedy, Michael E. Tigar e Madeleine R. Levy vão alertar para o fato de que “as regras jurídicas são, por necessidade, vinculadas ao tempo; são construções de um grupo de pessoas em um dado estágio de desenvolvimento da sociedade”¹⁷⁶. E, justamente por ser essa construção histórica mediada por pessoas em um determinado tempo e território, descabido falar em formas jurídicas como condições naturais ou básicas da existência humana, mas sim em um direito mutante e em constante movimento, “produto do conflito entre classes sociais que procuram adequar as instituições de controle social aos seus fins e impor e manter um sistema específico de relações sociais”¹⁷⁷.

E nunca é demais lembrar, reforçam Tigar e Levy, que “as normas jurídicas ora vigentes tiveram origem nas lutas sociais revolucionárias de uma classe a cujos interesses elas servem”¹⁷⁸ e que toda ideologia jurídica é expressão e resultado das lutas sociais que um grupo empenha e empenhou. Desta forma, longe de ser uma instituição estática, a-histórica e imparcial, uma ordem jurídica, para os autores, é uma superestrutura erigida sobre a base de relações de poder e mantida por uma ideologia jurídica que se vale de um sistema de regras legais para escamotear a defesa dos interesses e vontades políticas hegemônicas, criando constantes “justificações de legitimidade do exercício desse poder”¹⁷⁹.

Ora, aceitar que toda ideologia jurídica dominante teve primórdios revolucionários significa dizer que o poder estatal que ela atualmente defende não é absoluto e está continuamente sujeito à contestação de grupos que querem que esta mesma ideologia “seja interpretada de outras maneiras, ou mesmo derrubá-la e substituí-la por outra”¹⁸⁰. E aqui reside a maior contribuição das reflexões de Tigar e Levy para a investigação objeto destas linhas.

Mais que constatar a mera existência de “ideologias jurídicas concorrentes”, o que se evidencia é um processo gradual de *insurgência* que começa pela busca de um lugar ao sol capaz de melhorar a situação de grupos sociais marginalizados dentro do sistema hegemônico. O passo seguinte é submeter a teste as instituições vigentes de poder explorando os limites da ideologia jurídica dominante e o quanto pode ser realizado dentro desses limites por meio de reinterpretações e exploração de ambiguidades, clarões, espaços vazios e contradições entre a ideologia e os interesse econômicos, a fim de obter “vitórias parciais e temporárias dentro dos

¹⁷⁶ TIGAR, 1978, p. 279

¹⁷⁷ TIGAR, 1978, p. 13

¹⁷⁸ TIGAR, 1978, p. 13, 308

¹⁷⁹ TIGAR, 1978, p. 274

¹⁸⁰ TIGAR, 1978, p. 281, 291

parâmetros da lei vigente” que dão aos dissidentes “uma esfera de autonomia dentro da qual podem refinar e testar seus princípios”. Tudo isso vai desembocar, em última instância, na formulação de uma *jurisprudência da insurreição*, “atividade jurisprudencial na qual o grupo que contesta o sistema dominante de relações sociais não mais procura reformá-lo, mas derrubá-lo e substituí-lo por outro”¹⁸¹.

Ao propor “identificar as contradições específicas entre os interesses do grupo dominante e sua ideologia e usá-las em proveito daqueles que exigem a mudança social”, de modo a construir “máximas de prudência” que irão “amortecer o impacto do poder estatal” e criar as condições necessárias para a formulação de uma ideologia alternativa capaz de “corporificar as reivindicações de justiça que o grupo faz à ideologia dominante e descrever os princípios de direito que colocará em vigor quando e se conseguir o poder estatal”¹⁸², a jurisprudência da insurreição parece-nos, por um lado, apresentar uma resposta teórica mais realista ao que o próprio Hart chamou de poder de criação das decisões (judiciais e administrativas) que determinarão “o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes”; e, por outro, dialogar diretamente com a perspectiva da dialética da soberania, aqui entendida como fruto da tensão entre os distintos interesses privados que compõem a atual sociedade de classes, do embate antagônico entre dominantes e dominadas que produz a síntese contingente e em constante transformação entre os interesses concorrentes do grupo econômica e juridicamente dominante e do campo popular dissidente e marginalizado.

E é nesta perene “contradição entre velhas formas e novas forças sociais”¹⁸³ que a participação popular ganha maior relevância e destaque. Se os tomadores de decisão jurídicas não estão mais imunes a ideologias, por que estariam à pressão e participação popular? Além de ajudar a escancarar a “face oculta ideológica” e “preferências extrajurídicas” em disputa nas decisões jurídicas, sejam elas judiciais ou administrativas, uma maior participação popular nas decisões teria o condão, também, de ampliar o que se entender por trabalhador jurídico ao incrementar o poder de influência de “atores com projetos ideológicos radicais ou de alguma outra variante marginal”¹⁸⁴.

Se não é garantia de melhorar a qualidade ou justeza da decisão jurídica, a participação popular abre espaço para a atuação jurídica e pública de novos atores e grupos, dentre eles

¹⁸¹ TIGAR, 1978, p. 15, 276-279, 298, 301, 303, 309.

¹⁸² TIGAR, 1978, p. 314

¹⁸³ TIGAR, 1978, p. 299

¹⁸⁴ KENNEDY, 2010, p. 100

aqueles dissidentes ou marginalizados, ajudando-os a criar esferas de autonomia e comportamentos estratégicos necessários à construção e consolidação de ideologias contra-hegemônicas e jurisprudências insurgentes que mitiguem, de alguma forma, a concentração de renda e poder característica do estágio atual do Estado capitalista de viés neoliberal - incluindo sua faceta mais arcaica lapidada pelo misto de misto de medo, subserviência e gratidão no mundo da cana alagoano.

E não será por outro motivo que se defende, aqui, a participação popular nas contratações públicas como critério crucial para medir a eficácia social desta participação no fazer da administração pública. Uma lógica de contratação pública permeada pela participação popular que desvende brechas e construa lugares para grupos dissidentes e marginalizados participarem das bilionárias contratações públicas brasileiras desembocará, invariavelmente, num enfraquecimento da concentração de poder político, e consequentemente jurídico, da classe economicamente dominante.

É de se perguntar quais mudanças e abalos não haveria no contexto social e econômico da Capela de Pedro Henrique, marcada pela dependência secular das fazendas e usinas de cana-de-açúcar, se houvesse uma maior distribuição de recursos com o incremento de compras públicas de cooperativas de trabalhadores rurais, quilombolas, indígenas e agricultores familiares assentados da reforma agrária da região. Seguiriam os capelenses à mercê dos resquícios do sistema de moradia e do trabalho precário e muitas vezes análogo à escravidão dos canaviais?

Terminar com a provocação de que a educação popular que leve em consideração a superação das condições de opressão da só pode ser construída com a participação popular.

Mas, antes de nos debruçarmos no delineamento de conceitos e possibilidades jurídicas para consolidação e fortalecimento das contratações públicas populares, faz-se necessário refletir sobre como uma educação pública popular permeada pela participação pode ajudar a superar as condições subjetivas de opressão e construir um contexto social “sem que o medo seja seu fundamento”¹⁸⁵. Para isso, será preciso delimitar o que se entende por educação pública popular e quais os riscos que sofrem do mercado e terceiro setor endinheirado.

¹⁸⁵ PIRES, 2021, p. 126.

4. EDUCAÇÃO PÚBLICA POPULAR

“Para nós, a participação não pode ser reduzida a uma pura colaboração que setores populacionais devessem e pudessem dar à administração pública. Participação ou colaboração, por exemplo, através dos chamados *mutirões*, por meio dos quais se reparam escolas, creches, ou se limpam ruas ou praças. A participação para nós, sem negar este tipo de colaboração, vai mais além”¹⁸⁶. Feita nos últimos dias de maio de 1989, poucos meses após assumir a Secretaria Municipal de Educação de São Paulo, esta provocação de Paulo Freire resume a complexidade e dificuldade de se efetivar a participação popular na educação.

Perguntado sobre a diferença, na prática, da proposta pedagógica de sua gestão em relação às demais, Freire não titubeou em destacar a participação. Mas não qualquer uma. Participação, para ele, “implica, por parte das classes populares, um estar presente na História e não simplesmente nela estar representadas. Implica a participação política das classes populares através de suas representações ao nível das opções, das decisões, e não só do fazer o já programado. Por isso é que uma compreensão autoritária da participação a reduz, obviamente, a uma presença concedida das classes populares a certos momentos da administração”¹⁸⁷.

Essa “compressão autoritária da participação” que a reduz a uma “presença concedida” a confirmar “o já programado” só pode ser superada por uma efetiva “prática democrática da participação” que promova uma “verdadeira instância de poder na criação de uma escola diferente”¹⁸⁸, a que Freire vai chamar de “escola pública popular”. Popular aqui não só no sentido de amplo e gratuito acesso, mas sim “aquela de cuja construção todos podem participar, aquela que atende realmente aos interesses populares que são os interesses da maioria”, onde “todos os agentes, e não só os professores, possuem papel ativo, dinâmico, experimentando novas formas de aprender, participar, ensinar, trabalhar, brincar e festejar”¹⁸⁹.

É para torná-la de fato popular que Paulo Freire vai defender uma transformação radical da escola por meio da “participação organizada na definição de prioridades”. A escola pública,

¹⁸⁶ FREIRE, Paulo. *Direitos Humanos e educação libertadora: gestão democrática da educação pública na cidade de São Paulo*. 1. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2019, p. 198.

¹⁸⁷ Idem, p. 198.

¹⁸⁸ Idem, p. 198.

¹⁸⁹ Idem, p. 67.

resume, será aquela “assumida como projeto educativo pelo próprio povo através de sua efetiva participação”¹⁹⁰.

A passagem de Freire pela Secretaria de Educação da maior cidade brasileira encerrou-se em 1991. Se não houve tempo suficiente para implementar em todas as suas nuances a “escola pública popular”, sua prática e teoria pedagógicas podem ser vistas como sintetizadoras de uma mudança de perspectiva, em curso naquele período histórico, a respeito da participação e colaboração popular na educação pública brasileira.

A relação entre Estado e particulares na prestação de serviços educacionais remonta ao período colonial, mais precisamente a 1549, com a chegada em terras brasileiras da Companhia de Jesus e sua missão de catequese dos povos originários. Se é verdade que a cooperação entre o poder público e as entidades filantrópicas de cunho religioso se perpetuaram ao longo dos períodos Colonial e Imperial, é somente com a Constituição Federal de 1934 que se consolida a educação como direito social a ser garantido pelo Estado, em parceria com os particulares¹⁹¹.

Mas essa parceria não significou um maior controle ou participação popular nos rumos da educação. Longe disso. Nas décadas seguintes, em especial após o golpe civil-militar de 1964, a implementação do regime ditatorial no Brasil e a reforma do ensino de primeiro e segundo graus em 1971, o que se viu foi o arvoreamento de uma pedagogia de cunho tecnicista, fortemente baseada na organização racional do trabalho fordista e no controle de comportamento behaviorista, que se caracterizava pela padronização, centralização e burocratização dos processos de ensino, planejados e controlados por especialistas encastelados em gabinetes, pouco abertos à escuta e participação de professores ou estudantes, muito menos da comunidade fora dos muros da escola ¹⁹².

Essa administração educacional tecnicista e centralizadora se concretizava por meio de “instruções minuciosas sobre como proceder com vistas a que os diferentes agentes cumprissem cada qual as tarefas específicas acometidas a cada um no amplo espectro em que

¹⁹⁰ Idem, p. 67-68.

¹⁹¹ Em seu artigo 149, a Carta de 1934 proclamava a educação como “direito de todos e deve ser ministrada pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País”. A atuação da iniciativa privada era defendida e promovida, de forma explícita, no artigo 154, ao prever que “os estabelecimentos particulares de educação, gratuita, primária ou profissional, oficialmente considerados idôneos, serão isentos de qualquer tributo”.

¹⁹² GOUVÊA, Tathyana e LOVATO, Antônio Sagrado (coord.). *Educação de Alma Brasileira*. Edição do Autor. São Paulo, 2017, p. 84-85.

se fragmentou o ato pedagógico”¹⁹³. O fazer educacional passou a ser controlado de forma excessivamente centralizadora, através de formulários preenchidos por professores cada vez mais sobrecarregados e desvalorizados, imersos em um ambiente administrativo avesso à participação da sociedade e à inserção da escola nos grupos e camadas sociais a que, justamente, deveria servir¹⁹⁴.

É sob a sombra dessa herança autoritária que vai emergir nos anos 1980, junto aos movimentos pela redemocratização, uma busca pela institucionalização e juridicização de iniciativas de participação popular que haviam eclodido de forma fragmentada, e muitas vezes clandestina, nas décadas anteriores, em contraposição ao tecnicismo centralizador que os militares impuseram à educação.

Esse movimento, que teve início com a institucionalização de Conselhos de Escola por gestões democraticamente eleitas em alguns estados e municípios¹⁹⁵, vai ganhar força na segunda metade dos anos 1980 com as discussões em torno das novas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais que vieram a reboque da Assembleia Nacional Constituinte de 1987. O resultado foi a configuração de um ordenamento jurídico e constitucional imbuído de “forte ideologia participacionista, abrindo brechas para a participação da sociedade civil na formulação de políticas públicas e no controle das ações governamentais”¹⁹⁶. Na educação, o exemplo maior foi a previsão explícita, no artigo 206, inciso VI, da Constituição da República, da “gestão democrática” como um dos princípios norteadores do ensino público brasileiro.

De fato, a Carta Maior de 1988 criou um verdadeiro arcabouço participativo para a educação, estabelecendo diretrizes, princípios e normas que ressaltaram a sua centralidade como direito social de todos e todas (art. 6^a), a ser promovido pelo Estado e família em colaboração com a sociedade (art. 205). O regime jurídico de prestação do serviço público educacional passa a ser marcado pela obrigação tripartida entre Estado, família e sociedade; pela universalidade e igualdade de acesso; pela gestão democrática; pela cooperação entre os entes da federação e pelos recursos orçamentários vinculados.

¹⁹³ SAVIANI, Demerval. *História das ideias pedagógicas no Brasil*. Campinas: Autores associados, 2013, p. 381-382.

¹⁹⁴ MARTELLI, Anita Fávaro. *Participação da comunidade na Escola* In Educação Básica: políticas, legislação e gestão - leituras. Vários autores. São Paulo, Pioneira Thomson Learning, 2004, p. 229.

¹⁹⁵ CALDERÓN, Adolfo Ignacio e MARIN, Vlademir. *Participação popular: a escola como alvo do terceiro setor* In Desafios da Educação Municipal. Donaldo Bello de Souza e Lia Ciomar Macedo de Faria (org.). Rio de Janeiro, DP&A, 2003, p. 211-212.

¹⁹⁶ Idem, p. 213

Na esteira da Constituição, o direito à educação também se consolidou na instância infraconstitucional por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei nº 8.069/1990) e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB – Lei nº 9.394/1996).

Na LDB, a gestão democrática é reafirmada como princípio da educação nacional (art. 3º, VIII), ficando os sistemas de ensino em âmbito municipal e estadual obrigados a definir as normas desta gestão democrática, de modo a garantir a participação dos profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escola, bem como a participação das comunidades em conselhos escolares ou equivalentes (art. 14). Além disso, os estabelecimentos de ensino devem articular-se com as famílias e a comunidade, criando processos de integração da sociedade com a escola e garantindo acesso a informações sobre a execução de sua proposta pedagógica (art. 12, VI e VII).

O viés participativista ganhou força ainda maior com a virada do século. Estudo do Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (Ipea) identificou aumento significativo, entre os anos de 2002 a 2010, do que os pesquisadores chamaram de interfaces socioestatais - “um amplo espectro de interações Estado-sociedade, que vão desde a participação social em fóruns coletivos e deliberativos, como os conselhos e conferências nacionais, às formas mais restritas e individualizadas de contato, como ouvidorias, serviços de atendimento ao cidadão etc.”¹⁹⁷. Neste período, 90% dos programas federais possuíam, ao menos, uma forma de interface socio-estatal.

Segundo dados da Secretaria-geral da Presidência da República, entre 2003 e 2014, mais de 9 milhões de brasileiros haviam participado de 104 conferências nacionais; mais de 120 conselhos haviam sido implementados, dos quais 50 contavam com representantes da sociedade civil; e estavam ativas cerca de 286 ouvidorias públicas federais¹⁹⁸.

No âmbito legal, o país foi um dos fundadores, em 2011, da *Open Government Partnership - OGP* (Parceria para o Governo Aberto¹⁹⁹), promulgou a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) e, em 2014, lançou, por meio do Decreto nº 8.243/2014, a

¹⁹⁷ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (Ipea). *Participação social como método de governo? Um mapeamento das interfaces socioestatais no governo federal*. Texto para Discussão nº 1.707, 2012, p. 5.

¹⁹⁸ SECRETARIA GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Laís de Figueirêdo Lopes, Bianca dos Santos e Iara Rolnik Xavier (orgs.). *Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil: a construção da agenda no governo federal - 2011 a 2014*. Brasília, Governo Federal, 2014, p. 17.

¹⁹⁹ Iniciativa internacional composta por 75 países que pretende difundir e incentivar práticas governamentais relacionadas à transparência dos governos, acesso à informação pública e participação social. SEBRIAM, Débora; MARKUN, Pedro; GONSALES, Priscila. *Como implementar uma política de Educação Aberta e Recursos Educacionais Abertos*. São Paulo, Cereja Editora, 2017, p. 47.

Política Nacional de Participação Social (PNPS) e o Compromisso Nacional pela Participação Social.

Contudo, não seria errado dizer que, do ponto de vista legal, a consolidação primordial da participação popular e social como forma de garantir os direitos sociais previstos na Constituição de 1988 se deu com a promulgação da Lei nº 13.094/2014 - modificada pela Lei nº 13.204/2015 - também conhecida como Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC). Isto porque, conforme determina o art. 5º desta Lei, o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as OSCs deve destinar-se a assegurar o “reconhecimento da participação social como direito do cidadão” por meio do fortalecimento da sociedade civil como peça fundamental da gestão pública democrática e da transparência e correição na aplicação dos recursos públicos.

Para além de conceder maior segurança jurídica às parcerias com o poder público, definidas como o conjunto de direitos, responsabilidades e obrigações decorrentes de relação jurídica estabelecida formalmente entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividade ou de projeto expressos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação, o MROSC também pode ser visto como garantia do princípio democrático da liberdade de associação, nas três dimensões deste direito identificados pelo Relator Especial da ONU, Sr. Maina Kiai, a saber: não interferência indevida do Estado no direito subjetivo das organizações; participação e controle social nas ações públicas; financiamento direto e indireto do Estado com vistas a assegurar a existência, manutenção e desenvolvimento dessas organizações²⁰⁰.

De fato, foram muitas as inovações trazidas pelo MROSC para proporcionar os meios necessários a uma incidência mais direta da sociedade civil organizada nas etapas de formulação, execução, monitoramento e avaliação das políticas públicas, podendo-se destacar: a perspectiva de atuação em rede das OSCs; a exigência de chamamento público obrigatório para a constituição das parcerias; a autorização de remuneração de equipe de trabalho e de custos indiretos; a não exigência de contrapartida financeira; a prestação de contas simplificada com foco no controle de resultados; a criação de Comissões de Monitoramento e Avaliação e do Conselho Nacional de Fomento e Colaboração; os Procedimentos de Manifestação de

²⁰⁰ *Apud* STORTO, Paula Raccanello Storto, REICHER Stella Camlot. *Elementos do Direito do Terceiro Setor e o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade* In Revista Pensamento & Realidade, v. 29, n. 2, p. 19-43, 2014.

Interesse Social - PMIS; a capacitação conjunta para gestores públicos e representantes das OSCs, dentre outros.

Se o Decreto nº 8.726/2016, que regulamenta em âmbito federal a Lei nº 13.019/2014, pôde ser utilizado como parâmetro pelos demais entes federados na aplicação do MROSC, vale destacar que abriu-se espaço para regulamentos próprios locais que buscaram aperfeiçoar as inovações trazidas pela lei federal, ampliando-se as possibilidades de participação social e popular aos se adequarem às características de cada região.

Neste sentido, e apenas a título de exemplo, vale destacar, em breve estudo comparativo, alguns destas inovações em regulações já existentes nos dois estados com maior número de OSCs (São Paulo, com 82 mil e Minas Gerais, com 46 mil²⁰¹), além de exemplos dos governos da Bahia e Distrito Federal²⁰² com relação a três pontos específicos: a criação de Conselhos de Fomento e Colaboração, os Procedimentos de Manifestação de Interesse Social - PMIS e os chamamentos públicos.

A Lei nº 13.019/2014 em seu art. 15 e o Decreto Federal nº 8.726/2016 instituíram o Conselho Nacional de Fomento e Colaboração - Confoco, órgão colegiado paritário de natureza consultiva, com a finalidade de divulgar boas práticas e de propor e apoiar políticas e ações voltadas ao fortalecimento das relações de parceria das OSCs com o poder público federal.

Apesar da Lei Federal autorizar a criação de Conselhos nos demais entes federados, somente os governos de Minas Gerais e Bahia criaram seus respectivos Conselhos Estaduais, com destaque para o decreto baiano que, diferentemente dos demais entes federados, estabelece que os representantes da sociedade civil não serão indicados pelo Poder Público, mas sim eleitos por uma comissão eleitoral composta, majoritariamente por representantes das próprias OSCs. Além disso, a presidência do Confoco/BA será exercida, alternadamente, por representantes das organizações da sociedade civil e por representantes do Poder Público, por um mandato de dois anos, sendo que sempre que a presidência for ocupada por representante do poder público, a vice-presidência será ocupada por representante das organizações da

²⁰¹ Mapa das Organizações da Sociedade Civil, disponível em: <https://mapaosc.ipea.gov.br/index.html>

²⁰² São estes os decretos aqui analisados: Estado de São Paulo - Decreto nº 61.981, de 20 de maio de 2016; Prefeitura de São Paulo - Decreto nº 57.575, de 29 de dezembro de 2016; Governo de Minas Gerais - Decreto nº 47132, de 21 de Janeiro de 2017; Prefeitura de Belo Horizonte - Decreto nº 16.519, de 26 de dezembro de 2016; Governo da Bahia - Decreto nº 17.091, de 5 de Outubro de 2016; Governo do Distrito Federal - Decreto nº 37.843, de 13 de dezembro de 2016.

sociedade civil e vice-versa. Esta iniciativa merece destaque por fortalecer o princípio da não interferência e a autonomia da sociedade civil na escolha de seus representantes.

A prefeitura de São Paulo, apesar de não constituir Conselho Municipal próprio, já possuía em sua estrutura interna a Divisão de Gestão de Parceria Público-Terceiro Setor (CTPS), instituída pelo Decreto Municipal nº 52.269/2011 com o objetivo de estudar e desenvolver ações que aprimorem e intensifiquem o estabelecimento de parcerias do Terceiro Setor com a Administração Pública Municipal, além de implementar e gerir o Cadastro Municipal Único das Entidades Parceiras do Terceiro Setor (CENTS)²⁰³, responsável por garantir mecanismos de acompanhamento, integração e gestão das diversas formas de parceria firmadas, buscando a maior eficiência, eficácia e transparência das ações desenvolvidas pela Prefeitura de São Paulo.

Em janeiro de 2017, por exemplo, o DTPS publicou o “Manual de Publicações para as Parcerias Previstas na Lei 13.019/2014 (MROSC)”²⁰⁴, com sugestões para as publicações de matérias oriundas do MROSC – termo de fomento, termo de colaboração, acordo de cooperação, edital de chamamento público, entre outros – no Diário Oficial da Cidade, a fim de garantir maior transparência às novas parcerias.

O Procedimento de Manifestação de Interesse Social - PMIS (art. 18 da Lei 13.018/2014 e art. 75 do Decreto 8.726/2016) é o instrumento por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao poder público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parcerias.

O decreto do Governo de São Paulo estabelece que as PMIS recebidas serão analisadas por comissão específica composta por um representante da Secretaria de Governo, um representante da Secretaria de Planejamento e Gestão, um representante da Secretaria da Fazenda e um representante de cada órgão ou entidade da Administração competente para o desenvolvimento da parceria. Diferentemente do governo federal, o estado de São Paulo estabelece prazos específicos para as atividades da Comissão, como, p. ex., verificar os requisitos de admissibilidade (trinta dias contados da apresentação da PMIS), decidir sobre a oitiva ou não da sociedade sobre a proposta (vinte dias após tornar pública o cumprimento dos

²⁰³ Disponível em: <http://www3.prefeitura.sp.gov.br/CENTS.Web/>. Acesso em 10 out. 2021

²⁰⁴ Disponível em: [http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/Manual%20PUBNET%20%20\(1\).pdf](http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/Manual%20PUBNET%20%20(1).pdf). Acesso em 10 out. 2021

requisitos de admissibilidade), publicar edital de chamamento (sessenta dias após encaminhamento das contribuições recebidas através de consulta popular). Ultrapassados os prazos a que se refere o decreto sem manifestação da comissão, a PMIS será considerada rejeitada para todos os fins. Esta previsão legal pormenorizada de prazos é essencial para o acompanhamento e controle social das atividades da comissão, a fim de garantir que o trâmite das PMIS seja o mais transparente e eficiente possível.

O decreto da Prefeitura de São Paulo traz como novidade neste ponto a obrigatoriedade por parte do Poder Público Municipal de publicar, pelo menos uma vez por ano, lista contendo todas as PMIS recebidas, com descrição da proposta, identificação do subscritor e data de recebimento, bem como os respectivos pareceres técnicos acerca da viabilidade de execução da proposta com data de envio ao subscritor.

Já o governo de Minas Gerais, além de estabelecer o prazo máximo de noventa dias após a divulgação da PMIS recebida para que o órgão estadual decida ou pela realização de oitiva da sociedade civil ou pela realização direta do chamamento público ou pela rejeição da proposta, estendeu o período para recebimento de propostas para o mínimo de noventa dias por ano - no governo federal são sessenta.

Com relação às comissões de seleção dos chamamentos públicos, a prefeitura de São Paulo prevê que, além de contar com, pelo menos, um servidor ocupante de cargo de provimento efetivo ou emprego permanente, estas comissões também poderão contar com até um terço de membros oriundo de conselhos municipais de políticas públicas.

O decreto municipal também prevê que será impedido de participar da comissão de seleção todo aquele que, nos últimos 5 (cinco) anos, tenha mantido relação jurídica com, ao menos, uma das entidades participantes do chamamento público, considerando-se relação jurídica, dentre outras: ser ou ter sido dirigente da organização da sociedade civil; ser cônjuge ou parente, até terceiro grau, inclusive por afinidade, dos administradores da organização da sociedade civil; ter ou ter tido relação de emprego com a organização da sociedade civil.

O governo de Minas é ainda mais restritivo, incluindo nesse rol de impedimento todo aquele que tenha recebido, como beneficiário, os serviços de qualquer OSC participante do processo seletivo; tenha efetuado doações para OSC participante do processo seletivo; tenha interesse direto ou indireto na parceria ou tenha amizade íntima ou inimizade notória com dirigentes da OSC participante do processo seletivo. O decreto mineiro também inova ao estipular que o edital de chamamento poderá prever critério de valoração que pontue de forma

diferenciada propostas de OSCs sediadas ou com representação atuante e reconhecida no próprio Estado, bem como cláusula que delimita o território ou a abrangência da prestação de atividades dos projetos, conforme estabelecido nas políticas setoriais.

Se, por um lado, é possível afirmar que o MROSC pode ser visto como o instrumento jurídico sintetizador do arcabouço legal que se constituiu desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 para fortalecer a participação popular e parceria entre Estado e sociedade, com o intuito de tornar mais eficiente a gestão democrática dos recursos e serviços; por outro, desde o ponto de vista da atual crise de representatividade política e da dialética da soberania, é preciso colocar em perspectiva certa visão triunfalista que vê nestes instrumentos legais causa e consequência de uma democracia brasileira “viva” e “em constante evolução e aprimoramento”, “ancorada em uma sociedade civil atuante e cada vez mais consciente de seus direitos”²⁰⁵.

Não custa lembrar que a ascensão deste arcabouço legal de viés participativista ao longo dos anos 1990 foi contemporâneo de um movimento de Reforma do Estado, iniciado na conturbada passagem de Fernando Collor pela presidência e consolidado nas duas gestões de Fernando Henrique Cardoso, que, pautado por uma visão neoliberal ancorada na preponderância do indivíduo e da iniciativa privada em detrimento do esvaziamento da instância pública e redução do aparato estatal, “recorreu à desestatização, à privatização e à desregulamentação para reduzir sensivelmente a participação do Estado na atividade econômica e, sobretudo, na prestação de serviços públicos”²⁰⁶.

Buscando superar um pretenso intervencionismo estatal exacerbado, incompetente e economicamente inviável, a Reforma do Estado introduziu ou propagou figuras e práticas jurídicas que possuiriam, em tese, melhor capacidade de atender às demandas sociais, podendo-se citar, como exemplo, as “autarquias sob regime especial”, as “agências reguladoras” e a “terceirização”²⁰⁷.

Para os fins desta análise, vale aprofundar as nuances de um fruto específico “da criatividade dos administradores ou economistas do período de apogeu do neoliberalismo”²⁰⁸, aquilo a que se convencionou chamar de terceiro setor.

²⁰⁵ SECRETARIA GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2014, p. 17.

²⁰⁶ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2ª ed. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 38

²⁰⁷ BANDEIRA DE MELLO, 2019, p. 227-229

²⁰⁸ Idem, 230.

Não há definição legal para esse termo no ordenamento jurídico brasileiro, havendo na doutrina desde quem o conceitue como expressão mesma da participação popular, identificando-o como ação praticada sem intuito lucrativo por pessoa física ou jurídica de natureza privada, com o fim de promover algum direito social ou seus princípios²⁰⁹; até quem o situe como um tipo de ente privado, localizado entre os setores estatal e empresarial, não vinculado à administração pública, nem tampouco almejando lucro, que presta serviços em áreas de relevante interesse social e público²¹⁰. A nosso ver, a definição que melhor sintetiza essa característica fluída e ambivalente do terceiro setor e de sua pretensa missão social é aquela dada pelo próprio Bandeira de Mello, retratando-o como designação das “entidades que não são estatais e também não são prepostas a objetivos mercantis, predispondo-se, ao mesmo formalmente, à realização de objetivos socialmente valiosos e economicamente desinteressados”²¹¹.

A posição de Bresser Pereira, então à frente do ministério responsável pela Reforma do Estado na segunda metade dos anos 1990, ilustra bem o debate ideológico e econômico que estava por trás da ascensão do terceiro setor como braço operacional privilegiado da abertura do Estado à participação social²¹². Para ele, haveria naquele momento um embate entre três visões de Estado. Para a visão alinhada ao que ele chama de “burocratismo e estatismo”, os serviços públicos como a saúde e educação deveriam permanecer sob controle do Estado, único e legítimo “produtor” desses serviços. No extremo oposto estariam os “neoliberais radicais” que defendem a privatização desses serviços, cabendo ao estado o papel de mero “regulador que garanta os contratos e o direito de propriedade”. Entre os dois polos, estaria os “sociais liberais”, defendendo que estes serviços públicos seriam, na verdade, não-exclusivos do Estado, que deveria ocupar um papel de financiador ou subsidiador destes serviços, de modo que eles pudessem ser prestados por particulares, ou o que Bresser Pereira vai chamar de “organizações públicas não-estatais”.

Silvio Luís Ferreira da Rocha já alertava que “esta dimensão ambígua e multifacetada do terceiro setor contribui para dificuldades acerca do regime jurídico (público ou privado) que preside os entes que o integram, porque no domínio do terceiro setor estariam instituições que se encontram a meio-caminho entre o Estado e o mercado”²¹³, trazendo à tona o paradoxo

²⁰⁹ SOUZA, Leandro Marins de. *Tributação do terceiro setor no Brasil*. São Paulo, Dialética, 2004, p. 15.

²¹⁰ ROCHA, 2006, p. 15-16.

²¹¹ BANDEIRA DE MELLO, 2019, p. 230

²¹² Apud ROCHA, 2006, p. 40

²¹³ ROCHA, 2006, p. 16

inerente ao princípio da subsidiariedade que nortearia essa atividade administrativa de fomento: qual o ponto de equilíbrio entre um dever de não ingerência e um dever de ingerência? Em outras palavras, como “impor limites à ação do Estado, mas, ao mesmo tempo, tornar indispensável a ajuda e o estímulo estatal quando se afigurar impossível à comunidade menor realizar as suas próprias necessidades, ou quando tal realização não se mostrar eficaz ou satisfatória”²¹⁴?

Rocha vai defender, então, como solução a esse impasse, que a Administração Pública não poderia optar, a seu bel prazer, qual seria a forma jurídica de sua atuação diante de um determinado contexto, substituindo os meios diretos por meios indiretos. O ponto de corte dessa discricionariedade seria o próprio texto constitucional, que indicaria onde haveria a permissão ou não para a Administração Pública escolher entre a prestação direta de serviços ou a entrega destes a entidades do terceiro setor, que os promoveriam por meio de incentivos estatais. Aqui residiria a diferença entre a atividade administrativa de fomento e a prestação de serviço público, já que “as atividades de fomento não configuram uma prestação obrigatória da Administração; são meramente facultativas, de modo que o fomento pode ser pretendido ou solicitados por seus possíveis beneficiários, mas não exigido juridicamente”²¹⁵.

Além disso, mesmo na hipótese de permitir essa entrega, “a atividade administrativa de fomento, enquanto subsidiária, não desonera a Administração de atuar, de modo direto, na prestação de serviços, como os de saúde e os de educação”²¹⁶.

Para ter mais claro o alcance de tais conclusões no campo educacional, vale a pena o um olhar mais atento ao Programa Mais Creche e a Bolsa Primeira Infância, instituídos pelo município de São Paulo através da Lei Municipal nº 17.244, de 5 de dezembro de 2019, a fim de analisar a relação entre poder público e particulares na prestação do serviço público de educação e identificar os possíveis limites à despublicização das atividades estatais na educação infantil.

Na precisa síntese de Maurício Zockun²¹⁷, ao impor ao Estado o dever-poder de tutelar o interesse público, a Constituição da República previu em seu favor um plexo de competências, entendidas como prerrogativas necessárias ao desempenho das atividades

²¹⁴ Idem, p. 18

²¹⁵ Idem, p. 27

²¹⁶ Idem, p. 21

²¹⁷ ZOCKUN, Maurício. *Regime Constitucional da Atividade Notarial e de Registro*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 41-42.

jurídicas e materiais direcionadas à satisfação do bem comum. Daí apontar-se a Constituição de 1988 como uma verdadeira Carta de Competências²¹⁸.

A própria Constituição prevê quais dessas competências públicas podem ser exercidas diretamente pelo Estado - de forma exclusiva (como a função jurisdicional e defesa nacional); ou passível de delegação aos particulares (por meio da concessão e permissão); ou podem ser exercidas de forma colaborativa entre Estado e particulares²¹⁹.

Dentre essas competências está a prestação de serviços públicos, definida por Celso Antônio Bandeira de Mello como “atividades materiais que o Estado, inadmitindo que possam ficar simplesmente relegadas à livre iniciativa, assume como próprias, por considerar de seu dever prestá-las ou patrocinar-lhes a prestação, a fim de satisfazer necessidades ou comodidades do todo social, reputadas como fundamentais em dado tempo e lugar”²²⁰.

No rol constitucional dos serviços públicos, ganham destaque aqueles necessários à efetivação dos direitos sociais elencados no art. 6º da Constituição de 1988, que, por sua centralidade à dignidade da pessoa humana, exigem, inclusive, a intervenção direta do estado na ordem social para garantir sua promoção universal. Não é por outro motivo que Carolina Zancaner Zockun irá afirmar que o “serviço público é, pois, a mais importante forma de intervenção estatal na ordem social, estando esse instituto assegurado constitucionalmente como cláusula pétrea”²²¹.

Como bem observa Zockun e Fritoli, uma característica específica da prestação do serviço público de educação, distinto, por exemplo, da saúde, é que, naquele, “a prestação estatal se aperfeiçoa em estabelecimentos oficiais (art. 206, inciso IV, da CR/1988) e, excepcionalmente, não havendo vagas na rede pública, por meio da concessão de bolsa de estudos para que os alunos frequentem o ensino fundamental e médio em escolas privadas (art. 213, § 1º, da CR/1988)”²²².

²¹⁸ ZOCKUN, Maurício; FRITOLI, Fernanda Ghiuro Valentini. *A prestação de serviço de saúde pelo Estado*. Revista do Advogado, n. 146, 2020.

²¹⁹ ZOCKUN, 2018, p. 61.

²²⁰ BANDEIRA DE MELLO, 2019, p. 713.

²²¹ ZANCANER ZOCKUN, Carolina. *Intervenção do Estado na ordem social*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/110/edicao-1/intervencao-do-estado-na-ordem-social>

²²² ZOCKUN; FRITOLI, 2020.

Além da previsão de concessão de bolsa de estudos, o art. 209 da CF/88 é claro em afirmar que o ensino é aberto, também, à iniciativa privada, mediante prévia autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Temos, então, um serviço essencialmente público, com prestação estatal obrigatória, mas cuja oferta complementar e paralela por entidades privadas é permitida pela Constituição. Como explica Maurício Zockun, “nada impede que a atividade jurídica e material objeto desta competência pública indelegável também seja conferida ao particular, dentro do seu campo próprio de atuação, exercido sob regime jurídico diverso ao qual o Estado se submete”²²³.

No que se refere especificamente à educação infantil, o art. 208, IV, da Constituição Federal de 1988 e os artigos 29 e 30 da Lei de Diretrizes Básicas da Educação estabelecem que se trata da primeira etapa da educação básica, tendo como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade. Ela deve ser oferecida em creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade, e pré-escolas, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade.

Com as mudanças na LDB trazidas pela Lei nº 12.796/2013, passou a ser dever do Estado a oferta de educação infantil gratuita às crianças de até cinco anos de idade (art. 4º, II), sendo este um direito público subjetivo de todo cidadão (art. 5º).

De acordo com os dados do IBGE/PNAD/INEP, no Brasil, em 2017, 34,1% das crianças de até três anos frequentavam creches no Brasil, e 93%, pré-escolas. A grande maioria delas, 71.6%, era atendida pela rede pública de ensino.

É por isso que, em voto prolatado nos autos do Recurso Extraordinário nº 956475, em 2016, o ex-ministro do STF Celso de Mello vai defender enfaticamente que “a educação infantil representa prerrogativa indisponível”, que, “em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das crianças até cinco anos de idade, o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal”.

²²³ ZOCKUN, 2018, p. 68

Vale destacar, também, que o art. 213, § 1º, da CF/88 restringe a destinação de bolsa de estudos ao ensino fundamental e médio. Essa restrição tem como interpretação lógica a vedação de destinação de bolsas de estudos para a educação infantil em estabelecimentos privados, devendo os recursos públicos, nesse nível de ensino, serem destinados, exclusivamente, para escolas públicas. Esse é um ponto importante na análise da legislação paulistana sobre o tema.

A Lei Municipal nº 17.244, de 5 de dezembro de 2019, regulamentada pelo Decreto Municipal 59.134, de 12 de dezembro de 2019, criou o Programa Mais Creche e o Programa Bolsa Primeira Infância, destinados, conforme disposto em seu art. 1º, ao atendimento de crianças de zero a três anos de idade em situação de vulnerabilidade socioeconômica que, mesmo cadastradas na rede municipal de ensino, não estão matriculadas em creches por conta de ausência de vaga próximo à residência ou trabalho do responsável.

O Programa Mais Creche se caracteriza como concessão de benefício mensal pago diretamente a instituições de ensino privadas previamente credenciadas através de participação em chamamento público e celebração de contrato administrativo por cada vaga destinada a crianças cadastradas na rede municipal de ensino. Esse benefício é de caráter provisório e emergencial, sendo cessado ao final de cada ano letivo, a partir da disponibilização de vaga nas unidades educacionais da rede pública.

O valor desse benefício não poderá ser superior ao valor total “per capita” repassado pelo Município às parcerias de educação infantil estabelecidas e formalizadas nos termos da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Atualmente, esse valor corresponde a R\$ 727,00/mês por criança.

Já o Programa Bolsa Primeira Infância abrange a concessão de auxílio mensal pago à família com crianças de zero a três anos de idade da criança em situação de vulnerabilidade socioeconômica que, mesmo cadastrada na rede municipal de ensino que não estejam matriculadas nas unidades da rede pública municipal e não participem do Programa Mais Creche.

O Bolsa Primeira Infância tem valor mensal de R\$ 200,00 por criança, sendo que cada família terá limite máximo de três crianças, ressalvada a hipótese de gêmeos, quando o benefício ficará vinculado ao número de gestações.

A bolsa também tem caráter provisório, cessando tão logo seja ofertada vaga gratuita em unidade de educação infantil próxima à residência ou ao endereço do trabalho do responsável ou quando a criança for contemplada pelo Programa Mais Creche. Além disso, a Lei estipula uma série de condicionalidades para a manutenção do benefício, dentre os quais: atualização dos dados cadastrais e manutenção do domicílio no município de São Paulo; participação dos responsáveis em encontros bimestrais de orientação sobre parentalidade e cuidados com a primeira infância; e cumprimento do calendário de vacinação da(s) criança(s).

Antes de entrar na análise específica dos programas instituídos pela 17.244/2019, é interessante uma contextualização sociopolítica do serviço público da educação infantil no município de São Paulo. Como bem retratam Vanessa de Oliveira, Mariana Pereira e Vitor Marchetti²²⁴, diante do aumento exponencial no déficit de vagas em creches públicas, na casa dos 70 mil atualmente, uma das estratégias adotadas pelas gestões municipais a partir dos primeiros anos do século XXI foi a expansão de parcerias com setores privados e da sociedade civil para consolidação de uma rede conveniada que pudesse dar provimento à essa demanda de vagas na educação infantil.

Este movimento se fortaleceu de tal maneira nos últimos anos que, segundo dados das pesquisadoras citadas, apenas 12% das vagas de creches ofertadas no município de São Paulo são da rede pública direta, contra 37,5% disponibilizadas pela rede credenciada e 50% pela rede privada²²⁵.

Para as autoras, essa desproporção entre as vagas na rede direta e credenciada se deve a uma opção política reiterada pelas diversas gestões do poder executivo municipal em resposta à crescente judicialização do tema, já que “para criar novas vagas em creches pode ser que a única saída seja construir novas unidades, o que fará com que a prefeitura enfrente tanto as dificuldades com o orçamento escasso como com a indisponibilidade de terrenos para a

²²⁴ OLIVEIRA, Vanessa Elias de; SILVA, Mariana Pereira da; MARCHETTI, Vitor. Judiciário e políticas públicas: O caso das vagas em creches na cidade de São Paulo. *Educ. Soc.*, Campinas, v. 39, n. 144, p. 652-670, jul.-set., 2018.

²²⁵ “Atualmente, o sistema público de educação infantil é composto de 45 Centros Educacionais Infantis (CEIs), que são unidades educacionais que realizam atendimento a crianças na faixa etária de 0 a 3 e são localizadas em Centros Educacionais Unificados (CEUs); 349 CEIs indiretos, unidades de ensino que prestam atendimento às crianças e funcionam em prédios municipais próprios ou alugados pela Prefeitura Municipal de São Paulo (PMSP) e que funcionam via convênio com a administração, podendo ser geridos pelo próprio Poder Público ou por associações de Terceiro Setor; 362 CEIs diretos, que consistem em unidades educacionais que realizam o atendimento em prédios municipais próprios e são administradas diretamente pela PMSP; e, por fim, 1.241 creches particulares conveniadas à PMSP. Além disso, o município conta com 1.812 estabelecimentos privados”. OLIVEIRA *et al*, 2018, p. 659

construção de novas unidades”²²⁶. Some-se a isso o fato de que “o gasto per capita da com a rede conveniada é bem menor do que aquele com a rede própria: Quando analisado o valor mensal por crianças, enquanto a rede direta despende cerca de R\$ 1.086,79, na rede conveniada o custo é de no máximo R\$ 606,83²²⁷”.

Contudo, essa é uma alternativa que encontra sérios questionamentos de membros da sociedade civil e órgãos judiciais, que apontam a dificuldade de controle sobre a qualidade do serviço público educacional prestado pelas redes conveniadas, bem como a própria infraestrutura desses estabelecimentos. Como alerta o depoimento de um assessor pedagógico da Secretaria Municipal de São Paulo coletado pelas autoras, “as creches da administração direta são geralmente em prédios construídos para essa finalidade, com uma perspectiva pedagógica, programadas para serem escolas para essa idade, mas as conveniadas não; na sua maioria são prédios residenciais adaptados, com base em uma metragem de alunos por metro quadrado [diferente daquela estipulada pela legislação] e nem sempre as entidades se constituíram para essa finalidade”²²⁸.

Essas ressalvas se agravam quando transpostas para o Programa Mais Creche. Isso porque, além da falta de controle sobre qualidade e infraestrutura, neste Programa as creches privadas não estariam obrigadas a seguir o mesmo projeto pedagógico da rede direta de educação infantil. Ou seja, ter-se-ia um serviço educacional financiado pelos mesmos recursos públicos, mas sendo prestado sem o mesmo parâmetro.

Além disso, especialistas alertam para o risco de programas como o da Prefeitura de São Paulo incentivarem “com recursos públicos, a abertura de escolas privadas *stricto sensu*, cujo objetivo único é atender alunos bolsistas, tendo em vista que as ‘mensalidades’ pagas pelo setor público são ‘líquidas e certas’, independentemente da qualidade da educação ofertada²²⁹”.

A prestação do serviço público educacional não se resume à garantia de vagas. É preciso levar em consideração, também, a qualidade do serviço prestado²³⁰. Como previsto na

²²⁶ OLIVEIRA *et al*, 2018, p. 664.

²²⁷ OLIVEIRA *et al*, 2018, p. 660.

²²⁸ OLIVEIRA *et al*, 2018, p. 664.

²²⁹ FINEDUCA, Associação Nacional de Pesquisadores em Financiamento da Educação, *et al*. *Esclarecimentos sobre o programa “Creche para Todos”*. São Paulo, 2019. Disponível em: https://avaliacaoeducacional.files.wordpress.com/2019/12/nota-sobre-creche-para-todos_campinas-2019.pdf. Acesso em 10 out. 2021

²³⁰ DOTTA, A.G. *A educação como um bem público tutelado pelo estado mediante as políticas públicas de avaliação da qualidade*. Anais do 13 Congresso Educere, 2008. Curitiba. Disponível em https://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2008/539_871.pdf. Acesso em 10 out. 2021

CRFB/1988, toda educação deverá ser prestada com garantia de um padrão mínimo de qualidade (art. 208, VII, e art. 211, § 1º), a ser avaliada pelo poder público mesmo quando ofertada pela iniciativa privada (art. 209, II).

Todavia, anterior ao debate sobre garantia de qualidade pedagógica e de infraestrutura, é necessário apontar o que nos parece uma flagrante inconstitucionalidade do Programa Mais Creche, criado pela Lei Municipal nº 17.244/2019.

Isso porque, como já apontado anteriormente, apesar da Constituição Federal de 1988 prever a possibilidade a transferência de recursos públicos na forma de bolsa de estudos às escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, essa destinação está restrita ao ensino fundamental e médio, conforme disposto o art. 213, § 1º, da CF/88.

Essa restrição expressa não nos parece permitir outra interpretação senão a de que está vedada a destinação de bolsas de estudos para a educação infantil em estabelecimentos privados, devendo os recursos públicos, nesse nível de ensino, serem destinados, exclusivamente, para escolas públicas.

Por todo o exposto, é possível concluir de forma sintética que a função administrativa de prestação de serviço público de educação infantil é de prestação estatal obrigatória, permitida a participação popular ativa através da oferta complementar e paralela por entidades de educação infantil privadas, mediante autorização e avaliação de qualidade pelo poder público e cumprimento das normas gerais da educação nacional.

O serviço público educacional, de acordo com o atual arcabouço constitucional, pode ser prestado pelo estado, por meio de regime jurídico exclusivamente público, ou, complementarmente, pela iniciativa de particulares, por meio de regime jurídico privado, “fortemente derogado pelo direito público”²³¹.

No caso específico do serviço público de educação infantil, a prestação por parte do Estado, sob regime jurídico público, deve ser feita direta e privativamente pela Administração Pública, por meio de estabelecimentos de ensino públicos ou, em casos excepcionais, por meio de escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas devidamente credenciadas pelo Poder Público para tanto. Essa última hipótese encaixa-se no que Maurício Zockun identifica como “circunstâncias bastante excepcionais” em que “o Estado pode se ver transitoriamente

²³¹ ZOCKUN, 2018, p. 68

incapacitado de desempenhar de modo privativo esta função pública, caso em que deverá se socorrer dos administrados para, com isso, assegurar sua contínua execução”, sendo o credenciamento “o instituto que, por excelência, se presta legitimamente a este fim”²³².

Há, contudo, uma limitação constitucional para esta prestação colaborada. É que não há previsão constitucional para destinação de bolsas de estudos a estabelecimentos privados em educação infantil, devendo os recursos públicos, nesse nível de ensino, serem destinados, exclusivamente, para escolas públicas.

E é devido a essa vedação, expressa no art. 213, § 1º, da CF/88, que se entende inconstitucional o Programa Mais Creche, instituído pela município de São Paulo por meio da Lei Municipal nº 17.244/2019, podendo o mesmo ser enquadrado como terceirização indevida do serviço público de educação infantil, tendo como referência o conceito de terceirização apresentado por Carolina Zancaner Zockun como “trespasse do exercício – não da titularidade – de atividades jurídicas ou materiais, realizadas no exercício de função administrativa, ou seja, sob a égide de um regime de Direito Público, a pessoas físicas ou jurídicas que, de algum modo, estejam habilitadas a desempenhá-las, em consonância com o disposto na Constituição da República”²³³. Entende-se indevida essa terceirização criada pelo Programa Mais Creche por conta, justamente, do conflito direto com o disposto na Constituição.

O mergulho analítico sobre o Programa Mais Creche paulistano parece reforçar as conclusões de Sílvio Luís Ferreira da Rocha, segundo as quais o ponto de corte para que a Administração Pública possa escolher entre a prestação direta de serviços ou a entrega destes a particulares e entidades do terceiro setor, que os promoveriam por meio de incentivos estatais, seria o próprio texto constitucional. E mesmo quando haja uma previsão constitucional para essa entrega, o fomento não desobriga a Administração de atuar, diretamente, na prestação de serviços educacionais.

Contudo, apesar de se concordar com as conclusões do autor, as duas décadas que separam suas reflexões dos dias atuais tornam possível, e até mesmo necessário, avançar ainda mais nessa problematização.

²³² *Idem*, p. 68

²³³ ZANCANER ZOCKUN, Carolina. *Terceirização na Administração Pública*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (Coord.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (Coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/5/edicao-1/terceirizacao-na-administracao-publica>.

Adolfo Calderón e Vlademir Marin anteviram, ainda no início do século, o dilema que viria se aprofundar nas décadas seguintes em torno da participação popular e do chamado terceiro setor na área educacional, ao apontar que, se por um lado, “o saldo do processo de juridicização da participação popular se exprime na existência de legislações que refletem a organização e pressão da sociedade, por meio da criação de canais institucionalizados de participação popular”; por outro, assistia-se um a um “recuo das organizações populares e da sociedade civil” explicado seja pela “absorção das lideranças no processo de implementação e funcionamento da multiplicidade de Conselhos existentes, desestímulo decorrente do não funcionamento de muitos Conselhos e pelas experiências de instrumentalização dos mesmos por parte do poder público”²³⁴.

Mas esse recuo e instrumentalização das organizações populares foram acompanhadas por outra faceta, vista por muitos como a verdadeira causa desse fenômeno: “o surgimento da filantropia empresarial ou da responsabilidade social como novo código ético que deveria nortear as ações dos empresários”²³⁵, que promoveu uma “apropriação, a partir do paradigma econômico-liberal, de categorias analíticas, bandeiras e ideias da utopia democrático-participacionista, descaracterizando-as e dotando-as de novos sentidos e significados”²³⁶. Inseriu-se, assim, a educação e escolas públicas “no grupo das vítimas da exclusão social, alvo da assistência social e das organizações do terceiro setor - cenário propício para as práticas do voluntariado, para a atuação das ONGs e da filantropia ou responsabilidade social empresarial - ao invés de ser parte das organizações voltadas para o combate da exclusão social”, tornando-se uma “instituição que, diante da sua precariedade, demanda caridade e filantropia, ou seja, carece de ajuda dos diversos atores do terceiro setor”²³⁷.

A emergência desse *terceiro setor endinheirado* voltado para a caridade e filantropia vai proporcionar ao Estado de viés neoliberal a justificativa ideal para se eximir cada vez mais de suas responsabilidades por uma educação pública popular e de qualidade, a ponto de Calderón e Marín vaticinarem “o fim da escola sob a ótica do Estado de Bem-estar, isto é, da escola enquanto serviço público sob total responsabilidade do Estado, pois a comunidade também se tornou responsável por garantir padrões mínimos de qualidade, e da escola pública

²³⁴ CALDERÓN, Adolfo Ignacio e MARIN, Vlademir. *Participação popular: a escola como alvo do terceiro setor*, 2003, p. 214.

²³⁵ Idem, p. 217.

²³⁶ Idem, p. 223.

²³⁷ Idem, p. 224-225

enquanto um direito universal de todos os cidadãos, uma vez que ficou destinada para as famílias em estado de pobreza”²³⁸.

Mesmo que este cenário trágico ainda não tenha se concretizado por completo, as questões que se colocam à mesa, hoje, são tão variadas quanto complexas. Até que ponto a atividade administrativa de fomento e a entrega dos serviços públicos às entidades do dito terceiro setor não estariam desvirtuando por completo a perspectiva de participação popular defendida por Paulo Freire como aquela em que as classes populares seriam atores políticos ativos, com poder de inferência real ao “nível das opções, das decisões, e não só do fazer o já programado”? Os muitos avanços infralegais, dentre os quais o MROSC se destaca, foram suficientes para superar a “compreensão autoritária da participação” que a reduz a “uma presença concedida das classes populares a certos momentos da administração”? Estariam esses mecanismos de participação sequestrados por organizações da sociedade civil controladas e financiadas cada vez mais por uma filantropia empresarial que, apoiada no paradigma neoliberal de desregulação de mercados e estado mínimo, alça os valores e métodos gerenciais da iniciativa privada como solução para a ineficiência e burocratismo estatal?

²³⁸ Idem, p. 229

5. TERCEIRO SETOR ENDINHEIRADO

Em provocador ensaio publicado na virada do século 21²³⁹, o filósofo Paulo Arantes alertava para o que chamava de “paradoxo da compulsão à benevolência civil numa era de narcisismo de massa” a se concretizar, segundo ele, por meio de uma esquizofrenia em tripla dimensão.

De um lado, organizações ditas não-governamentais estavam cada vez mais envoltas em “subcontratações políticas” oriundas de “pequenas concessões de poder estatal” que as obrigavam a adotar uma lógica de gestão e sobrevivência perigosamente similar ao do universo corporativo, mais preocupada em obter recursos do que despendê-los.

Por outro, empresas a se “comportar em público como se fossem de verdade organizações não-lucrativas”, adotando uma retórica que as pintavam como um tipo de entidade superior que “não visa lucro, mas se interessa exclusivamente pelo retorno ético da cidadania como novíssimo fator de produção”.

No meio disso, um Estado de viés neoliberal que se arvora mínimo e fraco quando provedor de serviços públicos, mas forte e atuante quando facilitador e regulador dos interesses do mercado, desempenhando de bom grado o papel de “gerir e legitimar no espaço nacional as exigências do capitalismo global”.

Para além do deslizamentos semânticos a fazer com que qualquer coisa queira dizer qualquer coisa ao ponto de contendores usarem as mesmas palavras, só que com sentidos opostos, a consequência mais danosa dessa “surrealista troca simbólica entre os ‘três poderes de uma sociedade integralmente produtora de mercadorias’ é um Estado paulatina e intencionalmente sucateado para justificar uma inevitável subcontratação política das responsabilidades estatais a um terceiro setor cada vez mais *endinheirado* e alinhado com os interesses e objetivos do mercado.

Tudo isso, destaca Arantes, sendo vendido como genuíno fruto de uma maior participação popular, afinal, “como se trata obviamente de um processo de ‘publicização’ destinado a ampliar ainda mais o ‘espaço de participação cidadã’ com a introdução de novos ‘atores emergentes’ - de cujas ‘habilidades gerenciais’ e ‘visão estratégica’ redundará por certo

²³⁹ ARANTES, Paulo Eduardo. *Esquerda e direita no espelho das ONGs* [recurso eletrônico]. São Paulo, [s.n], 2021.

um bem-vindo 'empoderamento' da 'cidadania' numa sociedade de 'baixa participação' como a nossa -, não se poderá dizer que se está 'privatizando' o que quer que seja".

Nesta loba privatização sob a cordeira pele da publicização, onde "a iniciativa privada entra com a iniciativa e o poder público com os fundos", espera-se da cidadania que, tutelada por um seleto rol de entidades com capacidade gerencial e conhecimento dos meandros da gestão pública, seja apenas denunciadora e reivindicativa, nunca reativa. Se tudo está posto e bem encaminhado, por que ainda falar em participação popular?

Para nós, ao revés, não há saída para esse labirinto esquizofrênico que não passe pela dialética da soberania e participação populares.

Como afirmado anteriormente, o exercício da função administrativa que melhor promove os interesses públicos, que melhor soluciona os conflitos sociais, é aquele fruto da participação popular, da escuta ativa, da síntese dialética oriunda da latente tensão que envolve a relação jurídica do indivíduo com a Administração Pública.

Essa tensão, contudo, não se dá apenas na relação entre indivíduo e Estado, particulares e Administração Pública, mas também na disputa pelo protagonismo da participação popular entre as classes sociais e interesses econômicos antagônicos existentes no seio da própria sociedade. A participação popular exercida como o poder popular constituinte que nunca se transforma em poder constituído e, tampouco, deixa que este se consolide, pode exercer papel fundamental na efetividade do Estado Democrático de Direito e o real cumprimento do direito social à educação.

A eclosão da pandemia da Covid-19 conferiu contornos ainda mais complexos a esse cenário.

No dia 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou a doença causada pelo novo coronavírus (Covid-19) como Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional. De acordo com o Regulamento Sanitário Internacional (RSI)²⁴⁰, isso significa o mais alto nível de alerta da Organização e, não por acaso, no dia 11 de março de 2020, a Covid-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia. Isso significa que a doença cresceu em quantidade inesperada, por várias regiões do planeta, em diferentes continentes, com transmissão local fixada.

²⁴⁰ Disponível em: <https://www.who.int/ihr/publications/9789241580496/en/>. Acesso em 10 out. 2021.

O Brasil é um dos 196 países signatários do RSI e, assim como vários países do mundo, viu-se diante de um problema de emergência em saúde pública. No dia 3 de fevereiro de 2020, a Portaria nº 188/2020 do Ministro do Estado da Saúde decretou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Covid-19. De acordo com o Plano de Resposta às Emergências em Saúde Pública²⁴¹ do próprio Ministério da Saúde, emergência em saúde pública se configura como “uma situação que demande o emprego urgente de medidas de prevenção, de controle e de contenção de riscos, de danos e de agravos à saúde pública em situações que podem ser epidemiológicas (surto e epidemias), de desastres, ou de desassistência à população”.

A ESPIN em decorrência da Covid-19 levou governos estaduais e municipais a decretarem estado de emergência e interromperem as aulas na rede pública de ensino, como forma de evitar a disseminação do vírus. Dentre as soluções levantadas para que essa interrupção não prejudicasse o aprendizado dos alunos e alunas, levantaram-se como possibilidades desde a antecipação das férias escolares, passando pela redução excepcional no quantitativo anual de dias letivos, até a substituição das aulas presenciais pela modalidade à distância.

E é essa necessidade abrupta de oferta de aulas remotas mediadas por tecnologias e aplicativos usados por meio do acesso à internet que fez ascender, ainda mais, a influência da parcela do terceiro setor controladas e financiadas pela filantropia familiar e empresarial. O caso da Fundação Telefônica Vivo parece ser um bom ponto de partida para analisar as tensões e disputas causadas pela ascensão deste terceiro setor endinheirado nas contratações públicas educacionais²⁴².

Numa sala com vidros espelhados e vista panorâmica na cobertura do arranha-céu de número 1.376 na Avenida Berrini, o presidente da Vivo no Brasil recebe convidados para almoços e jantares. Enquanto um garçom serve bebidas e anota os pedidos - massas, carnes nobres, peixes exóticos e opções veganas -, os convivas se acomodam à mesa larga, respeitando a distância mínima indicada pelos protocolos sanitários, e retiram, finalmente, suas máscaras.

²⁴¹ Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano_resposta_emergencias_saude_publica.pdf. Acesso em 10 out. 2021

²⁴² A análise sobre a atuação da Fundação Telefônica Vivo foi publicada pelo autor, em formato de artigo jornalístico, no portal de notícias Brasil de Fato, em 04.jun.2021. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2021/06/04/artigo-vivo-quer-transformar-educacao-nacional-poderia-comecar-pagando-o-que-deve>. Acesso em 10 out. 2021

É quando o presidente da Vivo e seu currículo padrão para altos executivos - egresso de universidade estrangeira com passagens por bancos e consultorias empresariais nos Estados Unidos e Europa, galgando cargos de chefia até assumir a presidência antes dos 50 anos -, expõe seus planos sem a interferência das telas que raptaram as interações sociais desde o início da pandemia de Covid-19.

A líder do mercado de telefonia móvel no país que, mesmo diante da maior crise sanitária da história, obteve lucro líquido de R\$ 4,7 bilhões e uma receita operacional de R\$ 43,1 bilhões em 2020, não pensa só na sua própria saúde financeira: quer investir na educação como pilar de uma transformação social capaz de construir um Brasil justo, com cidadãos protagonistas e digitais. Essa é a missão da Fundação Telefônica Vivo, que movimentou R\$ 75 milhões²⁴³ somente no ano passado.

Com atuação em 21 estados e 61 municípios, a Fundação, criada em 1999, desenvolve projetos de inclusão digital de professores e estudantes. Em 2020, foram mais de dois milhões de pessoas beneficiadas, segundo informe social da entidade²⁴⁴. Além disso, doou R\$ 36,6 milhões em respiradores, insumos hospitalares e alimentos para iniciativas de combate à pandemia.

Parece muito, mas não é. Todos os almoços e ações filantrópicas liderados pela Vivo poderiam ser substituídos por uma única ação: pagar o que lhe cabe das bilionárias multas impostas pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) às empresas de telefonia e internet nas últimas décadas.

Relatório de avaliação sobre o processo sancionatório da Anatel divulgado em agosto de 2020 pela Controladoria Geral da União (CGU)²⁴⁵ identificou mais de 66 mil multas aplicadas entre 1997 e 2019, num montante aproximado de R\$ 11,5 bilhões. No entanto, apenas 7,5% desse valor foi efetivamente pago.

²⁴³ Segundo dados do relatório de demonstrações financeiras em 31 de dezembro de 2020 e 2019, disponível em: https://fundacaotelefonica Vivo.org.br/wp-content/uploads/pdfs/757778_DF_Funda%C3%A7%C3%A3o_Telef%C3%B4nica%20_2020Vers%C3%A3o_Final.pdf. Acesso em 10 out. 2021

²⁴⁴ Disponível em: https://fundacaotelefonica Vivo.org.br/wp-content/uploads/pdfs/Informe%20Social%20_2020_VF.pdf. Acesso em 10 out. 2021

²⁴⁵ Disponível em: <https://www.google.com/url?q=https://eaud.cgu.gov.br/relatorios/download/886363&sa=D&source=editors&ust=1624462048978000&usg=AOvVaw0OSPfUUm3EENQ6DOrjuxE>. Acesso em 10 out. 2021

No caso da Vivo, estamos falando de um universo total de R\$ 1,35 bilhão em multas constituídas, sendo que apenas R\$ 365 milhões foram quitados, o que representa um passivo aberto de R\$ 990,7 milhões, como aponta o painel de Dados da Anatel²⁴⁶.

Essas sanções tiveram origem nos mais de 112 mil Processos de Apuração de Descumprimento de Obrigações (Pado) instaurados desde 1997, um tipo de procedimento administrativo que serve para a Anatel investigar denúncias de desrespeito aos direitos dos usuários ou indícios de descumprimento de alguma obrigação legal ou contratual por parte das operadoras.

A média de dias necessários para a conclusão de um Pado instaurado em 2020 foi de 246, de acordo com os dados divulgados pela Anatel. Mas esse número já foi bem pior, chegando ao pico de 2.543 em 1999. Isso significa que, de 1997 a 2020, a Anatel demorou, em média, 1.395 dias, ou 46 meses, para concluir um Pado e definir a sanção.

Estabelecido o valor da multa, as operadoras são notificadas e possuem um prazo de 75 dias para efetuar o pagamento, com possibilidade de desconto de 25%. Passado esse período sem quitação, a Anatel efetua a inclusão no Cadin (Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados do Setor Público Federal) e encaminha o débito para inscrição em Dívida Ativa. Só então há possibilidade de exigir esse valor na justiça.

A estratégia das operadoras diante deste cenário, no mínimo, flexível, é simples. Postergar o máximo possível o cumprimento de suas obrigações, quitando as multas menores e recorrendo das maiores. É por isso que o quantitativo total de multas pagas nas últimas duas décadas foi de 37 mil, ou 56% do total, mas o valor efetivamente arrecadado foi de apenas R\$ 873 milhões, segundo a CGU.

As conclusões do relatório da Controladoria Geral da União exigiram que a Anatel revisse seus procedimentos de fiscalização. Desde o ano passado, o Conselho Diretor da agência vem aprovando a conversão de multas em sanções de obrigação de fazer, de modo que as sanções sejam revertidas em investimentos diretos na instalação de redes de telecomunicação, em especial nas regiões de baixa atratividade econômica para as operadoras e que, por isso, acabam sendo esquecidas ou relegadas.

²⁴⁶ Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/paineis/acompanhamento-e-controle/panorama-de-pados>. Acesso em 10 out. 2021

No que se refere à Vivo, duas dessas obrigações de fazer ajudam a entender como, a despeito das boas intenções de seu presidente e Fundação, a atuação da empresa vem prejudicando a inclusão digital na educação brasileira.

No início de setembro de 2020, foram publicados no Diário Oficial da União²⁴⁷ dois acórdãos do Conselho Diretor da Anatel que converteram R\$ 20,7 milhões de multas da Vivo em obrigações de fazer.

O primeiro deles determinou que a empresa deveria instalar estações rádio base com tecnologia 4G em 15 municípios de Minas Gerais e Rio de Janeiro, garantindo manutenção adequada e operação das instalações pelo prazo mínimo de três anos.

No segundo acórdão, a Anatel impôs como obrigação a instalação e manutenção por três anos de fibra óptica em 41 municípios a serem escolhidos dentro de uma lista prévia de 9 estados brasileiros.

O detalhe é que muitas dessas localidades já deveriam ter sido atendidas pela operadora, de acordo com o Edital do 4G, realizado em 2012. Mas, por sua pobreza e baixo retorno econômico, foram preteridas.

Mas a dívida da Vivo não termina aí. Isso porque, além das multas acumuladas, as operadoras concessionárias de serviço público também possuem um saldo devedor de investimento na universalização dos serviços de telecomunicações que beira aos R\$ 3,6 bilhões. A Vivo é responsável por R\$ 540,14 milhões desse total.

Em 27 de abril de 2021, a Anatel divulgou lista dos mais de 2.500 municípios e localidades²⁴⁸ que deverão receber infraestrutura necessária para acesso à internet por fibra óptica até dezembro de 2024, de acordo com o novo Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado Prestado no Regime Público (PGMU V), aprovado pelo Decreto 10.610/2021.

À Vivo caberia atender 494 cidades dentro do PGMU V. Contudo, seguindo seu padrão, o movimento da Vivo foi pela postergação, apresentando, junto com as demais operadoras,

²⁴⁷ Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/acordaos-de-28-de-agosto-de-2020-275911374>. Acesso em 10 out. 2021

²⁴⁸ Disponível em: https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO6UqCy8ZwyP3PrUiHelEBVKxdJE4WO4W9ufUpaAWqnFiL5xXuv07FLGoutan1o_on9WyiDQyNRU_ecVbJIGZXta. Acesso em 10 out. 2021

pedido de suspensão da obrigação, sob alegação de supostas inconsistências na lista. O pedido foi rejeitado pelo presidente do Conselho Diretor da Anatel em decisão de 24 de maio de 2021²⁴⁹.

Se juntarmos as metas do PGMU V com as multas impostas pela Anatel, chegaremos a um passivo total de mais de R\$ 1,5 bilhão e, ao menos, 550 cidades brasileiras sem infraestrutura necessária para proporcionar acesso à internet a seus moradores porque a Vivo de Gebara não cumpre nem paga o que deve.

Diante de um orçamento público cada vez mais sufocado pelo teto de gastos, com uma crise econômica que limita a arrecadação dos estados e municípios, as multas e contrapartidas das operadoras de telefonia poderiam cumprir um papel essencial para garantir o acesso à internet à população brasileira, entendido como direito humano pela ONU desde 2011²⁵⁰.

Quantos dos 35,6 milhões de brasileiros e 4,3 milhões de estudantes que terminaram 2019 sem acesso à internet, segundo dados do IBGE²⁵¹, poderiam ter vivenciado uma experiência menos excludente durante a pandemia se a Vivo pagasse sua dívida bilionária?

O Projeto Lei nº 3477/2020, aprovado em fevereiro de 2021 pelo Congresso Nacional e cujo veto presidencial foi derrubado em sessão conjunta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal em 1º de junho de 2021, estima serem necessários em torno de R\$ 3,5 bilhões para garantir internet de qualidade a 18 milhões de estudantes e 1,5 milhão de professores da rede pública de ensino durante a pandemia. Quantos destes milhões de alunos e professores seriam atendidos se a Vivo não postergasse ao máximo o cumprimento de suas obrigações?

É possível que o presidente da Vivo não tenha todas essas respostas. Mas sabe que o passivo total de sua empresa junto à Anatel representa 20 orçamentos anuais da Fundação Telefônica Vivo, com o potencial de beneficiar 900% mais municípios dos que os atualmente atendidos pela entidade. A pergunta que fica é: fundações como a Telefônica Vivo seriam necessárias se as operadoras cumprissem e pagassem o que devem?

²⁴⁹ Disponível em: https://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2021/05/SEI_ANATEL-6921113-Despacho-Decisorio.pdf. Acesso em 10 out. 2021

²⁵⁰ De acordo com o “Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue”, publicado em 16 de maio de 2011 e disponível em: https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf. Acesso em 10 out. 2021.

²⁵¹ Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/30521-pnad-continua-tic-2019-internet-chega-a-82-7-dos-domicilios-do-pais>. Acesso em 10 out. 2021.

Pesquisadoras do grupo de trabalho e pesquisa “Atores e Grupos de Interesse em Políticas Educacionais - AGIPE”, constituído em 2019, vêm analisando a influência crescente destas fundações filantrópicas vinculadas às principais empresas e bancos nacionais no campo da educação brasileira²⁵².

Para as pesquisadoras, se desde a década de 1990 já se vinha desenhando uma transformação nos atores predominantes neste campo, a partir do retraimento da influência das organizações acadêmicas e sindicatos e ascensão dos mais variados representantes do terceiro setor, com destaque para as ONGs e fundações filantrópicas, foi o processo de elaboração do Plano Nacional de Educação 2014-2020 que evidenciou essa atuação mais incisiva dos braços sociais de empresas e bancos na educação.

Além de estar pautada pela “concretização de uma agenda para os direitos sociais voltada a uma ideia de educação mais restrita, mais focada no seu pilar utilitário para o desenvolvimento que para a formação integral dos indivíduos, inclusive para a cidadania”, esses novos atores hegemônicos têm “inviabilizado a participação de muitos outros, especialmente por seu poder de influência e o *modus operandi*” pautado no “uso do poder político que esses grupos detêm em outras esferas, relacionados a outros bens sociais, para ter influência sobre a esfera da educação”²⁵³.

Resgatando e adaptando o conceito de “*bad civil society*”, desenvolvido por Simone Chambers e Joffrey Kopstein para investigar, no contexto estadunidense do início do século 21, “as causas de uma patologia específica da sociedade civil: grupos que defendem o ódio e a intolerância”²⁵⁴, Marcele Frossard vai apontar que a ascensão dos braços sociais das empresas e bancos no campo educacional, longe de produzir um “avivamento da democracia e uma consolidação dos direitos democráticos”, aprofundará, ao revés, o desvirtuamento das diretrizes da participação popular e gestão democrática consolidadas no Brasil pós-Constituição de 1988, ao reduzir, e muitas vezes bloquear, “a influência de grupos menores –

²⁵² FROSSARD, Marcele. *Nada vem de graça, nem o pão nem a cachaça: “bad civil society” e tirania no campo da educação*. Campanha Nacional pelo Direito à Educação, 2019. Disponível em: <https://campanha.org.br/analises/marcele-frossard/nada-vem-de-graca-nem-o-pao-nem-a-cachaca-bad-civil-society-e-tirania-no-campo-da-educacao/>. Acesso em 10 out. 2021.

²⁵³ FROSSARD, Marcele, 2019.

²⁵⁴ CHAMBERS, S.; KOPSTEIN, J. *Bad civil society*. *Political Theory*, Vol. 29, No. 6 (Dec. 2001), pp. 837-865. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3072607?origin=JSTOR-pdf>, p. 840.

ou com menor poder econômico—, quando monopolizam redes de influência, ou militam por pautas que implicam na redução de direitos de determinados grupos”²⁵⁵.

Nessas condições, a disputa pelo protagonismo da participação popular torna-se ainda mais injusta e desigual. Vanessa Pipinis, do mesmo AGIPE, vai situar a questão de forma clara ao indagar como “um movimento de base comunitária ou acadêmico conseguiria disputar o protagonismo da política pública com instituições empresariais de atuação nacional, que contam com robustos orçamentos, com apoio das elites econômicas e com ampla articulação política?” Delineia-se, então, uma nefasta proporcionalidade inversa: quanto mais recursos financeiros, políticos e simbólicos se concentrarem nas mãos de poucos grupos filantrópicos, menor será a presença e participação de outros segmentos populares, ao ponto da capacidade de influência destes últimos “ser invisibilizada, quando não totalmente inviabilizada”²⁵⁶.

Este cenário adverso parece se concretizar cada vez mais nos últimos anos. A última pesquisa bienal divulgada pelo Grupo de Institutos Fundações e Empresas - GIFE²⁵⁷, associação que reúne os 160 maiores investidores sociais do Brasil²⁵⁸, aponta, somente em 2018, essas organizações destinaram 3,59 bilhões de reais para investimento na área social, superando, por exemplo, o orçamento anual destinado a ministérios como o do Meio Ambiente e o da Cultura. A educação é a principal área de atuação destes investidores, com 80% das menções, sendo que a maior parte destas organizações tende a canalizar cada vez mais esses investimentos em projetos ou programas próprios nas áreas de educação (61%), ao invés de apoiar iniciativas de terceiros.

Essa busca por exercer maior e mais direto controle sobre os investimentos pode ser vista como a raiz do surgimento e expansão de institutos e fundações empresariais, como a já citada Fundação Telefônica Vivo, ou de cunho familiar, como a Fundação Lemann, uma “organização não-governamental familiar sem fins lucrativos” que “foi criada em 2002 pela vontade de Jorge Paulo Lemann e sua família de contribuir com a educação pública e com iniciativas que geram transformação social”, segundo informações de seu site institucional²⁵⁹.

²⁵⁵ FROSSARD, Marcele, 2019.

²⁵⁶ PIPINIS, Vanessa. *O canto da sereia filantrópico: da sedução à privatização*. Campanha Nacional pelo Direito à Educação, 2020. Disponível em: <https://campanha.org.br/analises/vanessa-pipinis/o-canto-da-sereia-filantropico-da-seducao-privatizacao/>. Acesso em 10 out. 2021.

²⁵⁷ Censo GIFE 2018, disponível em: <https://sinapse.gife.org.br/download/censo-gife-2018>. Acesso em 10 out. 2021

²⁵⁸ De acordo com informações descritas em seu site institucional: <https://gife.org.br/quem-somos-gife/>. Acesso em 10 out. 2021

²⁵⁹ Disponível em: <https://fundacaolemann.org.br/duvidas/jorge-paulo-lemann>. Acesso em 10 out. 2021

Jorge Paulo Lemann e família figuram, atualmente, dentre os maiores bilionários brasileiros, com uma fortuna acumulada estimada na casa dos 23,8 bilhões de dólares. Seu investimento na educação não se resume apenas à atuação da Fundação que carrega seu nome. Além de ser um dos mantenedores doadores da escola de negócios Insper e investir em *startups* na área educacional - no Relatório Anual da Fundação Lemann de 2017 foi possível identificar, ao menos, 12 dessas empresas nomeadas como “parceiras”²⁶⁰-, Jorge Paulo Lemann ampliou, no início de 2021, os investimentos no grupo Eleva Educação que o transformaram no maior grupo de educação básica privada do mundo em número de alunos, com aproximadamente 120 mil estudantes, um setor que, somente no Brasil, possui faturamento anual na casa de R\$ 70 bilhões²⁶¹.

Essa atuação conjunta da família Lemann, com braços paralelos no setor privado e no investimento social que *borram* as fronteiras entre os fins lucrativos e não-lucrativos²⁶², é característico de uma nova filantropia familiar na educação que não busca apenas melhorar a reputação do negócio por meio da construção de um legado, mas disseminar uma visão de mundo e organização social pautada por uma prevalência da perspectiva empresarial sobre questões sociais e educacionais complexas. Essa perspectiva em voga no terceiro setor endinheirado defende que a lógica empresarial, por ser teoricamente mais eficiente e pautada por resultados, deveria avançar cada vez mais sobre os espaços de decisão mal ocupados pelo Estado²⁶³.

Pautada por uma nova forma de “doação e/ou investimento por resultados, tendo por eixo o envolvimento direto de doadores em ações filantrópicas e comunidades políticas” essa “nova filantropia”, como alerta Pipinis em estreito diálogo com as reflexões de Stephen Ball²⁶⁴, teria como objetivo principal assumir “deveres sócio morais que até então seriam exclusivos de organizações da sociedade civil, de agências e entidades de Estado e governo. Dessa forma,

²⁶⁰ Amplifica, Elos educacional, Fábrica de Aplicativos, Geeekie, Handtalk, Khan Academy, Letrus, Mathema, Mundo Maker e Tuneduc. Disponível em: <https://fundacaolemann.org.br/storage/materials/aYdzs1L1rxqlW7ZW71qOgKYuPpledjXqaHznarD.pdf>. Acesso em 10 out. 2021. Além deles, Árvore de Livros e Sincroniza são outras startups que indicam em seus sites institucionais apoio direto da Fundação Lemann.

²⁶¹ Segundo informações disponíveis em: <https://exame.com/negocios/a-grande-aposta-do-bilionario-jorge-paulo-lemann-no-setor-da-educacao-vai-dar-certo/>. Acesso em 10 out. 2021

²⁶² AVELAR, Marina. *Educação e COVID-19: cenário para o avanço da privatização?* Campanha Nacional pelo Direito à Educação, 2020. Disponível em: <https://campanha.org.br/analises/marina-avelar/educacao-e-covid-19-cenario-para-o-avanco-da-privatizacao/>. Acesso em 10 out. 2021

²⁶³ PIPINIS, Vanessa. *Desigualdade em tempos de crise*. Campanha Nacional pelo Direito à Educação, 2020. Disponível em: <https://campanha.org.br/analises/vanessa-pipinis/desigualdade-em-tempos-de-crise/>. Acesso em 10 out. 2021.

²⁶⁴ BALL, Stephen J. *Educação Global S/A: novas redes políticas e o imaginário neoliberal*. Ponta Grossa: UEPG, 2014.

as relações estabelecidas por e entre tais grupos garantiriam a eles a participação na esfera pública, seja incidindo na formulação e direcionamento das políticas públicas, seja no acesso aos fundos públicos”²⁶⁵.

Não é por outro motivo que Marina Avelar²⁶⁶, também pesquisadora do AGIPE, vai concluir que, “ao contrário de formas tradicionais de caridade ou filantropia, que tendiam a fazer ações locais e atendendo a populações e necessidades específicas, a nova filantropia visa reformar, deslocar, gerar disrupção em setores inteiros”. A importação dessa lógica corporativista para o campo da educação vai se concretizar em uma visão de participação na política pública como “uma forma barata de realizar as mudanças estruturais”, o que justificaria uma espécie de “postura hacker” disposta a “burlar processos da democracia, avançar com suas agendas sem o devido debate e validação pública” em troca de maior impacto, eficiência e retorno de investimentos em produtos e serviços previamente fabricados por esses “empreendedores políticos”, “surfistas esperando a onda certa” para vender sob a grife de personalizadas soluções padronizadas e pouco abertas aos distintos contextos e realidades socioeconômicas da educação pública brasileira.

“A oportunidade não é apenas comprar barato, é que certas coisas que não estavam disponíveis passam a ficar, passamos a olhar os negócios em formatos diferentes e a operar de formas diferentes” afirmou Jorge Paulo Lemann ao justificar porque ele via, ainda em abril de 2020, a então nascente crise criada pela pandemia da Covid-19 como um celeiro de oportunidades²⁶⁷. E não estava errado, pelo menos a nível pessoal, já que seu patrimônio teve acréscimo de 252 milhões de dólares em relação a 2019.

No campo educacional, como já apontado, a interrupção das aulas presenciais e a necessidade abrupta de oferta de aulas remotas mediadas por tecnologias e aplicativos usados por meio do acesso à internet aumentou ainda mais o *sequestro* dos mecanismos de participação popular pelo terceiro setor endinheirado e o *borrão* que provoca nos limites entre Estado, mercado e organizações da sociedade civil.

No recorte específico das contratações públicas educacionais, é possível identificar dentre as fundações e institutos familiares e empresariais um modo de atuação e relação com o

²⁶⁵ PIPINIS, Vanessa, 2020.

²⁶⁶ AVELAR, Marina, 2020.

²⁶⁷ Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2020/04/17/para-lemann-crise-traz-oportunidade.htm>. Acesso em 10 out. 2021.

poder público que se equilibra, ao mesmo tempo em que expande, as zonas cinzentas limítrofes da legislação.

Essa relação borrada, que se utiliza de indeterminações nos mecanismos legais de participação popular para fazer prevalecer os interesses e visões de mundo corporativos-liberais da minoria economicamente hegemônica, se concretiza, ao menos no campo das contratações públicas educacionais, de duas formas atualmente.

A primeira delas é um desvirtuamento do regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em especial do instituto dos convênios e acordos de cooperação que, de instrumentos de formalização de direitos, responsabilidade e obrigações mútuas para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos, transformaram-se em verdadeiros contratos administrativos envolvendo fornecimento de bens, serviços e terceirização de mão-de-obra travestidos de parceria. A ponto de, numa inversão completa da lógica inicial deste mecanismo, serem as próprias fundações e institutos familiares e empresariais a lançarem chamamentos públicos para selecionar os entes e órgãos estatais com os quais firmarão acordos.

Como exemplo dessa inversão de papéis é possível citar o “Edital do Programa Melhoria na Educação (2021-2024)”²⁶⁸, lançado pela Fundação Itaú para a Educação e Cultura em fevereiro de 2021, com o objetivo de “convidar e selecionar municípios e iniciativas de colaboração intermunicipal para participar dos processos formativos e, a depender do desempenho e dos critérios das etapas formativas, de implementação de tecnologias educacionais”

Eram elegíveis para inscrição no edital apenas municípios com até 550 mil habitantes, mais de 10 mil matrículas urbanas no Ensino Fundamental, Ideb (Índice de Desenvolvimento da Educação Básica) abaixo da média nacional ou estadual e que não possuísem parcerias em andamento com programas semelhantes de Institutos, Universidades, Associações e/ou Fundações, públicos ou privados.

Além do corte por Ideb abaixo da média, reforça a visão predominante no terceiro setor endinheirado da educação pública como instituição precária que demanda caridade e filantropia

²⁶⁸ Disponível em: <https://www.itausocial.org.br/editais/edital-do-programa-melhoria-da-educacao-2021-2024/>. Acesso em 10 out. 2021.

das institutos e fundações familiares e empresariais o fato de que, para seleção final dos municípios que seriam contemplados pelo Programa Melhoria na Educação, foram adotados, dentre outros critérios, o de taxa de óbitos por Covid-19, a proporção de crianças entre 4 e 14 anos que não frequentam escola ou creche e de pessoas pobres com renda domiciliar média menor ou igual a 140 reais residentes nos municípios.

O edital estabelecia que a parceria entre a Fundação Itaú e os entes municipais seria formalizada por meio de Acordo de Cooperação, cuja minuta já se encontrava definida em anexo específico, destacando que “o Acordo de Cooperação não prevê o repasse de recursos entre as partes, mas determina ações a serem realizadas por cada parte e as respectivas contrapartidas para a implementação do Programa”, dentre as quais é possível destacar a obrigação por parte da Administração Pública em disponibilizar espaço e materiais necessários para a realização de atividades presenciais e arcar com os custos relativos à remuneração e às despesas dos profissionais que participarem das atividades relacionadas ao Programa, incluindo logística, deslocamento, hospedagem e diárias. Ao final, foram

Em linha semelhante, a Fundação Lemann lançou em 2020, nos primeiros meses após início da pandemia de Covid-19, o “Edital de Seleção para Redes Municipais de Ensino do Programa Formar”²⁶⁹, que buscava selecionar secretarias municipais de educação com no mínimo 15 mil alunos matriculados nos Ensino Fundamental para firmar acordos de cooperação, com duração prevista de até 3 anos, através dos quais a Fundação disponibilizaria um rol de consultores pedagógicos, formadores, gestores e especialistas que prestariam apoio e consultoria às equipes das Secretarias de Educação em amplo rol de atividades administrativas e gerencias, desde a revisão e desenvolvimento de políticas e processos pedagógicos tais como currículo, avaliações padronizadas, formação de professores e acompanhamento pedagógico, até a implementação e monitoramento de tecnologias nas escolas das redes públicas de ensino.

De acordo com o Relatório Anual 2020 da Fundação Lemann²⁷⁰, o programa Formar atuou em 22 cidades de cinco estados diferentes, abrangendo cerca de 4 mil escolas, 54 mil docentes e mais de um milhão de estudantes.

²⁶⁹ Disponível em: <https://fundacaolemann.org.br/noticias/sua-rede-de-ensino-parceira-do-formar>. Acesso em 10 out. 2021

²⁷⁰ Disponível em: <https://fundacaolemann.org.br/materiais/relatorio-anual-2020>. Acesso em 10 out. 2021.

Sobre os limites da consultoria técnica prestada pelas fundações e institutos às secretarias de educação, importante trazer à baila outra iniciativa financiada pela Fundação Lemann: a Vetor Brasil, uma organização da sociedade civil sem fins lucrativos criada em 2015 com o objetivo de “conectar pessoas de alto desempenho que desejam transformar a gestão pública brasileira com governos comprometidos com essa mudança”²⁷¹.

Na prática, essa organização firma parcerias com entes governamentais de estados e municípios para recrutamento, seleção, capacitação e alocação de profissionais que trabalharão, por ao menos 12 meses, em cargos comissionados relacionados à gestão e execução de políticas públicas em órgãos ou entidades da Administração Pública direta ou indireta, bem como em gabinetes e comitês de crise criadas para responder a calamidades públicas, como a pandemia de Covid-19.

A entidade chegou a desenvolver, inclusive, uma plataforma tecnológica de interface com parceiros públicos que se propõe a automatizar o processo de seleção de pessoal através da qual “assim que uma vaga é adicionada por um gestor de governo, o Vetor Brasil recebe uma notificação e já pode acionar o sistema de pareamento automático (matching) para recomendar profissionais”²⁷².

Segundo dados da organização, foram alocados, desde sua fundação, mais de 500 profissionais em cargos comissionados de mais de 120 órgãos públicos integrantes de mais de 40 entes municipais e estaduais em todos os 27 estados brasileiros. Houve, inclusive, participação da Vetor no preenchimento do cargo de Secretário de Educação de Londrina, sendo a entidade responsável por realizar a pré-seleção dos candidatos, indicando os nomes dos finalistas ao prefeito. Além disso, ao longo de 2020, foram alocados profissionais selecionados e treinados pela Vetor em gabinetes de crise criados para responder à pandemia nos estados de Alagoas, Amapá, Ceará e Maranhão²⁷³.

Um exemplo do modo de formalização dessa prática é o Acordo de Cooperação firmado em 2017 entre a Vetor Brasil e a Secretaria Municipal de Gestão da prefeitura de São Paulo²⁷⁴,

²⁷¹ Disponível em: <https://vetorbrasil.org/>. Acesso em 10 out. 2021.

²⁷² Conforme informações descritas em seu Relatório Anual de Atividades 2019, disponível em: <https://vetorbrasil.org/transparencia/>. Acesso em 10 out. 2021.

²⁷³ Disponível em: <https://vetorbrasil.org/experiencias-de-impacto/>. Acesso em 10 out. 2021.

²⁷⁴ Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/gestao/arquivos/TERMO%20DE%20COOPERACAO%20N_03_SMG_2017_VETOR%20BRASIL.pdf. Acesso em 10 out. 2021. O acordo teve sua vigência prorrogada por mais 12 meses em 2018, conforme aditivo disponível em: [https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretaria/s/upload/Termo%20Aditivo%20-%20VETOR\(1\).pdf](https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretaria/s/upload/Termo%20Aditivo%20-%20VETOR(1).pdf). Acesso em 10 out. 2021.

cujo objeto era a “conjugação de esforços entre os partícipes visando apoio na pré-qualificação e desenvolvimento de talentos para subsidiar o provimento de cargos em comissão, bem como a capacitação e treinamento periódico dos agentes públicos nomeados”. Pelo Acordo, a Secretaria Municipal de Gestão indica os órgãos e entidades para as quais as vagas serão destinadas e a Vetor faz a seleção e pré-qualificação de candidatos que serão entrevistados pelo gestor diretor do órgão ou unidade responsável pela aprovação. Dentre as obrigações da Administração Pública, cabe destacar a de “garantir que os profissionais selecionados pela Vetor Brasil e aprovados sejam alocados nas funções ou projetos para os quais foram selecionados, e sejam devidamente remunerados no valor previamente definido”.

O escopo de atuação das consultorias técnicas previstas nos acordos de cooperação oriundos dos editais lançados pela Fundação Itaú e Lemann, bem como os acordos firmados pela Vetor Brasil com órgãos e entes estatais levantam uma série de questões relacionadas aos limites e contornos mesmo do que se espera da relação entre Poder Público e terceiro setor: não estaríamos diante de terceirizações indevidas daquilo que Carolina Zancaner Zockun²⁷⁵ chamou de atividades internas e permanentes não passíveis de terceirização por terem sido delineadas pela própria Constituição Federal como atividades gerenciais e estratégicas a serem desempenhadas pelo e para o próprio Estado por meio de pessoal permanente contratado para tanto?

Ademais, os objetos desses acordo de cooperação se enquadram naquilo que se espera das parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil, as quais, de acordo com o próprio MROSC, deveriam ser realizadas “em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíprocos”, ou seriam mais condizente com os contratos administrativos de prestação de serviços? Sendo consultorias e serviços desse tipo ofertadas por outras organizações da sociedade civil e, até mesmo, objeto de licitações e concorrências públicas para assinatura de contratos administrativos, porque tais acordos são firmados sem chamamento público prévio que garantam um mínimo de transparência e concorrência?

Para responder a tais perguntas e ter um quadro mais claro das consequências do desvirtuamento do regime jurídico das contratações públicas e das parcerias entre Estado e

²⁷⁵ ZANCANER ZOCKUN, Carolina. *Terceirização na Administração Pública*, 2017.

organizações da sociedade civil, é necessária uma reflexão mais aprofundada sobre conceitos e distinções entre contratações públicas, contratos administrativos e parcerias.

Apesar de serem muitas vezes utilizadas como sinônimos, parece-nos acertado definir contratações públicas como gênero no qual se agrupam as espécies contratos administrativos e parcerias.

A adoção de gênero e espécies para classificar contratações públicas, contratos administrativos e parcerias é uma forma de afastar um tipo perigoso de interpretação que, ao tentar traçar as diferenças entre os contratos administrativos e as parcerias, parece querer retirar destas últimas o status próprio de contrato. Como bem alerta Silvio Luís Ferreira da Rocha, há uma parcela da doutrina que adota como traço distintivo entre convênios e contratos o interesse das partes, defendendo que “nos contratos os interesses são contrapostos, antagônicos, enquanto nos convênios os interesses são comuns, na medida em que os partícipes do convênio visam à obtenção de resultado comum”²⁷⁶. Assim como Rocha, Jacintho Arruda Câmara também vai advertir que a generalização e valorização do aspecto da colaboração associativa na relação da Administração com entes privados desprovidos de fins lucrativos chegaram a tal ponto que não são poucos os que passaram a opor esse tipo de vínculo aos contratos²⁷⁷.

O erro aqui reside no fato de que a diversidade de interesses é um aspecto possível, mas não a característica determinante dos contratos. Isso porque, segundo lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, na própria Teoria Geral do Direito o instituto do contrato engloba duas modalidades básicas “a dos contratos em que as partes se compõem para atender a interesses contrapostos e que são satisfeitos pela ação recíproca delas e os contratos em que, inversamente, as partes se compõem pela comunidade de interesses, pela finalidade comum que as impulsiona”²⁷⁸. Na primeira modalidade estariam os contratos administrativos, na última, os consórcios públicos, os convênios e as parcerias com organizações da sociedade civil sem fins lucrativos. Ambas, contudo, pertencentes ao mesmo instituto do contrato.

Por essa linha de raciocínio, não é de se estranhar a constatação de Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza de que as colaborações entre entes estatais e entidades privadas sem fins lucrativos estariam, cada vez mais, se “contratualizando”, incluindo “aqueles vínculos do

²⁷⁶ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*, 2006, p. 64.

²⁷⁷ ARRUDA CÂMARA, Jacintho. *Contratos Administrativos*. In: ARRUDA CÂMARA, Jacintho; NOHARA, Irene Patrícia. *Tratado de Direito Administrativo - v.6: licitação e contratos administrativos*. 1. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, pg. 493.

²⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, 2019, p. 703.

Estado como Terceiro Setor que se supunha serem em boa medida distintos dos instrumentalizados por contratos e, por isso mesmo, se apregoava como afeitos a espécies diferentes de instrumentos, como os convênios e instrumentos congêneres; hoje se descobre que muitos deles não são opostos, mas, sim, perfeitamente assemelhados aos regidos por contratos administrativos de prestação de serviços. Bem por isso, a despeito da denominação diversa que recebam os respectivos instrumentos, são vínculos verdadeiramente contratuais”²⁷⁹.

Ou seja, para os autores, mesmo quando adotam “apelidos de fuga” como acordo, termo ou ajuste, as parcerias entre Estado e terceiro setor permanecem vinculados à “chapa contratual”.

Na mesma toada segue Arruda Câmara ao afirmar que “se, apesar de ser nomeado de convênio, o pacto estabelece obrigações contrapostas e estáveis, com atividades certas a serem desenvolvidas pelo ‘conveniado’ e em troca de certos ‘repasses’, parece mais adequado tratá-lo como vínculo contratual”²⁸⁰.

Nesse contexto, partindo dos parâmetros de Sílvio Luis Ferreira da Rocha, contratações públicas seriam todos “os negócios jurídicos realizados pela Administração no exercício de competência para a realização do interesse público almejado pela lei”, neles incluídos tanto os chamados contratos administrativos como os convênios e parcerias, não havendo “diferença entre eles quanto à natureza, mas, sim, apenas quanto ao conteúdo”²⁸¹.

Convênios e parcerias seriam, portanto, “nomes diferentes para designar o mesmo fenômeno jurídico; através deles o Poder Público incentiva as atividades consideradas de relevante interesse social, mas desenvolvidas por entidades privadas”²⁸². Por tal razão, diverso dos contratos administrativos, as verbas porventura repassadas nos convênios e parcerias não teriam natureza de preço ou remuneração paga como contraprestação pelo cumprimento de uma obrigação ou em troca de um benefício recebido, “mas, sim, a auxílio, incentivo à atividade considerada socialmente relevante”, o que faz do executor do convênio ou parceria

²⁷⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *As modernas parcerias públicas com o Terceiro Setor*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo, Malheiros Editores, 2013, p.43-45.

²⁸⁰ ARRUDA CÂMARA, Jacintho, 2014, pg. 497.

²⁸¹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*, 2006, p. 66.

²⁸² Idem, p. 64.

“um administrador de dinheiro público”²⁸³, obrigado a prestar contas aos órgãos de controle estatais e sociais.

Sendo espécie de contratação pública, sobre o convênios e parcerias da Administração Pública com organizações da sociedade civil recairia também os princípios do regime jurídico público, de modo que “para travar convênios com entidades privadas - salvo quando o convênio possa ser travado com todas as interessadas - o sujeito público terá que licitar ou, quando impossível, realizar algum procedimento que assegure o princípio da igualdade”²⁸⁴, entendido aqui como tratamento isonômico e equiparação de oportunidades de participação aos interessados.

Não será por outro motivo que o MROSC instituiu os chamamento público como procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil “no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos” (art. 2º, XII).

O fato de a legislação não incluir os chamamentos públicos como pré-requisito para os acordos de cooperação não exime esse tipo de parceria da submissão aos princípios isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, que devem nortear toda e qualquer contratação pública, independente da transferência de recursos públicos.

Mas talvez o exemplo mais impactante do atual desvirtuamento do regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil provocada pelo aposta das fundações e institutos familiares e empresariais na paulatina derrubada dos limites entre Estado, mercado e o terceiro setor endinheirado seja o Edital do Programa Impulsionar²⁸⁵, lançado em julho de 2021 e financiado pela Fundação Lemann, Imaginable Futures²⁸⁶ e Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID.

²⁸³ Idem, p. 66-67.

²⁸⁴ BANDEIRA DE MELLO, 2019, p. 706.

²⁸⁵ Disponível em: <https://programaimpulsionar.com.br/>. Acesso em 10 out. 2021.

²⁸⁶ Segundo informações de seu site institucional, a Imaginable Futures é uma organização de investimento filantrópico global integrante do The Omidyar Group, com escritórios no Brasil, Quênia, Reino Unido e Estados Unidos, que trabalha com os setores educacionais público, privado e social e já investiu US\$225 milhões em mais de 125 parceiros na África, América Latina, Estados Unidos e Índia. Disponível em: <https://www.imaginablefutures.com/>. Acesso em 10 out. 2021.

Segundo os termos do Edital, o propósito do Impulsionar “é apoiar redes municipais de ensino a reduzir e prevenir lacunas de aprendizagem em Língua Portuguesa e Matemática de estudantes do 6º ao 9º ano, a partir de um modelo pedagógico e do apoio de organizações educacionais que oferecem serviços de implementação, formação de professores e gestores, e recursos educacionais digitais, considerando a metodologia do ensino híbrido/remoto”. Para tanto, o programa se propõe a selecionar, conectar e preparar “redes de educação, empresas de tecnologia e organizações de implementação e formação para desenvolver e multiplicar soluções pedagógicas e digitais que promovam redução e prevenção das lacunas de aprendizagem”.

Para as redes públicas de ensino, o programa Impulsionar oferta como benefícios “apoio e formação para diagnosticar as condições da rede e planejar a implementação do modelo pedagógico considerando os diferentes contextos e a capacidade instalada da rede”, além de disponibilizar “consultoria especializada para apoiar na seleção de recursos educacionais digitais com assertividade e segurança” e “investimento para adquirir, durante o ano de 2022, recursos educacionais digitais e se necessário equipamentos e internet de qualidade”.

Amarrando a outra ponta, o mesmo programa ofertará mentoria individualizada para aceleração de negócios de impacto, empresas de tecnologias educacional e organizações de implementação e formação para que possam desenvolver novos produtos, bens e serviços capazes de reduzir e prevenir lacunas de aprendizagem em Língua Portuguesa e Matemática de estudantes do 6º ao 9º ano. Essa aceleração inclui tanto o apoio no desenho do modelo de sustentabilidade dessas empresas capazes de “escalar o produto, seja por meio de contratação pelo setor público ou financiamento de Fundações e Institutos”, como também o investimento direto de, no mínimo, R\$ 100.000,00, por cada rede de ensino que a empresa ou organização venham a auxiliar.

Pela leitura de seus termos, é possível concluir que o edital do Programa Impulsionar tende a juntar em uma mesma iniciativa duas frentes de atuação comuns ao *modus operandi* de ingerência do terceiro setor endinheirado nas contratações públicas educacionais: por um lado, fornecer consultorias às secretarias de educação para que possam moldar e executar políticas públicas e planejamentos orçamentários que reproduzam a visão de mundo corporativo-liberal pautado na ideia de que a lógica empresarial, por ser teoricamente mais eficiente e pautada por resultados, deveria avançar cada vez mais sobre os espaços de decisão mal ocupados pelo Estado através do maior repasse possível de atividades e serviços públicos à iniciativa privada;

por outro, constituir, financiar e investir em organizações, empresas e startups educacionais para que sejam capazes de fornecer às secretarias municipais e estaduais de educação bens e serviços padronizados, valendo-se, sempre que possível, de mecanismos de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Usando seu poder econômico, e contando com o apoio do Banco Interamericano de Desenvolvimento, o terceiro setor endinheirado parece ter, finalmente, encontrado um caminho para fechar o cerco sobre a autonomia administrativa e a supremacia e indisponibilidade do interesse público. As fundações e institutos não só inverteram a lógica do chamamento público, mas avançaram para predeterminar à Administração Pública o que fazer, como fazer, com quem fazer e por quanto fazer.

Afinal, neste modelo, é a filantropia familiar-empresarial quem define qual necessidade educacional deverá ser priorizada, lança chamamento público para escolher quais entes da Administração Pública serão apoiados, estabelece sob quais termos e condições a parceria será firmada, disponibiliza consultores para incidir sobre quais serviços e bens devem ser contratados, repassando, se necessário, recursos para sua aquisição, além de investir nas empresas de forma a moldar, controlar e garantir quais as soluções serão fornecidas.

Pode-se dizer que, na prática, estar-se diante de uma verdadeira “venda casada”²⁸⁷, onde o apoio técnico e financeiro oferecido pelo terceiro setor endinheirado às redes públicas de ensino está condicionado à aquisição dos bens e serviços desenvolvidos por empresas financiadas pelo mesmo terceiro setor.

O que resta, nesse cenário, do princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público? Como já defendido antes, só se pode falar em supremacia do interesse público se ele for entendido não como aquele definido exclusivamente pelo Estado (modelo autoritário), ou pelo poder econômico privado (modelo liberal), mas sim como fruto da tensão entre os distintos interesses privados que compõem a atual sociedade de classes, da síntese dialética e contingente entre os interesses antagônicos do poder econômico e do povo. Ao revés, o que se vê aqui é um recrudescimento da visão liberal anti-Estado do terceiro setor endinheirado, sem espaço algum para quaisquer tipos de participação ou controle popular, onde o interesse público é moldado pelo poder econômico privado.

²⁸⁷ Venda casada é um tipo de prática abusiva vedada pelo artigo 39, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor em que se condiciona o “fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos”.

Mais que o sequestro da participação popular, o que se configura, em última instância, é o confisco da supremacia do interesse público por meio da exclusão de outros atores da sociedade civil e a redução da Administração Pública, principalmente os entes municipais de menor porte e autonomia financeira reduzida, a um papel de passividade e subserviência.

No lugar do criticado autoritarismo estatal, temos um mais danoso autoritarismo liberal-corporativo. E aqui é impossível não fazer uma correlação com o conceito de “autoritarismo líquido” proposto por Pedro Serrano, segundo o qual, no atual século XXI, “não há mais a interrupção do Estado democrático para a instauração de um Estado de exceção. Os mecanismos do autoritarismo típicos de exceção passam a existir e conviver dentro da rotina democrática, como uma verdadeira técnica de governo, ou governança permanente de exceção”, composto por “traços de autoritarismo fragmentados e cirúrgicos, que têm destinatários específicos e podem ser capitaneados por diferentes agentes”²⁸⁸.

Trata-se, na opinião do autor, “de uma forma aperfeiçoada de autoritarismo, que atinge grupos ou pessoas segundo os interesses de quem o pratica, além de ser mais flexível no plano político, convivendo com institutos e medidas democráticas, mantendo, portanto, uma aparência de respeito às instituições e ao Estado de direito”²⁸⁹. E é justamente em países de capitalismo tardio e periférico, como no Brasil e na maior parte da América Latina, em que o autoritarismo líquido vai encontrar solo fértil para “uma governabilidade de exceção permanente (de fato), que convive com um Estado de direito permanente (formal)”²⁹⁰.

Esse autoritarismo líquido do século XXI se sustenta, por um lado, numa “governabilidade de exceção permanente para a população excluída (o inimigo pobre)”, e, por outro, na “adoção de medidas de exceção com fim eminentemente político (o inimigo corrupto)”, propugnando-se, ao fim, “uma verdadeira criminalização da política a fim de que o controle político seja realizado pelo poder econômico”²⁹¹.

Isso porque, como alerta Serrano, apesar de ser característico da século XXI, esse “aumento das medidas de exceção no interior das sociedades democráticas sem a adoção da suspensão da ordem vigente” tem raízes nos anos sessenta e setenta do século passado, com a

²⁸⁸ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo Líquido e as Novas Modalidades de Prática de Exceção no Século XXI*. Revista Themis, Fortaleza, v. 18, n. 1, p.197-223, jan./jun. 2020, p. 200.

²⁸⁹ SERRANO, 2020, p. 201.

²⁹⁰ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção*. São Paulo, Alameda, 2016, p.27

²⁹¹ SERRANO, 2016, p. 21.

“formação de uma nova fase do capitalismo, que deixa de ser predominantemente industrial e se torna indubitavelmente financeiro”, o que demanda uma presença estatal forte e dilatada como “instrumento de garantia tanto para a segurança das operações financeiras dos grandes grupos econômicos (há uma credibilidade nas suas instituições, pois o Estado torna-se o garantidor dessas operações em última instância – uma espécie de ‘mão invisível do Estado’), bem como para conter a violência gerada pelo aumento da desigualdade social, consequência intrínseca do atual estágio do capitalismo”²⁹².

O fato é que, em contraposição à toda mistificação ideológica do Estado mínimo, o sistema de mercado neoliberal financeiro passa a exigir uma presença estatal autoritária máxima e subserviente a seus ditames, aliada à redução e suspensão dos direitos e liberdades individuais, dando vazão a uma verdadeira inversão no modelo de centralização do poder em que “o poder político passa a ser controlado pelo poder econômico e o Estado torna-se o garantidor das grandes operações do mercado”²⁹³.

Não parece errado afirmar, portanto, que o atual cenário de derrocada dos limites entre Estado, mercado e o terceiro setor endinheirado seria, na verdade, mais uma faceta do autoritarismo líquido que avança a passos largos no Brasil.

Reforçando essa conclusão, vale destacar que, paralela à atuação da filantropia familiar e empresarial, outros agentes privados vêm investindo nas indeterminações dos mecanismos legais de participação popular para fazer prevalecer as visões de mundo corporativos-liberais e os interesses da minoria economicamente hegemônica.

Sob o verniz de termos de cooperação *de adesão*, já que não há abertura para modificações substanciais de seu conteúdo, muitas empresas, em especial aquelas relacionadas à tecnologia, constituíram ao longo da última década verdadeiros contratos de doação com encargos de seus bens e serviços junto à administração pública educacional, disseminando-os por todas as regiões e estados brasileiros de forma a que, a médio prazo, a redes públicas de ensino se tornem reféns das renovações destes termos de cooperação e obrigadas a contratar versões atualizadas e/ou dispositivos e produtos acessórios para garantir a continuidade do serviço aos professores, servidores e alunos de sua rede.

²⁹² Idem, p. 102.

²⁹³ Idem, p. 103.

Contudo, para além da falta de publicização prévia via chamamento e desrespeito aos princípios e ritos do regime jurídico das contratações públicas, a faceta mais grave do sequestro e desvirtuamento causados pelos aqui chamados *termos de cooperação de adesão*, em especial aquele relacionado com tecnologia, é o fato de serem firmados com empresas e entidades privadas com fins lucrativos que também participam de processos licitatórios, fornecendo, por meio de contratos administrativos, os mesmos bens e serviços objeto das ditas parcerias.

Como há tempos defende Celso Antônio Bandeira de Mello, só há cabimento em se firmar convênios com entidades privadas quando estas forem sem fins lucrativos, vez que, “se a contraparte tivesse objetivos lucrativos, sua presença na relação jurídica não teria as mesmas finalidades do sujeito público; pelo contrário, seriam reconhecidos objetos contrapostos, pois, independente da caracterização de seus fins sociais, seu objetivo no vínculo seria a obtenção de um pagamento”²⁹⁴.

Ao travestir de convênio, termo de parceria ou acordo de cooperação uma relação jurídica com obrigações definidas entre uma empresa com fins lucrativos e a Administração Pública, gestores públicos e representantes legais destas empresas têm mente um único objetivo: fuga do regime jurídico e marco legal das licitações e contratos administrativos brasileiros²⁹⁵.

A objeção que se pode colocar é de que esses termos de cooperação entre secretarias de educação e empresas de tecnologia não preveem a transferência de recursos financeiros, afastando-se, dessa forma, quaisquer suspeitas por interesses lucrativos ou ressarcimento de serviços por parte dos entes privados. Contudo, os objetivos lucrativos nesse tipo de relação jurídica se concretizam de forma indireta, ao tornar a Administração Pública presa às renovações destes termos de cooperação e obrigada a contratar versões atualizadas e/ou dispositivos e produtos acessórios para garantir a continuidade do serviço aos professores, servidores e alunos de sua rede. Mas não só. Essas *cooperações de adesão* carregam outra faceta danosa: os lucros obtidos por essas empresas de tecnologia na formação e fidelização de novos clientes desde a mais tenra idade por meio da captação e tratamento dos dados dos usuários de seus bens e serviços.

Essa faceta obscura da relação das grandes empresas de tecnologia com a educação pública brasileira ganha contornos mais claros se for entendida dentro da dinâmica do que

²⁹⁴ BANDEIRA DE MELLO, 2019, p. 706.

²⁹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. 2013, p.45

Shoshana Zuboff chama de “capitalismo da vigilância”²⁹⁶, uma nova fase de reorganização do sistema econômico mundial que “reivindica de maneira unilateral a experiência humana como matéria-prima gratuita para tradução em dados comportamentais”, utilizando-se do superávit comportamental coletado pelo uso desregulado de tecnologias para a fabricação de “produtos de predição que antecipam o que um determinado indivíduo faria agora, daqui a pouco e mais tarde”, de modo a construir um novo tipo de mercadoria de predições comportamentais calcadas na ideia de “conhecimento total” e “certeza absoluta” a ser comercializada em “mercados de conhecimentos futuros” que “não só conhecem nosso comportamento, como também moldam nosso comportamento em escala”²⁹⁷.

Essa “nova arquitetura global de modificação de comportamento” baseada em uma busca pela certeza total oriunda de “práticas comerciais dissimuladas de extração, previsão e vendas” do superávit comportamental humano pode ser vista, em última instância, como uma “destituição da soberania dos indivíduos” causada pela “expropriação de direitos humanos críticos” e do próprio “direito a um futuro humano” por parte de um poder instrumentário que “conhece e molda o comportamento humano em prol das finalidades de terceiros” através da “instrumentação e instrumentalização do comportamento para propósitos de modificação, predição, monetização e controle”²⁹⁸.

Para melhor entender o funcionamento, mecanismos e riscos à soberania popular causados por este método de atuação, é necessário trazer à tona alguns casos práticos.

Em novembro de 2013, numa solenidade no Palácio dos Bandeirantes com a presença do secretário de educação e o governador do estado de São Paulo, o presidente da Google Brasil anunciou a formalização de um acordo de cooperação com a secretaria estadual de educação para disponibilização gratuita das ferramentas que integram o Google Apps for Education para mais de quatro milhões de estudantes e 300 mil professores e funcionários das mais de cinco mil escolas públicas da rede estadual de ensino²⁹⁹.

Além do acesso a contas de e-mail, aplicativos de videoconferências e serviços de armazenamento e compartilhamento em nuvem de documentos e materiais, a cooperação

²⁹⁶ ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo da vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. 1 ed. Rio de Janeiro, Intrínseca, 2020.

²⁹⁷ ZUBOFF, Shoshana, 2020, p. 18-21

²⁹⁸ Idem, p. 8, 19, 33 e 402.

²⁹⁹ Segundo informações disponíveis em: <https://www.educacao.sp.gov.br/parceria-inedita-da-educacao-com-o-google-beneficia-rede-estadual-de-ensino/>. Acesso em 10 out. 2021.

também incluiu a oferta de treinamento para uso das ferramentas a todos os professores da rede de ensino, por meio da Escola de Formação de Professores (EFAP).

De acordo com o então Diretor de Educação da Google Brasil, aquela foi a primeira vez no Brasil e no mundo que a gigante de tecnologia forneceria e implementaria, gratuitamente, suas soluções para um grupo tão grande de usuários. “Nosso objetivo é aumentar o acesso à tecnologia para todos os estudantes e incentivar o uso de ferramentas digitais para o aprendizado”, afirmou à época, sendo aquele “apenas o primeiro passo no nosso compromisso de dar apoio à educação por meio da tecnologia no Brasil”³⁰⁰.

Em pouco menos de uma década, o prognóstico de expansão da Google na educação pública brasileira se confirmou. Em postagem ao final de 2020, a multinacional já reconhecia sua presença e parceria com a maioria dos entes públicos brasileiros, seja no âmbito estadual quanto no municipal³⁰¹. De fato, por meio de pesquisa em portais de notícias e sítios institucionais, foi possível identificar a existência de acordos de cooperação firmados ou em vias de formalização com, ao menos, as secretarias estaduais de educação do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo e Sergipe. Além disso, a Google Brasil também formalizou parceria com a União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação (Undime), para disponibilização de pesquisas, soluções e estudos³⁰², bem como com universidades e instituições de ensino superior públicas.

É, inclusive, um termo de cooperação técnica firmado com a Universidade de São Paulo (USP) em 2017 que evidencia o fato de, por trás da roupagem de parcerias sem transferências de recursos, estar-se diante de um contrato de doação com encargos de bens e serviços junto à administração pública educacional.

De acordo com a cláusula 1.1 do “Termo de Cooperação Técnica que, entre si, celebram a UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO ("USP") e o GOOGLE INC ("Google") com relação ao Google Apps for Education”³⁰³, o objeto da parceria institucional seria “o intercâmbio e a

³⁰⁰ Segundo informações disponíveis em: <https://brasil.googleblog.com/2013/11/sao-paulo-adota-google-apps-para.html>. Acesso em 10 out. 2021.

³⁰¹ Segundo informações disponíveis em: <https://brasil.googleblog.com/2020/09/inovar-de-onde-estiver.html>. Acesso em 10 out. 2021.

³⁰² Segundo informações disponíveis em: <https://undime.org.br/noticia/15-08-2019-14-19-com-alianca-inedita-google-for-education-e-undime-anunciam-estudo-sobre-educacao-publica>. Acesso em 10 out. 2021.

³⁰³ Disponível em: https://www.sti.usp.br/wp-content/uploads/sites/46/2017/01/USP-Google-Termo_de_Cooperacao_Tecnica.pdf. Acesso em 10 out. 2021.

cooperação técnica entre os partícipes por meio da utilização do Google Apps for Education por estudantes, docentes e servidores técnico-administrativos da Universidade de São Paulo”. Contudo, em sua cláusula 1.2, após estabelecer que o Termo não envolve transferência de recursos financeiros e todos os serviços “serão disponibilizados de maneira gratuita pelo Google à USP durante toda a relação contratual entre as partes”, o ajuste afirma que não haverá “qualquer cobrança por pacotes premium” e que “o disposto nesta cláusula prevalecerá sobre o disposto na cláusula 11.4 ("Taxas") do Contrato do Google Apps for Education celebrado entre Google e USP”.

A cláusula 11.4 de que fala o Termo integra o contrato de adesão aos serviços do Google Workspace for Education³⁰⁴ e nela está explícito que “durante o Período Inicial, o Google não cobrará taxas do Cliente pelos Serviços”, mas que, “após acordo mútuo por escrito entre as partes, o Google poderá cobrar taxas do Cliente pelos Serviços depois do Período Inicial dos Serviços”.

Evidencia-se, portanto, que o termo de cooperação é, na verdade, um contrato de doação de serviços com encargos em forma de obrigações que, após seu período de vigência, poderá perder seu caráter gratuito e se transformar em um contrato convencional de prestação de serviços com cobranças de taxas. Reforça essa conclusão o fato de que os mesmos serviços disponibilizados nestes termos de cooperação vêm sendo objeto de distintos procedimentos licitatórios lançados pelos mais variados entes da administração pública ao redor do país para contratação de empresas especializadas na implantação e operacionalização do “Google G Suite For Education”³⁰⁵.

A estratégia de atuação da Google se equipara, desta forma, a uma verdadeira cama de gato, em que os parceiros públicos são atraídas pela armadilha do acesso gratuito a soluções de ponta, difundindo-as massivamente entre seus alunos, professores e funcionários, até se

³⁰⁴ Disponível em: https://workspace.google.com/intl/pt-BR/terms/education_terms.html. Acesso em 10 out. 2021.

³⁰⁵ A título de exemplo, citam-se o Pregão Presencial para registro de preços nº 05/20161002-02 lançado pelo município de Marituba/PA para “prestação de serviços de capacitação de servidores da rede municipal de ensino, para utilização da plataforma Google for Education”; o pregão Presencial nº 048/2019, lançado pelo município de Olinda/PE para “contratação de empresa especializada na realização de atividades pedagógicas plataforma educacional G Suite for Education”; a Tomada de Preços 045/2020, lançada pelo município de Canoas/RS para “contratação de pessoa jurídica para implantação da sala de atividades múltiplas - Programa Google for Education”; a Concorrência Pública nº 001/2020 lançada pelo município de Bertioga/SP para “contratação de empresa especializada para prestação de serviços continuados de operação educacional e tecnologia incluindo suporte ao Google G Suite For Education”; e o Pregão Eletrônico no sistema registro de preços nº 001/2021 lançado pelo município de Campinópolis/MT para “contratação de empresas especializadas na comercialização de sistema pedagógico de ensino para alunos e professores”.

tornarem tão dependentes dessas ferramentas que se veem reféns das renovações destes termos de cooperação e obrigados a contratar versões atualizadas e/ou dispositivos e produtos acessórios para garantir a continuidade do serviço.

A confirmação dessa suspeita é dada pela própria Google Brasil, ao trazer, em publicação no seu site institucional, o município de Barueri, no interior de São Paulo, como exemplo de sucesso de sua atuação com a educação pública brasileira. De acordo com o informe da própria multinacional, no fim de 2018 foi firmado acordo de cooperação com a Secretaria de Educação do município para o fornecimento gratuito das soluções do Google for Education para os mais de 69 mil alunos e 2.700 professores das 107 escolas municipais, de modo que, com a chegada do período de isolamento social, em março de 2020, “a secretaria já contava com professores treinados para utilizar as ferramentas na nuvem, além de alunos cadastrados nas contas Google e familiarizados com o G Suite for Education. As aulas não pararam, tomando forma no digital”³⁰⁶.

O que a multinacional não evidencia é que para que as ferramentas disponibilizadas pudessem ser utilizadas pelos alunos e professores da rede pública de Barueri, a Secretaria municipal precisou adquirir, em 2019, 10.750 chromebooks, 11.900 óculos de realidade virtual, 110 terminais para videoconferência e 361 carrinhos para recarga e transporte³⁰⁷; e, em 2021, mais 4.400 novos chromebooks, sendo só esta última aquisição no valor total de R\$ 8.500.000,00³⁰⁸. Esses dispositivos são produzidos e comercializados por representantes comerciais da mesma Google.

Vale destacar que esta estratégia de mercado não é exclusividade da Google. Aquele mesmo ano de 2013 também foi palco do início das tratativas entre a secretaria de educação de São Paulo e a Microsoft Informática Ltda. para o fornecimento gratuito de licenças do pacote Office 365 Home para as escolas públicas paulistas, de modo que os programas licenciados pudessem ser instalados em computadores das escolas ou das residências de alunos e professores³⁰⁹.

³⁰⁶ Segundo informações disponíveis em: <https://brasil.googleblog.com/2020/09/inovar-de-onde-estiver.html>. Acesso em 10 out. 2021.

³⁰⁷ Segundo informações disponíveis em: <https://tiinside.com.br/30/08/2019/66-mil-estudantes-de-barueri-iniciam-as-aulas-com-tecnologia-do-google-for-education/>. Acesso em 10 out. 2021.

³⁰⁸ Segundo informações disponíveis em: <https://www.girosa.com.br/cidade/barueri-investe-r-8-5-milhoes-na-aquisicao-de-4440-chromebooks-para-rede-municipal-de-ensino>. Acesso em 10 out. 2021.

³⁰⁹ Segundo informações disponíveis em: <https://www.educacao.sp.gov.br/parceria-inedita-da-educacao-com-o-google-beneficia-rede-estadual-de-ensino/>. Acesso em 10 out. 2021.

Nos autos do processo administrativo nº 01214/0000/2014³¹⁰, o Termo de Convênio assinado em 5 de junho de 2014 estabelece, em sua cláusula primeira, que “a Microsoft fornecerá de forma gratuita ferramentas de comunicação, produtividade e colaboração, bem como acesso a ferramentas para o desenvolvimento de softwares e treinamentos para uso das tecnologias”. Apesar de explicitar que o convênio não envolve transferência de recursos financeiros e que as licenças serão fornecidas de forma gratuita, é possível identificar em documentos que instruem o processo as taxas praticadas pela Microsoft para parceiros públicos à época, que poderiam variar de R\$ 13,80 a R\$ 39,10 por licença mensal.

Desta forma, assim como a Google, a Microsoft iniciou com a doação de suas soluções junto a secretaria estadual de educação de São Paulo, a maior do Brasil, a formação de uma massiva clientela de mercado futuro, seja para aquisição de versões atualizadas destas mesmas ferramentas, seja para a compra de dispositivos e equipamentos complementares necessários ao bom uso dessas tecnologias.

Somado a isso, há a nebulosa e pouco transparente coleta de dados pessoais e de uso das ferramentas disponibilizadas e utilizadas por milhões de crianças, adolescentes e professores ao redor do país, que concedem a essas grandes empresas de tecnologia um imensurável superávit de dados comportamentais que podem ser instrumentalizados e monetizados para a fabricação e comercialização de produtos de predição que antecipam e moldam em larga escala o comportamento humano para benefício comercial, lucro e aumento da concentração de poder nas mãos de uma pequena parcela do setor econômico mundial³¹¹.

Para além do questionamento sobre a transparência e legalidade de tais contratações públicas, o que temos é um completo desvirtuamento dos mecanismos de participação popular e de instrumentos de parcerias entre o Estado e as organizações da sociedade civil, objetivando, por um lado, a fuga dos procedimentos licitatórios e, por outro, o favorecimento indevido a institutos e fundações que compõem o terceiro setor endinheirado, bem como aos interesses de mercado de grandes empresas e conglomerados, em especial aqueles ligados à área de tecnologia.

Em última instância, todas as parcerias firmadas por fundações e institutos familiares e empresariais do terceiro setor endinheirado, bem como por empresas de fins lucrativos com as secretarias de educação estariam sob suspeita e passíveis de rescisão unilateral pela

³¹⁰ Obtidos para fins desta pesquisa por meio de solicitação ao Serviço de Informação ao Cidadão da SEE/SP.

³¹¹ ZUBOFF, Shoshana, 2020.

Administração Pública, independente da roupagem que adotem - convênio, acordo ou termo de cooperação. Isso não significa que todas essas parcerias estariam, a priori, viciadas e, por isso, deveriam ser rescindidas unilateralmente, mas, apenas, que precisam passar pelo escrutínio da participação popular e controle social para garantir que estão livres de irregularidades, desvios ou conflitos de interesses.

Um antídoto possível para evitar que esse cenário de desvirtuamento se consolide como regra seria que todas as parcerias entre Estado e organizações da sociedade civil, independente de envolver ou não a transferência de recursos financeiros, se submetesse às regras previstas no MROSC relacionadas à exigência de chamamentos públicos, abertura de prazos anuais para recebimento de Procedimentos de Manifestação de Interesse Social - PMIS, com respectiva publicação daquelas parcerias aprovadas pela Administração Pública, além de avaliação de todo o conjunto destas parcerias pelos conselhos locais de fomento e colaboração.

Além disso, não deve se permitir acordos ou termos de cooperação com empresas de fins lucrativos, apenas contratos de doações, sendo que estes não podem ser formalizados sem a publicidade e transparência previstos em procedimentos pré-estabelecidos de chamamento público ou manifestação de interesse, conforme previstos, por exemplo, no Decreto Federal 9.764/2019 que dispõe sobre o recebimento de doações de bens móveis e de serviços de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado pelos órgãos e pelas entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Só os holofotes da participação e controle popular, aliados à transparência dos mecanismos de procedimentalização característicos de uma Administração paritária são capazes de estancar o borrão do autoritarismo líquido que utiliza as brechas surgidas pela textura aberta das normas jurídicas para desfazer os limites entre Estado, mercado e terceiro setor endinheirado de forma a prevalecer interesses corporativos-liberais por sobre o interesse público.

Contratações públicas permeadas, influenciadas e moldadas pela participação popular se afiguram, portanto, como um útil instrumento, desde a perspectiva do direito administrativo, para lidar com o surrealista labirinto esquizofrênico a embaralhar os limites entre os “três poderes” que Paulo Arantes tão bem identificou.

6. CONTRATAÇÕES PÚBLICAS POPULARES

As contratações públicas devem estar subordinadas ao controle social. É o que estabelece o artigo 169 da Lei nº 14.133, promulgada em 1º de abril de 2021, que institui o novo regime jurídico das licitações e contratos administrativos brasileiros.

Apesar de não explicitar o que entende por controle social, é possível adaptar a definição legal deste instituto presente no artigo 3º, inciso VI, da Lei 12.305/2010³¹², para afirmar que, no âmbito das licitações e contratos administrativos, o controle social pode ser entendido como conjunto de mecanismos e procedimentos que garantam à sociedade informações e participação nos processos de formulação, implementação e avaliação das contratações públicas.

Controle social seria, portanto, mecanismo legal primordial para garantia da participação popular nas contratações públicas, em todas as suas fases.

Primordial, mas não suficiente.

Contratações públicas correspondem a quase 18% do Produto Interno Bruto (PIB) mundial, chegando a 22% PIB da União Europeia e a pouco mais de 15% na América Latina³¹³. No Brasil, a soma das contratações públicas anuais de bens e serviços dos governos federal, estaduais e municipais correspondem, em média, a 12% do nosso PIB. Somente no ano de 2019, movimentaram cerca de 681 bilhões de reais³¹⁴.

Uma participação popular que se resuma apenas ao controle social consultivo, reivindicatório e fiscalizatório, apesar de relevante, não seria capaz de atingir o cerne da questão: num Estado capitalista de viés neoliberal que se propõe ao papel de facilitador e regulador dos interesses do mercado e das exigências do capitalismo global, as contratações públicas devem manter e fortalecer a concentração da propriedade e renda nas poucas mãos que detêm a hegemonia econômica.

³¹² “Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por: VI - controle social: conjunto de mecanismos e procedimentos que garantam à sociedade informações e participação nos processos de formulação, implementação e avaliação das políticas públicas relacionadas aos resíduos sólidos”.

³¹³ ARAÚJO JR., Ignácio Tavares de. *Análise comparada sobre medidas de favorecimento de micro e pequenas empresas (MPes) em compras públicas com avaliação de eficácia e identificação de melhores práticas*. IPEA, Brasília, 2018, p. 7.

³¹⁴ THORSTENSEN, Vera; GIESTEIRA, Luís Felipe, *Cadernos Brasil na OCDE: Compras Públicas*. CEPAL-IPEA, Brasília, 2021.

A consequência prática desse viés para as contratações públicas é cristalina: 1% das maiores empresas abocanham cerca de 78% dos valores das compras governamentais dos Estados Unidos, 60% nos países da União Europeia e 70% no Brasil³¹⁵.

Ora, como já destacava Marçal Justen Filho, “a atividade contratual do Estado não pode ser concebida como um simples instrumento para atender necessidades administrativas”, uma vez que, ao promover uma contratação, espera-se do poder público que “busque não apenas obter um serviço ou um bem, mas promover a realização de um valor prestigiado constitucionalmente - o desenvolvimento nacional sustentado”, entendido não apenas como “incremento da quantidade dos bens da Nação, mas também a elevação da qualidade da vida”³¹⁶. E aqui não se trata de simples argumentação teórica, mas de conclusão lógica da inclusão do desenvolvimento nacional sustentável como princípio e finalidade a ser buscada pelas licitações e contratos administrativos brasileiros, delineado inicialmente pela Lei nº 12.349/2010 e confirmada pela Lei nº 14.133/2021³¹⁷.

Nesta linha, Juarez Freitas irá falar em um “princípio da sustentabilidade” que, superando “o famigerado preço míope”, redefina o que se entende por proposta mais vantajosa, passando a ser entendida como aquela “mais apta a causar, direta ou indiretamente, o menor impacto negativo e, simultaneamente, os maiores benefícios econômicos, sociais e ambientais”, exigindo da Administração Pública um “papel histórico de, em vez de externalização, induzir a internalização dos custos e incentivar os benefícios sistêmicos para o florescimento humano” a fim de “cumprir, de ofício, o dever estratégico de, antes de mais nada, salvaguardar o direito ao futuro”³¹⁸.

Dito de outra forma: por sua relevância socioeconômica, o bilionário poder de compra governamental não pode mais ser entendido como mero processo formal de busca pelo menor preço, mas sim ferramenta estatal capaz de impactar, diretamente, o desenvolvimento local, a

³¹⁵ ARAÚJO JR., 2021, p 10

³¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desenvolvimento nacional sustentado: contratações administrativas e o regime introduzido pela lei 12.349*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 50, abril 2011, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo.php?l=pt&informativo=50&artigo=1077>, acesso em 28 out. 2021.

³¹⁷ “Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)”.

³¹⁸ FREITAS, Juarez. *Princípio da Sustentabilidade: Licitações e a Redefinição da Proposta Mais Vantajosa*. Revista do Direito UNISC, Santa Cruz do Sul, nº 38, p. 74-94, jul-dez 2012.

geração de empregos formais, a criação de renda e uma mínima distribuição de renda e riquezas.

. A participação em procedimentos de licitação e posterior contratação pública de pequenas empresas e microempreendedores individuais, isolados ou associados, sediados em territórios vulneráveis com grande concentração populacional e baixa oferta de emprego, de cooperativas de trabalhadores urbanos e rurais, de agricultores familiares, de assentados da reforma agrária, de quilombolas, de indígenas, de mulheres negras, de imigrantes e demais grupos histórica e economicamente excluídos da galinha dos ovos de ouro das compras governamentais é medida de eficácia social da participação popular no atos e decisões administrativas.

Não é por outro motivo que a presença destes grupos sociais nas contratações públicas é implicitamente dificultada, quando não explicitamente inviabilizada. A ponto de a Lei dos Pequenos Negócios (Small Business Act) dos Estados Unidos³¹⁹ precisar estabelecer que, a cada ano, 10% de todos os dólares dos contratos federais, ou cerca de 50 bilhões de dólares, devem ser destinados para a contratação de “pequenas empresas desfavorecidas”, entendidas como aquelas em que 51% ou mais de sua propriedade é controlada por uma ou mais pessoas social e economicamente desfavorecidas - afrodescendentes, hispânicos, indígenas, veteranos de guerra. Mas não só. Esta mesma legislação determina que 3% de cada dólar gasto em contratações pelo governo federal estadunidense deverão ser destinados a pequenas empresas sediadas e com, pelo menos, 35% de seus funcionários morando em áreas geográficas de baixo desenvolvimento, chamadas de HUBZone (Historically Underutilized Business Zone)³²⁰.

Vale também destacar a experiência sul-coreana que incluiu em sua legislação específica sobre compras públicas a exigência de que, ao menos, 5% do valor total dos contratos governamentais de compras de bens e serviços sejam direcionados para empresas chefiadas por mulheres³²¹.

No Brasil, em contrapartida, o mais avançado a que se chegou nessa seara foi a previsão do artigo 179 da Constituição Federal de 1988, posteriormente regulamentada pela Lei

³¹⁹ Segundo informações disponíveis em: <https://www.sba.gov/federal-contracting/contracting-assistance-programs/small-disadvantaged-business>. Acesso em 10 out 2021.

³²⁰ Segundo informações disponíveis em: <https://www.sba.gov/federal-contracting/contracting-assistance-programs/hubzone-program>. Acesso em 10 out 2021.

³²¹ ARAÚJO JR., 2021, p 36

Complementar nº 123/2206, de tratamento jurídico diferenciado nas aquisições governamentais de bens e serviços para micro e pequenas empresas.

Em seção específica que trata “das aquisições públicas”, o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, como ficou conhecida a referida Lei Complementar, estabelece, em seu artigo 47, que “deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica”.

Para isso prevê a possibilidade de participação exclusiva de micro e pequenas empresas em contratações de até oitenta mil reais, cota de 25% para estas empresas em processos de licitação de bens de natureza divisível, direito de preferência em caso de empate durante as concorrências licitatórias e permissão de priorização de contratação daquelas sediadas na localidade ou região do ente público contratante, mesmo quando seus preços estejam até 10% mais altos do melhor preço válido.

É de se destacar, nesta seara, o Decreto nº 56.475/2015, da prefeitura municipal de São Paulo que, ao regulamentar o tratamento diferenciado estabelecido pela Lei Complementar nº 123/2006 em âmbito municipal, garantiu sua extensão às sociedades cooperativas e aos microempreendedores individuais. Além disso, estipulou que todas as compras públicas por dispensa de licitação em razão de pequeno valor deverão ser feitas exclusivamente com micro, pequenas empresas e sociedades cooperativas. Nas contratações com valor estimado de até oitenta mil reais, o processo licitatório deverá destinado exclusivamente para esse segmento. O decreto ainda prevê que, nas contratações acima de oitenta mil reais, sempre que os produtos e serviços puderem ser divisíveis, a administração municipal reserve cota de 25% para participação exclusiva destas empresas.

Por fim, a regulamentação ainda contempla a concessão de margem de preferência³²². Trata-se da possibilidade de pagamento de até 10% da melhor proposta válida em uma concorrência licitatória para a contratação de micro e pequenas empresas sediadas em “regiões prioritárias” a serem especificados por portaria conjunta do Secretário Municipal do

³²² “Art. 24. O edital poderá prever a concessão de margem de preferência de até 10% (dez por cento) da melhor proposta válida para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas nas regiões prioritárias, caso assim tenham sido definidas por programas de incentivo a serem especificados por portaria conjunta do Secretário Municipal do Desenvolvimento, Trabalho e Empreendedorismo e do Secretário Municipal de Gestão”.

Desenvolvimento, Trabalho e Empreendedorismo e do Secretário Municipal de Gestão - portaria que, até o momento de conclusão desta pesquisa, não havia sido publicada.

A Lei Federal nº 14.133/2021, que institui o novo regime jurídico das licitações e contratos administrativos brasileiros, também tratou da margem de preferência nos processos de licitação. Mas, ali, a possibilidade dessa preferência se restringiu apenas à aquisição de bens manufaturados e serviços nacionais e bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis³²³.

Contudo, mesmo diante desse cenário de abertura legal, a participação de micro e pequenas empresas não ultrapassa os 30% do valor total das compras governamentais no Brasil³²⁴. Urge, portanto, desarmar essa concentração política e econômica de poder com a consolidação de uma lógica de contratação pública permeada, influenciada e moldada por uma participação popular que desvende brechas e construa novos lugares para grupos dissidentes e marginalizados participarem das bilionárias contratações públicas brasileiras.

Em termos tangíveis, essa nova perspectiva:

- i. entende toda licitação, contrato administrativo ou parceria como investimento social e política de desenvolvimento local e sustentável;
- ii. promove a participação popular na formulação dos planos de contratações anual de cada localidade, a partir de audiências e consultas públicas para definição de prioridades, objetos, quantitativos, valores de referência e destinação de recursos orçamentários para as contratações;
- iii. garante que todas as parcerias entre Estado e organizações da sociedade civil, independente de envolver ou não a transferência de recursos financeiros, se submeta às regras previstas no MROSC relacionadas à exigência de chamamentos públicos, abertura de prazos anuais para recebimento de Procedimentos de Manifestação de Interesse Social - PMIS, com respectiva publicação daquelas parcerias aprovadas pela Administração Pública, além de avaliação de todo o conjunto destas parcerias pelos conselhos locais de fomento e colaboração;

³²³ “Art. 26. No processo de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para: I - bens manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras; II - bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis, conforme regulamento”.

³²⁴ ARAÚJO JR., 2021, p 10

iv. exige de toda e qualquer empresa fornecedora que adote em toda sua cadeia produtiva as melhores práticas de trabalho decente, entendido como “trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, sem quaisquer formas de discriminação, capaz de garantir uma vida digna a todas as pessoas que dele vivem”, conforme definição dada pela Organização Internacional do Trabalho - OIT³²⁵;

v. fomenta, facilita e institui cotas de valores para participação privilegiada em procedimentos licitatórios de pequenas empresas e microempreendedores individuais, isolados ou associados, sediados em territórios vulneráveis com grande concentração populacional e baixa oferta de emprego, de cooperativas de trabalhadores urbanos e rurais, de agricultores familiares, de assentados da reforma agrária, de quilombolas, de indígenas, de mulheres negras, de imigrantes e demais grupos histórica e economicamente marginalizados;

vi. constrói mecanismos efetivos de monitoramento e avaliação das contratações públicas por meio de conselhos locais com participação majoritária da sociedade civil, com competência e poderes para deliberação não só sobre aspectos orçamentários-financeiros, mas também sobre o nível de impacto dessas aquisições na melhoria da qualidade da prestação de serviços públicos.

No caso específico das contratações públicas populares educacionais, deve-se adicionar às bases citadas a necessidade de se assegurar participação ampla e qualificada de alunos, professores e toda a comunidade escolar nos processos de formulação, implementação e avaliação das licitações, contratos administrativos e parcerias.

Feita essa pactuação teórica sobre o que se entende por contratação pública popular, é preciso pousá-la no chão frio da prática. Nada melhor, para os fins desta investigação, do que construir esse caráter terreno do pensamento através de um mergulho mais atento nas contratações públicas de alimentação escolar no Brasil durante o contexto da pandemia de Covid-19.

³²⁵ Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm>. Estudos da mesma OIT indicam que, apesar dos avanços alcançados nos últimos anos, ainda há cerca de 2 bilhões de pessoas vivendo na pobreza em países emergentes e em desenvolvimento, sendo que 1/3 das pessoas que vivem abaixo da linha da pobreza estão trabalhando. Isso porque esses empregos são vulneráveis, mal remunerados e concentrados em ocupações de baixa qualificação. Além disso, na ausência de proteção social, as pessoas dependem quase que exclusivamente da renda do trabalho.

Dentre as muitas questões enfrentadas pelas secretarias de educação estaduais e municipais durante a pandemia, uma das mais importantes foi a de como preservar o direito à alimentação dos alunos da rede pública de ensino, principalmente aqueles em situação de vulnerabilidade social, durante o período de suspensão das aulas presenciais³²⁶.

O Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE, instituído pela Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009, é o principal responsável por oferecer alimentação escolar à educação básica pública brasileira. Isso porque é no âmbito deste programa que o governo federal, por meio do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, repassa a estados, municípios e escolas federais valores financeiros destinados a suplementar o orçamento dos estados e municípios destinados à alimentação escolar dos estudantes matriculados em sua rede pública de ensino.

De acordo com dados do Ministério da Educação, o PNAE beneficia cerca de 41 milhões de estudantes no Brasil³²⁷, com um repasse anual aos estados e municípios na casa dos 4 bilhões de reais. Para muitos desses alunos, é na escola que possuem a única refeição do dia, já que, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)³²⁸, das mais de 54 milhões de pessoas que vivem na extrema pobreza no Brasil hoje, 14 milhões têm menos de 14 anos.

O PNAE também definiu como uma das diretrizes da alimentação escolar o apoio ao desenvolvimento sustentável, com incentivos para a aquisição de gêneros alimentícios diversificados, produzidos em âmbito local e preferencialmente pela agricultura familiar, nos moldes da produção orgânica e agroecológica.

E, para o melhor cumprimento dessa diretriz, estabeleceu que, do total dos recursos financeiros repassados aos estados e municípios, no mínimo 30% deveriam ser utilizados na aquisição de gêneros alimentícios diretamente da agricultura familiar, do empreendedor

³²⁶ Algumas das análises sobre os contratos administrativos de alimentação escolar aqui expostas foram inicialmente desenvolvidas pelo autor, em formato de artigo jornalístico, no portal de notícias Brasil de Fato, em 05.jabr.2020, disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/04/05/artigo-direito-a-alimentacao-escolar-em-tempos-de-pandemia>; bem como em sua colaboração ao *Guia sobre Alimentação Escolar* lançado pela Campanha Nacional pelo Direito à Educação em 04.mai.2020, disponível em: https://media.campanha.org.br/acervo/documentos/COVID-19_Guia5.pdf. Acesso em 10 out. 2021.

³²⁷ Disponível em: <http://200.130.5.8/index.php/programas/pnae/pnae-consultas/pnae-dados-fisicos-e-financeiros-do-pnae>. Acesso em 10 out. 2021.

³²⁸ Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23299-pobreza-aumenta-e-atinge-54-8-milhoes-de-pessoas-em-2017>. Acesso em 10 out. 2021.

familiar rural ou de suas organizações, priorizando-se os assentamentos da reforma agrária, as comunidades tradicionais indígenas e comunidades quilombolas.

Com isso, aproximadamente 1,2 bilhões de reais são destinados, por ano, à compra de alimentos da agricultura familiar. Desta feita, além de preservar o direito à alimentação saudável e diversificada a milhões de crianças e jovens, o PNAE também se configura como um dos mais importantes canais de comercialização para o escoamento da produção familiar, gerando emprego e renda para milhares de famílias no meio rural.

Contudo, diante da suspensão das aulas presenciais na rede pública de ensino, assentados, indígenas, quilombolas e agricultores familiares que fornecem alimentos para merenda escolar, por meio das chamadas públicas do PNAE, se viram sob ameaça que seus contratos administrativos fossem suspensos ou rescindidos pelos governos estaduais e municipais.

A interrupção abrupta do cronograma de fornecimento desses contratos, além de colocar milhões de crianças e jovens em perigo de insegurança alimentar, impactaria os circuitos populares de abastecimento, importantes para a distribuição de renda e sustentabilidade de assentamentos da reforma agrária, comunidades tradicionais indígenas e quilombolas.

Diante deste cenário, o que levaria secretarias de educação municipais ou estaduais a suspender ou rescindir unilateralmente os contratos administrativos de fornecimento de alimentação escolar com agricultores familiares?

Um pedido de esclarecimentos da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão do Ministério Público Federal sobre o cumprimento do percentual mínimo destinado à agricultura familiar no âmbito do PNAE, ajuda a dar um panorama da gravidade da situação. Datado de 30 de abril de 2020, ainda nos primeiros meses de interrupção das aulas presenciais por conta da pandemia, o Ofício N° 153/2020/PFDC/MPF³²⁹ solicita à presidência do FNDE informações acerca de duas denúncias apresentadas ao Ministério Público.

Uma delas revelava que o governo estadual do Rio Grande do Sul havia efetuado compra de 185 mil cestas básicas de uma única grande empresa atacadista, totalizando mais 22 milhões de reais em recursos do PNAE, “sem qualquer observância do mínimo legal quanto à agricultura familiar” e desconsiderando levantamento realizado por mais de 50 cooperativas

³²⁹ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pfdc/manifestacoes-pfdc/oficios/oficio-153-2020-pfdc-mpf>. Acesso em 10 out 2021.

sobre a possibilidade de distribuição descentralizada nas cidades gaúcha. A situação se mostrou ainda mais grave porque foram adquiridas e incluídas nas cestas básicas, inclusive, salsichas em conserva, em desobediência direta à legislação do PNAE que restringe a aquisição de alimentos enlatados e embutidos³³⁰.

Na outra denúncia, o MPF alertava que, no município de São Paulo, “após ter sido suspensa a entrega de 36 toneladas de produtos lácteos de cooperativa da agricultura familiar que seriam distribuídas na semana seguinte, foi lançado o chamado cartão-alimentação, programa que prevê a transferência de recursos a estudantes para a compra de gêneros alimentícios”. A procuradoria federal destacava que, para além do prejuízo à cooperativa, essa decisão administrativa da prefeitura de São Paulo não desconsiderava a obrigatoriedade de observância do mínimo legal da agricultura familiar e as diretrizes de segurança alimentar e nutricional do próprio PNAE.

Por seu caráter emblemático, vale entender mais o caso da prefeitura de São Paulo denunciado pelo Ministério Público.

A Cooperativa de Produção, Industrialização e Comercialização Agropecuária dos Assentados e Agricultores Familiares da Região Nordeste do Estado de São Paulo - COAPAR, firmou com a Secretaria Municipal de Educação da Prefeitura do Município de São Paulo, no dia 29/10/2019, o contrato administrativo nº 73/SME/CODAE/2019, oriundo da Chamada Pública nº 06/SME/CODAE/2019, tendo como objeto o fornecimento de 141.149 (cento e quarenta e um mil e cento e quarenta e nove) quilos de requeijão cremoso, pelo valor de R\$ 23,40 (vinte e três reais e quarenta centavos) o quilo, totalizando R\$ 3.302.886,60 (três milhões, trezentos e dois mil, oitocentos e oitenta e seis reais e sessenta centavos), para atendimento ao Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE.

O contrato administrativo em questão previa em sua cláusula 3.1 que a entrega do produto deveria ser realizada de acordo com o cronograma definido pela Secretaria e retirado pela contratada no momento de assinatura do contrato. Mais adiante, convencionava que “as datas e/ou quantidades previstas no cronograma de entrega poderão ser alteradas em comum acordo entre as Partes, desde que não haja prejuízo às unidades educacionais atendidas”.

³³⁰ SUL 21. *Entidades criticam governo Leite por comprar R\$ 22 mi em alimentos de atacado e ignorar agricultura familiar*. 19 maio 2020. Disponível em: <https://sul21.com.br/noticias/geral/2020/05/entidades-criticam-governo-leite-por-comprar-r-22-mi-em-alimentos-de-atacado-e-ignorar-agricultura-familiar/>. Acesso em 10 out 2021.

Em cumprimento ao cronograma, a cooperativa efetuou, nos meses de janeiro e fevereiro, a entrega das etapas programadas, fornecendo cerca de 35 mil quilos de requeijão cremoso em cada mês. As etapas seguintes de fornecimento ocorreriam na terceira semana do mês de março, motivo pelo qual deu-se início já no fim do mês de fevereiro à produção dos 35 mil quilos do produto, com o preparo da matéria prima e a aquisição de embalagens e insumos necessários.

O produto foi fabricado em sua totalidade no dia 10/3/2020, tendo suas amostras sido enviadas para análise laboratorial no dia 11/3/2020, conforme exigências do contrato, para que a Secretaria pudesse atestar a conformidade do produto.

Contudo, no dia 25/3/2020, passados cinco dias da data estipulada no cronograma para a última entrega referente ao mês de março, a COAPAR recebeu por correio eletrônico comunicado da Coordenadoria de Alimentação Escolar - CODAE, integrante da Secretaria Municipal de Educação, informando que, em decorrência da pandemia da covid-19, e por força do situação de emergência declarada pelo Município de São Paulo através do Decreto nº 59.283/2020, foram realizadas alterações no cronograma de entrega e o fornecimento previsto para o mês de março havia sido transferido para agosto de 2020.

Ocorre que, quando do recebimento deste comunicado, os produtos já estavam finalizados, prontos para serem entregues, com suas análises laboratoriais em conformidade. As 6.334 (seis mil, trezentas e trinta e quatro) caixas foram estocadas na câmara fria da COAPAR, aguardando o melhor desfecho da situação.

Vale destacar que a validade final desses produtos estava prevista para o dia 8/7/2020. Desta forma, em se confirmando o novo cronograma, o lote com aproximadamente 38 mil quilos de requeijão cremoso, no valor equivalente a R\$ 889.220,00 (oitocentos e oitenta e nove mil e duzentos e vinte reais) estaria vencido e, portanto, impróprio para consumo quando da entrega em agosto.

Ressalte-se, ademais, que o produto não poderia ser vendido para outros compradores ou disponibilizado no mercado, já que sua embalagem é exclusiva para a Prefeitura de São Paulo, sendo vedada a comercialização.

Diante desse cenário, no dia 9/4/2020, a cooperativa respondeu ao comunicado oficial da CODAE, protocolando ofício à Secretária de Educação do Município de São Paulo, solicitando a recepção dos produtos que se encontravam estocados, com a sugestão que os

mesmos fossem distribuídos aos pais de alunos com base na Lei Federal nº 13.987, de 07 de abril de 2020, que autorizava, em caráter excepcional, durante suspensão das aulas em razão da situação de emergência ou calamidade pública, a distribuição de alimentos adquiridos através do PNAE — Programa Nacional de Alimentação Escolar.

Sem devolutiva de seu pedido, a cooperativa encaminhou novamente seu ofício por e-mail aos representantes da CODAE, no dia 17 de abril de 2020, recebendo como resposta que “não haverá recebimento de nenhum produto nos meses de Abril e Maio de 2020, haja vista a atual crise de saúde pública - COVID 19 e o fechamento das unidades escolares”, complementando que “todos os cronogramas foram repactuados, inclusive o cronograma do produto requeijão - COAPAR”.

Até que, em 7 de maio de 2020, foi publicado no Diário Oficial do Município de São Paulo despacho do Secretário Municipal de Educação autorizando a suspensão unilateral do contrato administrativo com a COAPAR, por tempo indeterminado, com fundamento no art. 57, §1º, II; 8º; 58, I e 78, XIV, da Lei nº 8.666/9, “até que cessada a situação de calamidade pública reconhecida pelo Decreto nº 59.291/2020”.

Deste modo, a COAPAR, oriunda da luta de camponeses organizados em torno do Movimento Sem Terra nos anos 1980 e constituída em 2002 como instrumento de comercialização e sobrevivência de cerca de 600 famílias da agricultura familiar, fornecendo, até então, gêneros alimentícios, via PNAE, para 37 instituições de ensino nos estados de São Paulo, Mato Grosso de Sul e no Distrito Federal,³³¹ via-se obrigada a arcar com o prejuízo de cerca de 890 mil reais causados pela potencial perda dos 38 mil quilos de requeijão cremoso estocados, correndo o risco de fechar suas portas e afetar gravemente a sobrevivência das famílias cooperadas.

Antes de analisar as possíveis razões, vontades políticas e ideologias jurídicas que porventura motivaram a decisão da Secretaria Municipal de Educação de São Paulo e do governo estadual do Rio Grande do Sul, para ficar nos dois exemplos trazidos aqui, vale um mergulho mais detalhado na legislação e regulamentação administrativa que abarca o tema, a fim de entender se, neste caso, haveria lacunas, falhas ou indeterminações nas normas jurídicas a justificar esta opção administrativa.

³³¹ BEZERRA, Viviane dos Santos. *Do sonho à realidade: a trajetória da COAPAR na microrregião de Andradina – SP*. Dissertação de mestrado, UNESP, São Paulo, 2021.

Em primeiro lugar, vale lembrar que a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, ao dispor sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, determinava que tais medidas, quando adotadas, deveriam resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais.

O Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, ao regulamentar a Lei nº 13.979, definiu como serviços públicos e atividades essenciais que deverão ser resguardados durante o período de enfrentamento da pandemia, aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

Dentre os serviços essenciais elencados pelo Decreto nº 12.282, está a produção, distribuição, comercialização e entrega, realizadas presencialmente ou por meio do comércio eletrônico, de produtos alimentícios.

Com essa perspectiva, foi aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pela Presidência da República em 8 de abril de 2020, a Lei nº 13.987, que alterou a Lei 11.947/2009, para autorizar, em caráter excepcional, durante o período de suspensão das aulas em razão de situação de emergência ou calamidade pública, a distribuição de gêneros alimentícios adquiridos com recursos do PNAE aos pais ou responsáveis dos estudantes das escolas públicas de educação básica.

Buscando regulamentar a aplicação desta lei, a Resolução nº 2, de 9 de Abril de 2020, do Ministério da Educação/Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, ao dispor sobre a execução do PNAE durante o estado de calamidade pública, autorizou em seu artigo primeiro “a distribuição de gêneros alimentícios adquiridos no âmbito do PNAE às famílias dos estudantes, a critério do poder público local”, complementando no § 1º, do art. 2º que “os gêneros alimentícios já adquiridos ou que vierem a ser adquiridos em processos licitatórios ou em chamadas públicas da agricultura familiar poderão ser distribuídos em forma de kits, definidos pela equipe de nutrição local, observando o per capita adequado à faixa etária, de acordo com o período em que o estudante estaria sendo atendido na unidade escolar”.

A Resolução MEC/FNDE nº 2/2020 estabeleceu ainda em seu artigo 5º que “sempre que possível, a aquisição de gêneros alimentícios da agricultura familiar deverá ser mantida, priorizando-se a compra local”.

Concomitante à publicação desta Resolução, o MEC, em parceria com o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, publicou a cartilha de orientação para a execução do PNAE durante a pandemia, orientando que “os contratos firmados com os agricultores familiares sejam mantidos, respeitando, sempre que possível, o calendário de entrega que foi estipulado. Sobre as demais condições da entrega, a gestão (os gestores ou as Entidades Executoras) deve negociar diretamente com os fornecedores, desde que estas não onerem os agricultores”³³².

Além dos contratos já existentes, estava permitida a realização de novas chamadas públicas para aquisição de gêneros alimentícios da agricultura familiar, de preferência de forma virtual e à distância.

Essas chamadas poderiam, inclusive, prever em seus editais uma logística específica de distribuição para o atual momento de pandemia, de modo a garantir a entrega descentralizada destes alimentos, seja diretamente nas residências das famílias dos estudantes, seja por meio de núcleos comunitários ou em parceria com a rede socioassistencial local.

O FNDE recomendava, também, que os agricultores ou organizações que tivessem dificuldades em participar das chamadas públicas por meio eletrônico buscassem ajuda de entidades da Assistência Técnica e Extensão Rural ou sindicatos e associações da região.

Em diretriz convergente, apenas para ampliar a análise do marco legal para outras instâncias federativas, o Decreto Municipal nº 59.283, de 16 de março de 2020, que declarou situação de emergência no município de São Paulo, determinava em seu art. 16, inciso III, que a Secretaria Municipal de Educação tem a obrigação de buscar “alternativas para o fornecimento de alimentação aos estudantes”.

A Lei Municipal nº 17.335, de 27 de março de 2020, autorizava a Administração Pública Municipal a promover “medidas excepcionais no âmbito dos contratos administrativos de prestação de serviços contínuos, visando à sua manutenção, de forma a possibilitar o pronto restabelecimento quando a situação de emergência e o estado de calamidade pública decorrentes do coronavírus findarem”.

Já o Decreto nº 59.321, de 1º de abril de 2020, que regulamentou a Lei Municipal nº 17.335/2020, estabelecia, em seu art. 3º, que, “na definição das providências a serem adotadas

³³² Disponível em: <https://www.fn-de.gov.br/index.php/programas/pnae/pnae-area-gestores/covid-19-aulas>. Acesso em 10 out. 2021.

durante o período em que perdurar a situação de emergência e estado de calamidade pública decorrentes do coronavírus no Município de São Paulo, os órgãos da Administração Pública Municipal Direta, Autarquias e Fundações deverão privilegiar e esgotar todas as medidas legais que visem à manutenção dos contratos firmados e possibilitem o pronto restabelecimento da prestação dos serviços ao término da emergência e calamidade pública, ficando a decisão pela rescisão contratual como a última medida a ser adotada pelo Poder Público”.

No campo da educação, a Instrução Normativa da Secretaria Municipal de Educação nº 12, de 2 de abril de 2020, apesar de adotar a transferência de recursos financeiros como forma prioritária de atendimento alternativo para o fornecimento de alimentação aos estudantes da rede municipal de ensino, previa em seu art. 11 e 12 a continuidade do abastecimento direto de gêneros alimentícios pela Coordenadoria de Alimentação Escolar - CODAE às Unidades Educacionais definidas como Polo de Atendimento e ao Centro de Educação e Cultura Indígena – CECI.

Vale destacar, também, o enunciado da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público de São Paulo, publicado em 22/5/2020, para nortear a estratégia dos promotores no enfrentamento da crise sanitária provocada pela pandemia da Covid-19: “A alimentação escolar é direito da criança (art. 208, VII, CF) e deve ser garantida a todas as crianças matriculadas nas redes públicas de educação infantil. No contexto da pandemia, é essencial assegurar políticas de segurança alimentar e o direito à alimentação escolar, o que torna fundamental a adoção de medidas intersetoriais de segurança alimentar. Além disso, analisadas as peculiaridades locais e regionais, deve-se buscar a compatibilização da garantia de alimentação escolar universal, saudável e com qualidade nutricional com a valorização da produção local, do desenvolvimento sustentável e da agricultura familiar, porém respeitando a necessidade de isolamento social e de diminuição drástica do trânsito e da aglomeração de pessoas”³³³.

Da leitura conjunta desses referenciais e dispositivos legais, torna-se inevitável a conclusão de que a manutenção dos contratos de fornecimento com os agricultores familiares seria uma forma não só de preservar o direito à alimentação escolar, garantindo segurança alimentar e nutricional aos alunos da educação básica, principalmente àqueles que se encontram em vulnerabilidade social, como também de fazer cumprir a legislação atual de enfrentamento à pandemia da Covid-19, em especial no que se refere à preservação dos

³³³ Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2661248.PDF. Acesso em 10 ou 2021.

serviços públicos e atividade essenciais e à obrigação da Secretaria Municipal de Educação em buscar alternativas para o fornecimento de alimentação aos estudantes.

Tudo isso, pontue-se, com respaldo e respeito à Lei de Licitações nº 8.666/93, que permite a alteração qualitativa e quantitativa dos contratos administrativos em seu art. 65, e com as normativas do Município de São Paulo, que não só autorizam, como exigem, que a Administração Pública Municipal privilegie e esgote todas as medidas legais que visem à manutenção dos contratos firmados durante o período em que perdurar a situação de emergência e estado de calamidade pública.

Isso significa que, apesar do contrato em questão ser regido pela Lei de Licitações nº 8.666/93, que prevê a possibilidade de suspensão unilateral dos contratos, esse não parecia ser o melhor caminho a ser tomado. Ao invés da suspensão unilateral, o mais adequado para esse momento seria realizar o que se chama de alteração qualitativa desses contratos, para ajustar as cláusulas que tratam da forma e local de entrega desses produtos. Desta forma, seria possível substituir, por exemplo, a entrega centralizada dos alimentos nas escolas ou centros de distribuição do poder público por entregas descentralizadas, que poderiam ser feitas em associações de moradores ou nas próprias residências das famílias dos alunos.

Se essa alteração qualitativa gerasse impacto considerável nos gastos com a logística de transporte e entrega por parte dos agricultores familiares, seria possível rever, inclusive, os valores contratados, incluindo o ressarcimento dessas novas despesas, de forma a manter o que se chama de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos previsto não só na Lei de Licitações (art. 58, I e §2º, aliado com art. 65, II, "d"), mas também na própria Constituição Federal (art. 37, XXI). Essa hipótese de mudança é conhecida como alteração qualitativa com repercussões quantitativas³³⁴.

A pergunta que pode ser feita é: entre a rescisão/suspensão ou alteração contratual, por que a Administração Pública optaria pela segunda? Porque, naquele momento de pandemia, não se trataria de opção, mas sim de obrigação legal manter os serviços públicos essenciais à população, dentre eles o fornecimento de alimentos à comunidade escolar viabilizados pelos contratos administrativos com os agricultores familiar.

³³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Contratos administrativos: limites e possibilidade de alteração. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 13, n. 145, p. 46-55, jan. 2014.

No caso específico do contrato administrativo nº 73/SME/CODAE/2019, firmado em 29/10/2019 e oriundo da Chamada Pública nº 06/SME/CODAE/2019, sua cláusula 3.1 previa, como já ressaltado, que a entrega do produto deveria ser realizada de acordo com o cronograma definido pela Secretaria e retirado no momento de assinatura do contrato. Mais adiante, em sua cláusula 3.2, o contrato definia que a entrega do produto deverá ocorrer no Centro de Distribuição da CODAE, situado na CEAGESP.

Contudo, o mesmo contrato já antevia possibilidades de alterações na forma de entrega, ao estipular, em sua cláusula 3.1.2, que “as datas e/ou quantidades previstas no cronograma de entrega poderão ser alteradas em comum acordo entre as Partes, desde que não haja prejuízo às unidades educacionais atendida”. E estipulava, em sua cláusula 3.2.1, que “a critério da CODAE poderá ser determinado outro local de entrega”.

É de se compreender que, devido à pandemia, poderia haver alguma restrição ao recebimento dos produtos no Centro de Distribuição da CODAE, situado na CEAGESP. Mas, se fosse este o caso, bastaria uma alteração específica da cláusula 3.2, ou até mesmo a utilização da prerrogativa já prevista na cláusula 3.2.1, para a adequação dos locais de entrega dos alimentos da agricultura familiar.

Vale destacar, ainda, que o contrato também previa, em sua cláusula 4.6, a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro, o que poderia ser necessário caso houvesse um aumento nos custos de estocagem, logística e frete.

Essas adequações teriam respaldo, ademais, na cláusula 6.2 do Contrato, que concedia à Secretaria Municipal de Educação a prerrogativa de, em razão da supremacia dos interesses públicos sobre os interesses particulares, “modificar unilateralmente o contrato para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitando os direitos da contratada”.

Por fim, pelo determinado na cláusula 6.1, o contrato subordinava-se não apenas às cláusulas e condições estabelecidas no Edital e às disposições contidas nas Leis Federais nº 8.666/1993, mas também à Lei 11.947/2009, que instituiu o PNAE. Como já descrito anteriormente, esta Lei foi alterada justamente para garantir a distribuição, em caráter excepcional, durante o período de suspensão das aulas em razão de situação de emergência ou calamidade pública, dos gêneros alimentícios adquiridos com recursos do Programa aos pais ou responsáveis dos estudantes das escolas públicas de educação básica.

Esse longo mergulho no marco legal e regulamentação administrativa, somado à análise pormenorizada de um caso concreto de contrato administrativo de fornecimento de alimentação escolar por agricultores familiares, teve o intuito de afastar quaisquer dúvidas se não seria possível, e até mesmo exigível, ao poder público a manutenção dos contratos administrativos de fornecimento de alimentação escolar por agricultores familiares durante o período de enfrentamento da pandemia causada pela Covid-19.

Em outras palavras, esse percurso argumentativo é para dizer que não nos parece possível encontrar resposta aos motivos que levaram à suspensão unilateral do contrato administrativo da COAPAR pela secretaria municipal de São Paulo ou à decisão do governo estadual do Rio Grande do Sul em ignorar a produção de 50 cooperativas da agricultura familiar e destinar 22 milhões de reais para contratação com dispensa de licitação de uma única empresa atacadista por meio do caminho sugerido pelos que veem o Direito como árbitro externo dotado de técnica neutra e apolítica capaz de regular condutas, moderar conflitos e sempre encontrar, independente de ideologias e estratégias extrajurídicas do sujeitos que o aplicam, a correta decisão para superar possíveis resquícios de penumbra e indeterminações do ordenamento jurídico através uma discricionariedade que existiria única e exclusivamente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima mais adequada à satisfação do interesse público diante das variadas situações da vida real³³⁵, ou, dita de outro modo, a escolha do compromisso razoável entre muitos interesses conflitantes³³⁶.

A resposta, em contraponto, parece-nos mais simples do que se imagina: o contrato da COAPAR não foi mantido porque ele nunca deveria ter existido. Ao menos desde a perspectiva da ideologia jurídica pautada num Estado capitalista de viés neoliberal facilitador dos interesses do mercado.

Para esta ideologia, hoje hegemônica, contratações públicas devem manter, nunca enfraquecer, a concentração da propriedade e renda. E, incrustada em meio aos monocultivos e canaviais que dominam a região noroeste do estado de São Paulo, nascida da insurgência resistente das movimentos sociais do campo, a COAPAR não deixa de ser uma intrusa nas bilionárias contratações públicas brasileiras, a explorar os limites da ideologia jurídica dominante para construir espaços de autonomia e fortalecimento do grupo marginalizado e dissidente de onde surgiu e segue representando.

³³⁵ BANDEIRA DE MELLO, 2019, p. 444.

³³⁶ HART, 2001, p. 141.

E é por isso que, na lógica desta ideologia jurídica neoliberal, não se perderá nenhuma oportunidade para inviabilizar contratações públicas populares que interfiram no status quo e, quando não mais possível, suspender ou rescindir unilateralmente tais contratos antes que esse trabalho jurídico contra-hegemônico desemboque em uma *jurisprudência insurreta* que não se contente mais em pleitear espaços e reformas na ordem jurídica dominante, mas busque derrubá-la e substituí-la³³⁷.

Contratações públicas populares não se consolidarão por meio de uma neutra e pacífica evolução da doutrina e interpretação do Direito. Pelo contrário, dependerão sua existência e resistência de um contínuo trabalho jurídico³³⁸ construído pela interação de novos sujeitos intérpretes - formados e calejados pela participação popular - com os materiais jurídicos à sua disposição em determinado tempo e espaço.

Retorna-se, ao fim e ao cabo, à dialética da soberania popular, tensão perene entre distintas vontades e ideologias que compõem a atual sociedade de classes, embate antagônico entre dominantes e dominados que produz a síntese contingente e em constante transformação entre os interesses concorrentes do grupo econômica e juridicamente dominante e do campo popular dissidente e marginalizado.

Neste trabalho jurídico em que o poder popular constituinte que nunca se transforma em poder constituído e, tampouco, deixa que este se consolide lapidam-se comportamentos estratégicos que buscam garantir um processo de transformação que não é linear, ascendente, mas engloba períodos lentos - nos quais se sucedem alterações setoriais ou quantitativas - e períodos de aceleração em que se precipitam modificações radicais, saltos qualitativos.

Compromissos ideológicos, vontades políticas e preferência extrajurídicas ingressam na criação de toda e qualquer norma, incluindo naquelas que determinam o caminho a ser trilhado pelas contratações públicas em um determinado contexto social e histórico. Não se trata mais de ser fiel ao Direito, mas de definir a qual(is) direito(s) se é fiel.

³³⁷ TIGAR, 1978.

³³⁸ KENNEDY, 2010.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Ah! Meu próprio peito inquieto/É rasgado em duas ânsias/Como que por um punhal/Quero a zona sideral/Da total abnegação/Mas a outra ânsia puxa/Pela fibra comercial”³³⁹.

O lamurio de Pedro Paulo Bocarra, magnata das carnes da peça *Santa Joana dos Matadouros* de Bertolt Brecht, parece encarnar, perfeitamente, o falso dilema em torno da soberania e participação populares que as linhas desta investigação buscaram identificar e superar.

O canto de sereia desta visão de participação conciliatória, que não ultrapassa a mera presença assistida e controlada de grupos marginalizados em escassos espaços de decisão política, é fruto dos pântanos semânticos que esvaziam conceitos, borram limites e transformam tudo em qualquer coisa, equiparando, inclusive, a “total abnegação” com a “fibra comercial”, desejo primal do terceiro setor endinheirado em suas tentativas de sequestro e cooptação dos mecanismos de participação popular.

Nesta participação cosmética para inglês ver, não há superação de conflitos, apenas conciliação e mitigação de tensões necessárias à manutenção do status quo.

Para resgatar o exemplo histórico da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, é como se os negros e negras do Haiti houvessem se contentado com a recepção de sua comitiva na Assembleia Nacional Constituinte em Paris e o debate lá travado por radicais e conservadores sobre os rumos do regime escravocrata colonial francês. Recebido o veredicto de que o regime era, de fato, bárbaro, “mas um barbarismo ainda maior resultará se interferirmos nele sem o necessário conhecimento”³⁴⁰, voltassem satisfeitos para a ilha caribenha com os mesmos grillhões de antes, mas com dever cumprido de ter suas reivindicações ouvidas e sopesadas.

³³⁹ BRECHT, Bertolt. *Santa Joana dos Matadouros* In Teatro Completo, trad. de Roberto Schwarz. São Paulo, Paz e Terra, vol. 4, p. 127.

³⁴⁰ Apud JAMES, 2000, p. 75-90.

Os treze anos da primeira revolução de escravos vitoriosa da história, que aboliu a escravidão e declarou a independência do Haiti, são o marco inicial a demonstrar que, num Estado Democrático de Direito, direitos são conquistados, não concedidos.

Para superar esse esvaziamento de significados e a perspectiva meramente reivindicatória e fiscalizatória de uma cidadania domesticada, seria preciso fomentar uma participação popular que, não sendo garantia por si só de uma decisão administrativa justa e eficaz, abrisse, ao menos, maior espaço para a atuação jurídica e pública de atores dissidentes ou marginalizados, escancarando as incertezas relacionadas à própria incompletude do ordenamento jurídico, incapaz de tudo prever e abarcar, e as preferências extrajurídicas oriundas dos interesses de classe dos tomadores de decisão que, consciente ou inconscientemente, influenciam toda e qualquer individualização do direito aos casos concretos.

Mas não só. Num Estado capitalista de viés neoliberal, a participação popular, para ser eficaz, precisa ir além e adentrar no pilar de sustentação deste regime estatal: a concentração da propriedade e renda nas mãos de uma, cada vez mais restrita, elite econômica.

Desde o ponto de vista do direito administrativo, isso significa perturbar o sono da galinha dos ovos de 12% do PIB das contratações públicas brasileiras.

Essa mudança de prisma exige uma participação popular que promova uma contínua reinterpretação e exploração de ambiguidades, clarões e contradições entre a ideologia jurídica dominante e os interesses de mercado, a fim de obter, dentro dos parâmetros da ordem jurídica vigente, o máximo de vitórias que desnudem e mitiguem essa concentração de renda, propriedade e poder - seja na educação pública, seja no mundo da cana.

Garantir a participação popular nas decisões e atos administrativos, consolidando e fortalecendo as contratações públicas populares, se configura, por um lado, como passo importante para cumprir o prognóstico de Paulo Freire rumo à construção, progressiva, de “uma escola pública democrática, popular, autônoma, oniforme (não uniforme), competente, séria e alegre ao mesmo tempo”, para onde alunos, professores e toda a comunidade escolar queiram e gostem de ir porque “sintam que são suas”³⁴¹.

³⁴¹ FREIRE, 2019, p. 68.

Por outro, como possibilidade de mitigar a hegemonia secular dos proprietários de terra e usineiros - de Alagoas a São Paulo - com o incremento de compras públicas de cooperativas de trabalhadores rurais, quilombolas, indígenas e agricultores familiares assentados da reforma agrária e demais grupos marginalizados e dissidentes que afrontem o misto de medo, exploração, subserviência e gratidão do mundo da cana.

Assim como Pedro Henrique de Araújo Silva, estas linhas que agora se findam defendem e acreditam que “o povo, tal como Édipo, também solucionará esse grande desafio e terá condições de participar ativamente de tais deliberações”. O que não deixa de ser, ao fim e ao cabo, uma tentativa de resposta do século 21 ao desafio lançado no final dos anos 1920 pela romancista alagoana Graciliano Ramos, quando, na qualidade de prefeito de Palmeira dos Índios, sentenciou que “bem comido, bem bebido, o pobre povo soffredor quer escolas, quer luz, quer estradas, quer hygiene. É exigente e resmungante”³⁴².

³⁴² RAMOS, Graciliano. *Relatórios de Graciliano Ramos publicados no Diário Oficial*. Maceió: Imprensa Oficial Graciliano Ramos, 2013, p. 44.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

ALAGOAS, *Diversificação Produtiva como Alternativa para a área Canavieira de Alagoas*. Maceió: SEPLAG, 2017; e *Anuário Estatístico do Estado de Alagoas*. Ano 24. v. 24. Maceió: SEPLAG, 2018.

ALEXY, Robert. *¿Cómo proteger los derechos humanos? Proporcionalidad y racionalidad*. In: ALONSON, Juan Pablo; CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldi. *Argumentación, derechos humanos y justicia*. Buenos Aires, Astrea.

ARANTES, Paulo Eduardo. *Esquerda e direita no espelho das ONGs* [recurso eletrônico]. São Paulo, [s.n], 2021.

ARAÚJO JR., Ignácio Tavares de. *Análise comparada sobre medidas de favorecimento de micro e pequenas empresas (MPEs) em compras públicas com avaliação de eficácia e identificação de melhores práticas*. IPEA, Brasília, 2018.

ARRUDA CÂMARA, Jacintho. *Contratos Administrativos*. In: ARRUDA CÂMARA, Jacintho; NOHARA, Irene Patrícia. *Tratado de Direito Administrativo - v.6: licitação e contratos administrativos*. 1. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

AVELAR, Marina. *Educação e COVID-19: cenário para o avanço da privatização?*. Campanha Nacional pelo Direito à Educação, 2020. Disponível em: <https://campanha.org.br/analises/marina-avelar/educacao-e-covid-19-cenario-para-o-avanco-da-privatizacao/>

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BALL, Stephen J. *Educação Global S/A: novas redes políticas e o imaginário neoliberal*. Ponta Grossa: UEPG, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*. São Paulo: Revista dos Tribunaes, 1934.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 34. Ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Contratos administrativos: limites e possibilidade de alteração*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 13, n. 145, p. 46-55, jan. 2014.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. 1a. Ed. São Paulo, Quartier Latin: 2008.

BERLIN, Isaiah. *Dois conceitos de liberdade* In *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 226-272.

BEZERRA, Viviane dos Santos. *Do sonho à realidade: a trajetória da COAPAR na microrregião de Andradina – SP*. Dissertação de mestrado, UNESP, São Paulo, 2021.

BIGNOTTO, Newton. *Maquiavel republicano*. São Paulo, Loyola: 1991.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Trad. Daniela Beccacia Versiani. Rio de Janeiro, Elsevier: 2000.

BOEIRA, Marcus. *Suárez e os problemas políticos da modernidade* in Francisco Suárez, Defesa da Fé Católica (edição compilada) / tradução de Luiz Astorga, edição de Renan Santos. - Porto Alegre, RS: Concreta, 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 9ª. ed. São Paulo, Malheiros: 2012.

BRECHT, Bertolt. *Santa Joana dos Matadouros* In Teatro Completo, trad. de Roberto Schwarz. São Paulo, Paz e Terra, vol. 4.

CALDERÓN, Adolfo Ignácio e MARIN, Vlademir. *Participação popular: a escola como alvo do terceiro setor* In Desafios da Educação Municipal. Donaldo Bello de Souza e Lia Ciomar Macedo de Faria (org.). Rio de Janeiro, DP&A, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

CASTRO, Ana Carolina; LAGESE, Anabelle Santos; ASSIS, Wendell Ficher. *Da violência opressora à negociação institucional: a judicialização dos conflitos agrários no cenário alagoano*. Estudos Sociedade e Agricultura, jun. 2018, v. 26, n. 2, p. 309-330.

CHAMBERS, S.; KOPSTEIN, J. *Bad civil society*. Political Theory, Vol. 29, No. 6 (Dec., 2001), pp. 837-865. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3072607?origin=JSTOR-pdf>

COMPARATO, Fábio Konder. *Por que não a soberania dos pobres?* In Constituinte e Democracia no Brasil Hoje. 2ª ed. p. 85-109. São Paulo, Brasiliense: 1985.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32ª. ed. São Paulo, Saraiva: 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Participação popular na administração pública*. R. Dir. Adm, Rio de Janeiro, 191: 26-39, jan.mar. 1993

DOTTA, A.G. *A educação como um bem público tutelado pelo estado mediante as políticas públicas de avaliação da qualidade*. Anais do 13 Congresso Educere, 2008. Curitiba. Disponível em https://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2008/539_871.pdf.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*, tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra, Almedina: 1996

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FREIRE, Paulo. *Direitos Humanos e educação libertadora: gestão democrática da educação pública na cidade de São Paulo*. 1. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2019.

FREITAS, Juarez. *Princípio da Sustentabilidade: Licitações e a Redefinição da Proposta Mais Vantajosa*. Revista do Direito UNISC, Santa Cruz do Sul, nº 38, p. 74-94, jul-dez 2012.

FROSSARD, Marcele. *Nada vem de graça, nem o pão nem a cachaca: “bad civil society” e tirania no campo da educação*. Campanha Nacional pelo Direito à Educação, 2019. Disponível em: <https://campanha.org.br/analises/marcele-frossard/nada-vem-de-graca-nem-o-pao-nem-a-cachaca-bad-civil-society-e-tirania-no-campo-da-educacao/>

GABARDO, Emerson. *O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social*. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017.

GARCIA, Afrânio. *Sujeitos e Libertos: sobre a transição para trabalhadores livres do nordeste*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, n. 7, v.3, p.05-41, 1988.

GOUVÊA, Tathiana e LOVATO, Antônio Sagrado (coord.). *Educação de Alma Brasileira*. Edição do Autor. São Paulo, 2017.

GRAMSCI, Antonio. *Os intelectuais e a organização da cultura*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HEREDIA, Beatriz Alasia de. *Formas de dominação e espaço social: A modernização da agroindústria canavieira em Alagoas*. São Paulo: Marco Zero; Brasília, DF: MCT/CNPq, 1988.

JAMES, C.L.R. *Os Jacobinos negros: Toussaint L’Ouverture e a revolução de São Domingos*. São Paulo, Boitempo: 2000

JUSTEN FILHO, Marçal. *Desenvolvimento nacional sustentado: contratações administrativas e o regime introduzido pela lei 12.349*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 50, abril 2011.

KENNEDY, Duncan. *Izquierda y derecho: ensayos de teoría jurídica crítica*. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010.

KONDER, Leandro. *O que é dialética?* São Paulo: Brasiliense, 2008

LA BOÉTIE, Etienne de. *Discurso da servidão voluntária*. São Paulo: Brasiliense, 1999.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 1994

MACHETE, Pedro. *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*. Coimbra. Almedina, 2007.

MACHIAVELLI, Nicollò (1469-1527). *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*. Trad. de Sérgio Bath. 3ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A superação do ato administrativo autista*. In Os Caminhos do Ato Administrativo, coord. Medauar, Odete e Schirato, Vitor Rhein. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, pp. 89/113.

MARTELLI, Anita Fávaro. *Participação da comunidade na Escola* In Educação Básica: políticas, legislação e gestão - leituras. Vários autores. São Paulo, Pioneira Thomson Learning, 2004.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Atributos do ato administrativo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/19/edicao-1/atributos-do-ato-administrativo>.

_____. *Teoria dos Princípios e Poder Judiciário: a utilização de princípios na fundamentação jurídica* In GUERRA, Alexandre Dartanham de Mello. Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil - v. 1. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018.

_____. *Ato Administrativo*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. Tratado de Direito Administrativo - v.5: ato administrativo e procedimento administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARX, Karl. *Teses sobre Feuerbach*. In: MARX, K; ENGELS, F. Obras escolhidas em três tomos. Tomo I. Lisboa, Avante!; Moscou, Progresso, 1982

MONTEIRO, Vera. *Art. 29 da LINDB - Regime jurídico da consulta pública* in Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998.

NIEMEYER, Gerhart. *O Interesse Público e o Interesse Privado*. In: FRIEDRICH, Carl J. O interesse público. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

NICOLAU, Jairo. *Representantes de quem? Os (des)caminhos do seu voto da urna à Câmara dos Deputados*. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

OLIVEIRA, Francisco de. *Crítica à razão dualista/O ornitorrinco*. São Paulo, Boitempo, 2003.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de; SILVA, Mariana Pereira da; MARCHETTI, Vitor. Judiciário e políticas públicas: O caso das vagas em creches na cidade de São Paulo. *Educ. Soc.*, Campinas, v. 39, n. 144, p. 652-670, jul.-set., 2018.

PALMEIRA, Moacir. *Casa e trabalho*: notas sobre as relações sociais na plantation tradicional. *Contraponto*, v. 2, n. 2, p. 103-114, nov. 1977.

_____. *Desmobilização e conflito*: relações entre trabalhadores e patrões na agroindústria pernambucana. *Revista de Cultura e Política*, vol. 1, nº 1, pp. 41-55, ago. 1979.

PERUZO, Pedro Pulzatto. *Direito à consulta prévia aos povos indígenas no Brasil*. In: *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, vol. 08, n. 04, 2017.

PIPINIS, Vanessa. *O canto da sereia filantrópico: da sedução à privatização*. Campanha Nacional pelo Direito à Educação, 2020. Disponível em: <https://campanha.org.br/analises/vanessa-pipinis/o-canto-da-sereia-filantropico-da-seducacao-privatizacao/>

_____. *Desigualdade em tempos de crise*. Campanha Nacional pelo Direito à Educação, 2020. Disponível em: <https://campanha.org.br/analises/vanessa-pipinis/desigualdade-em-tempos-de-crise/>

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Estados de exceção*: a usurpação da soberania popular. São Paulo: Contracorrente, 2021.

RAMOS, Graciliano. *Relatórios de Graciliano Ramos publicados no Diário Oficial*. Maceió: Imprensa Oficial Graciliano Ramos, 2013.

RANCIÈRE, Jacques. *Ódio à democracia*. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2ª ed. São Paulo, Malheiros, 2006.

_____. *Manual de Direito Administrativo*. Malheiros: São Paulo, 2013.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José Maria. *Metodología del Derecho Administrativo*: reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa. Madrid, Marcial Pons: 2016.

SAVIANI, Demerval. *História das ideias pedagógicas no Brasil*. Campinas: Autores associados, 2013.

SEBRIAM, Débora; MARKUN, Pedro; GONSALES, Priscila. *Como implementar uma política de Educação Aberta e Recursos Educacionais Abertos*. São Paulo, Cereja Editora, 2017, p. 47.

SECRETARIA GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Laís de Figueirêdo Lopes, Bianca dos Santos e Iara Rolnik Xavier (orgs.). *Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil: a construção da agenda no governo federal - 2011 a 2014*. Brasília, Governo Federal, 2014.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4 ed. Forense, Rio de Janeiro: 1967.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção*. São Paulo, Alameda, 2016.

_____. *Autoritarismo Líquido e as Novas Modalidades de Prática de Exceção no Século XXI*. Revista Themis, Fortaleza, v. 18, n. 1, p.197-223, jan./jun. 2020.

SCHWARZ, Roberto. *As ideias fora do lugar: ensaios selecionados*. São Paulo: Companhia das Letras, Penguin Books, 2014.

SIGAUD, Lygia. *Direito e coerção moral no mundo dos engenhos*. Estudos Históricos, v. 9, n. 18, p. 361-388, 1996, p. 380.

_____. *Armadilhas da honra e do perdão: usos sociais do direito na mata pernambucana*. Mana. Estudos de Antropologia Social, v. 10, n. 1, p. 131-163, abr. 2004.

SOUZA, Leandro Marins de. *Tributação do terceiro setor no Brasil*. São Paulo, Dialética, 2004.

STORTO, Paula Raccanello Storto; REICHER, Stella Camlot. *Elementos do Direito do Terceiro Setor e o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade* In Revista Pensamento & Realidade, v. 29, n. 2, p. 19-43, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *As modernas parcerias públicas com o Terceiro Setor*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo, Malheiros Editores, 2013.

TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine R. *O direito e a ascensão do capitalismo*. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1978.

THORSTENSEN, Vera; GIESTEIRA, Luís Felipe. *Cadernos Brasil na OCDE: Compras Públicas*. CEPAL- IPEA, Brasília, 2021.

VERÇOZA, Lucio. *Os homens-cangurus dos canaviais alagoanos: um estudo sobre trabalho e saúde*. Maceió: Edufal, 2018.

ZANCANER ZOCKUN, Carolina. *Intervenção do Estado na ordem social*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/110/edicao-1/intervencao-do-estado-na-ordem-social>

_____. *Terceirização na Administração Pública*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (Coord.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (Coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/5/edicao-1/terceirizacao-na-administracao-publica>.

ZOCKUN, Maurício. *Regime Constitucional da Atividade Notarial e de Registro*. São Paulo: Malheiros, 2018.

ZOCKUN, Maurício; FRITOLI, Fernanda Ghiuro Valentini. *A prestação de serviço de saúde pelo Estado*. Revista do Advogado, n. 146, 2020.

ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. 1 ed. Rio de Janeiro, Intrínseca, 2020.