

CARLA BERTUCCI BARBIERI

**TERCEIRO SETOR:
DESAFIOS E PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAIS**

**Mestrado em Direito
Pontifícia Universidade Católica
São Paulo
2006**

CARLA BERTUCCI BARBIERI

**TERCEIRO SETOR:
DESAFIOS E PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAIS**

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado, na sub-área de Constitucional, à Comissão Julgadora da Universidade Católica de São Paulo, sob orientação da Professora Doutora Flávia Cristina Piovesan.

Pontifícia Universidade Católica

São Paulo

2006

AGRADECIMENTOS

Aos parceiros de atuação em organizações não governamentais, em especial às integrantes do CLADEM-Brasil (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher), que me proporcionaram um contato real com o movimento de mulheres na América Latina e, principalmente, no Brasil.

Ao SESC/SP – Serviço Social do Comércio – Administração Regional de São Paulo, que acreditou em meu trabalho, fornecendo-me bolsa de estudos no semestre que antecedeu a entrega da presente dissertação, em especial à minha coordenadora, Liliana de Fiori Pereira de Mello, pelo apoio e compreensão durante o período de pesquisas.

À orientadora, professora e amiga Flávia Piovesan, que sempre compartilhou de meus novos estudos, incentivando-os.

Aos meus pais, Marli e Juvenal Barbieri, que me proporcionaram toda a formação intelectual e moral, que me acompanha não apenas em trabalhos técnicos, mas em todas as atividades de minha vida.

À minha querida irmã Camila Bertucci Barbieri, que acompanhou de perto toda a minha preparação para a elaboração desta dissertação.

Aos meus sogros, Eda e Jorge Kassinoff, que formaram a incrível pessoa com quem me casei em setembro de 2005 – Leandro Kassinoff, que não apenas soube compreender os períodos de minha ausência, em razão da preparação deste trabalho, mas também me estimulou a desenvolvê-lo com grande entusiasmo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. ORIGENS DO TERCEIRO SETOR	15
1.1 A influência do liberalismo e do neoliberalismo no terceiro setor	28
1.1.1 Discurso neoliberal em favor do terceiro setor.....	36
1.2 Da setorialização tripartite	38
1.3 Espécies de coordenação econômica, de setores da economia e de regulação	45
2. DOS CONCEITOS DE TERCEIRO SETOR	50
2.1 Das organizações componentes do terceiro setor	60
3. ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL <i>VERSUS</i> SOCIEDADE DE BEM-ESTAR SOCIAL.....	67
4. O TERCEIRO SETOR NA ORDEM CONSTITUCIONAL	72
4.1 Princípios estruturantes do terceiro setor: eficiência e legitimidade	74
4.4.2 Da constitucionalidade da atuação conjunta do Estado e do terceiro setor na execução de serviços públicos.....	82
4.3 A Emenda Constitucional n. 19 e a reforma administrativa	92
4.3.1 Das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público	95

4.3.1.1 Das organizações sociais	96
4.3.1.2 Das organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs)	103
4.4 Aplicabilidade de alguns temas constitucionais ao terceiro setor	107
4.4.1 Responsabilidade estatal por atos das organizações do terceiro setor	108
4.4.2 Da aplicação do teto remuneratório constitucional para o terceiro setor	110
5. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O TERCEIRO SETOR	114
5.1 Do constitucionalismo do <i>por-venir</i> e o terceiro setor	114
5.1.1 Constitucionalismo da verdade	118
5.1.2 Constitucionalismo da solidariedade	119
5.1.3 Constitucionalismo do consenso	120
5.1.4 Constitucionalismo continuador	120
5.1.5 Constitucionalismo participativo	120
5.1.6 Constitucionalismo integracionalista	121
5.1.7 Constitucionalismo universalista	122
5.2 Do método concretista de interpretação constitucional e a sociedade aberta de seus intérpretes – a influência do terceiro setor	123
5.2.1 Da legitimidade ativa das ações constitucionais típicas e a participação do terceiro setor	132
6. DA REGULAÇÃO DO TERCEIRO SETOR	138
6.1 Perspectivas de desenvolvimento do terceiro setor e sua necessária regulação	138
6.2 Da regulação do terceiro setor e o modelo adotado pelo Projeto de Lei do Senado n.	

7 (Substitutivo), de 2003	143
7. O GRANDE DESAFIO – CRESCIMENTO E DESENVOLVIMENTO DO TERCEIRO SETOR E DOS DIREITOS HUMANOS	150
8. CONCLUSÕES	158
REFERÊNCIAS	166

São Paulo, ____ de _____ de 2006.

RESUMO

A presente dissertação busca, a partir da contextualização de aspectos sócio-político-econômicos do tema, apontar contornos jurídicos do terceiro setor no Brasil, sua atualidade, desafios e perspectivas no marco constitucional.

Como forma de atacar e afastar o uso ideológico, fruto do projeto neoliberal, que se faz do terceiro setor, utiliza-se do arcabouço constitucional brasileiro, enfrentando cinco questões cruciais:

- 1) Pode-se defender a existência de um terceiro setor?
- 2) Qual o seu conceito? Quais as suas debilidades?
- 3) O novo modelo gerencial adotado pelo Estado após a reforma administrativa de 1998, advinda com a Emenda Constitucional n. 19, é compatível com todas as conquistas cidadãs constitucionalizadas em 1988?
- 4) Como constitucionalizar a participação do denominado terceiro setor e/ou torná-la compatível com o Texto Constitucional?
- 5) A sua participação pode ser considerada mais eficiente que a do Estado e, sob esse fundamento, substituir, em alguns casos, integralmente a execução de políticas públicas estatais?

Para que essas cinco grandes questões sejam enfrentadas, passa-se pelo estudo das origens do terceiro setor; seus conceitos; pelas funções do Estado do Bem-Estar Social e do papel assumido pela sociedade de Bem-Estar Social; pela apresentação do terceiro setor na ordem constitucional; pelo importante papel da interpretação constitucional por esse setor; por sua regulação estatal e pelo exame de seu grande desafio: o crescimento e o desenvolvimento do terceiro setor e dos direitos humanos.

ABSTRACT

The present dissertation aims to point out juridical outlines of the Third Sector in Brazil, its present moment, challenges and perspectives in constitutional reference through the contextualization of social-political-economical aspects of the theme.

As a form of approach and aversion to ideological usage, motivated by the neo-liberal project, which is assumed about the Third Sector, we make use of the Brazilian constitutional framework, facing five crucial issues:

- 1) Can the Third Sector existence be defended?
- 2) What is its concept? What are its weaknesses?
- 3) Is the new managerial model adopted by the State, after its administrative reform in 1998, in consequence of Constitutional Amendment Number 19, compatible with all citizen victories in constitution in 1988?
- 4) How to make it part of the constitution in the denominated Third Sector and/or make it compatible with the constitutional text?
- 5) Can its participation be considered more efficient than of the State, and under this fundament, in some cases, replace entirely the execution of state public policies?

And therefore, in order to face these five big issues, we go back to the origins of the Third Sector; its concepts; its functions of Welfare State and of the role assumed by society of Social Welfare; by the presentation of the Third Sector in the constitutional order; by the important role of constitutional interpretation by this Sector; by its state regulation and by the examination of its great challenge: growth and development of the Third Sector and of Human Rights.

APRESENTAÇÃO

O tema “terceiro setor” começou a despertar meu interesse em razão da novidade do tema e de sua ainda escassa bibliografia, principalmente no Direito.

Inicialmente, tive contato com o tema por meio de trabalho voluntário na Fundação Abrinq, auxiliando no desenvolvimento de um Manual de Trabalho de Operadores do Direito para Organizações Cadastradas no “Programa Adotei um Sorriso”.

Posteriormente, atuei, já como membro do CLADEM – Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher, no desenvolvimento de um programa multidisciplinar – médico, psicológico e advocatício – para o atendimento à mulher vítima de violência.

Agora, há pouco mais de um ano, trabalho como assessora jurídica de uma grande e respeitada organização não governamental: SESC/SP – Serviço Social do Comércio – Administração Regional de São Paulo.

Ao lado de minha atuação dentro das organizações não governamentais, passei a me interessar pelos aspectos jurídicos que envolvem todo o denominado terceiro setor, além de seus imprescindíveis aspectos históricos, políticos e econômicos.

Ao ingressar no Mestrado, direcionei meus estudos de direito constitucional ao tema, buscando ampliar a bibliografia tão escassa e esparsa sobre o tema.

No plano do direito constitucional do terceiro setor, vê-se muito a abordagem tributária do tema: a imunidade prevista na letra *c* do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal, cuja aplicação no cotidiano se revela imprescindível.

No entanto, o desenvolvimento da denominada doutrina do terceiro setor, que acompanhou sua efervescência no Brasil principalmente na década de 90, deixou de atentar para alguns pontos

fundamentais de nossa Constituição Federal, tais como a possibilidade de sua aceitação aos moldes desejados pelo neoliberalismo: Estado mínimo e terceiro setor forte.

A presente dissertação busca, a partir da contextualização de aspectos sócio-político-econômicos do tema, apontar contornos jurídicos do terceiro setor no Brasil, sua atualidade, desafios e perspectivas no marco constitucional.

A tarefa de apontar esses contornos encontra em seu *iter* alguns desafios – a maioria deles imposta pela ideologia neoliberal globalizada. Encontra, no entanto, perspectivas constitucionais que podem levar à adequada utilização da força do terceiro setor no trato da questão social brasileira.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos houve grande expansão do terceiro setor no Brasil. Segundo dados divulgados pela **Revista Integração**¹, são mais de 250 mil organizações, que empregam aproximadamente 2 milhões de pessoas, tendo movimentado, em 1998, recursos em torno de 1,2% do PIB nacional, o que perfaz a quantia de aproximadamente 12 bilhões de reais. Sabe-se também que as atividades desse setor favoreceram mais de 9 milhões de pessoas, ou seja, quase 6% da população total.

Dados preliminares de estudo mais recente, produzido pelo Programa de Voluntários das Nações Unidas (UNV) em parceria com o *Johns Hopkins Center for Civil Society Studies*, demonstram que o setor sem fins lucrativos no Brasil representa hoje 5% do PIB nacional. Apontam, ainda, que, em 7 anos, de 1995 a 2002, o setor apresentou um aumento de 71% e o número de organizações passou de 190 mil para 326 mil, no mesmo período².

Apesar de pequena a participação no PIB, apresenta sua importância, já que supera a de setores expressivos da economia brasileira, tal como a da indústria de extração mineral (petróleo, minério de ferro, gás natural, carvão, entre outros), sendo maior, inclusive, que a de 22 Estados brasileiros (com exceção de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Paraná)³.

Ressalte-se que o universo utilizado para a elaboração dessa pesquisa inclui partidos políticos, fundações financiadas por empresas e outras instituições de cunho filantrópico. Muitos criticam essa explosão nos números, considerando que os números reais não devem incluir organizações a serviço de interesses corporativos, a exemplo de sindicatos, condomínios, partidos políticos, cartórios e clubes, mas sim associações, fundações e organizações religiosas, que se caracterizam por serem privadas, sem fins lucrativos, capazes de gerenciar suas próprias atividades e constituídas legalmente e livremente por qualquer grupo de pessoas.

¹ Disponível em: <http://integracao.fgvsp.br/oque.htm>. Acesso em 2-4-2006.

² **Setor sem fins lucrativos representa 5% do PIB nacional.** RedeGIFE Online. Disponível em: <http://www.gife.org.br>. Acesso em 3-4-2006.

³ Id., Ibid.

Dessa forma, pesquisa denominada FASFIL – As Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos no Brasil, produzida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em parceria com o GIFE (Grupo de Institutos, Fundações e Empresas) e a Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais (ABONG), identificou um crescimento de 157% no setor sem fins lucrativos, que passou de 107 mil, em 1996, para 276 mil, em 2002, gerando empregos diretos a 1,5 milhão de trabalhadores⁴.

Esse mesmo informativo eletrônico informa que 10% da população brasileira – 15 milhões de pessoas – doou recursos para as atividades desenvolvidas pelo terceiro setor. Além disso, ressalte-se que o terceiro setor no Brasil já conta com mais de 12 milhões de voluntários.

Os números brasileiros são pequenos se comparados com dados dos países da Europa e mesmo com os Estados Unidos da América. Isto porque nesses países o terceiro setor movimenta quase 6% dos PIBs, empregam mais de 12 milhões de pessoas diretamente, tendo beneficiado, na década de 90, mais de 250 milhões de pessoas⁵.

Acrescente-se que, no Brasil, recursos oriundos do Governo Federal devem chegar, em 2004, a R\$ 2 bilhões⁶.

Em razão desses dados, não apenas para o Direito, mas para outras ciências, tais como Economia, Ciências Sociais, Política etc., o estudo do tão difundido terceiro setor se mostra necessário até mesmo para que não existam mais divergências sobre estatísticas.

A importância do denominado terceiro setor nos últimos anos passou a ser reconhecida pela grande capacidade de mobilização de recursos humanos e materiais para o atendimento de importantes demandas sociais que o Estado não apresenta condições de atender sozinho, pela capacidade de gerar empregos e, ainda, pelo aspecto qualitativo, caracterizado pelo idealismo de suas atividades⁷.

A presente dissertação apresenta como um de seus objetivos delimitar o conceito desse Setor, também denominado setor sem fins lucrativos, setor da sociedade civil, setor voluntário, setor

⁴ Id., Ibid.

⁵ Consultar o *site* <http://integracao.fgvsp.br>.

⁶ Governo apura desvios de verbas para ONGs de fachada. **O Estado de S. Paulo**, 20 jun. 2004, p. A4.

⁷ PAES, José Eduardo Sabo. Terceiro setor: conceituação e observância dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org.). **O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 276.

social-econômico, setor ONG, setor de caridade⁸, buscando suas origens, apontando, ainda, o uso político-ideológico que dele hoje se faz.

No processo de investigação de suas origens, buscando desvendar os desafios e perspectivas desse setor, além da análise de parte da legislação infraconstitucional sobre o tema, fez-se uma abordagem constitucional, buscando a demonstração dos desafios e perspectivas constitucionais sobre ele.

Apesar do imenso conjunto de conceitos existentes sobre o terceiro setor e de parte significativa da doutrina ignorar ou criticar sua existência, durante todo o trabalho se busca formar uma visão crítica sobre o tema, apontando os perigos que podem advir do uso ideológico do setor.

O terceiro setor surge num contexto real em que o Estado não consegue assumir o monopólio do bem-estar de que a sociedade necessita. Vem sendo criado e desenvolvido entre o Estado e o mercado, em nome da solidariedade ditada pelos novos riscos contra os quais nem o mercado nem o Estado-Providência oferecem garantia⁹.

Como forma de atacar e afastar o uso ideológico, fruto do projeto neoliberal, que se faz do terceiro setor, utiliza-se o arcabouço constitucional brasileiro, enfrentando cinco questões cruciais:

- 1) Pode-se defender a existência de um terceiro setor?
- 2) Qual o seu conceito? Quais as suas debilidades?
- 3) O novo modelo gerencial adotado pelo Estado brasileiro após a reforma administrativa de 1998, advinda com a Emenda Constitucional n. 19, é compatível com todas as conquistas cidadãs constitucionalizadas em 1988?
- 4) Como constitucionalizar a participação do denominado terceiro setor e/ou torná-la compatível com o Texto Constitucional?
- 5) Sua participação pode ser considerada mais eficiente que a do Estado e, sob esse fundamento, substituir, em alguns casos, integralmente, a execução de políticas públicas estatais?

Essas são algumas das perguntas que a presente dissertação procura elidir, sempre tendo como base os desafios e perspectivas constitucionais do denominado terceiro setor.

⁸ Relação de denominações lembrada por SALAMON, Lester. Estratégias para o fortalecimento do terceiro setor. In: IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). **3.º setor: desenvolvimento social sustentado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 90.

⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005. v. 1. p. 157.

1. ORIGENS DO TERCEIRO SETOR

Desde o momento histórico em que surgiu o Estado Moderno, o problema da relação entre o Estado e a sociedade tornou-se central para a sociologia e a ciência política.

Anteriormente a essa fase, enquanto ainda predominavam formas pré-capitalistas de produção, a esfera pública não se distinguia da esfera privada, e o problema da afirmação do Estado perante a sociedade e desta perante o Estado não se colocava.

Quando o capitalismo se fortaleceu, surgiu a necessidade da imposição do Estado por meio de sua construção e consolidação sob a forma de Estado Nacional ante a sociedade fragmentada e oligárquica.

Nesse processo, em um primeiro momento, tivemos a luta da burguesia liberal contra a aristocracia; em um segundo, a da burocracia socialista contra a burguesia. Durante essas batalhas surgia, no âmbito da sociedade, uma sociedade civil que se afirmava perante o Estado e, nesse âmbito, por sua vez, os regimes autoritários eram substituídos por regimes democráticos¹⁰.

Enquanto os regimes democráticos tendiam a se tornar universalmente dominantes e a globalização impunha novos desafios aos Estados nacionais, o Estado, como organização e ordem definida legalmente, entrava em crise nos anos 70¹¹.

Com a crise, a sociedade civil de cada Estado democrático demonstrou desejar redefinir o papel do Estado, mas não reduzi-lo ao mínimo, e sim fortalecê-lo, para que os respectivos governos pudessem garantir, internamente, ordem eficiência produtiva e justiça social, de forma a tornar viável, no plano internacional, a afirmação dos seus interesses nacionais.

Para Luiz Carlos Bresser Pereira, a sociedade civil consiste em parte da sociedade que está fora do aparelho do Estado, situada entre a sociedade e o Estado, consistindo no aspecto político da

¹⁰ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Sociedade civil: sua democratização para a reforma do Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (orgs.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: Ed. UNESP, 2001. p. 67.

¹¹ Id., p. 69.

sociedade: a forma por meio da qual a sociedade se estrutura politicamente para influenciar a ação do Estado. Em uma perspectiva política, sociedade civil e Estado, somados, constituem o Estado-Nação ou País; em uma perspectiva sociológica, formam a sociedade ou o sistema social. Mas, da mesma forma que podemos pensar na sociedade civil e no Estado constituindo o Estado-Nação ou a sociedade, podemos pensar que Estado e sociedade são conceitos abrangentes, um enfatizando o regime político; o outro, a organização social¹².

Esse mesmo autor usa o vocábulo “Estado”¹³ para designar o aparelho administrativo e o sistema constitucional-legal que organiza ou regula a sociedade, e “Estado-Nação” ou sociedade para designar respectivamente o sistema político e o sistema social que engloba o Estado e a sociedade civil em determinado território. Nessa perspectiva, sustenta que o Estado-Nação e a sociedade são, respectivamente, realidades políticas ou sociais concretas, enquanto Estado e mercado são as duas instituições fundamentais das sociedades contemporâneas.

O ex-Ministro Bresser Pereira considera que as relações observadas entre sociedade e Estado no final do século XX não autorizam o regresso ao século XIX e ao Estado Liberal, o que pretendem os neoliberais, nem a volta ao século XX e ao Estado Social-Burocrático, desejada pelos social-democratas de todos os matizes¹⁴.

A sociedade civil, entendida como aquela que, fora do Estado, é politicamente organizada, passa a ser o ator fundamental nas democracias contemporâneas, que está, de uma forma ou de outra, promovendo as reformas institucionais do Estado e do mercado¹⁵.

Mesmo sendo um forte agente transformador nas sociedades democráticas, não podemos transformá-la em conceito moral, como fez Hegel com o Estado, Marx com o proletariado e o neoliberalismo com o mercado¹⁶.

Ao contrário, a sociedade civil é um fenômeno histórico que resulta do processo de diferenciação social; ela própria é o resultado de um processo interno de transformação no qual os agentes individuais que dela participam tendem a se tornar mais iguais, e a sociedade civil, mais democrática. Da mesma forma que não podemos pensar que a sociedade civil seja o campo dos

¹² PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Op. cit., p. 69-70.

¹³ Id., p. 70.

¹⁴ Id., Ibid.

¹⁵ Id., Ibid.

¹⁶ Id., p. 72.

interesses privados e o Estado o do interesse geral, não podemos cometer o equívoco oposto de atribuir à sociedade civil um papel libertador, tornando-a a consubstanciação do interesse público. Assim como o Estado defende, com frequência, interesses privados, a sociedade civil pode lutar pelo interesse geral, mas a defesa de interesses particulares é inerente à própria idéia de sociedade civil¹⁷.

Rubem César Fernandes¹⁸ esclarece-nos que as expressões “comunidade” e “movimentos sociais”, nos anos 70, eram utilizadas sob a pressão dos regimes autoritários; “cidadania” e “sociedade civil”, com os processos de democratização da década de 80; “sem fins lucrativos e não governamental”, com suas múltiplas e inumeráveis expressões, nos últimos anos. São palavras articuladoras, mais do que conceitos objetivos. Dizer “sociedade civil” supõe uma cultura democrática que ainda está por ser estabelecida. Pensar “terceiro setor” significa reunir sob uma mesma classe conceitual atividades tão distintas que, no passado, costumavam ser vistas como contraditórias ou mesmo antagônicas. Perceber a relevância dessa possibilidade de agrupamento ideal implica dar um passo no sentido de torná-lo eficaz e, nesse sentido, acenar para a passagem do possível ao real.

Mas agora é a sociedade civil, independente do Estado, que determina ou busca determinar a organização do Estado e do mercado, e não o contrário. Uma sociedade civil que, além de autônoma em relação ao Estado, não mais se confunde com o mercado, ou com a burguesia. Uma sociedade civil que não é mais a sociedade civil burguesa de Hegel, mas a sociedade civil democrática dos nossos dias¹⁹.

Para o autor, as condicionantes estruturais que presidem as relações entre a sociedade e o Estado, no final deste século, são quatro: a crise do Estado no último quartel do século XX; o brutal aumento da produtividade, acompanhado contraditoriamente da melhoria dos padrões de vida e da crescente concentração da renda; o desafio da globalização, tão superestimado quanto real; e o avanço da democracia²⁰.

¹⁷ Id., p. 72.

¹⁸ FERNANDES, Rubem César. **Privado porém público: o terceiro setor na América Latina**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Civicus, 1994. p. 32.

¹⁹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser Pereira. Op. cit., p. 73.

²⁰ Id., p. 74.

Há três respostas de caráter ideológico para essas condicionantes estruturais: o avanço da nova direita neoliberal ou neoconservadora; a resistência da velha esquerda burocrática em se adaptar aos novos tempos; e a busca de uma terceira via social-liberal²¹.

Na reforma do Estado em curso, uma tarefa fundamental é delimitar com clareza a área de atuação estatal. Defende o autor a aplicação do critério distintivo entre atividade exclusiva ou não de Estado. Este critério, apesar de ser severamente criticado, por sugerir a noção de substituição e não de complementaridade entre os setores da sociedade, distingue, ainda, entre as atividades não exclusivas, as atividades sociais e científicas, propondo que estas passem para o terceiro setor, as relativas à produção de bens para o mercado, as quais devem ser privatizadas, se não se tratarem de monopólio natural²².

Para Luiz Carlos Bresser Pereira²³, a sociedade civil não se fortalece a expensas do Estado. Ela tenderá a ser tanto mais forte quanto mais forte (mais dotado de governança e governabilidade democrática) for o Estado. A sociedade civil não substitui o Estado, mas cresce e se fortalece com ele. Quando, a partir dos anos 70, o Estado entrou em crise, tanto uma esquerda idealista quanto uma direita neoliberal imaginaram que se abria espaço, respectivamente, para a sociedade civil ou para o mercado. Na verdade, existe um espaço maior tanto para um quanto para outro, mas não à custa do enfraquecimento do Estado e sim concomitantemente com seu fortalecimento, ou seja, com o aumento de sua capacidade de governança e governabilidade. É por isso que um papel fundamental a ser desempenhado pela sociedade civil será o de reconstruir o Estado ao mesmo tempo em que ela própria se fortalece.

A expressão “sociedade civil” surgiu com os filósofos contratualistas, especificamente com Hobbes, como sinônimo de Estado ou de “sociedade política”, em contraposição ao “estado de natureza”. Neste momento a expressão surge como tradução do conceito grego de “sociedade política”. Enquanto na filosofia grega a sociedade política se contrapunha à sociedade doméstica, no contratualismo iluminista a sociedade civil se oporá ao estado de natureza. No início dos tempos modernos, com Bodin, o conceito de Estado soberano estava surgindo, mas a oposição básica que interessava primordialmente aos filósofos políticos não era a do Estado em relação à sociedade política ou civil, que inclui o Estado, em contraste com a barbárie, o estado de natureza. Dessa

²¹ Id., *Ibid.*, p. 74.

²² PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Op. cit.*, p. 90-1.

²³ Id., p. 91-2.

forma, era possível deduzir logicamente e legitimar o poder político com base em argumentos seculares, racionais, deixando, em um primeiro momento, para segundo plano, para mais tarde abandonar os argumentos de base aristocrática e religiosa²⁴.

Dois séculos depois, com a emergência da burguesia como classe dominante, mas não dirigente, a distinção entre uma esfera política ou do Estado, no qual imperavam a aristocracia e a burocracia patrimonialista, e uma esfera econômica ou do mercado, na qual dominava a burguesia, tornou-se afinal historicamente possível. Naquele momento o conceito de Estado já estava consolidado, e a idéia de um estado de natureza revelava sua qualidade meramente heurística, pouco tendo que ver com a realidade histórica. Tornou-se então necessário distinguir com clareza o Estado ou a sociedade política da sociedade civil ou da sociedade burguesa²⁵.

Embora para Hegel a sociedade civil seja aquela que está fora do Estado, sua visão não é dual (sociedade civil e Estado), mas tríplice (família, sociedade civil e Estado). Importa assinalar que as três categorias não constituem, somadas, a sociedade, mas representam três “momentos” de um “movimento” de aperfeiçoamento da moralidade objetiva, que afinal se consubstancia no Estado, definido por Hegel como a “realidade em ato da idéia moral objetiva”²⁶.

Bresser Pereira aduz que para Marx, que leva adiante o pensamento histórico-racional de Hegel, retirando-lhe o caráter idealista, a sociedade, ou, mais precisamente, uma parcela dela – a burguesia ou a classe dominante –, passa a deter todo o poder político e a determinar o Estado. Assim, se Hegel funda o conceito moderno de sociedade civil, Marx e Engels estabelecem a relação fundamental entre esta e o Estado ao inverter o papel da sociedade civil, que de objeto de mudança social ou de momento da sua realização enquanto idéia se transforma em agente de transformação do Estado²⁷.

Por essa visão se conclui que Marx e Engels transformaram o Estado em comitê executivo da classe dominante, com a qual a sociedade civil na prática se confunde. O estatismo comunista, no entanto, esquecera a lição acima apontada e adotara uma perspectiva hegeliana primária, de caráter burocrático, em que o Estado volta a se impor à sociedade²⁸.

²⁴ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Op. cit., p. 92.

²⁵ Id., p. 92-3.

²⁶ Id., p. 93.

²⁷ Id., p. 93-4.

²⁸ Id., p. 94.

Bobbio afirma que a sociedade civil pode ser conceituada negativamente como “a esfera de relações sociais não reguladas pelo Estado”. Positivamente é mais difícil uma conceituação, mas Bobbio oferece a sua, na qual sociedade civil é onde surgem e se desenvolvem os conflitos econômicos, sociais, ideológicos, religiosos, que as instituições estatais têm a tarefa de resolver ou mediando, ou evitando, ou reprimindo. A sociedade civil, para Bobbio, enquanto contraposta ao Estado, apresenta como sujeitos as classes sociais, ou, mais amplamente, os grupos, movimentos, associações ou organizações que as representam ou se declaram seus representantes; ao lado das organizações de classe, os grupos de interesse, as associações de vários gêneros com fins sociais e indiretamente políticos, os movimentos de emancipação de grupos étnicos, de defesa de direitos civis, de liberação da mulher, os movimentos de jovens etc.²⁹.

O conceito de sociedade civil recuperaria a importância teórica apenas nos anos 70, quando intelectuais em luta contra o autoritarismo na América Latina e contra o estatismo comunista no Leste Europeu passaram a usar o conceito para compreender (e fortalecer) a grande aliança democrática que aos poucos estava se fazendo em seus países entre os movimentos sociais, as organizações não governamentais, os sindicatos e associações de trabalhadores, e os intelectuais, líderes religiosos, profissionais liberais e empresários³⁰.

Em um primeiro momento, nos anos 70 e 80, quando se tratava de combater o autoritarismo, o conceito de sociedade civil foi mantido em seu sentido original e amplo, que a definição de Bobbio autoriza, mas, em um segundo, diversos autores passaram a lhe atribuir um caráter normativo e restritivo, identificando-o na prática com os movimentos sociais e as organizações não governamentais.

Bresser Pereira lembra que Costa, depois de fazer uma resenha sobre o tema, propõe um conceito operacional, segundo o qual sociedade civil seria o conjunto de associações e formas organizativas, excluídos os sindicatos e associações de representação de interesses, constituídas, em princípio, por membros voluntários³¹.

A expressão “organizações da sociedade civil”, de que diversos autores atualmente se utilizam, transforma-se, para Habermas, na própria sociedade civil, que deixa de ser um conjunto

²⁹ Società civile e Stato. In: **Enciclopédia Einaudi**. 1981. p. 21-6. Apud PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Op. cit., p. 94.

³⁰ Id., p. 94-5.

³¹ Categoria analítica ou *passe-partout* político-normativo: notas bibliográficas sobre o conceito de sociedade civil. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais**, n. 43, 1.º sem. 1997, p. 17. Apud PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Op. cit., p. 95.

amplo e complexo de atores da sociedade, fora do Estado, estruturados e ponderados de acordo com seus respectivos poderes políticos ou de influência, para se transformar em um pequeno conjunto de movimentos e organizações voltadas para o controle social do Estado e do mercado³².

Taylor aponta a complexidade do conceito de sociedade civil e define duas tradições para este: uma, de caráter radical, com origem tanto em Rousseau e Marx quanto em um pensamento liberal extremado, quer ver a sociedade civil como independente do Estado, que pode ser mínimo ou, no limite, desaparecer; outra, mais equilibrada, que tem origem em Montesquieu e passa por Hegel e Tocqueville, vê a sociedade civil como uma esfera independente do Estado, mas não auto-suficiente em relação a ele³³.

Cohen e Arato também retomam o conceito de sociedade civil a partir da utilização desse conceito pelos intelectuais democráticos da América Latina e do Leste Europeu, mas o fazem atribuindo-lhes caráter normativo, em vez de sociológico, ligando o conceito de sociedade civil aos movimentos sociais e instituições que podem localizar-se tanto na esfera privada quanto na pública, mas que apresentam como objetivo deter a ação do mercado e do Estado³⁴.

Bresser Pereira defende que a sociedade civil não é portadora de uma missão utópica, mas consiste em um produto de dois processos históricos: a diferenciação ou complexificação social crescente e a democratização. Em uma sociedade primitiva não há sociedade civil nem Estado. No despotismo oriental ou no escravismo é possível falar em Estado, mas a sociedade é ainda uma abstração. Na *polis* grega não há ainda distinção entre Estado e sociedade: a distinção relevante é entre a sociedade política e a doméstica. A fragmentação característica do feudalismo abre nitidamente espaço para a sociedade, na medida em que a burguesia começa a emergir fora do Estado, mas estamos apenas diante de um embrião do que hoje chamamos sociedade civil.

No período das monarquias absolutas, a sociedade civil como sociedade burguesa já era um fato, mas os filósofos iluministas da época estavam ainda preocupados em distinguir a sociedade civil, que inclui o Estado, do estado de natureza, em um reconhecimento implícito de que a sociedade não se diferenciou e logrou autonomia relativa ante o Estado.

³² PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Op. cit., p. 95.

³³ Modes of civil society. **Public Culture**, v. 3, n. 1, 1990, p. 109-113. Apud PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Op. cit., p. 95.

³⁴ **Civil society and political theory**. Cambridge, Ma.: The MIT Press, 1992. p. 17. Apud PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Op. cit., p. 96.

Foi só depois das revoluções burguesas e liberais na Inglaterra, no Estados Unidos e na França que Hegel poderia, afinal, distinguir com clareza a sociedade civil do Estado. Mas naquela época, em que a democracia apenas engatinhava e os regimes continuavam essencialmente autoritários, era o Estado o agente e a sociedade o objeto de regulação e controle.

Seria somente na primeira metade do século XX, com a definitiva emergência da democracia nos países desenvolvidos, e no último quartel desse século, quando a América Latina e o Leste Europeu se democratizaram, que a inversão ocorreu, a sociedade civil passou a ser o agente a reformar o Estado e o mercado. Reformou o Estado, naturalmente, para que este a regulasse, para que, por meio das leis, estabelecesse a ordem social e garantisse os direitos e obrigações dos cidadãos. O movimento continuou, assim, nas duas direções, mas agora, e crescentemente, o vetor mais forte era o que ia da sociedade para o Estado e o mercado, e não o contrário, como ocorreu nos regimes autoritários que imediatamente antecederam a democracia³⁵.

O autor citado apresenta uma questão de grande relevância, qual seja: “como conceituar sociedade civil sem cair no erro do reducionismo ou na tentação do normativismo?”³⁶.

A partir desse questionamento, apresenta as seguintes ponderações:

Podemos pensar a sociedade civil simplesmente como toda a área social que está fora do Estado. Assim, sociedade e sociedade civil se identificam. Podemos, mais precisamente, ver a sociedade civil como o aspecto político da sociedade, ainda fora do Estado. Neste caso, é necessário distinguir sociedade civil de um outro conceito político: povo. Enquanto povo é o conjunto de cidadãos com direitos e poderes iguais, na sociedade civil os direitos ainda são iguais mas os poderes variam de cidadão para cidadão, dependendo das três fontes de poder fundamentais das sociedades contemporâneas: a organização, o dinheiro e o conhecimento³⁷.

Após esses apontamentos, na mesma linha de Hegel e Bobbio, apresenta o seguinte conceito de sociedade civil:

[...] sociedade fora do Estado, em que os poderes dos seus membros são ponderados de acordo com as organizações ou associações a que pertençam, o dinheiro ou o capital de que disponham e o conhecimento que detenham. Isto, de um ponto de vista estático. Dinamicamente, podemos pensar a sociedade civil como um complexo campo de lutas ideológicas em que classes, grupos de interesses e indivíduos isoladamente buscam alcançar hegemonia, reformar o Estado e influenciar suas políticas. Esse conceito histórico, ao invés de normativo, de sociedade civil não lhe retira o caráter ético. É na sociedade civil

³⁵ Id., p. 101-2.

³⁶ Id., p. 99.

³⁷ Id., p. 99-100.

e através dela que os valores éticos e civilizatórios se afirmam, na medida em que grupos que se pretendem portadores desses valores (e possivelmente o são) dela fazem parte e sobre ela buscam exercer sua influência³⁸.

Bresser Pereira distingue sociedade civil e terceiro setor como uma relação de continente e conteúdo. Para esse autor, a sociedade civil

[...] é constituída por cidadãos individualmente, por empresas e por organizações do terceiro setor, ponderados pelo poder que derivam de seu capital, de sua capacidade de representação e de seu conhecimento técnico e organizacional. Entidades representativas de interesses, organizações públicas não-estatais de serviço, como as escolas, hospitais e entidades de assistência social e organizações públicas não-estatais de controle social, como as organizações não-governamentais (ONGs); os movimentos sociais e as associações de base (*grassroots*) são entidades do terceiro setor que formam, mas não esgotam, a sociedade civil³⁹.

Mais adiante, o autor admite que as por ele denominadas organizações de controle social (formadas pelos movimentos sociais, pelas ONGs e pelos conselhos de defesa ou de fiscalização da ação pública) constituem o cerne da nova sociedade civil organizada, ao passo que as organizações públicas não estatais de serviço são o caminho para a prestação de serviços financiados ou subsidiados pelo Estado, mas realizados de forma competitiva por essas organizações⁴⁰.

Continua Bresser Pereira afirmando que a sociedade civil com a constituição apontada acima revela-se como a dimensão política da sociedade, e, nessa condição, é o agente da reforma nas sociedades democráticas⁴¹.

A sociedade civil, portanto, é o campo de lutas ideológicas no qual se define o poder real em uma sociedade e o controle do Estado⁴².

Principalmente no Brasil, quando se avalia a forma pela qual as entidades do terceiro setor tiveram sua origem, verificamos a existência de, basicamente, duas formas: algumas são herdeiras do antigo conceito de filantropia e outras dos movimentos sociais das décadas de 60 e 70⁴³.

³⁸ Id., p. 100.

³⁹ Id., p. 102-3.

⁴⁰ Id., p. 109.

⁴¹ Id., p. 103.

⁴² Id., p. 103.

⁴³ NAVES, Rubens. Novas possibilidades para o exercício da cidadania In: PINSKY, Jayme; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003, p. 567.

A filantropia já era uma instituição do direito romano, e a ela recorreu a Igreja Católica. Um exemplo de filantropia são as Santas Casas de Misericórdia espalhadas por todo o País⁴⁴.

No que se refere aos movimentos sociais, para compreender suas origens é preciso voltar para a década de 60. Com o golpe militar de 1964, a repressão sistemática de todas as formas de contestação política e organização sindical fez com que a vida associativa se deslocasse para as comunidades e seus interesses localizados. Por não ser encarado como desafio para o regime, o trabalho comunitário escapou ao controle e assim conseguiu se expandir⁴⁵. A partir do final dos anos 1970, a guerrilha de esquerda que tentara combater o poder militar fora dizimada, mas os descontentes encontraram outras formas de encaminhar seus anseios por justiça. O movimento sindical e as organizações estudantis ganharam força. As greves dos metalúrgicos paralisaram as indústrias de São Paulo, logo acompanhadas por greves dos bancários. A crise do “milagre econômico” foi o estopim desses movimentos; a luta contra a carestia balançou os alicerces da ditadura. Paralelamente, surgiram grupos ligados a questões específicas: mulheres, povos indígenas, negros e homossexuais⁴⁶.

Importante aqui salientar a advertência construída por Coutinho de que o uso do conceito de sociedade civil no Brasil da segunda metade dos anos 70, quando novos movimentos sociais compunham uma forte frente de oposição à ditadura, tinha características diferentes do uso que hoje se dá ao mesmo conceito. Neste contexto, a expressão “sociedade civil” tornou-se sinônimo de tudo o que se contrapunha ao Estado ditatorial, na qual civil significava o contrário de militar, e, portanto, quando o Estado militarizado era contraposto à sociedade civil – espaço dos movimentos populares e da luta antiditatorial⁴⁷.

A partir de meados da década de 80, os movimentos sociais incluíram parcelas mais amplas da sociedade. Surgiram os movimentos ecológicos, que transcendiam a divisão política entre direita e esquerda, e, também, o movimento em defesa dos direitos do consumidor. Ambos resultariam na criação de novas leis, como o Código de Defesa do Consumidor, e no fortalecimento do Ministério Público como instrumento da sociedade civil para fazer valer suas reivindicações. Nos anos seguintes, a epidemia de Aids mobilizou uma rede internacional de ativistas, dando origem a um

⁴⁴ Id., p. 567.

⁴⁵ Id., p. 567-8.

⁴⁶ Id., p. 568.

⁴⁷ **El concepto de sociedad civil en Gramsci y la lucha ideológica en el Brasil de hoy**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2000. mimeo. p. 13-17. Apud MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 131.

movimento que contabilizou vitórias na obtenção de medicação gratuita e, também, na realização de campanhas de prevenção e combate ao preconceito⁴⁸.

A redemocratização do Brasil coincidiu com a expansão do neoliberalismo, com sérias implicações na forma como os brasileiros se relacionariam, nos anos seguintes, com as questões relativas à cidadania e ao exercício de seus direitos. A falência do projeto socialista colocou em xeque as propostas da esquerda, que até então conduzira boa parte das reivindicações dos movimentos sociais. Ao mesmo tempo, a realidade continuou se mostrando insatisfatória para a grande maioria da população⁴⁹.

Na passagem dos anos 80 à década seguinte, surgiu no País um tipo de organização inexistente até aquele momento: entidades voltadas para questões de interesse público, capazes de formular projetos, monitorar sua execução e prestar contas de suas finanças: as organizações não governamentais. No Brasil, as denominadas ONGs nasceram calcadas no modelo norte-americano e dentro de circuitos de cooperação global⁵⁰.

As ONGs dos anos 90 encontrariam na cooperação internacional o veículo adequado para o financiamento do apoio à luta pela cidadania, relação esta que não podia se verificar com os movimentos sociais, em razão da inexistência de enfoque empresarial⁵¹.

Seja no voluntariado de cunho assistencialista, seja na mobilização em ONGs, o interesse pelas questões sociais reflete uma tendência mundial. Essa nova e ampla consciência de cidadania tem conseqüências surpreendentes: uma pesquisa recente, feita nos EUA e na Europa, revelou que ONGs são as novas supermarcas do Planeta. A Anistia Internacional aparece como a primeira marca em credibilidade (76% na Europa e 40% nos EUA); a WWF – *Wild World Foundation*, ONG ambientalista criada na década de 60 na Suíça e ativa, atualmente, em 96 países, em segundo lugar (67% na Europa e 43% nos EUA), seguida pelo *Greenpeace* (outra ONG ambientalista, presente em 40 países, que não aceita doações de governos nem de empresas), que apresentou 62% na Europa e 38% nos EUA de credibilidade. Em quarto lugar vem a empresa Microsoft (46% na

⁴⁸ NAVES, Rubens. Op. cit., p. 569.

⁴⁹ Id., Ibid., p. 569.

⁵⁰ Id., p. 570.

⁵¹ NAVES, Rubens. Op. cit., p. 570.

Europa e 56% nos EUA). Em quinto, a Ford (36% na Europa e 47% nos EUA), e, por fim, em sexto lugar, a Bayer, com 36% de credibilidade na Europa e 53% nos EUA⁵².

Ao mesmo tempo em que as ações voluntárias se multiplicavam e as ONGs se tornavam presença marcante, também se faziam claros os malefícios da globalização: agressões ao meio ambiente, miséria e desintegração social. Cada vez mais segmentos da sociedade civil viram nas grandes corporações as principais beneficiárias do avanço neoliberal. Em face dessa situação, muitas empresas optaram por parcerias com ONGs em ações que visavam a minimizar os danos às comunidades e ao meio ambiente⁵³.

De acordo com o teórico norte-americano no terceiro setor Lester Salamon, entrou em jogo a própria reputação das empresas, que “estão se envolvendo nessas parcerias não simplesmente por altruísmo. Ao contrário, elas estão começando a entender que esta é uma parte crucial das estratégias globais de seus negócios”⁵⁴. O exercício da responsabilidade social agrega valor à marca: o consumidor de hoje, envolvido com a cidadania, identifica-se mais facilmente com produtos fabricados por empresas que tenham, assim como ele, preocupação social e ambiental. A mesma estratégia de comunicação vale para outros segmentos da sociedade: funcionários, fornecedores, comunidade circundante, governo e sociedade de modo geral⁵⁵.

A valorização da chamada responsabilidade social das empresas fez com que estas passassem a publicar o balanço das atividades desenvolvidas nessa área. Em alguns casos, a ação das empresas vem apoiada em estratégias de divulgação e *marketing*, o denominado *marketing social*⁵⁶.

Em tempos recentes, algumas ONGs empresariais, como o Instituto Ethos, criaram mecanismos para evitar que esses balanços sejam utilizados apenas como instrumento de *marketing*: a divulgação de dados relativos aos valores e à transparência das empresas passou a receber maior destaque. A tendência é que, cada vez mais, o balanço das empresas contenha, além dos investimentos em ações sociais e na preservação do meio ambiente, dados sobre a diversidade dos

⁵² **Revista Meio & Mensagem – Caderno Especial: 24 anos**, 22 abr. 2002, p. 44. Apud NAVES, Rubens. Op. cit., p. 572.

⁵³ Id., p. 572.

⁵⁴ SALAMON, Lester. **Carta de Educação Comunitária**, publicação do SENAC-SP, jul./ago. 2002, ano 7, n. 38, p. 12. Apud NAVES, Rubens. Op. cit., p. 572.

⁵⁵ NAVES, Rubens. Op. cit., p. 573.

⁵⁶ Id., *Ibid.*

seus funcionários (mulheres, negros, portadores de deficiências), sobre o código de ética e os serviços de atendimento ao consumidor⁵⁷.

Trata-se aqui de uma das formas de regulação: a auto-regulação associativa, que, paralelamente à estatal, vem produzindo frutos extremamente positivos.

Nota-se, portanto, que, paralelamente ao Estado, quer para seu fortalecimento, quer para sua diminuição ou mesmo para sua destruição, surgem, no meio da auto-regulação associativa, alguns atores inseridos inicialmente na sociedade civil, a qual passou posteriormente aos movimentos sociais e, finalmente, ao terceiro setor propriamente dito.

Régis Fernandes de Oliveira, no entanto, considera que a dualidade público/privado e sociedade civil/Estado está perdendo a razão de ser. Para esse autor, não se pode afirmar que o Estado titulariza apenas temas importantes e seletivos e busca, sempre, o bem-estar da sociedade. Ao contrário, a perseguição incessante de objetivos menos nobres corrompe o estamento burocrático que o domina. De seu turno, não se pode dizer que a sociedade apenas persegue objetivos particulares. Ao contrário, com a instituição das organizações não governamentais, dos partidos políticos, dos sindicatos, das associações etc., os segmentos sociais buscam, cada vez mais, finalidades públicas. Mesclam-se, pois, as conveniências recíprocas⁵⁸.

Carlos Montaña adverte que o termo “terceiro setor” surge como conceito cunhado, nos EUA, em 1978, por John D. Rockefeller III. Chegou ao Brasil por meio de um funcionário da Fundação Roberto Marinho, acrescentando que seria um exercício de ingenuidade pensar que a origem norte-americana do termo e sua relação com instituições ligadas diretamente ao grande capital sejam apenas dados de curiosidade, por ligar a origem da expressão aos interesses de classe, nas transformações necessárias à alta burguesia⁵⁹.

A origem do terceiro setor também se mostra um tema polêmico. Lester Salamon afirma que as instituições não são invenção americana, como muitos presumem. Aduz, ainda, que também não constituem fenômeno novo na maior parte do mundo, já que tradições de caridade e altruísmo

⁵⁷ Id., Ibid.

⁵⁸ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. O conflito entre o público e o privado no direito. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 39, 2002, p. 33.

⁵⁹ MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 53.

acham-se presentes em quase todas as sociedades, e o mesmo se dá com o que denomina “veículos institucionais para sua expressão”⁶⁰.

Esse mesmo autor considera que a origem do termo “terceiro setor” acarreta a debilidade de seu conceito⁶¹, o que será examinado no próximo capítulo.

1.1 A influência do liberalismo e do neoliberalismo no terceiro setor

Para a formulação do conceito de terceiro setor, necessária se faz a análise da construção teórica de alguns autores pertencentes ao liberalismo e ao neoliberalismo.

Carlos Montaña observa com muita acuidade que a concepção que opõe Estado e sociedade civil, público e privado, tem clara inspiração liberal⁶².

Esse mesmo liberalismo, que setorializou a sociedade e propiciou instituições populares de governo, sufrágio universal e representação democrática, acaba por promover a exclusão social, seja porque sua principal característica consiste na separação entre a atividade política governamental e as ações localizadas na sociedade, seja porque vem acompanhado de um liberalismo econômico descomprometido com o bem-estar social, em decorrência de sua crença na auto-regulação do mercado, ou seja, pela mão invisível⁶³.

Um dos últimos intelectuais da mesma linha de Montesquieu, aristocrata liberal, preocupado com os possíveis desvios do igualitarismo contra a liberdade, fascinado ainda com a democracia liberal nos EUA, Tocqueville produziu as seguintes reflexões, mediante o desenvolvimento da

⁶⁰ SALAMON, Lester. Op. cit., p. 101.

⁶¹ “A leitura dominante sobre o fenômeno expresso no conceito ‘terceiro setor’ apresenta, desta forma, clara falta de rigor teórico e distância ideológica da realidade social. Tal falta de rigor teórico pode ser observada nas debilidades conceituais mencionadas a seguir, presentes na bibliografia hegemônica do tema” (MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 53-4).

⁶² Id., p. 61.

⁶³ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político**. Barueri: Manole, 2003. p. 116.

participação em associações livres, como se estas fossem verdadeiro remédio anti-revolucionário e contra o domínio da maioria⁶⁴.

Frise-se, inicialmente, que se tratava de um aristocrata liberal, que apenas aceitava a democracia como estratégia contra a invasão que o desenvolvimento da igualdade e justiça social poderia exercer na liberdade.

Assim, como forma de não comprometer o valor liberdade, Tocqueville defendeu a implementação de um modelo de participação cidadã em associações livres, relegando a poucos e poderosos o governo do Estado e atribuindo à maioria do povo “a gratificante, porém dócil e pacífica atividade de participar por seus interesses particulares nas associações livres”⁶⁵.

A visita do francês Alexis de Tocqueville aos Estados Unidos, há mais de um século e meio, tinha um objetivo: descobrir como a democracia poderia funcionar em uma área tão extensa. Concluiu que o pré-requisito mais importante era a atuação de associações privadas, o que hoje, após o que Lester Salamon denomina “revolução associacional”, chamaríamos de terceiro setor⁶⁶.

Ressalte-se que o projeto defendido por Tocqueville nada tem da busca pela emancipação dos trabalhadores, dos oprimidos, mas sim apresenta a participação associativa dos populares como forma tranqüila e racional de convivência pacífica com a autoridade instituída no Estado⁶⁷.

A participação associativa consiste, portanto, em uma forma de conter as insatisfações destes e pulverizar a participação em lutas sociais, retirando o caráter revolucionário e classista destas e transformando-as em atividades por interesses específicos de pequenos grupos.

Defende Carlos Montaña que os autores da tendência regressiva do terceiro setor, mediados por pensadores liberais e neoliberais contemporâneos, incorporam de Tocqueville, em primeiro lugar, a noção da igualdade e sua busca formal por meio da intervenção do Estado como antagônica à liberdade. Em segundo lugar, acredita, nessa tendência, que a democracia, numa sociedade de massas, pode levar tanto à anarquia como à tirania da maioria. A resposta contra a possível tirania da maioria seria sua divisão em minorias associadas em pequenas organizações comunitárias da

⁶⁴ MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 64 e 69.

⁶⁵ Id., p. 72.

⁶⁶ SALAMON, Lester. Op. cit., p. 110.

⁶⁷ MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 74.

sociedade civil, convertendo-se a maioria em diversas minorias dispersas por interesses particulares⁶⁸.

Peter Drucker, invocando argumento de Adam Smith, pai do liberalismo clássico, constrói interessante analogia entre o Estado e a figura pesada e sem agilidade de um elefante, afirmando que Smith não considerava que o governo não conduzisse bem a economia, mas argumentava que o governo, por sua própria natureza, simplesmente não poderia conduzi-la. Não afirmava que elefantes não voam tão bem quanto andorinhas, mas que governos, sendo elefantes, não podem voar⁶⁹.

Outro grande pensador e influenciador na formulação do terceiro setor é Hayek⁷⁰. Suas obras, já na década de 40, procuravam demonstrar como o intervencionismo estatal leva ao totalitarismo e à perda de liberdade⁷¹. Afastava esse autor qualquer possibilidade de planejamento central do Estado no enfrentamento de questões sociais, já que isso significaria limitar a liberdade, intervir na vida econômica e impedir que as necessárias diferenças naturais entre os indivíduos mobilizem a concorrência, como motor do desenvolvimento econômico com liberdade⁷².

Para Hayek, a ordem social, baseada na concorrência de mercado, prevê a redução do Estado a ponto de retirar dele também a responsabilidade de tentar atingir a justiça social. Mas sua drástica redução não equivale à eliminação. Defende como funções estatais únicas a de promover a estrutura para o mercado e a de promover os serviços que o mercado não possa fornecer. Relega às igrejas, instituições sociais, ONGs e outras a função de desenvolver, de forma focalizada, descentralizada, políticas sociais que visassem à justiça social ou à redistribuição de renda⁷³.

Acreditava, portanto, num Estado de Direito que salvaguardasse a igualdade formal, que fornecesse a estrutura necessária para a livre concorrência do mercado, tida como o único e real

⁶⁸ MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 75-6.

⁶⁹ DRUCKER, Peter. **The new realities**. 1982. Apud DUPAS, Gilberto. A lógica econômica global e a revisão do *Welfare State*: a urgência de um pacto novo. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (orgs.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo-Brasília: Editora UNESP/ENAP, 1999. p. 226.

⁷⁰ “O marco teórico do neoliberalismo é a obra de Friedrich Hayek **Os Caminhos da Servidão**, na qual acusa o Estado de Bem-Estar de destruir as liberdades individuais e que suas tendências socializantes podem conduzir a sociedade a regimes totalitários como o fascismo e o nazismo. Hayek e seu seguidores constituíram a Sociedade de Mont Pèlerin, na Suíça, onde discutiam e criticavam as políticas intervencionistas e a economia política Keynesiana em nome de um retorno aos princípios do mercado livre e auto-regulado” (BENTO, Leonardo Valles. Para além do “Consenso de Washington”: impactos sociais e imperativos de eficiência e democratização. In: ANNONI, Danielle (coord.). **Os novos conceitos do novo direito internacional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 375).

⁷¹ MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 76.

⁷² MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 81.

⁷³ MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 81.

mecanismo de organização e regulação social capaz de preservar a liberdade individual. No entanto, esse mesmo Estado de Direito, para facilitar a concorrência, manteria certa política social-assistencial, claramente precária e direcionada às pessoas e grupos que não lograssem ascender aos patamares de sobrevivência. O restante de respostas às necessidades sociais deveria ser promovido, de forma descentralizada, ora pelo mercado, ora por entidades assistenciais⁷⁴.

O sintetizado projeto hayekiano, claramente inspirador dos postulados neoliberais, surge como alternativa liberal ao keynesianismo, ao Estado de Bem-Estar Social, ao planejamento social estatal, à justiça social e à igualdade material⁷⁵.

Gilberto Dupas lembra que, de fato, o keynesianismo manteve, desde o pós-guerra, a expectativa de que o Estado poderia harmonizar a propriedade privada dos meios de produção com a gestão democrática da economia, fornecendo as bases para um compromisso de classe, abraçando metas de pleno emprego e da redistribuição de renda a favor do consumo popular. Assim, o Estado provedor de serviços sociais e regulador de mercado tornava-se mediador das relações e dos conflitos sociais⁷⁶.

Saliente-se que minimizar o Estado aqui significa minimizar o poder monárquico e liberalizar o processo para a hegemonia capitalista. No entanto, não é essa a realidade atual. O neoliberalismo não tem como adversário político um verdadeiro Estado totalitário, como Hayek induz a pensar ao identificar totalitarismo, nazismo, keynesianismo, socialismo, todos supostamente reunidos pelo princípio do planejamento estatal. Ele enfrenta, na verdade, um Estado que, funcional ao desenvolvimento capitalista/industrial, no entanto incorpora e é permeado por diversas reivindicações trabalhistas; um Estado que, além da função essencial para com o capital, contém conquistas históricas dos trabalhadores: o desenvolvimento da democracia, de leis trabalhistas, a resposta do Estado a algumas seqüelas da questão social, a previdência social estatal, a universalização dos direitos civis e políticos, sociais, econômicos e culturais. Não se parece mesmo com o Estado monárquico que perdurou até o século XVIII. Assim, enquanto minimizar o Estado absolutista representava um progresso histórico no desenvolvimento das liberdades, contrariamente, minimizar o Estado de Bem-Estar Social representa um projeto claramente regressivo⁷⁷.

⁷⁴ Id., p. 82.

⁷⁵ Id., p. 83.

⁷⁶ DUPAS, Gilberto. Op. cit., p. 225.

⁷⁷ MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 86.

Os autores do terceiro setor mais engajados com o projeto neoliberal têm nos postulados hayekianos sua pedra de toque. Neste caso, é necessário que a sociedade se organize a partir da livre concorrência no mercado, garantindo, assim, a liberdade e os esforços individuais por se destacar no mercado, estimulando o desenvolvimento social. Nessa concepção, entende-se que os indivíduos devem acreditar que seu bem-estar depende deles próprios, o que os impulsionaria a esforços contra a suposta apatia e comodismo que gera o Estado intervencionista⁷⁸.

Milton Friedman considera o princípio da responsabilidade social coletiva de natureza essencialmente subversiva. Avalia que as políticas públicas desempenhadas pelo Estado, tais como as destinadas à seguridade social, além de não se mostrarem eficientes economicamente, exercem um efeito maligno sobre a estrutura da sociedade, por enfraquecerem os alicerces da família, reduzirem o incentivo para o trabalho, para a poupança e a inovação, por diminuírem a acumulação do capital e limitarem a liberdade. Em razão desses fatores, considera o método da caridade provada dirigida ao auxílio dos menos afortunados como o mais desejado para aliviar a pobreza⁷⁹.

Para Rosanvallon, o Estado-Providência está doente em função do crescimento das despesas com a saúde e de o setor social ser mais acelerado que o das receitas⁸⁰. Para esse autor, as razões para a crise do Estado-Providência consistem nas dúvidas sobre suas finalidades, nos limites da solidariedade automática e na modificação da equação (do pacto) keynesiana(o)⁸¹.

Rosanvallon defende que o Estado Moderno, construído entre os séculos XIV e XVIII, só pode ser pensado como Estado-protetor, e que o Estado-providência não é senão uma extensão e prolongamento do Estado-protetor. O Estado-providência surge quando passa a substituir a incerteza da providência religiosa pela certeza da providência social. O Estado-providência, para esse autor, é, portanto, uma auto-evolução do Estado Moderno, sem que a economia capitalista e as lutas de classes tenham algo que ver com isso⁸².

A perda da noção sobre as finalidades do Estado seria a prova de que o Estado-providência já não estaria prestando serviços a ninguém, mas seguindo uma lógica quase perversa, que a todos

⁷⁸ Id., p. 87.

⁷⁹ FRIEDMAN, Newton. Apud NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo & direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 41.

⁸⁰ MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 106.

⁸¹ Id., p. 108.

⁸² Id., p. 107-8.

os sujeitos do contrato social estaria prejudicando, porque o novo modelo de Estado surgiu sem qualquer movimento social significativo⁸³.

Outro motivo que leva à crise do Estado-providência reside em outra crise: a da chamada solidariedade automática, desenvolvida com a intermediação do Estado, de forma sistemática e compulsória (que inicia com a arrecadação de impostos e termina com serviços e políticas sociais estatais⁸⁴).

Conclui Rosanvallon que esse sistema leva os tributos a alcançarem 100% das rendas pessoais e torna opacas as relações sociais, não conduzindo à solidariedade completa, mas a uma situação disfarçada de guerra de todos contra todos. Continua afirmando que tal resultado eleva cada vez mais os custos dos serviços prestados pelo Estado-providência em relação ao que representariam os custos dos encargos desses mesmos serviços em nível mais descentralizado⁸⁵.

O problema brasileiro reside justamente nesse ponto. A solidariedade continua automática, desacompanhada de uma resposta estatal eficiente, e sem que esse tipo de solidariedade seja atenuado, passando oficialmente aos domínios do voluntariado. O Estado já vem transferindo suas responsabilidades ao terceiro setor.

Como proposta à solução desse problema, defende a adoção da solidariedade voluntária com base do novo contrato social. Trata-se de uma solução pós-social-democrata, contraposta ao roteiro social-estatista e ao roteiro liberal⁸⁶, que defende uma sociedade civil mais visível e que desenvolva uma solidariedade voluntária – o terceiro setor⁸⁷.

Em vez de os esforços se concentrarem na alternativa keynesiana da estatização ou na neoliberalista da privatização, sugere Rosanvallon sua substituição por uma tríplice dinâmica articulada da socialização (desburocratização e racionalização da gestão estatal), da descentralização (aumentando as tarefas e responsabilidades das coletividades locais) e da autonomização (transferindo para as coletividades não públicas tarefas de serviço público)⁸⁸.

⁸³ MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 108.

⁸⁴ Id., p. 110.

⁸⁵ Id., p. 111.

⁸⁶ Id., *passim*.

⁸⁷ Id., p. 112.

⁸⁸ Id., *passim*.

A denominada tríplice dinâmica conduz a um tríplice movimento: de redução da demanda do Estado, de reencaixe da solidariedade na sociedade e de produção de maior visibilidade social⁸⁹.

A substituição do princípio da solidariedade baseada em direitos universais – presente no sistema de tributação direta, na previdência única, na seguridade e nas políticas sociais do *Welfare State* – leva cada grupo ou coletivo que apresentar uma necessidade ou carência particular a se auto-responsabilizar direta ou indiretamente pelo financiamento/prestação de sua resposta; e esse é o grande desejo/finalidade do projeto neoliberal⁹⁰.

Para Rosanvallon, a redução do Estado deve vir acompanhada da atividade de fomento. A legislação deve permitir, garantida pela intervenção do Estado, a passagem da resposta às demandas sociais do âmbito estatal para o terceiro setor, ao reconhecer um direito de substitutibilidade do estatal pelo social no domínio de certos serviços coletivos. Isso significa que, quando indivíduos se reúnem para prestarem para si mesmos um serviço público, o Estado reconhece, principalmente na forma da dedução fiscal, que sua iniciativa privada preenche uma função de essência pública. Segundo esse pensamento, o Estado é claramente garantidor do desenvolvimento do terceiro setor, na assunção por este de funções e responsabilidades sociais que aquele vai abandonando⁹¹.

Carlos Montaña critica a questão da solidariedade voluntária e direta da sociedade em substituição à solidariedade automática imposta pelo Estado. Considera verdadeira camuflagem da desresponsabilização do Estado a auto-responsabilização dos sujeitos pelas respostas a suas necessidades. A seu ver, esse movimento representa um duro golpe no princípio da universalidade e nas conquistas históricas dos trabalhadores⁹².

Para tornar mais visível o que o Estado-providência tornou opaco, Rosanvallon sugere aumentar a visibilidade social, permitindo a formação de relações de solidariedade mais reais, fazendo emergir de modo mais localizado as necessidades e as aspirações, permitindo as solidariedades curtas, voluntárias. Sugere, portanto, a localização (descentralização e foco) no lugar da universalização das políticas sociais; a temporalidade (solidariedades curtas) no lugar da permanência e garantia dos serviços; o voluntariado no lugar do desempenho pelo Estado⁹³.

⁸⁹ MONTAÑO, Carlos. Id., *passim*.

⁹⁰ Id., p. 167.

⁹¹ Id., p. 113.

⁹² Id., p. 113-4.

⁹³ Id., p. 115.

Os autores de intenção progressista que tratam do terceiro setor aproximam-se de Rosanvallon tanto no diagnóstico sobre a crise do Estado-providência – o déficit fiscal, a perda de rumo e a dita crise da solidariedade automática – quanto numa supostamente equidistante crítica à teoria marxista e ao neoliberalismo, derivando numa terceira via⁹⁴.

Emerson Gabardo aponta que, ao contrário do que alegam os teóricos liberais, a eficiência de um sistema isento de intervenção diminui em proporção direta ao crescimento de sua liberdade. A simplificação idealista de um sistema liberal apresenta como princípios: a liberdade de empresa; o prestígio do empenho individual como gerador de benefícios sociais; a diminuição dos custos sociais como fruto da concorrência; a influência autônoma dos agentes na oferta e na procura; a maximização da utilidade nas trocas; e a transparência do mercado. Tudo sem a necessidade de intervenção do Estado⁹⁵.

A realidade demonstrou, no entanto, uma dependência contundente do Estado por parte do capitalismo liberal. Foi imprescindível o papel do Estado na repressão ao operariado, na proibição dos sindicatos e das greves, na criação de condições para o funcionamento da economia e na abertura de fontes de matéria-prima e mercados consumidores por meio do colonialismo⁹⁶.

O Estado também se mostra imprescindível na produção de bens coletivos (públicos), o que não se encontra na agenda liberal, conforme aponta Fábio Nusdeo. A construção de pontes, hospitais, o ensino público, as campanhas de vacinação etc. nem sempre interessam ao particular, já que este se preocupa basicamente com o individual. Assim, quando o mercado falha, o Estado deve agir, e com eficiência⁹⁷.

No entanto, o neoliberalismo, aliado à globalização, diminuiu o protagonismo do Estado como produtor do bem-estar social, reputando-o como ineficiente e burocrático, aumentando a desconfiança na sua capacidade de produzir o bem-estar social⁹⁸.

⁹⁴ MONTAÑO, Carlos. Id., p. 120.

⁹⁵ GABARDO, Emerson. Op. cit., p. 117.

⁹⁶ Id., *passim*.

⁹⁷ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 167-81. Apud GABARDO, Emerson. Op. cit., p. 119.

⁹⁸ RIBEIRO, Rochelle Pastana. O terceiro setor no contexto da democracia e da reforma administrativa do aparelho do Estado. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org.). **O novo direito administrativo brasileiro**: o Estado, as agências e o terceiro setor. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 291.

Oswaldo Sunkel adverte que o neoliberalismo cria tantas e tão hostis reações pelo fato de não ser simplesmente uma política econômica. Consiste também em política social e cultural, que busca suplantiar o tipo de sociedade formado no período do pós-guerra, que se empenhava em conseguir o difícil equilíbrio entre a eficiência econômica e a solidariedade social. O neoliberalismo tenta substituir essa sociedade por um outro tipo, que estimule a eficiência, a competitividade e o individualismo. Ela valorizaria tudo o que é privado, alcançado à custa da esfera pública. O interesse público desaparece ou fica gravemente enfraquecido⁹⁹.

No entanto, o desmantelamento do aparelho do Estado, a privatização dos serviços públicos e o nível medíocre de crescimento da economia apenas melhoraram as condições de vida de um segmento muito pequeno da sociedade, provocando grave polarização nesta. As metas neoliberais favorecem o mercado, o setor privado e facilitam a inserção internacional das economias nacionais. Ao mesmo tempo, porém, enfraquecem os Estados Nacionais¹⁰⁰.

1.1.1 Discurso neoliberal em favor do terceiro setor

Algumas expressões vêm sendo utilizadas com a finalidade de confundir o leitor, reputando à sociedade a responsabilidade pelo seu desenvolvimento: “público porém privado”; “espaço público não estatal”; “ente público não estatal”¹⁰¹; o fenômeno da “publicização” e outras assemelhadas.

⁹⁹ SUNKEL, Oswaldo. Globalização, neoliberalismo e reforma do Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (orgs.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo-Brasília: Editora UNESP/ENAP, 1999. p. 187-8.

¹⁰⁰ Id., p. 188-9.

¹⁰¹ Como exemplo do emprego dessas expressões, cite-se trecho de decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União sobre sua submissão ao controle por este tribunal: “4. Por intermédio das Organizações Sociais, garantir-se-á a maciça diminuição da presença estatal na prestação de serviços não-exclusivos – aqueles prestados concomitantemente com outras organizações não-estatais –, tudo dentro de uma nova perspectiva de eficiência e aferição de resultados. 5. É cediço que o Estado não tem condições de atender satisfatoriamente aos múltiplos serviços públicos de interesse coletivo que lhe incumbem. A idéia de ‘publicização’ decorre da possibilidade desses serviços serem executados por entes públicos não-estatais, como associações ou consórcios de usuários, fundações e organizações não governamentais sem fins lucrativos, sempre sob a fiscalização e supervisão imediata do Estado” (Decisão 592/1998 – Plenário).

Renato Zugno acredita que, à medida que os serviços públicos não exclusivos forem prestados pelo maior número de pessoas possíveis, maior será o comprometimento que a sociedade terá consigo mesma e com o Estado, já que este criará, ou estimulará, cada vez mais, espaços públicos não estatais, que poderão ser administrados diretamente por quem deles usufruir. Defende, ainda, que isso é possível sem que se recorra a invenções extrajurídicas, utilizando o Estado apenas a correta hermenêutica dos textos legais na busca do interesse público¹⁰².

Esse mesmo autor considera necessário refletir acerca deste Estado que nos foi legado: corrompido, autoritário, ineficiente, desvirtuado de suas funções e, sobretudo, desvinculado das demandas e aspirações da sociedade que o sustenta¹⁰³. Lembra, ainda, que a experiência do Estado Total mostrou-se incapaz de geri-lo satisfatoriamente e angariar apoio social espontâneo para mantê-lo¹⁰⁴.

Sugere Renato Zugno¹⁰⁵ que, neste momento, mais do que contrapor a doutrina do Estado mínimo¹⁰⁶ à reforma democrática do Estado, é preciso consubstanciar tal princípio (reforma democrática do Estado) em propostas que sejam política e juridicamente viáveis e que permitam avançar na formulação e adoção de novos mecanismos de regulação, de novos instrumentos de negociação, de novas políticas de governo e novas práticas sociais. Considera necessária a busca de consensos sociais, os quais, segundo a teoria de Thesin, citada por Tarso Genro¹⁰⁷, desdobra-se em quatro níveis:

- consenso de valores, que responde sobre o próprio sentido da sociedade;
- consenso de ordenamento, que trata da unidade mínima entre os integrantes da sociedade, a respeito dos princípios básicos que devem reger a ordem social;
- consenso de comportamento, ou seja, adoção consciente das regras que devem ser respeitadas por todos os atores sociais;
- consenso de procedimento, ou seja, consenso quanto às formas a serem adotadas para se chegar a decisões, entendimentos e compromissos.

¹⁰² ZUGNO, Renato. **Espaços públicos compartilhados entre a Administração Pública e a sociedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 16.

¹⁰³ ZUGNO, Renato. Op. cit., p. 22.

¹⁰⁴ Id., p. 23.

¹⁰⁵ Id., p. 30.

¹⁰⁶ Ressalte-se neste ponto, que, atualmente, já não se fala mais de Estado mínimo, “mas de um Estado com tamanho e desenho institucional ótimo, em face de um sem número de circunstâncias que condicionam *in concreto* sua eficácia. Todavia, assiste-se a um deslocamento teórico do neoliberalismo, de um momento negativo de desconstrução do Estado para um momento ativo e positivo de sua reconstrução” (BENTO, Leonardo Valles. Op. cit., p. 381).

¹⁰⁷ GENRO, Tarso. **Utopia possível**. 2. ed. Artes e Ofícios, 1995. p. 67. Apud ZUGNO, Renato. Op. cit., p. 30.

Como forma de diferenciar espaços públicos ocupados pelo próprio Estado ou pelo terceiro setor, Renato Zugno menciona a concepção de Rafael Bielsa¹⁰⁸, que os denomina “establecimientos públicos y establecimientos de utilidad pública” para caracterizar a diferença entre o serviço público prestado diretamente pelo Poder Público e o prestado pela iniciativa privada sem finalidade lucrativa.

Atualmente, como aponta Emerson Gabardo, vive-se um processo de desestatização, desregulamentação e desuniversalização, como se fossem componentes de um fenômeno natural e inevitável¹⁰⁹.

São bandeiras do neoliberalismo: desregulamentação; minimização do governo; autonomia da sociedade civil; preponderância do mercado; autoritarismo moral e individualismo econômico; aceitação da desigualdade; nacionalismo; afirmação do aparelho do Estado na garantia da segurança¹¹⁰.

1.2 Da setorialização tripartite

Atribui-se a Gramsci uma setorialização tripartite: Estado-coerção, estrutura econômica e, entre ambos, a sociedade civil; cada um com vida própria e autonomia. No entanto, a superestrutura, em Gramsci, não se esgota na sociedade civil. Para ele, superestrutura (ou Estado *lato sensu*) é igual a sociedade política mais sociedade civil. É a primeira, a sociedade política, que

¹⁰⁸ BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo**. 6. ed. Buenos Aires: Ed. La Ley, 1964. p. 220. Apud ZUGNO, Renato. Op. cit., p. 43.

¹⁰⁹ GABARDO, Emerson. Op. cit., p. 134.

¹¹⁰ GABARDO, Emerson. Op. cit., p. 134-5.

desenvolve as funções de ditadura, coerção e dominação, enquanto a sociedade civil tem as funções de hegemonia, consenso e direção¹¹¹.

Para Gramsci, segundo Coutinho, Estado (restrito ou sociedade política) e sociedade civil formam um par conceitual que marca uma unidade na diversidade¹¹². Na verdade, o modelo teórico de Gramsci não é tripartite – Estado, sociedade civil e estrutura – como supõem os autores do terceiro setor, mas bipartite – Estado (integrando sociedade civil e a sociedade política) e estrutura econômica. Não apresenta, portanto, noções setorialistas, mas visão de totalidade¹¹³.

Dessa concepção ampliada do Estado em Gramsci decorre uma nova teoria da revolução, distinguindo as sociedades orientais – nas quais não se desenvolveu uma sociedade civil forte e autônoma, nas quais o Estado era tudo e a sociedade civil era primitiva, com lutas de classes objetivando fundamentalmente a conquista explosiva do Estado – das sociedades ocidentais, nas quais se verifica uma relação equilibrada entre a sociedade política e a sociedade civil, com lutas de classes objetivando a direção político-ideológica e do consenso¹¹⁴.

Importante destacar que os estudiosos, particularmente nos Estados latino-americanos, valendo-se da distinção gramsciana, entendem que reforçar o terceiro setor seria igual a reforçar a sociedade civil, e que tal reforço levaria à democratização da sociedade, deixando de incorporar a visão gramsciana de totalidade social para segmentar a realidade em três esferas isoladas, autônomas¹¹⁵.

A setorialização tripartite no Brasil e nos Estados latino-americanos que viveram sob a égide da ditadura contou com um particular cenário para sua origem: a satanização do Estado militarizado e a santificação da sociedade civil, que congregava diferentes atores e forças, então reunidas na comum oposição à ditadura militar^{116 e 117}.

¹¹¹ GRAMSCI. **La política y el Estado Moderno**. Barcelona: Planeta-Agostini, 1985. p. 178. Apud MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 124.

¹¹² COUTINHO. **El concepto de sociedad civil en Gramsci y la lucha ideológica en el Brasil de hoy**. Rio de Janeiro: URFJ, 2000, mimeo. Apud MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 125.

¹¹³ MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 125.

¹¹⁴ Id., p. 127-8.

¹¹⁵ Id., p. 128-130.

¹¹⁶ MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 132.

¹¹⁷ “Assim, a fração da ‘esquerda’ que absorve e incorpora o discurso do ‘terceiro setor’ está permeada por estes dois vícios: a) primeiramente, o ‘vício da falsa oposição militar/civil’, onde, estimulados pela situação pós-64, o Estado é visto como o Leviatã, militarizado e absolutista, e a sociedade civil como único espaço da participação cidadã; b) em segundo lugar, o ‘vício da falsa oposição Estado/sociedade civil’, onde a esfera estatal é considerada como controlada

Adverte Carlos Montaña que o problema dos autores do terceiro setor está em transportar temporalmente, descontextualizando a oposição existente à época da ditadura ente Estado e sociedade civil – ignorando as diferenças existentes entre aquele Estado militarizado e este Estado Democrático de Direito –, aquela sociedade civil reunida e mobilizada contra um inimigo comum e a atual sociedade civil.

Aponta que esse problema denota a descontextualização conceitual, ideológica, histórica e política, sendo claramente funcional para o projeto e à ideologia neoliberais. O que consistia em bandeiras das forças progressistas no contexto ditatorial (o reforço daquela sociedade civil e a diminuição do poder daquele Estado) torna-se, no contexto democrático (particularmente a partir dos avanços populares da Constituição de 1988), bandeiras refuncionalizadas do projeto neoliberal. Conclui, ao final, que tais bandeiras hoje estão claramente ligadas às forças regressivas¹¹⁸.

Carlos Montaña critica a radical setorialização, considerando-a mistificadora e irreal. Depois de citar uma tabela utilizada por Rubem César Fernandes¹¹⁹, conclui que o absurdo é tamanho que, além de setorializar o Estado, o mercado e a sociedade civil, a corrupção também vira mais um setor quando agentes públicos trabalham para a consecução de fins privados¹²⁰.

A aceitação da setorialização ganha ainda mais força com a cultura do possibilismo.

Ao considerar naturais e imodificáveis a globalização e as transformações neoliberais – as privatizações, a terceirização e a flexibilização do contrato de trabalho, as reformas administrativas –, ao considerar insuperável a ordem capitalista, procura-se, no seu interior, a melhora possível, a participação possível¹²¹.

Considera Carlos Montaña que o conceito de terceiro setor não deveria referir-se a organizações em determinado setor, mas a uma função social, que passa a ser desenvolvida agora

irremediavelmente pelo capital e pelo *status quo*, e onde a oposição, de setores sociais progressistas e trabalhistas, apenas deve estar presente na sociedade civil” (MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 132-3).

¹¹⁸ Id., p. 133.

¹¹⁹ “AGENTES FINS SETOR
privados para privados = mercado
públicos para públicos = Estado
privados para públicos = terceiro setor
públicos para privados = (corrupção)” (FERNANDES, Rubem César. Op. cit., p. 21).

¹²⁰ Id., p. 136.

¹²¹ MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 140.

por organizações da sociedade civil e empresariais e não mais pelo Estado, findando o pacto keynesiano e os fundamentos do *Welfare State*¹²².

Se for abandonada a noção de setorialização da economia e se forem adotadas como corretas apenas as formas de coordenação econômica – Estado, mercado e associação –, a tarefa de conceituar o terceiro setor perderá o sentido.

No entanto, a setorialização tripartite da sociedade vem acompanhada pela setorialização também tripartite dos direitos humanos, com o desenvolvimento da teoria geracional desses direitos.

Essa teoria teve início em 1979 com Karel Vasak, em conferência ministrada no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo, inspirada nos ideais da Revolução Francesa: liberdade; igualdade e fraternidade¹²³.

Antônio Augusto Cançado Trindade repudia a teoria geracional dos direitos humanos, considerando-a um verdadeiro desserviço ao desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos, já que esses direitos não se sucedem ou substituem uns aos outros, mas se expandem, se acumulam e fortalecem, fazendo interagir os direitos individuais e sociais, o que revela a natureza complementar de todos os direitos humanos¹²⁴.

Por questões didáticas, costuma-se falar em gerações ou dimensões de direitos humanos, entendidas com caráter de complementaridade e não de sucessão.

Essa classificação doutrinária apresenta três grandes gerações de direitos. A primeira, iniciada com as revoluções burguesas do final do século XVIII e de todo o século XIX, é a geração dos direitos civis e das liberdades individuais, consagradas pelo liberalismo. Nessa geração, o valor liberdade se destacava contra o arbítrio dos monarcas, tendo como classe defensora a burguesia.

A segunda geração de direitos, surgida principalmente após as duas guerras mundiais, já no século XX, desenvolve o primado da igualdade. Diante de tantas dificuldades surgidas após os grandes conflitos, a consagração do valor liberdade não era suficiente por si só para o alcance de todas as grandes necessidades mundiais.

¹²² MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 186.

¹²³ **Cançado Trindade questiona a tese de “gerações de direitos humanos” de Norberto Bobbio.** Disponível em: www.dhnet.org.br. Acesso em 6-3-2006.

¹²⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Prefácio. In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. XXXI.

Assim, passou-se, de acordo com essa teoria, a se preocupar com o desenvolvimento dos direitos econômicos, sociais e culturais. Aqui, mais uma vez, o Professor Antônio Augusto Cançado Trindade¹²⁵ adverte que os direitos sociais, diversamente do que defende a teoria geracional dos direitos humanos, precederam, no plano internacional, os direitos individuais com as primeiras convenções internacionais do trabalho.

A terceira geração diz respeito aos direitos difusos da sociedade, tais como os direitos do consumidor, o direito ao meio ambiente saudável etc. Há, ainda, os que considerem a terceira geração como a da democracia participativa.

Vislumbra-se, ainda, a quarta geração de direitos com relação ao patrimônio genético da humanidade. Outros a consideram relativamente à democracia participativa¹²⁶.

Mas, se a teoria geracional dos direitos humanos é tão combatida pela doutrina, qual seria, então, sua utilidade, além da questão meramente propedêutica?

Não serviria essa teoria apenas para facilitar a divisão dos direitos humanos, portanto para enfraquecer a aplicação e justicialidade de todos e, principalmente, dos direitos econômicos, sociais e culturais, cuja realização ficaria relegada a um futuro incerto e condicionada à existência de recursos financeiros do Estado?

Esse pode ser um dos perigos de setorializar também os direitos humanos.

A setorialização, tanto da sociedade como dos direitos humanos, a despeito de proporcionar a facilitação da compreensão de seus conteúdos, pode viabilizar sua utilização por grupos que desejem ver suas pretensões legitimadas também pela doutrina.

Em relação à setorialização da sociedade, percebe-se nitidamente que grupos econômicos poderosos desejem sua aplicação a fim de fazer do Estado um grande servidor de suas pretensões. Já, com relação à teoria geracional dos direitos humanos, nota-se que ela vem sendo utilizada por

¹²⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Id., *passim*.

¹²⁶ Nesta última linha se encontra Paulo Bonavides: “São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito do pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (...) Os direitos de quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. (...) Enfim, os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 516-25).

alguns Estados como forma de legitimar suas ações, tanto no plano nacional como no internacional, para que deixe de promover, qualitativa e quantitativamente, os direitos econômicos, sociais e culturais.

Consideramos que as teorias da setorialização da sociedade e dos direitos humanos deveriam ser substituídas por outra, que afastaria todas essas aplicações indesejáveis, qual seja: a teoria do triângulo.

A busca do pleno desenvolvimento envolve não apenas o fortalecimento dos direitos humanos, com a indispensável participação do terceiro setor, mas também o fundamental fortalecimento da democracia, não meramente política, mas participativa. Imagine-se aqui a figura de um triângulo, cujos vértices seriam o desenvolvimento, a democracia e os direitos humanos¹²⁷. O enfraquecimento de qualquer desses vértices faria com que a área dessa figura geométrica se esvaziasse, enfraquecendo a garantia dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, os quais seriam o conteúdo, a área do triângulo.

Destaque-se, ainda, o legado da Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena de 1993, ao afirmar a relação indissociável entre direitos humanos, democracia e desenvolvimento¹²⁸. A realização dos direitos humanos há que celebrar o encontro desses valores, sob a inspiração do princípio da prevalência da dignidade humana e sob o protagonismo de uma sociedade civil vigilante, ativa, plural e emancipatória¹²⁹.

Não muito diferente seria a aplicação dessa teoria à setorialização da sociedade. Os vértices do triângulo seriam diversos – Estado, mercado e terceiro setor –, mas o conteúdo seria o mesmo do

¹²⁷ BARBIERI, Carla Bertucci; QUEIROZ, José Guilherme Carneiro. Da necessária construção de um constitucionalismo regional no âmbito do Mercosul. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 445.

¹²⁸ Este é apenas um dos grandes cinco legados que a Conferência Mundial de 1993 deixou em sua Declaração e Programa de Ação de Viena, os quais foram muito bem delineados por José Augusto Lindgreen Alves: “1) a reafirmação, pelo conjunto de todos os Estado independentes do planeta, de que a universalidade dos direitos humanos ‘não admite dúvidas’ (Artigo 1.º); 2) a reiteração de que todos os direitos humanos são indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados (Artigo 5.º); 3) o reconhecimento de que as particularidades históricas, culturais e religiosas devem ser levadas em consideração desde que não firam os direitos universais (também Artigo 5.º); 4) o estabelecimento da vinculação entre a democracia, o desenvolvimento e o respeito pelos direitos humanos como ‘conceitos interdependentes que se reforçam mutuamente’ (Artigo 8.º); 5) a confirmação de que o desenvolvimento é um direito, que tem como sujeito central a pessoa humana (Artigo 10)” (ALVES, José Augusto Lindgreen. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. São Paulo: FTD, 1997 – Col. Juristas da Atualidade. p. 13).

¹²⁹ PIOVESAN, Flávia; BARBIERI, Carla Bertucci. Terceiro setor e direitos humanos. In: CARVALHO, Cristiano; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). **Aspectos jurídicos do terceiro setor**. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 97.

já apresentado – direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Assim, o enfraquecimento da atuação de qualquer dos vértices produzirá o “escape”, a redução do conteúdo do triângulo.

Por essa teoria, não se pode pretender diminuir a atuação do Estado com a transferência desta para o terceiro setor, já que, com apenas dois vértices, a forma do triângulo desapareceria, além de impossibilitar a permanência de sua área. Isso promoveria o esvaziamento de sua área, tornando quase impossível reunir todo o conteúdo, antes reunido sob a forma/figura do triângulo, em uma reta, formada por apenas dois pontos (mercado e terceiro setor) e não mais por três vértices – Estado, mercado e terceiro setor.

Os vértices de cada um dos triângulos devem ser analisados, portanto, de forma indissociável, em razão de sua interdependência e indivisibilidade natural.

No caso do triângulo da sociedade, o Estado depende do mercado para o pagamento de tributos e para a prestação de serviços mediante concessão e permissão; depende do terceiro setor para o desempenho de atividades antes exclusivamente prestadas por ele. O mercado, por sua vez, depende de investimentos do Estado em algumas áreas, como a energética, bem como de incentivos fiscais para a promoção de suas atividades, e do terceiro setor para a valorização do capital por meio do *marketing* social, com o desenvolvimento da responsabilidade social empresarial¹³⁰. Quanto ao terceiro setor, este depende tanto do Estado como do mercado, já que ambos são grandes financiadores de suas atividades.

¹³⁰ “Portanto, mais uma vez a regra de proporção do custo-benefício está sendo pesada pelo capital, que opta pelo assistencialismo, incentivo à cultura e *empowerment* (ensino transformador do homem) para reforçar a sua marca ou a sua imagem perante o consumidor e a sociedade de massa. Esse perfil de atualidade e futurismo, antes de qualquer coisa, indica, ainda que de diversas formas, que o assistencialismo assumiu duas faces: uma ideológico-caritativa e a outra de valorização do capital pela benemerência, cumprindo a função social da empresa” (DINIZ, Gustavo Saad. **Direito das fundações privadas**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 56-7).

1.3 Espécies de coordenação econômica, de setores da economia e de regulação

Para melhor entendimento dos vértices componentes do denominado triângulo da sociedade, passa-se ao estudo das espécies de coordenação econômica, de setores da economia e de regulação.

Vital Moreira, em **Auto-regulação profissional e Administração Pública**, traça um interessante quadro dos tipos de coordenação econômica, quais sejam: mercado, Estado e associação.

Segundo esse autor, no mercado real não faltam posições de hierarquia; na regulação estatal, ao lado da regulação autoritária, existe a regulação por incentivos e subvenções etc. Em todo caso, a auto-regulação associativa surge como terceira forma de regulação, intermediária entre a regulação estatal e o mercado¹³¹.

Os traços definidores do terceiro modelo de ordem econômica – associativa – são os seguintes: os principais atores são as associações de interesses funcionalmente definidas (associações profissionais em sentido amplo), e o princípio orientador é a negociação dentro desses grupos e entre eles. Por isso, ao princípio do mercado e ao princípio do Estado há que juntar o princípio da associação. É essa a terceira via entre o Estado e o mercado como tipo de coordenação econômica¹³².

O reconhecimento de poderes de regulação econômica às organizações profissionais implica que tal domínio é simultaneamente retirado da esfera do mercado e do Estado. Trata-se de uma forma de governo privado, expressão frequentemente utilizada para a designação do fenômeno da auto-regulação. Saliente-se quanto ao tema da regulação, como aponta Agustín Gordillo, que toda regulação social apresenta efeitos econômicos, como toda regulação econômica apresenta efeitos sociais¹³³.

¹³¹ MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e Administração Pública**. Coimbra: Livr. Almedina, 1997. p. 31.

¹³² Id., *passim*.

¹³³ “Es frecuente ler acerca de la regulación económica y no de regulación social, pero ello parece una dicotomía proclive a errores. Toda regulación social tiene efectos económicos; toda regulación económica tiene efectos sociales. Que los efectos puedan ser mayores o menores, no hay duda; pero parece difícil postular que no existen” (GORDILLO,

Atualmente as economias capitalistas são mistas quanto ao modelo de coordenação, na medida em que combinam em doses variáveis a coordenação estadual, a coordenação pelo mercado e a auto-regulação por meio dos próprios agentes econômicos¹³⁴.

Desse modo, dizer que a economia é de mercado é dizer apenas que nela predomina o princípio da coordenação pelo mercado. No entanto, nenhuma economia, por mais liberal que seja, dispensa hoje níveis de regulação mais ou menos intensa. O mercado coexiste com a regulação estatal. Mas nem toda regulação é regulação estatal. Uma parte dela é levada adiante pelos próprios agentes econômicos por meio de suas organizações¹³⁵.

Contudo, adverte Vital Moreira¹³⁶ que não se deve correr o risco de identificar a classificação tripartida dos tipos de coordenação econômica – mercado, Estado, associação – com a tripartição dos setores econômicos – setor privado, setor público, terceiro setor. Quanto aos setores da atividade econômica, a tradicional visão dicotômica (setor privado e público) deu lugar a uma tricotomia, com a autonomização de um terceiro setor, o qual, como se verá adiante, apesar de apresentar conteúdo não unânime na doutrina, tem contornos que o identificam suficientemente, constituindo um híbrido entre os setores público e privado. Trata-se, portanto, de um setor intermediário entre o Estado e o mercado, entre o setor público e o privado, que preserva alguns traços de cada um deles.

O interesse pelo terceiro setor é também produto do descomprometimento do Estado em relação a serviços públicos que a teoria do Estado-providência e a do Estado social tinham acarretado e que a voragem neoliberal dos anos 80 veio repelir. Assim, o crescimento do terceiro setor nas últimas décadas é, em grande parte, conseqüência do emagrecimento do setor público e da assunção de tarefas públicas por entidades privadas¹³⁷.

Não existe para esse autor¹³⁸, portanto, relação direta entre a classificação dos setores da economia e os tipos de coordenação econômica, já que o setor público pode estar sujeito a coordenação pelo mercado. Não há correspondência entre o terceiro setor e o princípio associativo

Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. 3. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. p. VII-7. Apud GABARDO, Emerson. Op. cit., p. 186-7).

¹³⁴ MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 32.

¹³⁵ Id., p. 32-3.

¹³⁶ Id., p. 33.

¹³⁷ Id., *passim*.

¹³⁸ Id., *passim*.

da coordenação. No entanto, há quem entenda existir uma homologia entre as duas categorizações, tal como Konukievics¹³⁹.

A esse quadro de surgimento do terceiro setor some-se o movimento das privatizações, que implicou a contração da esfera econômica pública, resultando também numa expansão da regulação. Afinal, a retirada do Estado dos setores da economia abriu sistematicamente a via para uma regulamentação mais ou menos pormenorizada e duradoura das regras de produção e prestação nessas áreas. Observam os especialistas que a chamada desregulação produziu, como explica Vital Moreira, não tanto “menos regulação, mas sim uma regulação de tipo novo, e por vezes mesmo mais regulação”. Desse modo, substituiu-se a filosofia do Estado-dirigente-da-economia por um Estado-regulador-do-mercado; o Estado intervencionista, dominante até o final dos anos 70, deu lugar ao Estado simplesmente regulador. Em vez de uma economia dirigida, uma economia de mercado regulado¹⁴⁰.

Almiro do Couto e Silva¹⁴¹, no mesmo sentido, aponta que, a partir dos anos 70, XX, ao influxo de diversos fatores, aos quais se misturam razões de ordem pragmática, política e ideológica, o cenário passa a ser o da redução do tamanho do Estado. Nessa intenção, ora se diz que seus custos são insuportáveis e que é impossível conviver com os déficits orçamentários, ora se afirma, à semelhança do lema célebre da Bauhaus, que “menos é mais” e que “Estado menor é Estado melhor”, devendo ser buscada, a qualquer custo, a realização, na medida do possível, do Estado mínimo, senão na configuração utópica que lhe atribuiu o pensamento neoliberal extremado, pelo menos em medida que libertasse a sociedade de sua presença tão forte como agente econômico, bem como dos excessos sufocantes e estranguladores da *overlegislation* ou da regulamentação exagerada.

Útil para a análise da presente monografia se mostra a seguinte classificação do Professor Vital Moreira, o qual aponta que, no segmento da doutrina americana, é hoje corrente a distinção entre “regulação econômica” e “regulação social”. Tal distinção baseia-se no objeto e nas finalidades da regulação. A regulação econômica propriamente dita tem por objeto e justificação a regulação dessa atividade em si e por si (entrada na atividade, mercados e preços, quantidade e

¹³⁹ KONUKIEVICS. Apud MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 34.

¹⁴⁰ MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 44.

¹⁴¹ DO COUTO E SILVA, Almiro. Privatização no Brasil e no novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”?. **RDA**, 230/52.

natureza dos produtos etc.). A regulação social tem finalidades exteriores à atividade econômica, como a proteção ambiental, a segurança e outros interesses dos consumidores¹⁴².

Também se mostra como verdadeira ferramenta para a análise da regulação no terceiro setor a sua classificação quanto à intensidade em fraca, média e forte. Para o Professor Vital Moreira, é desnecessário sublinhar que essa tipologia constitui uma simplificação e que a realidade é um contínuo entre os dois limites da regulação fraca e da regulação forte; além disso, a posição de cada caso concreto depende de diversas variáveis: a lei que estabelece o sistema de regulação, seus objetivos, a natureza do sujeito regulador e a força relativa dos grupos que apóiam e contrariam a regulação¹⁴³.

Deve-se aqui mencionar também a questão das teorias clássicas da regulação. Parte da legislação tende para a Escola do Interesse Público e parte para a teoria neoclássica. Enquanto a primeira, como bem reduziu o Professor Calixto Salomão Filho¹⁴⁴, acredita na possibilidade de controle dos agentes privados que prestam serviço público por meio de regime jurídico de direito público, a teoria neoclássica vê na regulação uma forma de recriação do mercado em laboratório. No entanto, como adverte o mesmo professor, ambas as teorias são reducionistas, sendo necessário lançar bases para a construção de uma teoria mais sólida da regulação¹⁴⁵.

Esses breves apontamentos sobre as espécies de coordenação econômica, setores da economia e regulação serão utilizados mais adiante para a compreensão do tema da presente dissertação.

Ignacy Sachs, citando H. J. Chang, aponta que o Estado, desde o final da Segunda Guerra Mundial, apresentou os seguintes ciclos de desenvolvimento¹⁴⁶:

- 1) a era da regulação (1945-1970), na qual a maioria dos Estados presenciou um aumento da intervenção governamental, ampliando os gastos de seus governos com a nacionalização e a ampliação da regulação, com desdobramentos paralelos nas teorias econômicas intervencionistas;

¹⁴² MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 39.

¹⁴³ MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 41.

¹⁴⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 26.

¹⁴⁵ Id, p. 27

¹⁴⁶ CHANG, H. J. The economics and politics of regulation. **Journal of Economics**, v. 21, n. 6, nov. 1997, p. 724. Apud SACHS, Ignacy. O Estado e os parceiros sociais: negociando um pacto de desenvolvimento. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (orgs.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo-Brasília: Editora UNESP/ENAP, 1999. p. 197.

- 2) o período de transição (1970-1980), quando os regimes intervencionistas do pós-guerra começaram a ser expostos a ataques políticos de porte, apoiado no surgimento de teorias antiintervencionistas;
- 3) a era da desregulação (1980 até o presente), quando muitos Estados tentaram reduzir a intervenção do governo, por meio da privatização, dos cortes orçamentários e da desregulação, muitas vezes extraíndo suas justificativas das implicações teóricas das teorias antiintervencionistas que tiveram origem na década de 1970 e foram desenvolvidas na década de 1980.

Mas é claro que não se pode estudar o tema da regulação de um relativa e pretensamente novo setor da economia sem antes conhecê-lo. É e justamente o que os próximos tópicos se propõem a apresentar: o novo sujeito passível de ser regulado.

2. DOS CONCEITOS DE TERCEIRO SETOR

Em razão da origem histórica do terceiro setor, já se pode prever que a tarefa de conceituá-lo não se mostra das mais simples. Há uma grande variedade de conceitos, a qual será aqui apresentada.

Para José Eduardo Sabo Paes, o terceiro setor pode ser conceituado como “o conjunto de organismos, organizações ou instituições dotados de autonomia e administração própria que apresentam como função e objetivo principal atuar voluntariamente junto à sociedade civil visando ao seu aperfeiçoamento”¹⁴⁷.

Alguns defendem a formulação do conceito por exclusão, já que atualmente é fácil reconhecer o que seja uma atividade governamental, ou um interesse privado mediado pelo Estado¹⁴⁸. Eis o conceito elaborado por José Eduardo Marques Mauro e Rubens Naves: “[...] um autêntico terceiro pilar compreendendo as atividades espontâneas, não-governamentais e não lucrativas, de interesse público, realizadas em benefício geral da sociedade, não apenas dos indivíduos em particular, e que desenvolvem independentemente dos demais setores, ainda que deles possa (para alguns, até, deva) receber colaboração”¹⁴⁹.

Mais adiante, esse critério será utilizado na tentativa de solucionar algumas questões que não serão respondidas com a formulação do conceito de terceiro setor.

Serão esses conceitos capazes de abranger todas essas organizações e movimentos, tais como as fundações, associações, conselhos, Ordem, clubes recreativos, clubes esportivos, entidades caritativas, movimentos populares, cooperativas tradicionais, cooperativas sociais, sindicatos e serviços sociais autônomos?

¹⁴⁷ PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 68.

¹⁴⁸ MAURO, José Eduardo Marques; NAVES, Rubens Naves. Terceiro setor e suas perspectivas. **Cadernos de Pesquisa da Universidade de Caxias do Sul**, v. 7, n. 2, 1999, p. 40.

¹⁴⁹ Id., p. 40.

Nesse verdadeiro emaranhado de atividades, definidas, geralmente, pela negação, portanto pela via da exclusão, Keating apresenta um critério básico para sua diferenciação, reconhecendo, dentre elas pelo menos dois grandes agrupamentos com motivações diferentes. Assim se expressa sobre a questão: uma distinção importante a fazer é entre dois grandes agrupamentos: o das organizações que existem para ajudar a terceiros e o das que existem para representar ou satisfazer as necessidades dos próprios membros. Ambas servem ao bem comum, mas as motivações são diferentes. Uma câmara de comércio ou um sindicato podem ser organizações sem fins lucrativos, mas são organizadas primordialmente em benefício de seus membros. Uma entidade beneficente é criada em prol da comunidade como um todo¹⁵⁰.

Keating também caracteriza duas vertentes existentes no terceiro setor: a de beneficência e a de *empowerment*. De um lado existe a simples doação de alimentos, roupas e dinheiro a quem necessite. De outro, existe a capacitação para a cidadania, com treinamento e apoio jurídico (*advocacy*), para ajudar as pessoas a cuidarem melhor de si mesmas e da sociedade¹⁵¹.

Augusto de Franco, após apresentar um conceito residual do que seja terceiro setor, ou seja, aquele que abrange todas as organizações que não pertencem ao primeiro setor e ao segundo setor, isto é, ao Estado e ao mercado, aponta quais organizações podem ser inseridas nesse conceito:

As entidades beneficentes e assistenciais; as entidades culturais, científicas e educacionais; as entidades recreativas e esportivas; as fundações privadas (inclusive as empresariais) e as organizações não-governamentais. Incluem-se também no Terceiro Setor as entidades beneficentes, assistenciais, culturais, científicas, educacionais, recreativas e esportivas, vinculadas a religiões, igrejas ou assemelhadas (seitas, sociedades, congregações, irmandades ou ordens de caráter filosófico ou teosófico – como as maçonarias, teosofias, as rosa-cruzes etc.). Incluem-se ainda no Terceiro Setor as organizações de caráter corporativo e as entidades representativas patronais e profissionais (como os sindicatos, as federações, as confederações e as centrais de empregados e de empregadores, as associações de classe e de categoria profissional estabelecidas por base territorial, por unidade produtiva ou por ramo de atividade). Da mesma forma, incluem-se no Terceiro Setor as associações de benefício mútuo (caixas, fundos) ou de defesa de interesses setoriais não-difusos (como associações de mutuários, de moradores, de usuários de determinados serviços, de consumidores de determinados produtos etc.). Incluem-se, igualmente, aquelas organizações de defesa ou promoção de interesses e direitos gerais difusos e comuns (como as associações de defesa dos direitos dos consumidores, os grupos que lutam pelo respeito aos direitos humanos etc.). Fazem parte também do Terceiro Setor todas as associações voluntárias estruturadas na forma de redes, articulações e movimentos sociais, que lutam por objetivos de inclusão social e de cidadania no seu sentido mais amplo. Por último, embora possa parecer estranho e inusitado, incluem-se no Terceiro Setor as organizações religiosas e assemelhadas e as organizações políticas de caráter partidário¹⁵².

¹⁵⁰ KEATING, Michael. O setor independente na América do Norte. In: OLIVEIRA, Miguel Darcy de; TANDON, Rajesh (coords.). **Cidadãos: construindo a sociedade civil planetária**. Civicus, 1995. p. 79-117. Apud MAURO, José Eduardo Marques; NAVES, Rubens. Op. cit., p. 41.

¹⁵¹ Id., p. 41.

¹⁵² FRANCO, Augusto de. A reforma do Estado e o terceiro setor. In: PEREIRA, Luiz Carlos; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (orgs.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: Ed. UNESP, 2001. p. 283-4.

Após trazer esse imenso rol de organizações, que, para o autor, sem muito rigor, integram o terceiro setor, enumera as seguintes características que lhes são comuns: 1) estão fora da estrutura formal do Estado (o que não impede que este, em alguns casos, regule o seu funcionamento, como ocorre em relação aos partidos políticos); 2) não têm fins lucrativos (quer dizer, não distribuem eventuais lucros auferidos com suas atividades entre seus diretores ou associados); 3) são constituídas por grupos de cidadãos na sociedade civil como pessoas de direito privado; 4) são de adesão não compulsória; e 5) produzem bens e/ou serviços de uso (ou interesse) coletivo¹⁵³.

No entanto, evidentemente que nem todas as organizações do terceiro setor (que atendam aos requisitos acima apontados) apresentam fins públicos. E, pelo rol apresentado anteriormente, verifica-se que boa parte, talvez a maior, dessas organizações não apresenta fins públicos.

Em princípio, pode-se dizer que têm fins públicos aquelas organizações do terceiro setor que produzem bens ou prestam serviços de caráter público ou de interesse geral da sociedade. Isso inclui somente dois subconjuntos¹⁵⁴: (1) o das organizações complementares ou suplementares à atuação do Estado na prestação de serviços públicos; e (2) o das que promovem, desde pontos de vista situados na sociedade civil, a *advocacy* – isto é, a defesa de direitos e a construção de novos direitos – e a promoção de atividades teóricas e práticas em torno de temas de interesse geral, difuso e comum, como o desenvolvimento sustentável, a expansão de idéias-valores (como a ética na política), a universalização da cidadania, o ecumenismo (*lato sensu*), a paz, a experimentação de novos padrões de relacionamento econômico e de novos “modelos” socioprodutivos e a inovação social.

Pelo conceito de fim público acima apontado, não devem ser consideradas como organizações do terceiro setor com fins públicos as entidades corporativas, representativas de interesses (como os sindicatos e as associações de classe) e as organizações religiosas (ou seja, aquelas instituições precipuamente voltadas para a disseminação de credos, práticas e visões devocionais e confessionais) e partidárias enquanto tais. Com mais evidência se excluem dessa categoria as entidades de benefício mútuo, destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de sócios (como os clubes, as instituições de previdência privada e os fundos de pensão). Finalmente, excluem-se dessa categoria as entidades reconhecidas como filantrópicas pelo marco regulatório atual, que, embora prestem relevantes serviços à sociedade, têm, na verdade, fins

¹⁵³ FRANCO, Augusto de. Op. cit., p. 284.

¹⁵⁴ Id., Ibid., p. 284.

(disfarçadamente) lucrativos, ou cujo comportamento é presidido, predominantemente, por uma racionalidade mercantil (tais como os planos de saúde e os hospitais privados, as escolas e as universidades particulares)¹⁵⁵.

Sílvio Luís Ferreira da Rocha apresenta-nos um conceito restrito de terceiro setor, considerando-o como o setor composto “por entes privados, não vinculados à organização centralizada ou descentralizada da Administração Pública, mas que não almejam, entretanto, entre seus objetivos sociais, o lucro e que prestam serviços em áreas de relevante interesse social e público”¹⁵⁶.

Boaventura de Sousa Santos, por sua vez, apresenta-nos um conceito um pouco mais amplo de terceiro setor, por não restringir a área de atuação à referente ao interesse social e público, inserindo o interesse coletivo: “[...] conjunto de organizações sociais que não são nem estatais nem mercantis, ou seja, organizações sociais que, por um lado, sendo privadas, não visam a fins lucrativos, e, por outro lado, sendo animadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos, não são estatais”¹⁵⁷.

Rubens Naves apresenta-nos um conceito genérico do que seja terceiro setor. Para esse autor, ele é composto por todas as entidades que não fazem parte da máquina estatal, não visam ao lucro e não se afirmam com discurso ideológico, mas sim sobre questões específicas da organização social¹⁵⁸.

Marc Nerfin, estudioso norte-americano do terceiro setor, sintetiza o conceito contemporâneo de interesse público numa frase: “Neither prince nor merchant: citizen (nem príncipe, nem mercador: cidadão)”¹⁵⁹. A expansão da consciência cidadã deu origem a um sentimento mais vasto de cidadania global, que impulsiona a atuação não apenas nas questões

¹⁵⁵ Id., p. 287.

¹⁵⁶ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003 (Col. Temas de Direito Administrativo, v. 7). p. 13.

¹⁵⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (orgs.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo-Brasília: Editora UNESP/ENAP, 1999. p. 250-1.

¹⁵⁸ NAVES, Rubens. Novas possibilidades para o exercício da cidadania. In: PINSKY, Jayme; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003. p. 565.

¹⁵⁹ NERFIN, Marc. Neither prince nor merchant: citizen. **Development Dialogue**, 198, n. 1, p. 180-95. Apud NAVES, Rubens. Op. cit., p. 566.

localizadas, mas em redes internacionais ligadas a grandes temas, como ecologia, justiça e democracia¹⁶⁰.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em publicação intitulada **Manual básico**: repasses públicos ao terceiro setor, apresenta o seguinte conceito:

A designação “Terceiro Setor” identifica área pertinente e implicada com a solução das questões sociais: – O Primeiro Setor é o Governo, representante do Estado e maior provedor das necessidades de uma coletividade. No Segundo Setor encontra-se a iniciativa privada, cuja competência administrativa dos meios de produção cuida da satisfação dos anseios individuais. Com o aumento das carências e ameaças de falência do Estado, a mesma iniciativa privada (cidadania) passou a se preocupar com questões sociais. Deste último extrato, surge o “Terceiro Setor”, representado por cidadãos integrados em organizações sem fins lucrativos, não governamentais, voltados para a solução de problemas sociais e com objetivo final de gerar serviços de caráter público¹⁶¹.

Esse conceito acima transcrito, também residual, congrega elementos interessantes: a) “O Primeiro Setor é o Governo, representante do Estado e maior provedor das necessidades de uma coletividade”: o Estado é, portanto, o maior provedor das necessidades da sociedade; b) “*Com o aumento das carências e ameaças de falência do Estado*”: institucionalizou-se a falência estatal e a ineficiência no suprimento de carências da sociedade; c) “*a mesma iniciativa privada (cidadania) passou a se preocupar com questões sociais*”: destacou do segundo Setor parcela da iniciativa privada que passou a se preocupar questões sociais, confirmando que tanto o mercado quanto o terceiro setor apresentam a mesma origem, o que é confirmado pelo trecho a seguir transcrito:

Neste contexto, pode-se afirmar que a Sociedade Civil distingue-se do Estado, mas ao se motivar pela promoção dos interesses coletivos, também se distancia da lógica de mercado. Tal condição, característica do Terceiro Setor, induz a conhecidos conceitos segundo os quais ser não-governamental e sem fins lucrativos não traz imunidade às influências estatais ou a condicionamentos sociais¹⁶².

A segunda parte do trecho acima transcrito aduz outro elemento: o terceiro setor pode sofrer influências estatais.

Interessante notar que um documento oriundo do Estado – Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – não adota o mesmo conceito, de que o terceiro setor ocupa o espaço público não estatal, mas sim desempenha suas atividades dentro do espaço privado com possíveis influências estatais.

¹⁶⁰ Id., p. 567.

¹⁶¹ SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. **Manual básico**: repasses públicos ao terceiro setor. 2004. p. 15.

¹⁶² Id., Ibid.

Do conjunto exposto de conceitos de terceiro setor, nota-se que apresentam núcleos comuns, mas extensões diferentes. Sobre esse conjunto, interessante mencionar as críticas produzidas pelo Professor Carlos Montaña, que aponta quatro debilidades para esse grupo de conceitos.

A primeira delas consiste na origem histórica do termo: seria terceiro ou primeiro setor. Para Montaña, o terceiro setor teria vindo supostamente para solucionar um problema referente à dicotomia entre público e privado, diante da crise estatal e da impossibilidade de o mercado resolver a questão, por apresentar lógica lucrativa. Assim, o terceiro setor seria a articulação/intersecção materializada entre ambos os setores, passando a ser denominado como “público porém privado” e “público não estatal”, numa tentativa de superação da dualidade público/privado e da equiparação público/estatal¹⁶³.

No entanto, quando os teóricos consideram o termo “terceiro setor” como a sociedade civil, como exposto no capítulo anterior sobre sua origem, historicamente ele deveria aparecer como o primeiro. Para demonstrar a fragilidade da construção no que se refere a sua origem, Montaña elabora as seguintes indagações:

a) surgiu na década de 80, numa construção teórica, com a suposta preocupação de certos intelectuais ligados a instituições de capital por superar a eventual dicotomia público/privado?; b) teria data anterior, nas décadas de 60 e 70, com o auge dos chamados novos movimentos sociais e das organizações não governamentais?; c) seria uma categoria vinculada às instituições de beneficência, caridade e filantropia dos séculos XV a XIX, tais como, no Brasil, as Santas Casas de Misericórdia, Cruz Vermelha etc?; d) sua existência data da própria formação da sociedade, conforme os contratualistas analisam?¹⁶⁴.

Como segunda debilidade do conceito, considera a questão da composição do grupo pertencente ao terceiro setor. Lembra que alguns incluem apenas as organizações formais; outros contam até mesmo as atividades informais, individuais; para outros, as fundações empresariais seriam excluídas; em outros casos, os sindicatos, os movimentos políticos insurgentes, as seitas etc seriam ora pertencentes, ora excluídos do conceito de terceiro setor¹⁶⁵.

Apresenta como terceira debilidade a confusão produzida pelo conceito de terceiro setor, que reúne sob o mesmo manto organizações formais e atividades informais, voluntárias e/ou

¹⁶³ MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 54.

¹⁶⁴ Id., p. 55.

¹⁶⁵ Sobre o rol das organizações pertencentes ao terceiro setor, acrescenta que, em 1998, durante o IV Encontro Ibero-Americano do Terceiro Setor, definiram-se como pertencentes a esse setor as seguintes organizações: privadas, não governamentais, sem fins lucrativos, autogovernadas, de associação voluntária (MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 55).

individuais; entidades de interesses político, econômico e singulares; coletividades das classes trabalhadoras e das classes capitalistas; cidadãos comuns e políticos ligados ao poder estatal¹⁶⁶.

Considera que o conceito de terceiro setor representa, mais que uma categoria ontologicamente constatável na realidade, um construído ideal¹⁶⁷, que, antes de esclarecer um setor da sociedade, mescla diversos sujeitos com aparentes igualdades nas atividades, porém com interesses, espaços e significados sociais diversos, contrários e até contraditórios¹⁶⁸.

Como quarta debilidade conceitual, traz a questão do caráter não governamental, autogovernado e não lucrativo. Considera que as principais características estabelecidas no IV Encontro Ibero-Americano de Terceiro Setor, as quais são corroboradas por diversos autores, não parecem definir verdadeiramente a generalidade dessas entidades¹⁶⁹.

Defende que as características de não governamentais e de autogovernadas parecem ficar enfraquecidas diante do financiamento de muitas entidades, por meio de parcerias, por contratos, para que desempenhem, de forma terceirizada, as funções atribuídas ao Estado. Acrescenta, ainda, que algumas entidades apresentam o caráter de não-lucratividade relativizado, já que algumas, tais como as fundações empresariais, não conseguem esconder seu claro interesse econômico por meio da isenção de impostos, ou da melhora da imagem de seus produtos, ou até na função propagandística que suas atividades exercem¹⁷⁰.

Acrescenta, ainda, que pesquisas apontam como grande parte dos recursos repassados do Estado para algumas organizações, por meio das parcerias, não chega a seus destinatários, servindo para o custeio dos altos gastos operacionais dessas organizações. Para comprovar essa afirmação, cita dados colhidos de estudos elaborados pela ONU, os quais demonstram que, na Bolívia, para

¹⁶⁶ Id, p. 56-7.

¹⁶⁷ Adepto da mesma opinião se mostra Gerardo Sarachu: “[...] se trataría de devolverle a la sociedad civil las acciones que fueron usurpadas por el Estado todopoderoso y centralizador, a la vez que reconocer que el mercado no puede dar respuesta a los problemas de la equidad social. Ahora bien por debajo de este razonamiento simple se oculta un gran reduccionismo; se presenta al mercado como algo que no tiene nada que ver con el Estado, al igual que a un Estado aparentemente ‘neutro’ (cuanto más mínimo más neutro aún) y una sociedad civil contrapuesta al mercado y al Estado, vacía de toda significación en la propia construcción de ambas instancias” (SARACHU, Gerardo. Ausencias y olvidos en el debate sobre el “tercer sector”. **Serviço Social & Sociedade**, 59/1999, p. 131).

¹⁶⁸ MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 57.

¹⁶⁹ Id, *passim*.

¹⁷⁰ Id., p. 58.

cada 100 dólares gastos em projetos de desenvolvimento social realizados pelas ONGs, somente cerca de 15 a 20 dólares chega até seus beneficiários finais¹⁷¹.

Após a apresentação do que considera debilidade, explica que o terceiro setor não reúne um mínimo consenso sobre sua origem, composição ou mesmo suas características, o que demonstra que esse conceito é muito mais ideológico que real, já que não dimana da realidade social, tendo como ponto de partida elementos formais e uma apreensão da realidade apenas no nível fenomênico¹⁷².

Conclui, no entanto, que negar levemente a existência dessa novidade poderia levar-nos a não considerar as mudanças em processo no trato social. Adverte, porém, que aceitar sem maiores questionamentos as organizações de uma sociedade civil autônoma em relação ao Estado e ao mercado e desarticulada do processo histórico de formação do capital nos levaria a uma esquizofrênica e romântica visão da realidade: o neoliberalismo reformando o Estado e os setores progressistas fazendo com que a sociedade civil absorva as antigas funções do Estado¹⁷³.

Lester Salamon aponta como fator que dificulta o pleno desenvolvimento do terceiro setor a existência das “três faces” desse setor¹⁷⁴: terceiro setor como idéia, como realidade e como ideologia.

A primeira delas vê o terceiro setor apenas como idéia, como conceito e ideal. Considera Lester Salamon ser essa dimensão crucial ao terceiro setor, por encarnar importantes valores, tais como o da solidariedade e o da iniciativa individual em prol do bem público¹⁷⁵.

A segunda das faces vê o terceiro setor como realidade, a qual, no entanto, encontra alguns obstáculos, tais como a falta de dados estatísticos sobre o setor e de convergência sobre suas inúmeras versões conceituais. O resultado desses obstáculos é que o terceiro setor tem permanecido estranhamente invisível como realidade, ainda que chame cada vez mais a atenção como idéia¹⁷⁶.

¹⁷¹ Id., *passim*.

¹⁷² Id., p. 58-9.

¹⁷³ MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 183.

¹⁷⁴ SALAMON, Lester. Op. cit., p. 91.

¹⁷⁵ Id., p. 91-2.

¹⁷⁶ Id., p. 93.

Justamente para fortalecer essa face-realidade do terceiro setor, a Universidade Johns Hopkins, por meio de projeto comparativo do setor sem fins lucrativos apontou, em sua primeira fase, após ampla pesquisa, as seguintes características das organizações componentes¹⁷⁷:

- a) não integram o aparelho governamental;
- b) não distribuem lucros a acionistas ou investidores, nem apresentam tal finalidade;
- c) autogerenciam-se e gozam de alto grau de autonomia interna;
- d) envolvem um nível significativo de participação voluntária, em especial nos sete países onde se compilaram dados estatísticos – Estados Unidos, Reino Unido, França, Alemanha, Itália, Hungria e Japão.

Em linhas gerais, essa pesquisa chegou às seguintes conclusões, essenciais para o fortalecimento do terceiro setor como realidade:

Representa ele grande força econômica, já que no universo da pesquisa alcançou, em 1990, mais de US\$ 600 bilhões, sendo 20% superior ao PNB da Espanha e 10% superior ao PNB do Canadá. No que se refere ao emprego nesse setor, observou-se que 6,8% dos empregos no Estados Unidos são oriundos desse setor, 4% na França, Alemanha e Reino Unido.

Em termos de serviços, o terceiro setor também assume posição significativa, por ser responsável por três em cada quatro matrículas universitárias no Japão, por mais da metade dos serviços de residência em clínicas particulares na França, por metade dos leitos hospitalares nos Estados Unidos e por um terço dos serviços de assistência diária na Alemanha¹⁷⁸.

A pesquisa também apontou diferenças quanto às áreas desenvolvidas pelo terceiro setor dentro de cada um dos países estudados.

A educação, sobretudo a de nível superior, é a área dominante do terceiro setor no Japão e no Reino Unido. A saúde, por sua vez, é dominante na Alemanha e nos Estados Unidos. Na França e na Itália se observa forte atuação nos serviços sociais e na educação primária e secundária¹⁷⁹.

Como ponto de destaque, a pesquisa também demonstrou não ser esse setor dependente exclusivamente de doações caritativas. Apontou que a principal fonte de apoio consiste nas taxas e nos encargos sobre serviços, os quais representam 47% da renda do setor nos sete países estudados.

¹⁷⁷ Id., *passim*.

¹⁷⁸ SALAMON, Lester. Op. cit., p. 94.

¹⁷⁹ Id., p. 95.

A segunda fatia mais importante como fonte de custeio advém do governo, que contribui, em média, com 43%. As doações de particulares representam apenas 10% das fontes de custeio do terceiro setor¹⁸⁰.

Concluiu-se por essa pesquisa, ainda que em termos absolutos, que o Japão apresenta o segundo maior setor sem fins lucrativos do mundo, apesar de o direito de associação naquele Estado ser considerado um privilégio que os ministérios podem conceder ou negar de forma discricionária¹⁸¹.

Justamente em razão da frágil realidade do terceiro setor, quer em razão da insuficiência de dados estatísticos, quer em razão da falta de convergência conceitual, é que, ao longo de seu desenvolvimento, surgiram alguns mitos, os quais foram reunidos por Lester Salamon e denominados: mito da insignificância ou incompetência; mito do voluntarismo; mito da virtude pura e mito da imaculada concepção¹⁸².

No entanto, atualmente, no Brasil, esses mitos perderam força, já que o terceiro setor vem crescendo vertiginosamente com o apoio do Estado e do setor empresarial. Resta-nos saber se esse crescimento, tal como se vem verificando, está sendo produzido dentro ou fora dos ditames constitucionais.

A multiplicidade de conceitos aqui apresentados reforça os argumentos apontados por Carlos Montaña. A inexistência de um mínimo consenso sobre sua origem, composição ou mesmo sobre suas características demonstra que esse conceito é muito mais ideológico que real.

Apesar de todos os conceitos apresentarem um núcleo comum, composto pelas características de um setor não governamental, autogovernado e não lucrativo, que, foram aliás as características apresentadas no IV Encontro Ibero-Americano, consideramos que a grande dificuldade está em aplicar qualquer dos conceitos aqui expostos a todo o universo considerado como integrante do terceiro setor, já que algumas organizações se aproximam mais do governo e outras do mercado.

¹⁸⁰ Id., *passim*.

¹⁸¹ Id., p. 94 e 103.

¹⁸² Id., p. 96-7.

Assim, não há como adotar apenas um conceito para todas as organizações componentes do terceiro setor, embora existam algumas características centrais, já adotadas pelo IV Encontro Ibero-Americano do Terceiro Setor: não-governabilidade, autogovernabilidade e não-lucratividade.

Conclui-se, portanto, que a multiplicidade de conceitos é produto da multiplicidade de organizações que pretendem integrar o terceiro setor. E justamente sob o viés dessa multiplicidade de organizações é que se aponta a seguinte classificação em grupos do terceiro setor.

2.1 Das organizações componentes do terceiro setor

Em razão das diversas críticas e constatações das grandes dificuldades para identificar e atribuir características comuns a organizações pretensamente pertencentes a um novo setor, não se mostra fácil a tarefa de identificá-las.

Se se tomar como ponto de partida um dos conceitos residuais de terceiro setor apresentados por José Eduardo Marques Mauro e Rubens Naves, já citado acima, chegar-se-á à conclusão de que dificilmente alguma organização componente desse setor sobreviva isolada dos demais setores:

[...] um autêntico terceiro pilar compreendendo as atividades espontâneas, não-governamentais e não lucrativas, de interesse público, realizadas em benefício geral da sociedade, não apenas dos indivíduos em particular, e que se desenvolvem independentemente dos demais setores, ainda que deles possa (para alguns, até, deva) receber colaboração¹⁸³.

¹⁸³ Cf. MAURO, José Eduardo Marques; NAVES, Rubens. Op. cit., p. 40.

Desse modo, considera-se a possibilidade de existirem subtipos de terceiro setor¹⁸⁴: o mais puro, independente, que sobrevive apenas dos esforços das próprias organizações, sem a influência do mercado ou do Estado, cuja raridade já é uma característica presente neste subtipo; outro que depende do Estado para a consecução de suas finalidades, firmando contratos de gestão, termos de parceria ou mesmo recebendo subsídios, doações ou subvenções públicas; aquele dependente do mercado para a realização de seus objetivos, com o recebimento de aportes financeiros, tais como as fundações e associações criadas por empresas, na esteira do mito da responsabilidade empresarial; e outro que depende de todos os demais setores para sobreviver, apresentando, portanto, traços característicos de todos, cujo subtipo pode detonar cientificamente a setorialização tripartite.

Do primeiro subtipo puro verifica-se a possibilidade de existência, mas, no entanto, de rara verificação. Um exemplo pode ser uma fundação privada típica, cujo fundador, pessoa física, a institui com um patrimônio destinado exclusivamente à consecução de suas finalidades. E a duração das atividades dessa fundação dependerá da existência de tal patrimônio.

No outro subtipo de terceiro setor se verifica a presença de organizações que tenham recebido qualificações do governo, tais como as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público, que serão estudadas posteriormente.

No terceiro subtipo existem as associações e fundações empresariais criadas no âmbito do desenvolvimento da chamada responsabilidade social empresarial. Esse subtipo vem sendo muito criticado pela doutrina, porque tais organizações, na verdade, são criadas para o aumento do lucros dessas empresas, devendo integrar, portanto, o segundo e não o terceiro setor.

O último subgrupo congrega associações e fundações dependentes de todos os setores para sua sobrevivência. Esse subgrupo vem crescendo, já que a capacitação de recursos para o desenvolvimento de suas atividades tem se tornado cada vez mais difícil, o que as obriga a diversificar as frentes de busca de recursos.

¹⁸⁴ “Na sociedade civil estão presentes organizações tanto dos trabalhadores, de ‘excluídos’, das chamadas ‘minorias’, dos defensores de direitos humanos, da mulher, da criança e do adolescente, do meio ambiente, mas também comparecem organizações representantes do capital (Sesc, Sesi, Fundação Bradesco) e, ainda mais, organizações fascistóides (Tradição, Família e Propriedade, grupos neonazistas, por exemplo) instituições fanático-religiosas (diversas seitas que pregam o ‘fim do mundo’, entre outras) ou até fundamentalistas. Isto é, pensar na sociedade civil como uno resulta num erro grosseiro de interpretação histórica” (MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 274-5).

Além dessas organizações que encontram dificuldade na captação de recursos apenas em um ou outro setor e que, portanto, diversificam as frentes de captação, há ainda um tipo exclusivo no Brasil, que recebe influência tanto do mercado quanto do Estado, tendo sua constituição autorizada por lei como pessoa jurídica de direito privado: o serviço social autônomo¹⁸⁵. Este, no entanto, não assume a forma de associação, tampouco de fundação¹⁸⁶.

Recebem essa denominação o SESI (Serviço Social da Indústria), o SESC (Serviço Social do Comércio), o SENAI (Serviço Nacional de Aprendizagem da Indústria), o SENAC (Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio), o SEBRAE (Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas), o SENAR (Serviço Nacional de Aprendizagem Rural), o SEST (Serviço Nacional do Transporte), o SENAT (Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte) e o SESCOOP (Serviço Nacional de Aprendizagem das Cooperativas).

Destaquem-se ainda as entidades criadas mais recentemente nesse grupo: a Associação das Pioneiras Sociais, por meio da Lei n. 8.246/91, a APEX-Brasil – Agência de Promoção de Exportações do Brasil, por meio da Lei n. 10.668/2003¹⁸⁷, e a ABDI – Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial, por meio da Lei n. 11.080/2004.

Tanto o art. 1.º da lei instituidora da Associação das Pioneiras Sociais¹⁸⁸ como os respectivos arts. 1.º das leis instituidoras da APEX-Brasil¹⁸⁹ e da ABDI¹⁹⁰ revelam a natureza

¹⁸⁵ Quanto a este ponto, Maria Sylvania Zanella Di Pietro aponta que “[...] a União não os criou, mas apenas estabeleceu sua *fonte de recursos*, permitindo que eles cobrassem contribuições paraestatais. Quem efetivamente os criou foram as Confederações Nacionais do Comércio e a da Indústria” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2005. p. 206-7).

¹⁸⁶ Também adverte Fernando Facury Scaff que existem “[...] entes paraestatais que não possuem tipo societário definido em nenhuma norma, mas que se configuram em entes do terceiro setor. O exemplo mais cabal desta espécie são os Serviços Sociais Autônomos, que, segundo a doutrina, devem ser criados por lei, com personalidade de direito privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou contribuições paraestatais” (SCAFF, Fernando Facury. *Contrato de gestão, serviços sociais autônomos e intervenção do Estado*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 225, jul./set. 2001, p. 280).

¹⁸⁷ Essa agência foi criada em 1997 por decreto presidencial, para atuar como Gerência Especial do SEBRAE Nacional. Foi erigida, apenas em 2003, com a edição da lei apontada acima, à categoria de serviço social autônomo. (www.apexbrasil.com.br. Acesso em 12-6-2006).

¹⁸⁸ “Art. 1º É o Poder Executivo autorizado a instruir o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, de interesse coletivo e de utilidade pública, com o objetivo de prestar assistência médica qualificada e gratuita a todos os níveis da população e de desenvolver atividades educacionais e de pesquisa no campo da saúde, em cooperação com o Poder Público.”

¹⁸⁹ “Art. 1º É o Poder Executivo autorizado a instituir o Serviço Social Autônomo Agência de Promoção de Exportações do Brasil – Apex-Brasil, na forma de pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, de interesse coletivo e de utilidade pública, com o objetivo de promover a execução de políticas de promoção de exportações, em cooperação com o Poder Público, especialmente as que favoreçam as empresas de pequeno porte e a geração de empregos.”

jurídica de direito privado sem fins lucrativos, de interesse coletivo e de utilidade pública, com finalidade voltada para as áreas específicas de atuação, cooperando com o Poder Público. A primeira, para a promoção da assistência médica e qualificada gratuita; a segunda, para a execução de políticas de promoção de exportações, especialmente as que favoreçam as empresas de pequeno porte e a geração de empregos; e a última, para a execução de políticas de desenvolvimento industrial, especialmente as que contribuam para a geração de empregos, em consonância com as políticas de comércio exterior e de ciência e tecnologia.

São todas, portanto, pessoas jurídicas de direito privado, sem finalidade lucrativa, instituídas por lei, com atuação no campo da assistência ou do ensino a certas categorias sociais em grupos profissionais, mantidas, principalmente, por meio de contribuições compulsórias pagas pelo empresariado do setor ao qual se destinam.

Assim, como exemplo, o empresário do setor do comércio ou serviços que tenha empregados deve recolher contribuição ao SESC ou ao SESC e ao SENAC sobre sua folha de salários.

As primeiras dessas entidades foram criadas na década de 40, fruto do protecionismo e da explosão dos direitos sociais, em especial do direito trabalhista. No entanto, foram idealizadas, inicialmente, antes de sua formalização e criação por lei, pelo próprio empresariado.

No caso do setor do comércio e serviços, as entidades representativas – SESC e SENAC – foram idealizadas em 1945 pelos próprios empresários desse setor econômico, com a finalidade de promover os direitos econômicos, sociais e culturais de seus empregados. A idealização está firmada na denominada Carta da Paz Social, formulada na Conferência Nacional das Classes Produtoras, realizada em Teresópolis¹⁹¹.

¹⁹⁰ “Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a instituir Serviço Social Autônomo com a finalidade de promover a execução de políticas de desenvolvimento industrial, especialmente as que contribuam para a geração de empregos, em consonância com as políticas de comércio exterior e de ciência e tecnologia.

§ 1º O Serviço Social Autônomo de que trata o *caput* deste artigo, pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, de interesse coletivo e de utilidade pública, denomina-se Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial – ABDI.”

¹⁹¹ BASTOS, Celso Ribeiro; CARVALHOSA, Modesto. **As prestadoras de serviços e a contribuição devida ao SESC: uma questão jurídica e de responsabilidade social.** Prefácio de Tito Hesketh e Rubens Naves. São Paulo: Códex, 2003. p. 8.

Apresenta como grande parte de sua fonte de custeio uma contribuição compulsória – classificada, portanto, como tributo –, paga pelo segmento do empresariado ao qual suas atividades são primordialmente destinadas, que pode ser arrecadada pela própria entidade, mas que, na maioria das vezes, tem sua sujeição ativa transferida ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Este funciona como mero auxiliar, cobrando apenas uma taxa de administração por seu recolhimento.

Por receberem essa contribuição compulsória¹⁹², mesmo que essa não integre o orçamento da União, suas atividades estão sujeitas a controle pelo Tribunal de Contas da União¹⁹³.

Essas entidades apresentam características muito peculiares, já que, mesmo tendo sido idealizadas pelo empresariado do setor econômico ao qual são dirigidas, sendo mantidas por contribuições compulsórias por ele arrecadadas, são controladas pelo Estado, entre outras medidas,

¹⁹² A confusão quanto ao regime jurídico aplicável – direito público ou privado – advém também de leis e não apenas da doutrina. Como exemplo cite-se a Lei n. 4.320/64, que equipara, em seu Título X – “Das Autarquias e Outras Entidades” –, entidades autárquicas, de regime jurídico de direito público, às entidades paraestatais de direito privado, considerando, mesmo com a capacidade tributária de arrecadação transferida aos serviços sociais autônomos, a receita como advinda de despesa de transferência de capital da União:

“Art. 107. *As entidades autárquicas ou paraestatais, inclusive de previdência social ou investidas de delegação para arrecadação de contribuições parafiscais da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, terão seus orçamentos aprovados por decreto do Poder Executivo, salvo se disposição legal expressa determinar que o sejam pelo Poder Legislativo.*

Parágrafo único. Compreendem-se nesta disposição as empresas com autonomia financeira e administrativa cujo capital pertencer, integralmente, ao Poder Público.

Art. 108. Os orçamentos das entidades referidas no artigo anterior vincular-se-ão ao orçamento da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, pela inclusão:

I - como receita, salvo disposição legal em contrário, de saldo positivo previsto entre os totais das receitas e despesas;

II - como subvenção econômica, na receita do orçamento da beneficiária, salvo disposição legal em contrário, do saldo negativo previsto entre os totais das receitas e despesas.

§ 1º *Os investimentos ou inversões financeiras da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, realizados por intermédio das entidades aludidas no artigo anterior, serão classificados como receita de capital destas e despesa de transferência de capital daqueles.*

§ 2º As previsões para depreciação serão computadas para efeito de apuração do saldo líquido das mencionadas entidades.

Art. 109. Os orçamentos e balanços das entidades compreendidas no art. 107 serão publicados como complemento dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal a que estejam vinculados.

Art. 110. Os orçamentos e balanços das entidades já referidas obedecerão aos padrões e normas instituídas por esta lei, ajustados às respectivas peculiaridades.

Parágrafo único. Dentro do prazo que a legislação fixar, os balanços serão remetidos ao órgão central de contabilidade da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, para fins de incorporação dos resultados, salvo disposição legal em contrário” (grifos nossos).

¹⁹³ Diogo de Figueiredo Moreira Neto aponta que os “serviços sociais autônomos recebem, em repasse, contribuições arrecadas compulsoriamente de empresas, conforme se contempla no artigo 240 da Constituição.

A administração desses dinheiros públicos determina o controle de contas previsto no artigo 70, parágrafo único, combinado com 71, II, da Constituição, valendo observar que o julgamento das contas dos administradores está estendido, expressamente, às ‘sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal’; desconsiderada aqui a impropriedade técnica da voz ‘instituídas’, pois o correto deveria ser ‘constituídas’, o dispositivo é indiscutivelmente vinculatório para os serviços sociais autônomos” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Natureza jurídica dos serviços sociais autônomos*. RDA, 207/91-2).

por meio das atividades pelo Tribunal de Contas da União. São dotadas de regras próprias e rígidas, em razão de sua principal fonte de custeio. Mas tais regras nem sempre encontram equivalência com as regras de direito público.

Integram, portanto, o último subtipo do terceiro setor, por receberem forte influência do mercado e controle pelo Estado. No entanto, são pouco compreendidas muitas vezes pelo próprio setor econômico idealizador, apesar da alta e comprovada qualidade dos serviços oferecidos, bem como pelo Poder Público, o qual, ao fiscalizar suas atividades, nem sempre apresenta servidores capacitados para a compreensão de sua natureza jurídica, que é diferenciada da Administração Pública, apesar de apresentar alguns traços característicos em comum com esta.

Além dos serviços sociais autônomos das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público, qualificações que serão posteriormente apresentadas, ressalte-se a existência das denominadas “entidades de apoio”, que não apresentam regramento uniforme, mas apenas a Lei n. 8.958/94, que rege sua atuação junto às instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica.

A prática de contratação de organizações do terceiro setor para atuação junto às instituições federais de ensino superior mostra-se muito corrente, tanto que a edição da mencionada lei veio após a declaração de ilegalidade de tais parcerias pelo Tribunal de Contas da União. Pela decisão publicada no **Diário Oficial da União** de 25 de novembro de 1992, as entidades de apoio criadas sem destinação de recursos públicos não precisariam prestar contas. No entanto, por outro lado, determinou-se que essas entidades ficariam proibidas de utilizar servidores, bens móveis e imóveis públicos¹⁹⁴.

Com a Lei federal n. 8.958/94 foram fixadas as seguintes regras:

- a) instituições federais de ensino superior poderão contratar, com dispensa de licitação e por prazo determinado, instituições com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico;
- b) as entidades de apoio devem ser criadas sob a forma de fundações de direito privado¹⁹⁵, sujeitas, em especial, além da fiscalização pelo Ministério Público, ao

¹⁹⁴ ARAÚJO, Valter Shuenquener. Terceiro setor: a experiência brasileira. In: ARAÚJO, Valter Shuenquener de (coord.). **Direito administrativo**. Niterói: Impetus, 2005 (Série Direito em Foco). p. 283.

¹⁹⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro adverte que essas fundações são as instituídas por particulares e não aquelas em que o Poder Público tenha alguma participação em sua instituição ou manutenção, que integram a Administração indireta, já

- prévio registro e credenciamento no Ministério da Educação e do Desporto e no Ministério da Ciência e Tecnologia, renovável bienalmente;
- c) deverão prestar contas do recursos aplicados aos órgãos públicos financiadores;
 - d) submeter-se ao controle finalístico e de gestão pela instituição federal de ensino;
 - e) submeter-se à fiscalização da execução dos contratos pelo Tribunal de Contas da União e pelo órgão de controle interno competente;
 - f) poderão contar com mão-de-obra da instituição federal de ensino, desde que previamente autorizadas por esta, sem a criação de vínculo empregatício, vedadas as contratações para o atendimento de serviços de necessidade permanente, podendo conceder bolsas de ensino, de pesquisa e de extensão¹⁹⁶;
 - g) poderão utilizar-se de bens e serviços da instituição federal de ensino, mediante ressarcimento e pelo prazo estritamente necessário à elaboração e execução de seu projeto.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro considera que a existência desse tipo de entidade constitui a prova viva da necessidade de revisão do regime jurídico aplicável a esse tipo de relação com a Administração Pública, já que devem existir diferenças entre as entidades componentes da Administração Pública que exercem serviços públicos típicos e exclusivos do Estado e aquelas que exercem serviços públicos não exclusivos do Estado (serviços públicos impróprios) ou mesmo atividades de natureza privada¹⁹⁷.

Aqui se verifica, portanto, apesar de ser uma tarefa de difícil compreensão, a utilidade de analisar e compreender a sociedade, sob a ótica setorializada de forma tripartite, já que cada um dos setores apresenta natureza jurídica e, conseqüentemente, regime jurídico peculiares.

Os quatro subtipos são apenas indicativos das características que suas organizações componentes possam apresentar, não se pretendendo aqui estabelecer classificações herméticas sobre o assunto, em razão da impossibilidade que a dinâmica da sociedade civil impõe.

que a Constituição, em vários dispositivos, faz menção a fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público (arts. 22, inciso XXVII, 71, incisos II e III, 165, § 5.º, incisos I e III, 169, parágrafo único) (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 281).

¹⁹⁶ “É preciso lembrar que o artigo 4.º da Lei n. 8.958 admite a participação de servidores federais das instituições federais de ensino nas atividades realizadas pelas entidades de apoio. No entanto, o § 2.º do mesmo dispositivo legal veda o trabalho desses servidores nas entidades de apoio durante a jornada de trabalho, salvo quando se tratar de uma colaboração esporádica. A seguir, no § 3.º do art. 4.º da Lei n. 8.954, há vedação de utilização das entidades de apoio para a contratação de pessoal administrativo, de manutenção, docentes ou pesquisadores para prestarem serviços ou para que atendam necessidades de caráter permanente das instituições federais de ensino. Com essa regra, ficam valorizados os servidores públicos” (ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Op. cit., p. 285).

¹⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 286.

Mas como assegurar que a essa visão setorializada seja dada adequada e correta aplicação diante dos ditames constitucionais?

3. ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL *VERSUS* SOCIEDADE DE BEM-ESTAR SOCIAL

Nós temos que entender que no mundo moderno não existe apenas Estado e empresa, existem trabalhadores organizados, sindicatos e existe uma imensa massa não organizada, e existem muitas formas de organização que não são nem sindicato, nem empresa, nem burocracia estatal. Tudo isso tem que ser mobilizado em conjunto... Nos alvares do novo milênio nós estamos assistindo à formação de novos tipos de sociedade que não estão baseados, apenas, na oposição entre setores privados organizados, trabalhadores e empresários, nem desses com o Estado.

Nós estamos assistindo à formação do que se costuma chamar terceiro setor: formas de associação, formas de sociabilidade que não se restringem à dicotomia clássica entre Estado e sociedade civil, à antiga. É a sociedade civil à moderna, ou seja, não contando apenas os setores produtores da sociedade civil. São novas formas de sociabilidade.

(...) ao reconhecer o mercado como um dos princípios de organização do mundo contemporâneo, não se pode transformar o mercado num valor a partir do qual se organiza o mundo, porque o mundo não pode ser organizado pelo mercado.

O mesmo se diga com relação ao Estado. Embora seja absolutamente cego imaginar uma sociedade moderna sem Estado, também é cego imaginar que corresponderá ao Estado a organização da produção e também o monopólio da alocação de recursos produzidos, e que a distribuição, portanto, seja limitada ao Estado. Quem imaginar que o Estado vai suprir as lacunas existentes nesta matéria, também está tão equivocado quanto aqueles que imaginarem que o mercado é suficiente para definir as regras de organização da sociedade contemporânea. Nem o Estado é suficiente, nem o mercado. Ambos são, entretanto, partes que compõem o mundo contemporâneo. O que há de novo agora é, precisamente, o terceiro setor. O que há de novo... é que existem formas dinâmicas de controle social, de organização de objetivos, e até mesmo de generosidade e de solidariedade, que não decorrem nem do princípio racionalizador do mercado, nem do princípio autoritário de distribuição do Estado. E que são energias novas, que são cada vez mais incorporadas à fisionomia das sociedades contemporâneas. É disso que se trata, é de organizar, criar instrumentos e arenas que possibilitem de uma maneira mais adequada a canalização dessas energias novas da sociedade (...)¹⁹⁸.

O discurso acima transcrito, do então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, demonstra que, no momento, verifica-se a existência de um verdadeiro fenômeno do Estado de Bem-Estar e sua atual mutação na sociedade de bem-estar¹⁹⁹.

Interessante notar que a mutação do Estado-Providência para a sociedade de bem-estar social se dá em muitos Estados nos quais nem ao menos se alcançou verdadeiramente o bem-estar

¹⁹⁸ CARDOSO, Fernando Henrique. Discurso na cerimônia de sanção da Lei do Voluntariado. Apud FRANCO, Augusto de. Op. cit., p. 274-5.

¹⁹⁹ LUNA, Miguel Angel Cabra de. **El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio**. Madrid: Escuela Libre Editorial, 1998, p. 17.

social. Como justificar essa mutação na crise do Estado de Bem-Estar sem nunca ter usufruído desse bem-estar?²⁰⁰

Encontra-se aqui o que muito já foi debatido entre os ideais de Hayek e Keynes, entre o neoliberalismo e o keynesianismo, entre os sistemas de liberdades individuais e de regulação centralmente planejada. Para Hayek, seu projeto é liberal e o *Welfare State* é totalitário, antiliberal, nazista ou socialista. Adverte Carlos Montaña, no entanto, que a polêmica não é ingênua, já que elimina a alternativa verdadeiramente socialista, proletária, anticapitalista, do confronto. Induz a pensar apenas na oposição entre neoliberais e keynesianos, e a esquecer o antagonismo entre projetos do capital e do trabalho²⁰¹.

Para Luigi Ferrajoli, o Estado Liberal caracteriza-se pelo individualismo, pela proteção do setor privado, pela garantia da liberdade e pela função conservadora, arrogando-se atualmente a qualidade de eficiente, já o Estado Social caracteriza-se pelo igualitarismo, pela proteção da justiça social e por sua função inovadora. No entanto, como adverte Ferrajoli, o grande problema de sua credibilidade consiste no fato de que o desenvolvimento do Estado Social tem-se produzido pela simples ampliação da discricionariedade do aparato burocrático, o que propicia as discriminações e os privilégios²⁰².

No entanto, diferentemente do que se vem cogitando, não há incompatibilidade entre Estado eficiente e Estado Social. O entendimento contrário conduziria a um sério problema constitucional, pois seria inaceitável uma república democrática ineficiente, notadamente no Brasil, após a Constituição Federal de 1988²⁰³.

Interessante notar que foi o próprio Estado de Bem-Estar Social que transferiu a responsabilidade social do indivíduo para o Estado, e agora, novamente pela atuação estatal, ele mesmo é que procura fomentar a participação desses indivíduos, transferindo a responsabilidade estatal para a sociedade, que não encontra outra saída senão sair da apatia. Com base nesse raciocínio, Emerson Gabardo produz alguns questionamentos: “O indivíduo tinha alguma responsabilidade antes do Estado Social, para que ele a pudesse ter perdido? Se não tinha, o que

²⁰⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*, cit., p. 155.

²⁰¹ MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 85.

²⁰² FERRAJOLI. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. 3. ed. Madrid: Trotta, 1998, p. 863. Apud GABARDO, Emerson. Op. cit., p. 162.

²⁰³ GABARDO, Emerson. Op. cit., p. 162.

está sendo ‘devolvido’? Se tinha, por que o Estado precisa dedicar tanta energia na promoção do terceiro setor?”²⁰⁴.

Mas, para que isso se opere de forma satisfatória, necessário mostrar que a promoção de uma adequada mudança do marco legal regulatório das relações do Estado com o mercado e com a sociedade civil pode, a curto prazo, mais do que triplicar o montante das doações privadas para atividades com fim público, que correspondem hoje a menos de 0,5% do PIB. Somando a isso o equivalente ao trabalho voluntário e a atuação social das empresas – que podem ser, ambos, decuplicados –, conseguiríamos atingir, em duas décadas, números bem próximos daquele valor de referência de 5% do PIB²⁰⁵.

É necessário estimular o crescimento do terceiro setor no Brasil. Não se pode apenas esperar o seu crescimento “natural” do terceiro setor, que, em si, já é vertiginoso no Brasil e em outras partes do mundo. Esse estímulo pode ser feito basicamente de duas maneiras: alterando o marco legal regulatório das relações dessas organizações com o Estado e do Estado com o mercado e, simultaneamente, mudando o desenho das políticas públicas governamentais, de sorte a transformá-las em políticas públicas de parceria entre Estado e sociedade civil, com a incorporação das organizações da sociedade civil na sua elaboração, na sua execução e na sua fiscalização²⁰⁶.

Mas apenas a modificação no marco legal não se mostra suficiente para atribuir eficiência à execução dessas políticas públicas governamentais. No constitucionalismo do porvir deve ser inserido o terceiro setor, de forma explícita, como novo ator social, capaz de, ao lado do Estado e do mercado, executar com eficiência políticas públicas governamentais. Adicione-se a essa mera declaração, por exemplo, o controle governamental dos recursos públicos dirigidos às organizações pertencentes ao terceiro setor.

Isso porque, do modo como se encontra hoje o regime jurídico-constitucional de direito público, as leis infraconstitucionais reguladoras do terceiro setor podem ter sua constitucionalidade questionada.

²⁰⁴ GABARDO, Emerson. Op. cit., p. 168.

²⁰⁵ FRANCO, Augusto de. Op. cit., p. 282.

²⁰⁶ Id., p. 288-9.

Sugere-se aqui a adição do controle governamental dos recursos públicos dirigidos às organizações pertencentes ao terceiro setor, para que também lhes sejam atribuída maior legitimidade.

A constitucionalização do controle sugerido poderia aqui, de forma exemplificativa, dar novo conteúdo interpretativo ao parágrafo único do art. 1.º da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, incluindo as organizações do terceiro setor no conceito de “entidades controladas indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”. Eis o teor do parágrafo legal citado:

Art. 1.º.....

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Nota-se no Brasil a atuação cada vez mais ativa do terceiro setor na execução de políticas públicas. Atualmente, podem ser citadas duas organizações diretamente ligadas à execução de políticas públicas governamentais no âmbito federal. Uma delas é a conhecida “Alfabetização Solidária”, que tem por objetivo a realização de um programa federal com o mesmo nome. A outra é o Instituto Fome Zero, que visa realizar outro programa federal que pretende erradicar a fome no País. O programa, internacionalmente difundido e comentado, apresenta o auxílio desse instituto, o qual, desde a criação do programa até o último mês de junho, arrecadou o montante de R\$ 2,898 milhões de reais.

A fim de garantir que empresas privadas de seus países permaneçam competitivas num mercado global altamente integrado, os Estados se vêem forçados a reduzir os níveis de renda e de salários. De outro lado, para que evitar o déficit fiscal, têm de reduzir o alto nível de gastos exigido pela manutenção do Estado de Bem-Estar Social²⁰⁷.

Para Osvaldo Sunkel, a reconstrução do Estado do Bem-Estar Social é inconcebível. Considera ele não ser viável aumentar para 30% os 18% a 20% do PIB destinados aos gastos do Estado na área social. Para ele, no entanto, é necessária a criação de uma estrutura institucional análoga à existente na esfera econômica, tal como uma administração bancária e orçamentária, de nível ministerial, para gerir o equilíbrio social e político em nível macro²⁰⁸.

²⁰⁷ SUNKEL, Osvaldo. Op. cit., p. 187.

²⁰⁸ Id., p. 191.

Além dessa medida em nível nacional, considera importante a criação de grande estrutura institucional por meio da descentralização, da regionalização, da promoção de iniciativas locais, dos movimentos sociais, de grande diversidade de associações para o desenvolvimento social. Isto porque os países latino-americanos, em razão de sua colonização, que fez com que o Estado surgisse antes da comunidade local, apresentam maior deficiência se comparados aos Estados Unidos e à Europa, cuja comunidade local foi se construindo a partir da aldeia, da cidade e da região até o nível do Estado central. Considera ser essa tarefa – a de impulsionar o crescimento do terceiro setor – a “mais desafiadora que temos à nossa frente”²⁰⁹.

Gilberto Dupas, citando dados do Relatório do Banco Mundial de 1997, lembra-nos quatro principais razões para a preocupação generalizada sobre a redefinição e os limites do novo Estado: a explosão das economias socialistas; a crise fiscal do *Welfare State* em parte das economias desenvolvidas; o colapso dos Estados e a explosão do que denomina “emergências humanitárias” principalmente nos em Estados em desenvolvimento; e o papel importante do Estado nas economias asiáticas²¹⁰.

Para esse mesmo autor, não se trata mais, portanto, de tentar reduzir radicalmente o papel do Estado, mas de modificá-lo profundamente, transformando-o e fortalecendo-o para novos papéis fundamentais²¹¹.

No Brasil, a redução das dimensões do Estado tem sido apresentada pelos neoliberais como capaz de resolver os problemas de um setor público estrangulado por suas dívidas. E a denominada flexibilização do mercado de trabalho é posta como condição importante para enfrentar o desemprego. Ambas as proposições, no entanto, não são socialmente neutras e contêm vários riscos²¹².

²⁰⁹ Id., *passim*.

²¹⁰ DUPAS, Gilberto. Op. cit., p. 220.

²¹¹ Id. p. 220-1.

²¹² Id., p. 224-5.

4. O TERCEIRO SETOR NA ORDEM CONSTITUCIONAL

O direito de associação veio consagrado em nossas Constituições brasileiras a partir de 1891.

Nessa Constituição, o tema foi tratado no § 8.º do art. 72:

Art. 72.

§ 8.º. a todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública.

A segunda Constituição brasileira a versar sobre o tema foi a de 1934, por seu art. 113, item 12:

Art. 113.

12) É garantida a liberdade de associação para fins lícitos; nenhuma associação será compulsoriamente dissolvida senão por sentença judiciária.

O tratamento dado ao que hoje denominamos terceiro setor na Constituição de 1937 carregou o momento histórico que o País vivia, restringindo a liberdade de associação quando esta apenas se mostrasse contrária aos bons costumes:

Art. 122.

9.º) a liberdade de associação, desde que os seus fins não sejam contrários à lei penal e aos bons costumes.

Essa mesma Constituição, curiosamente, em seu art. 132, previa, na área da infância e da juventude, que o Estado criaria organizações ou auxiliaria as já fundadas, instituindo já a questão da colaboração entre os setores no trato da questão social:

Art. 132. O Estado fundará instituições ou dará o seu auxílio e proteção às fundadas por associações civis, tendo umas e outras por fim organizar para a juventude períodos de trabalho anual nos campos e oficinas, assim como promover-lhe a disciplina moral e o adestramento físico, de maneira a prepará-la ao cumprimento, dos seus deveres para com a economia e a defesa da Nação.

A Constituição de 1946 retomou a disciplina do direito de associação da ordem constitucional instituída em 1934, em seu art. 141:

Art. 141.
 § 12. É garantida a liberdade de associação para fins lícitos. Nenhuma associação poderá ser compulsoriamente dissolvida senão em virtude de sentença judiciária.

O mesmo tratamento foi dado pela Constituição de 1967:

Art. 150.
 § 28. É garantida a liberdade de associação. Nenhuma associação poderá ser dissolvida, senão em virtude de decisão judicial.

Foi, no entanto, com a Constituição Cidadã, de 1988, que o tratamento do terceiro setor foi ampliado, estabelecendo já no início de seu texto, no art. 5.º, regras sobre o direito de associação:

Art. 5.º
 XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;
 XVIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;
 XIX – as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;
 XX – ninguém pode ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;
 XXI – as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;
 Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

 VI – instituir impostos sobre:

 c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

Do apanhado de todas as Constituições brasileiras, conclui-se que o tema do direito à associação foi erigido à categoria de direito constitucional a partir da Constituição de 1891. No entanto, é claro que o tratamento constitucional dado a esse direito não antevia a criação de um defendido setor independente na sociedade, mas apenas garantia o exercício do direito à sociedade civil.

Interessante notar que a Carta de 1937 foi a primeira a constitucionalizar o mutualismo do Estado perante a sociedade civil organizada, no âmbito da infância e juventude, aproveitando-se de estruturas já criadas para o desempenho de seu dever constitucional nessa área.

Essa simbiose voltou a aparecer após a Emenda n. 19 à nossa Constituição Federal de 1988, que instituiu a reforma administrativa sob os auspícios do pensamento neoliberal do Estado mínimo.

Do conjunto de regras supratranscritas, cumpre ressaltar que o inciso XVIII do art. 5.º da Constituição Federal de 1988, que veda a interferência estatal no funcionamento das associações, com exceção daquela que o próprio Texto Constitucional adotar para controlar e fiscalizar-lhes sua atuação administrativa, deve ser utilizado como vetor interpretativo às imposições estatais de controle²¹³, tais como a responsabilidade pelas atividades executadas no desempenho de serviços de interesse geral e a possível aplicação do § 6.º do art. 37 e do inciso XI desse mesmo artigo quanto à aplicação do teto constitucional remuneratório aos dirigentes das entidades componentes do terceiro setor.

Para o desempenho dessa tarefa interpretativa, passa-se, inicialmente, ao estudo dos princípios estruturantes do terceiro setor, da constitucionalidade da atuação conjunta deste com o Estado e do exame de duas das mais novas qualificações estatais atribuídas a tais entidades: organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público.

4.1 Princípios estruturantes do terceiro setor: eficiência e legitimidade

Tendo em vista os múltiplos conceitos de terceiro setor e suas origens, quais seriam seus princípios estruturantes?

²¹³ É o que adverte Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “Essa observação axiomática instrui e orienta toda e qualquer interpretação juspublicista que se adote quanto às atividades que lhes foram delegadas pelo Estado, bem como quanto ao vínculo que com ele mantêm” (RDA, 207/89).

José Afonso da Silva indica pelo menos oito princípios fundamentais da ordem constitucional democrática e social: princípio da constitucionalidade (legitimidade de uma Constituição rígida); princípio democrático (representação participativa e pluralista); princípio de observação dos direitos fundamentais (individuais, coletivos, sociais, culturais); princípio da igualdade; princípio da divisão de Poderes e da independência do juiz; princípio da legalidade; princípio da segurança jurídica; e, finalmente, o relevantíssimo princípio da justiça social, já que a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social²¹⁴.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto informa que dois princípios foram formulados para o atendimento dos interesses da sociedade: o da eficiência e o da legitimidade. E que foi a partir desses princípios orientadores que surgiram outros princípios, deles decorrentes, classificados em três ordens: política, técnica e jurídica. Dentre essas decorrências, destaca, na ordem política, os princípios da subsidiariedade e da participação política; na ordem técnica, os princípios da autonomia e da profissionalização; na ordem jurídica, os princípios da transparência e da consensualidade²¹⁵.

Na visão de Emerson Gabardo, em um sistema constitucional permeado por esse conjunto de princípios, não parece razoável a prevalência do pragmatismo, mesmo se este procurasse justificar suas ações com um critério utilitarista, da maior felicidade, pois a verificação dos resultados despreocupada com os procedimentos, as motivações e os fundamentos poderia causar uma série de deturpações²¹⁶.

Aduz esse mesmo autor que a subjetividade do critério para atingir a eficiência, ou o resultado mais vantajoso, ou, ainda, o resultado de maior utilidade, em geral propicia o descaso com outras perspectivas de análise. Aponta também que nem sempre as vantagens específicas deixam de implicar desvantagem no seu conjunto. Para a compatibilização de uma postura pragmática ou utilitária com um sistema jurídico principiológico seria preciso que a vantagem ou a utilidade fosse

²¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 122.

²¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 19.

²¹⁶ GABARDO, Emerson. Op. cit., p. 114-5.

condicionada pelos fundamentos e finalidades inicialmente colocados²¹⁷. No entanto, esta tarefa de compatibilização se mostra praticamente impossível de ser alcançada.

A eficiência tornou-se princípio constitucional explícito com a Emenda Constitucional n. 19/98, que alterou o *caput* do art. 37. No entanto, apesar da inovação, o princípio da eficiência, obviamente, já era implícito em nossa Constituição. Assim, a natureza da eficiência como norma constitucional não deverá compreender a essência neoliberal do programa de reforma que incluiu a Emenda Constitucional n. 19/98. Não se deve confundir, portanto, a eficiência como mero símbolo ou valor ideológico com sua manifestação jurídico-normativa²¹⁸.

Um dos parâmetros segundo os quais deve ser interpretado o princípio da eficiência administrativa é a natureza redistributiva inerente à Constituição econômica brasileira, a qual não pode ser alterada pela concepção eficientista neoliberal²¹⁹.

O fundamento do Estado mínimo e da ampliação do terceiro setor na eficiência não se mostra possível, ainda que da ineficiência decorra a crise, porque mesmo nos momentos de instabilidade e carência não podem ser abandonados os valores e princípios, nem a objetivação da justiça²²⁰.

Élida Pinto apresenta algumas questões para esse debate:

[...] a transferência para a iniciativa privada e/ou para a iniciativa pública não-estatal torna a atuação das áreas transferidas mais eficiente? Ou será tudo uma mera lógica de redução indiscriminada de custos para o setor público? A eficiência pode ser tomada como um princípio absoluto, até mesmo em detrimento, por exemplo, dos princípios da dignidade da pessoa humana e da prestação contínua e efetivamente pública dos serviços públicos? Aquilo que é mais eficiente é necessariamente mais público e mais democrático?²²¹

²¹⁷ Id., p. 115.

²¹⁸ Id., p. 185.

²¹⁹ Id., p. 197.

²²⁰ Id., p. 151.

²²¹ **O plano diretor da reforma do aparelho do Estado e organizações sociais: uma discussão dos pressupostos do “modelo de reforma do Estado brasileiro”**. Jus Navigandi (on-line), n. 51, p. 6, ago. 2000. Apud BARBADO, Michelle Tonon. O plano diretor da reforma do aparelho do Estado e as organizações sociais. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org.). **O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 314.

Emerson Gabardo conclui que não há, em nosso sistema constitucional, eficiência sem Estado Social, já que a eficiência estritamente econômica não constitui princípio da Constituição, já que este inexistente fora do contexto constitucional²²².

Para o neoliberalismo, o desprestígio da segurança jurídica é natural e aceitável, pois esta se torna um obstáculo ao projeto modernizante, que necessita de reformas nem sempre *a priori* admitidas. Esse projeto modernizante, tal como destaca Emerson Gabardo, consiste em na racionalização em prol da incorporação tecnológica, na simplificação em prol da eficácia e economia e na modernização em prol da informalização jurídica²²³.

Para o mesmo autor, no entanto, a modernização, ainda que necessária, não pode ser realizada por meras opções políticas conjunturais, na contramão do sistema jurídico-constitucional vigente, já que o benefício da eficiência jamais compensará o prejuízo de uma opção democrática²²⁴. Da mesma opinião se mostra Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem a Administração Pública, sob o pretexto de ineficiência, procura meios privados de atuação, o que vem sendo feito de modo a atropelar o direito positivo, às vezes inovando, às vezes contrariando frontalmente a lei²²⁵.

No mesmo sentido se mostra também a opinião do jurista espanhol Jesús Leguina Villa, para quem a justificação de uma opção da Administração Pública com base apenas no princípio da eficiência recontextualizado mostra-se sem respaldo constitucional, não somente em razão do princípio da segurança jurídica mas fundamentalmente em razão da vinculação exigida pelo princípio da legalidade²²⁶.

²²² GABARDO, Emerson. Op. cit., p. 162-3.

²²³ Id., p. 180.

²²⁴ Id., p. 181. De forma bem pessimista, Rogério Gesta Leal, ao citar Zygmunt Bauman, adverte que: “No cabaré da globalização, o Estado passa por um *strip-tease* e no final do espetáculo é deixado apenas com necessidades básicas; seu poder de repressão. Com sua base material distribuída, sua soberania e independência anuladas, sua classe política apagada, a nação-estado torna-se um mero serviço de segurança para as mega-empresas. Os novos senhores do mundo não têm necessidade de governar diretamente. Os governos são encarregados da tarefa de administrar negócios em nome deles. A única tarefa econômica permitida ao Estado e que se espera que ele assuma é a de garantir um ‘orçamento equilibrado, policiando e controlando as pressões locais por intervenções estatais mais vigorosas na direção dos negócios e em defesa da população face às consequências mais sinistras da anarquia de mercado’” (**Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 76. Apud LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2006. p. 43).

²²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**, cit., p. 225.

²²⁶ VILLA, Jesús Leguina. A Constituição espanhola e a fuga do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo Aplicado**, Curitiba: Gênese, n. 6, set, 1995, p. 637. Apud GABARDO, Emerson. Op. cit., p. 182.

Quanto ao princípio da legalidade, acrescenta Emerson Gabardo que nem sempre a legalidade é garantia de segurança jurídica, exemplificando na experiência totalitária e na mentalidade neoliberal, que impõe ao Legislativo um paradigma hegemônico, fazendo com que sejam produzidas leis incompatíveis com o sistema constitucional característico do Estado Social²²⁷.

Desse modo, a eficiência deve ser buscada dentro do regime e não mediante sua mutação, afim de que seja resguardada a segurança jurídica na forma como protegida pela democracia social e não pela restrita democracia neoliberal. Acrescente-se que qualquer alteração legislativa deverá respeitar o princípio da superioridade constitucional²²⁸.

Essa busca envolve o embate entre a denominada Constituição real e a Constituição jurídica, entre a realidade e a normatividade da Constituição, as quais não podem, na lição de Konrad Hesse, ser definitivamente separadas ou confundidas²²⁹.

Adverte o jurista alemão que aquele que se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, principalmente o Democrático. No entanto, quem, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício enfraquece pouco a pouco a força normativa da Constituição, a qual não poderá ser mais recuperada. Isso acarreta a necessidade de promover freqüentes revisões, sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política²³⁰.

No Estado do Bem-Estar Social não há como dissociar o aspecto econômico do social, sob pena de ser deslegitimada sua atuação. Assim, a Constituição de 1988 torna-se um importante referencial jurídico-político, na medida em que consagra princípios de diferentes índoles, mas todos subordinados a um princípio eticamente superior: a dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, tanto a eficiência como a legitimidade são fundamentos coerentes e imprescindíveis do ideal de Estado consagrado²³¹.

²²⁷ Id., p. 182-3.

²²⁸ Id., p. 184.

²²⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 15.

²³⁰ HESSE, Konrad. Op. cit., p. 22.

²³¹ GABARDO, Emerson Gabardo. Op. cit., p. 192.

Sílvia Luís Ferreira da Rocha considera que o crescimento das organizações inseridas no terceiro setor se deve ao redescobrimto do princípio da subsidiariedade e à crise do Estado como prestador eficiente de serviços públicos²³².

O apontado princípio da subsidiariedade surge como algo novo entre a intervenção total do Estado e a supressão da autonomia privada e o liberalismo clássico e sua política de intervenção mínima do Estado. Esse princípio foi concebido para proteger a esfera de autonomia dos indivíduos e da coletividade contra toda intervenção pública injustificada, contrapondo, de um lado, a autonomia individual e o pluralismo social às ideologias socialistas do final do século XIX e início do século XX e, de outro, contestando os excessos do liberalismo clássico, que propugnava pelo afastamento do Estado do âmbito social²³³.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, atende-se ao princípio da subsidiariedade sempre que a decisão do Poder Público venha a ser tomada da forma mais próxima possível dos cidadãos a que se destinem. Para esse autor, a proximidade visa a garantir que o órgão administrativo considerará sempre em suas decisões os direitos e iniciativas dos cidadãos e das organizações privadas e, depois, que qualquer intervenção administrativa somente se produza em caso de inexistência ou de insuficiência da iniciativa individual ou social. Considera, ainda, que a intervenção só se dará na medida indispensável para o atendimento do interesse público legal e legitimamente definido²³⁴.

Como adverte Margarida Salema d'Oliveira Martins, o princípio da subsidiariedade vem sendo entendido, após um impressionante conjunto de conceitos advindos, nas últimas décadas, da Alemanha como fonte de atribuição de competências, fundada no direito natural²³⁵.

Para essa autora, o liberalismo e o socialismo baseiam-se na dualidade Estado-sociedade, em que ao primeiro compete perseguir o interesse público e esta os interesses particulares, sendo, pois, inconcebível que a sociedade civil se possa encarregar de interesses comuns e que o Estado possa ir ao encontro de interesses puramente privados. Contudo, considera impossível reservar domínios de competência a cada um, por ter a sociedade competência virtual infinita e o Estado competência potencial absoluta, tornando-se impensável fixar tarefas que cada um pode desempenhar, embora tal

²³² ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Op. cit., p. 13.

²³³ Id., p. 14.

²³⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 321.

²³⁵ MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 78.

fixação pudesse simplificar a organização de atividades políticas. Considera que a subsidiariedade desempenha nesse caso um papel, tendo como fundamento filosófico o desenvolvimento máximo da liberdade e o respeito à dignidade. Daí que se tenha concluído que o princípio da subsidiariedade não se relaciona com qualquer teoria política ou econômica²³⁶.

Como bem salientado por Sílvia Faber Torres²³⁷, o princípio da subsidiariedade aponta um paradoxo inerente, qual seja: 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 suas próprias necessidades, ou quando tal realização não se mostrar eficaz ou satisfatória. O conflito põe-se entre um dever de não-ingerência e um dever de ingerência.

No direito público, o princípio da subsidiariedade serve para fundamentar uma nova concepção de Estado, na qual o papel do Poder Público deve ser delimitado ao fito de resguardar a liberdade, a autonomia e a dignidade humana. Ressurge como justificativa de um Estado subsidiário – alternativo ao Estado do Bem-Estar Social ou Providencial – que restringe a atuação do setor público, de um lado, ao incentivo e ao fomento da atividade individual e dos pequenos grupos, criando condições propícias à ação social; de outro, quando a sociedade se mostrar incapaz de satisfazer seus próprios interesses, a ajuda ou auxílio material, sem que a intervenção, contudo, se estenda além da necessidade averiguada²³⁸.

Esse princípio eleva a sociedade civil a primeiro plano na estrutura organizacional do Estado e concebe a cidadania ativa como pressuposto básico para sua realização, colocando a instância privada a serviço do interesse geral a partir, também, da idéia de solidariedade, que se funda, principalmente, na maior eficiência da ação social sobre a ação estatal junto a grupos menores²³⁹.

O princípio da subsidiariedade mostra-se como parâmetro para a reforma do Estado, como ruptura do consenso intervencionista e impulsionador da transformação da Administração Pública, que perde sua configuração impositiva e burocratizada, ganhando feição consensual e gerencial, com a substituição do mecanismo clássico da coerção pelo da colaboração, produzindo um sistema de gestão pública baseado em instrumentos consensuais e negociais – como contratos, acordos e termos de parceria –, com vistas à obtenção de melhor eficiência do atuar da Administração.

²³⁶ MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. Op. cit., *passim*.

²³⁷ Id., p. 15.

²³⁸ Id., *Ibid*.

²³⁹ Id., p. 16.

Destaque-se que o neoliberalismo, grande defensor do gerencialismo, não apenas admite a participação popular ao lado da eficiência como se utiliza de seus instrumentos para legitimar-se, pois são justamente tais instrumentos que refletem a mudança de racionalidade dentro da Administração Pública, traduzindo a substituição da legitimação pelo procedimento da legitimação pelo resultado eficiente, decidido e fiscalizado pelos próprios clientes-usuários²⁴⁰.

Importante ressaltar a contribuição de Juremir Machado da Silva para o real entendimento da expressão “cliente-usuário”. Para esse autor, ser cliente de um processo participativo mítico, o qual na realidade não deseja participantes, mas legitimantes, implica uma redução da cidadania, em que fatalmente se encontram afastados Estado e sociedade civil, apesar das aparências, do que denomina “mito participativo”²⁴¹.

Como um dos instrumentos da subsidiariedade, temos a atividade de fomento do Estado, o qual, por meio desta, deve estimular a atividades das organizações do terceiro setor, agindo dentro dos rigorosos limites da razoabilidade e excepcionalidade, sob pena de essa ação se tornar um privilégio injustificado em favor de alguns grupos sociais e, de outro lado, manter a sociedade sob a dependência constante do Poder Público²⁴².

Ao final, ressalte-se o princípio da participação, elevado à categoria de princípio constitucional pela Constituição italiana de 1948, em seu art. 3.º. Diogo de Figueiredo Moreira Neto lembra que a doutrina italiana vem tratando o tema da legitimação extra-representativa como uma *nuova democraticità*, que se caracteriza pela legitimação imediata, contemporânea à administração, e pela criação de uma nova categoria de fontes normativas de aplicação administrativa. No entanto, adverte que, por ser um fenômeno ainda em aperfeiçoamento, resente-se de difícil sistematização sob critérios positivistas clássicos ainda cabalmente superados e, também, por esse motivo, de difícil hierarquização nos esquemas rigorosamente kelsenianos²⁴³.

²⁴⁰ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na Administração Pública**: o direito de reclamação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 166. Apud GABARDO, Emerson. Op. cit., p. 166.

²⁴¹ SILVA, Juremir Machado da. **A miséria do jornalismo brasileiro**: as incertezas da mídia. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 33. Apud GABARDO, Emerson. Op. cit., p. 167.

²⁴² Id., p. 17.

²⁴³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**, cit., p. 322.

4.2 Da constitucionalidade da atuação conjunta do Estado e do terceiro setor na execução de serviços públicos

Da colonização europeia na África e na Ásia à consagração da hegemonia norte-americana, os últimos vinte anos se caracterizaram por um duplo movimento: a crise do poder organizado como “Estado-nação” e, por outro lado, a valorização, de origem iluminista, de direitos comuns a todos os seres humanos²⁴⁴.

Quando o poder central revela-se inacessível aos interesses da população, e a política deixa de ser o caminho para o exercício dos direitos, a tendência é surgirem novas formas de organização, que vão constituir o que se entende por “sociedade civil”. Nesse sentido, integra o terceiro setor parte das entidades nas quais se organizam os membros da sociedade civil²⁴⁵.

Vera Karam Chueiri, quanto a essa questão, indaga até que ponto é possível admitir que os detentores das funções primordiais do Estado adotem posturas pragmáticas e pseudo-éticas, a fim de justificar suas atitudes, se essas se apresentam incompatíveis com o sistema principiológico consagrado constitucionalmente, de inafastável caráter intervencionista²⁴⁶.

A transferência das atividades que o Estado minimizado deixou de prestar para o terceiro setor que vende ou fornece gratuitamente os serviços sociais produz, em contraposição à incondicionalidade, unicidade e universalidade da resposta estatal, novo trato à questão social, que contempla, na visão de Carlos Montaña²⁴⁷, três tipos de respostas:

- a) precarização das políticas públicas estatais: o Estado mantém a prestação de serviços sociais gratuitos, em nível marginal, fundamentalmente dirigidos às populações mais carentes, ao cidadão-usuário;
- b) re-mercantilização dos serviços sociais: esses serviços, quando lucrativos, são transformados em mercadorias, transferidos para o mercado e vendidos ao consumidor, gerando o tipo de fornecimento empresarial de serviços sociais, dirigidos aos cidadãos plenamente integrados – ao cidadão-cliente;

²⁴⁴ NAVES, Rubens. Op. cit., p. 563.

²⁴⁵ Id., p. 565.

²⁴⁶ CHUEIRI, Vera Karam. **Filosofia do direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM, 1995. p. 119. Apud GABARDO, Emerson. Op. cit., p. 114.

²⁴⁷ MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 196-7.

- c) re-filantropização das respostas à questão social: amplos setores da população ficarão descobertos tanto pela prestação de serviços pelo Estado (precária, focalizada e descentralizada, ausente em certos municípios e regiões e sem cobertura para significativos grupos populacionais) quanto pela falta de acesso aos serviços privados (caros), transferindo para a órbita da sociedade civil a iniciativa de assisti-lhes mediante práticas voluntárias, filantrópicas e caritativas, de ajuda mútua ou auto-ajuda. É nesse espaço que surge o denominado terceiro setor, atendendo a população excluída ou parcialmente integrada – um quase “não-cidadão”.

Essas três formas de resposta à questão social implicam, também para Carlos Montaña, três modalidades de serviços de qualidades diferentes: o privado/mercantil, de boa qualidade; o estatal/gratuito, precário; e o filantrópico/voluntário, geralmente também de qualidade duvidosa²⁴⁸.

Além dessas três modalidades de serviços, as formas de resposta à questão social produzem, também para o mesmo autor, três categorias de cidadãos: os integrados/consumidores de serviços mercantilizados; os excluídos/usuários de serviços estatais precários, focalizados e descentralizados; e os excluídos/assistidos pela caridade e filantropia do terceiro setor²⁴⁹.

As áreas de investimento do terceiro setor no Brasil envolvem: educação, com 36,9% das atividades destinadas a essa área, quando a média latino-americana é de 44,4%; saúde, com 17,8% de atividades voltadas para essa área, ao passo que a média latino-americana representa 12,2% de participação; assistência social, com 16,4% das atividades, ao passo que a média latino-americana é de 10,3%; e cultura e recreação, com 17% de atividades voltadas para essa área, ao passo que a média latino-americana é de 10,6%²⁵⁰.

É diante dessa realidade que, antes do exame da constitucionalidade da atuação conjunta entre Estado e terceiro setor, devem-se apresentar alguns conceitos de serviços públicos.

O administrativista Gaston Jèze²⁵¹ considera que, em todos os países civilizados, a Administração Pública tem por missão satisfazer as necessidades de interesse geral: defesa nacional, polícia, justiça, trânsito etc. Assinala também que, de outra banda, a Administração Pública não consegue satisfazer todas as necessidades de interesse geral, dizendo que “en la actualidad, por ejemplo, la alimentación no le compete, salvo en caso de crisis; y en cuanto a los

²⁴⁸ MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 198.

²⁴⁹ Id., *passim*.

²⁵⁰ **Números e dados**. Disponível em: www.gife.org.br. Acesso em 30-3-2006.

²⁵¹ JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**. Trad. Julio N. San Millán Almargo. Depalma, 1949. p. 17-23. Apud ZUGNO, Renato. Op. cit., p. 49.

servicios médicos, a la provisión de medicamentos etc., por el momento – salvo casos excepcionales – corren también, por cuenta de los simples particulares”.

Acrescenta, ainda, que existem necessidades de interesse geral que somente a Administração Pública satisfaz, excluindo a prestação por particulares, como justiça, polícia, correio. Trata-se aqui de monopólio. Finalmente, esclarece que existem outras necessidades de interesse geral que são satisfeitas concorrentemente pela Administração Pública e pelos particulares, como ensino, teatros e assistência social.

A delegação dos serviços públicos obedece, via de regra, a dois critérios básicos: jurídico (tecnicamente, conforme a lei determina) e político, o qual, nos dizeres de Diogenes Gasparini²⁵², reside na conveniência e oportunidade de ser descentralizado o serviço público.

Nas hipóteses de delegação de concessão e permissão, a percepção de um fundamento político na escolha do delegado não fica tão nítida, por serem precedidas de licitação, conforme determina o art. 175 da Constituição Federal. No entanto, quanto às outras espécies de parceria entre o Poder Público e a sociedade, especialmente pelas organizações sociais, para as quais não se exige licitação, o critério com fundamento político torna-se bastante subjetivo²⁵³.

Devem-se diferenciar, no entanto, serviços públicos de serviços sociais²⁵⁴. Para Carlos Ari Sundfeld²⁵⁵, o serviço público tem como titular exclusivo o Estado, ao passo que o serviço social

²⁵² GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 255. Apud ZUGNO, Renato. Op. cit., p. 55.

²⁵³ ZUGNO, Renato. Op. cit., p. 56-7.

²⁵⁴ Gustavo Justino de Oliveira faz uma interessante reunião de conceitos sobre o tema: “Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quando ao objeto, os serviços públicos classificam-se em: (i) administrativos; (ii) comerciais ou industriais e (iii) sociais. Segundo DI PIETRO, serviço público social ‘(...) é o que atende a necessidades coletivas em que a atuação do Estado é essencial, mas que convivem com a iniciativa privada, tal como ocorre com os serviços de saúde, educação, previdência, cultura, meio ambiente; são tratados na Constituição no capítulo da ordem social’ (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 94-97). Para Carlos Ari SUNDFELD, os serviços sociais ‘(...) são, à semelhança dos serviços públicos, atividades cuja realização gera utilidades ou comodidades que os particulares fruem direta e individualmente. No entanto, diferenciam-se daqueles (dos serviços públicos) por não serem de titularidade estatal. Incluem os serviços de educação (CF, arts. 205 a 208, e 210 a 214), saúde (CF, arts. 196 e ss.) e assistência social (CF, arts. 203 e 204; 227, § 1.º; 226, § 8.º), aos deficientes, jurídicos, em caso de calamidade etc.’ (SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 83-4). Nesse sentido, segundo Paulo MODESTO, os serviços públicos sociais são caracterizados como serviço público apenas quando prestados pelo Estado, pois nesses casos, sujeitam-se ao regime jurídico de direito público. Quando prestados por particulares, tais atividades ‘não se sujeitam ao regime de serviço público, mas ao regime típico das pessoas privadas, o que muitas vezes lhes confere maior agilidade ou presteza no atendimento dos seus objetivos sociais’. Por tais motivos, prefere o autor denominar os serviços públicos sociais prestados por entes privados de serviços de interesse público’ (MODESTO, Paulo. *Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil*. In: MEREGE, Luiz Carlos (coord.) e BARBOSA, Maria Nazaré (org.). 3.º Setor – Reflexões sobre o Marco Legal. Rio de Janeiro: FGV, 2001. p. 30-32). Todavia, importante contribuição doutrinária à temática ora examinada foi recentemente

não apresenta essa titularidade estatal. Resta-nos interpretar agora se a titularidade dos serviços públicos, sob a ótica constitucional, é privativa ou exclusiva, delegável ou não aos particulares.

Na Europa, em países como França, Espanha, Itália e Alemanha, a descentralização do serviço público começou a tomar impulso na mesma proporção em esses Estados se modernizaram e aprofundaram suas democracias. Conforme Olivier Raymundie, ao Estado democrático é ínsita a delegação dos serviços públicos porque divide responsabilidades e decisões²⁵⁶.

No entanto, advirta-se aqui que a atuação das organizações componentes do terceiro setor não se baseia na delegação de serviços públicos, mas apenas na colaboração com o aparelho estatal, em empreendimentos administrativos sobre os quais o Estado não detenha a titularidade exclusiva^{257 e 258}.

Augustín A. Gordillo chega a mencionar a existência de uma “administração paralela” ou de um “parassistema jurídico-administrativo”, que compreende um procedimento administrativo formal ao lado de um procedimento informal, organizações e competências formais e informais, linguagem e metalinguagem, moral institucional e moral paralela, e até mesmo uma Constituição real que é a efetivamente aplicada²⁵⁹.

conferida por Paulo MODESTO, que procura conformar um segmento de atividades diverso da clássica dicotomia serviços públicos e atividade econômica, e por ele denominado serviço de relevância pública. Para o autor, “são de relevância pública as atividades consideradas essenciais ou prioritárias à comunidade, não titularizadas pelo Estado, cuja regularidade, acessibilidade e disciplina transcendem necessariamente a dimensão individual, obrigando o Poder Público a controlá-las, fiscalizá-las e incentivá-las de modo particularmente intenso” (MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 433-86)” (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **OSCIPS e licitação: ilegalidade do Decreto n. 5.504, de 05.08.05**. Disponível em: <http://www.zenite.com.br>. Acesso em 21-6-2006. p. 8).

²⁵⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 83.

²⁵⁶ RAYMUNDIE, Olivier. **Gestion déléguée des services publics en France et en Europe**. Paris: Le Moniteur, 1995. p. 131-4. Apud ZUGNO, Renato. Op. cit., p. 48.

²⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 128.

²⁵⁸ Importante ressaltar as lições de Eros Roberto Grau, que distingue entre serviços públicos não privatizados e privatizados do Estado: “[...] o que torna os chamados serviços públicos não privatizados distintos dos privatizados é a circunstância de os primeiros poderem ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização, ao passo que os últimos apenas poderão ser prestados pelo setor privado sob um desses regimes” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2003, p. 153).

²⁵⁹ **La Administración paralela**. Buenos Aires: Civitas, 1982. Apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**, cit., p. 287.

No entanto, Simone de Castro Tavares Coelho aponta-nos a seguinte questão: “Estado e terceiro setor: uma relação possível?”²⁶⁰.

Essa autora, que, para responder a essa questão, traçou um estudo comparativo entre os relacionamentos do terceiro setor e do Estado no Brasil e nos Estados Unidos, conclui que neste último país há uma tradição de interação, em parte fruto da sua cultura associativista. Já, no Brasil, sempre houve o relacionamento entre as agências públicas e o atualmente chamado terceiro setor, mas ele resulta de uma política assistencialista com critérios pouco universalistas.²⁶¹

O segundo ponto é que toda a bibliografia (norte-americana e brasileira) aponta para a diversidade da composição do terceiro setor nos dois países. Nos Estados Unidos, sabe-se que as agências públicas relacionam-se indiscriminadamente com todos os tipos de organização que prestam serviços sociais e que no Brasil, tradicionalmente, o Estado se relaciona com mais intensidade com apenas uma parte desse setor: as entidades assistenciais. O estabelecimento de parcerias com as organizações não governamentais é recente no Brasil, já que o perfil de prestadoras de serviços também data dos últimos anos²⁶².

O terceiro ponto colocado pela autora refere-se à conflituosidade existente nas relações entre Estado e terceiro setor. Segundo alguns autores, tais conflitos são insuperáveis e nefastos ao setor; para outros, são perfeitamente naturais em qualquer relacionamento, e os ganhos produzidos por essa relação justificam o enfrentamento das divergências²⁶³.

O próximo fator comparativo refere-se aos mecanismos de controle e avaliação dessa relação. Para os norte-americanos, estes se encontram sempre garantidos no convênios, e seu objetivo é o de obter avaliações externas, realizadas por terceiros. Já, no Brasil, esses mecanismos são praticamente inexistentes, e somente agora alguns setores atentam para sua importância. Ainda são encontradas certas resistências, pois o conhecimento de deficiências pode significar interferências tanto nas agências públicas quanto nas entidades²⁶⁴.

²⁶⁰ COELHO, Simone de Castro Tavares. **Terceiro setor**: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos. 2. ed. São Paulo: Ed. SENAC, 2002. p. 149.

²⁶¹ Id., p. 188-9.

²⁶² COELHO, Simone de Castro Tavares. Op. cit., p. 189.

²⁶³ Id., *passim*.

²⁶⁴ Id., *passim*.

O último ponto se refere, segundo Simone Coelho, a um ponto de coincidência entre os dois países: as verbas governamentais tendem a ser a principal fonte de renda das entidades. Uma diferença importante é que a receita das entidades americanas é mais diversificada, e elas conseguem atrair maior montante de recursos para seus programas²⁶⁵.

A interação do terceiro setor com o Estado se dá em três níveis principais: prestação de serviços, pressão política sobre o Estado e apoio com sugestões e exemplos alternativos de ação²⁶⁶.

Na prestação de serviços, as organizações componentes do terceiro setor parecem levar vantagem aos olhos da Administração Pública. Têm um quadro técnico especializado em temas locais e custam menos, pois não visam ao lucro no sentido empresarial. Trata-se de uma tendência já em curso. Com frequência, órgãos públicos contratam essas organizações quando necessitam de determinado gerenciamento social, por exemplo, na remoção de favelas de áreas degradadas, mananciais ou invasões²⁶⁷.

Aos olhos da globalização econômica restaria ao Estado, portanto, apenas o monopólio da defesa e das armas nacionais, a garantia da manutenção das leis, da ordem, da justiça e da segurança, além do desenvolvimento de um *level playing field* – conjunto de regras básicas que permitam aos agentes econômicos se movimentar livremente²⁶⁸.

O terceiro setor pode e deve aumentar sua capacidade de exercer pressão sobre o poder instituído: na execução de determinadas ações, na implementação dos direitos da cidadania e na definição das prioridades orçamentárias. Trata-se de um processo de natureza política, que passa por a população adquirir consciência das obrigações devidas pelo Estado ao cidadão – mesmo que tais ações sejam implementadas por ONGs²⁶⁹.

Por fim, o terceiro setor tem a missão de criar soluções para a área da inclusão social, como o “Banco da Mulher” e a prática do microcrédito. Nas regiões onde foram implantadas, essas

²⁶⁵ Id., p. 189-190.

²⁶⁶ NAVES, Rubens. Op. cit., p. 579.

²⁶⁷ COELHO, Simone de Castro Tavares. Op. cit., p. 579.

²⁶⁸ DUPAS, Gilberto. Op. cit., p. 226.

²⁶⁹ COELHO, Simone de Castro Tavares. Op. cit., p. 579.

iniciativas contribuem com sucesso para o desenvolvimento econômico da população de baixa renda²⁷⁰.

Renato Zugno observa que, se nos valêssemos das expressões de Canotilho, poderíamos considerar que os espaços públicos, que ora são oportunizados pelo Estado, são espaços de participação vinculante e semi-autônoma. Vinculante, porque há tomada de decisões e certa limitação ao Poder Público. Semi-autônoma, porquanto essas decisões devem cingir-se ao estabelecido em contrato. Não há espaço para maior discricionariedade além do acordado, e nem deve ser diferente, pois entendemos que o Estado deve manter o controle e a fiscalização sobre aquele espaço concedido, nos limites das cláusulas contratuais, que, como já dissemos, devem privilegiar o interesse público²⁷¹.

Difícilmente haverá volta para o Estado como era concebido, provendo a maior parte dos serviços e políticas públicas por meio de servidores contratados. Isso não significa que o Poder Público deve de ser o responsável pela vigência dos direitos elementares da cidadania. Como bem observou o sociólogo alemão Claus Offe, “a diminuição exagerada do Estado pode ser um risco para a democracia”²⁷², na medida em que o Estado mínimo, proposto pelo neoliberalismo, está em desigualdade perante o poderio econômico. Para esse mesmo autor, a democracia funciona bem apenas quando os cidadãos sentem que seu voto é útil, que decide os destinos de sua cidade ou país. Quando o governo é fraco, as pessoas se perguntam “para que serve a democracia se as decisões estão sendo tomadas em arenas em que o cidadão não tem influência”²⁷³.

O Estado estratégico se estabelece por duas vias. A primeira, a dos direitos políticos, no aperfeiçoamento do sistema partidário. Aqui, as ONGs vinculadas à cidadania poderão exercer pressão sobre o orçamento público, aperfeiçoar a democracia e combater a corrupção. O outro caminho é a implementação dos chamados direitos sociais e econômicos. Aqui, são as ações de exemplaridade e de multiplicidade que mais contribuem para o desenvolvimento²⁷⁴.

A promoção da atividade colaboracional privada não parece contrária à concepção social de Estado. Ressalte-se que o Estado Social também se pauta pela subsidiariedade. No entanto, não se fundamentam nesse princípio os Estados totalmente mínimos e totalmente planejados. Fora desses

²⁷⁰ Id., p. 580.

²⁷¹ ZUGNO, Renato. Op. cit., p. 42.

²⁷² **Revista Veja**, 8 abr. 1998, p. 11. Apud NAVES, Rubens. Op. cit., p. 580.

²⁷³ NAVES, Rubens. Op. cit., p. 580.

²⁷⁴ Id., p. 581.

pólos opostos, não parece lógico que o sistema jurídico exija do ente público que atue onde não seja necessário, ou mesmo onde seja imprudente sua presença²⁷⁵.

É, portanto, sob o aspecto cogente e auto-aplicável do princípio político-constitucional do Estado Social e das normas dele densificadoras que a constitucionalidade dos novos institutos de parceria e flexibilização do regime jurídico de direito público deve ser considerada²⁷⁶.

Para Alexandre Santos de Aragão²⁷⁷, a Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998, não lhe parecia inconstitucional, se as organizações sociais por ela criadas fossem implementadas de forma semelhante à verificada em relação às entidades sem fim lucrativos conveniadas ou subvencionadas. Até o momento, e com autorização expressa do artigo 22 da citada lei, só foram criadas organizações sociais decorrentes da extinção de órgãos públicos, havendo uma transformação meramente formal destes em sociedade civis não integrantes da Administração Pública, e, portanto, não sujeitas às suas regras constitucionais (licitações, limites de remuneração de pessoal etc.). Mantêm, no entanto, os servidores (art. 22, I), os bens (art. 22, II) e os recursos orçamentários do órgão extinto (art. 22, III e IV). Dessa forma, conquanto o conjunto da lei não seja ilegítimo, a maneira pela qual vem sendo aplicada é patentemente inconstitucional.

Para esse autor, a prática está inconstitucionalizando a Lei n. 9.637/98. Clèmerson Merlin Clève observa que, nesses casos, a

[...] Corte Constitucional declara constitucional a norma impugnada mas, ao mesmo tempo, alerta que ela encontra-se em trânsito para a inconstitucionalidade. Ou seja, a alteração das circunstâncias fáticas ou mesmo da compreensão do significado da Lei Fundamental pode implicar, para a norma, o inserir-se num processo de “inconstitucionalização”²⁷⁸.

Aponta também esse autor²⁷⁹ que, confirmando a verdadeira geração espontânea de institutos relativizadores do regime jurídico de direito público sem que se atenda ao objetivo de redução das desigualdades sociais (art. 1.º, III, da CF), em violação à opção do constituinte pelo Estado Social, a Lei n. 9.790/99 criou a figura das organizações da sociedade civil de interesse públicos, destinadas às pessoas jurídicas que, uma vez qualificadas como tal, poderão, mediante a celebração de “termo de parceria” para a execução de um projeto (arts. 9.º e 10), utilizar bens e

²⁷⁵ GABARDO, Emerson. Op. cit., p. 169.

²⁷⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Configuração do Estado Social brasileiro na Constituição de 1988: reflexos na despublicização da atuação estatal. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; NUZZI NETO, José (orgs.). **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Esplanada - ADCOAS, 2000. p. 46.

²⁷⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 53.

²⁷⁸ **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 257.

²⁷⁹ Id., p. 54.

recursos públicos, inclusive para comprar imóveis (art. 15). Se as pessoas jurídicas, qualificáveis como organizações da sociedade civil de interesse público, fossem apenas as entidades sem fins lucrativos, o espanto não seria tão grande quanto o causado pela análise do art. 2.º, que permite a qualificação de instituições financeiras (V e XIII), empresas de planos de saúde (VI) e sociedade comerciais (I), genericamente consideradas.

A flexibilização do regime jurídico de direito público, se houver a transferência ou a renúncia de recursos, é excepcionalmente admitida apenas se, indubitavelmente, atender aos cânones do Estado Social de Direito, ou seja, se, de forma evidente, gerar benefícios diretos às parcelas menos favorecidas da população, observados os princípios da moralidade, impessoalidade, igualdade e legislação infraconstitucional que os densifica, notadamente as regras de licitação e de contratos administrativos²⁸⁰.

Assim, como visto, a constitucionalidade da ação conjunta do Estado e do terceiro setor com a transferência de recursos públicos do primeiro para o segundo deve ser feita de acordo com o regramento constitucional-legal, de forma que os princípios da Administração Pública sejam assegurados tanto pelo Estado quanto pelo terceiro setor, que estará desempenhando função pública, muitas vezes até com recursos estatais.

No entanto, ressalte-se que essa prática tão defendida pelos neoliberais, tais como Jeffrey Sachs, desde a década de 1980, passa agora, após duas décadas de intensificação em sua aplicação, a ser colocada em dúvida. Em recente entrevista a um importante periódico mensal brasileiro, o ferrenho neoliberalista considera que a erradicação da pobreza extrema exige sim investimentos do Estado em saúde, educação e infra-estrutura, já que a iniciativa privada não investirá em áreas mais pobres do planeta, em razão da falta de mercado. Aponta, ainda, que há hoje mais de 1 bilhão de pessoas na luta pela sobrevivência e que, com ações bem programadas pelo Estado, é possível acabar com o problema até 2025²⁸¹.

Carlos Montaña adverte-nos que as políticas sociais promovidas pelo terceiro setor tendem à multifragmentação do trato da questão social, pois, além de sua setorialização genética, são agora multifragmentadas, dada a pequena área de abrangência das organizações desse setor. Adverte,

²⁸⁰ Id., p. 57.

²⁸¹ Tragam o Estado de volta. **Exame**, 22 mar. 2006.

ainda, que o terceiro setor não poderia compensar em quantidade, qualidade, variedade e abrangência as políticas sociais e assistenciais abandonadas pelo Estado²⁸².

O mesmo autor condena a estimulação desse debate. Considera que, ao transferir o debate das atividades que expressam funções sociais a partir de determinados valores para um debate sobre organizações em âmbito específico, o que se dá é a verdadeira transformação de uma questão político-econômico-ideológica numa questão meramente técnico-operativa. Em vez de discutir os fundamentos, modalidades e responsabilidades da função social de resposta às demandas sociais, discute-se, de forma isolada, se as organizações do terceiro setor podem dar essa resposta²⁸³.

Aponta que essa transferência ocasiona não apenas a setorialização do real, mas uma verdadeira despolitização do fenômeno e do debate, levando a discussão para a comparação entre o Estado, cujo aparato se mostra burocrático, ineficiente, corrupto, rígido e em crise fiscal, e organizações do terceiro setor, as quais são tidas como dinâmicas, democráticas, populares, flexíveis, atendendo às particularidades regionais e categorias²⁸⁴.

Acrescenta que, se há escassez de recursos estatais, ela está mais atrelada às privatizações de empresas superavitárias, à história clientelista do Estado, à corrupção, ao constante financiamento direto ou indireto ao capital, à perda de arrecadação pela sonegação de grandes empresas e produto e também da informalização do trabalho, das falências de empresas nacionais (produto da importação indiscriminada) e do aumento do desemprego, e não ao destino dos recursos que eram dirigidos à atividade social do Estado²⁸⁵.

No ponto seguinte serão destacadas duas formas de qualificação de pessoas jurídicas pertencentes ao terceiro setor, que poderão, cada vez mais, atuar, seja em parceria, seja em completa substituição ao serviço público, quais sejam: as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público.

²⁸² MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 169.

²⁸³ Id., p. 185.

²⁸⁴ Id., *passim*.

²⁸⁵ Id., p. 187.

4.3 A Emenda Constitucional n. 19 e a reforma administrativa

Diante da crise do Estado, gerada até mesmo pela proposta irrealista do pensamento neoliberal do Estado mínimo, torna-se imprescindível sua reconstrução, não apenas de forma a garantir a propriedade e os contratos, mas também a exercer seu papel complementar ao mercado na coordenação da economia e na busca da redução das desigualdades sociais, esta, talvez, mais desejada pela sociedade²⁸⁶.

O Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado elaborado pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado – MARE diferencia a reforma do Estado da reforma do aparelho do Estado. Reformar o Estado significa melhorar não apenas sua organização e seu pessoal, mas também suas finanças e todo o seu sistema institucional-legal, permitindo que este tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade. Por outro lado, reformar o aparelho do Estado significa garantir-lhe maior governança, ou seja, maior capacidade de governar, maior condição de implementar as leis e políticas públicas²⁸⁷.

Para o ex-Ministro Bresser Pereira, a crise burocrática de administração do Brasil emergiu com maior força no final dos anos 80, em função do retrocesso burocrático representado pela Constituição de 1988, que passa a ser considerada fonte de burocracia e ineficiência.

No entanto, adverte o professor Robertônio dos Santos Pessoa que o princípio da legalidade e o princípio democrático, tal como dispostos na Constituição Federal de 1988, não podem ser vistos como entraves à governabilidade ou como responsáveis pela ineficiência que hoje permeia diversos setores da Administração Pública²⁸⁸.

Para o mesmo ex-Ministro Bresser Pereira, a “abertura democrática no Brasil não foi apenas, como bem observou Weffort, conservadora; foi também populista e, afinal, burocrática”. Considera, ainda, que

²⁸⁶ CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As agências reguladoras no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 35.

²⁸⁷ Id., *passim*.

²⁸⁸ **Alerta! A “nova administração pública”**. Jus Navigandi (on-line), n. 43, p. 2, maio 2000. Apud BARBADO, Michelle Tonon. Op. cit., p. 316.

[...] o pacto político que comandou a transição para a democracia do País a partir dos anos 70, e que chegou ao poder em meados dos anos 80, além de democrático era populista, na medida em que foi incapaz de reconhecer a crise fiscal e partiu para uma política expansionista e ingenuamente distributivista, que teve seu auge no Plano Cruzado. E afinal se revelou burocrático porque, paradoxalmente, a Constituição de 1988 consagrou um burocratismo sem precedentes na história do País.

Assim, completa, “a crise agravou-se (...) a partir da Constituição de 1988, quando se salta para o extremo oposto (ao do contexto da ditadura militar) e a administração pública brasileira passa a sofrer do mal oposto: o enrijecimento burocrático extremo”²⁸⁹.

A reforma do aparelho do Estado tem como objetivo tornar mais eficientes as atividades exclusivas do Estado, por meio da transformação de autarquias em agências autônomas, bem como tornar mais eficientes os serviços sociais competitivos ao transformá-los em organizações públicas não estatais de um tipo especial, que são as organizações sociais²⁹⁰.

O Estado brasileiro resolveu, portanto, abandonar o modelo de Administração Pública burocrática, para adotar o modelo gerencial, o qual se encontra calcado numa Administração que prima pelos valores da eficiência e qualidade na prestação dos serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial na Administração Pública²⁹¹.

Com a reforma do aparelho administrativo, o Estado brasileiro visa a limitar sua ação àquelas funções que lhe são próprias, reservando, em princípio, os serviços não exclusivos para a propriedade pública não estatal, e a produção de bens e serviços direcionados ao mercado, para a iniciativa privada²⁹².

Resumidamente, esse plano de reforma tem como principais objetivos práticos: no plano econômico, diminuir o déficit público e ampliar a capacidade financeira do Estado, com o intuito de concentrar recursos em áreas nas quais se faz indispensável a intervenção direta; no plano social, aumentar a eficiência dos serviços oferecidos ou financiados pelo Estado, atendendo melhor o cidadão, que passa a ser chamado de cidadão-cliente, ou simplesmente cliente do Estado; no plano político, ampliar a participação dos cidadãos na gestão da coisa pública²⁹³.

²⁸⁹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania**. A reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: Editora 34, 1999. p. 183 e ss. Apud MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 219-20.

²⁹⁰ Id., *passim*.

²⁹¹ Id., p. 39.

²⁹² CAL, Arianne Brito Rodrigues. Op. cit., p. 41.

²⁹³ BARBADO, Michelle Tonon. Op. cit., p. 306-7.

No núcleo dos serviços não exclusivos, transferem-se para o setor não estatal os mesmos serviços por meio de um programa de publicização, transformando as fundações e associações provadas em organizações sociais. Esse processo de publicização, muito combatido por autores antineoliberalistas, consiste na descentralização para o setor público não estatal da execução de serviços que não envolvem o exercício do poder do Estado, mas que devem ser subsidiados por ele²⁹⁴.

A denominada publicização de serviços dá-se mediante o financiamento de atividades praticadas pelo terceiro setor e mediante a celebração de termos de parceria (entre o Estado e as organizações da sociedade civil de interesse público) e de contratos de gestão (entre o Estado e as organizações sociais).

Mas, se o financiamento das atividades prestadas pelo terceiro setor ainda continua sendo estatal, por que o Estado transfere sua responsabilidade de intervenção social?

Essas formas de financiamento²⁹⁵ encontram fundamento, por um lado, na real redução relativa de gastos sociais, porque é mais barato as organizações do terceiro setor prestarem serviços precários, pontuais e locais, que o Estado desenvolva políticas sociais universais permanentes e de qualidade. Por outro lado, o objetivo desses financiamentos, fundamentalmente e de forma ideológica, é transferir a responsabilidade estatal, que se supõe ser ineficiente, burocrática e não especializada, para outra esfera de resposta, supostamente mais democrática e mais eficiente – o terceiro setor²⁹⁶.

Como conseqüência do desenvolvimento do terceiro setor, em complemento ao processo de desarticulação da responsabilidade social do Estado, processam-se certos e perigosos deslocamentos: de lutas sociais para a negociação, no âmbito da parceria; de direitos por serviços sociais prestados pela atividade voluntária e filantrópica; da solidariedade social compulsória para a solidariedade voluntária; do âmbito público para o privado; do universal, estrutural e permanente para o local, focalizado e fortuito²⁹⁷.

²⁹⁴ Id., p. 42.

²⁹⁵ “Conforme Salamon, nos EUA, Inglaterra, França, Alemanha, Itália, Hungria e Japão, ‘fonte principal de apoio são as taxas e os encargos sobre serviços, que representam 47% da renda do Terceiro Setor nesses países. A segunda mais importante fonte de apoio é o governo, que entra com 43%. As doações de particulares, de indivíduos, fundações e empresas, ao contrário, não passam de 10%’” (*in* Ioschpe, 1997:95)” (MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 214).

²⁹⁶ MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 199-200.

²⁹⁷ MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 200.

São formas desse financiamento estatal para as atividades desenvolvidas pelo terceiro setor²⁹⁸:

- a) auxílios e contribuições: os auxílios derivam diretamente da Lei de Orçamento; as contribuições definem-se por lei específica. Para fins de orçamento público, de acordo com o § 6.º do art. 12 da Lei n. 4.320/64, são definidos como despesas de capital (transferências de capital);
- b) subvenções sociais: destinadas a cobrir despesas de custeio de entidades públicas ou privadas, sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência social, médica ou educacional. Para fins de orçamento público, de acordo com §§ 2.º e 3.º do art. 12 da Lei n. 4.320/64, são definidas como despesas correntes (transferências correntes);
- c) convênios, acordos ou ajustes: são o meio jurídico adequado para a execução, em regime de mútua cooperação, de serviços de interesse recíproco;
- d) benefícios fiscais: por meio da imunidade tributária veiculada no inciso VI, alínea *c*, da Constituição Federal, bem como por meio de isenções fiscais, veiculadas em leis;
- e) contratos de gestão: o Estado destina recursos para que as organizações sociais, sem certame licitatório, realizem atividades públicas. Introduzidos no ordenamento jurídico por meio da Lei n. 9.637/98;
- f) termos de parceria: o Estado transfere recursos públicos para as organizações da sociedade civil de interesse público. Introduzidos no ordenamento jurídico por meio da Lei n. 9.790/99.

Serão estudadas agora as duas últimas modalidades de financiamento estatal, apresentando-se as duas formas de qualificação que as organizações da sociedade civil podem obter: organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público.

4.3.1 Das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público

Considerando como integrantes do terceiro setor as associações, fundações e cooperativas sociais (regidas pela Lei n. 9.867, de 10-11-1999, excluindo-se as cooperativas tradicionais, regidas

²⁹⁸ SZAIZI, Eduardo. **Terceiro setor**: regulação no Brasil. São Paulo: Peirópolis, 2000. p. 103-10.

pela Lei n. 5.764/71), tratar-se-á aqui sobre duas qualificações dessas pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos: as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público, as já atualmente conhecidas por OSCIPs.

4.3.1.1 Das organizações sociais

A primeira das qualificações acima citadas consiste em uma qualificação de organização pública não estatal criada dentro de um projeto de reforma estatal, para que as associações e fundações de direito privado possam absorver atividades publicizáveis mediante qualificação específica de lei²⁹⁹ e ³⁰⁰.

Há, portanto, quem discorde da proposta apresentada pelo extinto Ministério da Administração e Reforma do Estado, o qual, durante o primeiro mandato do governo Fernando Henrique Cardoso, sugeriu, por exemplo, a transformação das universidades e demais instituições de educação superior em organizações sociais, propondo, portanto, a descentralização por colaboração.

²⁹⁹ PAES, José Eduardo Sabo. Op. cit., p. 80.

³⁰⁰ Valter Shuenquener de Araújo historia que as organizações sociais são “instituições inspiradas nas *quase-autonomous governmental organizations (quangos)* do direito inglês e surgem no Brasil como um instrumento para reforçar o brilho do Terceiro Setor em um período em que os títulos de utilidade pública se tornaram carentes de credibilidade. A ausência de um controle direto e efetivo das entidades de utilidade pública e a excessiva discricionariedade para a concessão desses títulos fez com que essas pessoas jurídicas caíssem em total descrédito, o que acarretou a necessidade de previsão legal de novas entidades” (ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Op. cit., p. 273). Jayme Baleeiro Neto, sobre esse mesmo ponto, aduz, citando monografia de Robério Nunes dos Anjos Filho, que as “organizações sociais, ao que tudo indica, foram inspiradas em instituições estrangeiras análogas, especialmente nas *quangos – quase non-governmental organizations*, entidades autônomas desenvolvidas principalmente após a Segunda Guerra Mundial (embora a presença de alguns órgãos semi-independentes seja verificada há séculos no governo britânico), nas quais se transformaram as universidades e hospitais públicos do Reino Unido. Outros países europeus adotaram este tipo de instituição, que terminou por se espalhar pelo mundo, alcançando também, por exemplo, a Austrália e a Nova Zelândia. Tais entidades são voltadas para áreas sociais, recebem recursos públicos, firmam relação contratual com o Estado e submetem-se a exigências relativas à composição dos seus órgãos de deliberação” (ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **A prestação de serviços não-exclusivos na reforma administrativa**. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico). Salvador: UFBA, 2001. Disquete 3,5 pol. Word. p. 152. Apud BALEEIRO NETO, Jayme. **As organizações sociais e o controle dos Tribunais de Contas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 22).

Esse tipo de qualificação foi proposto ainda durante a existência do Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE) e aprovado pela Câmara da Reforma do Estado em reunião de 21 de setembro de 1995³⁰¹. Apenas em 15 de maio de 1998, a Lei n. 9.637, instituidora das organizações sociais³⁰², foi aprovada, sob o manto do princípio da eficiência, acrescentado ao art. 37 da Constituição Federal pela Emenda n. 19, de 14 de maio de 1998³⁰³.

O art. 1.º dessa lei atribui como atividades das pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que possam receber a qualificação de organização social as relacionadas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde³⁰⁴.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro apresenta-nos as seguintes características na organização social³⁰⁵:

- a) pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos;
- b) deve habilitar-se perante a Administração Pública, para a obtenção de qualificação de organização social;
- c) pode atuar nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde;
- d) seu órgão de deliberação máxima deve conter representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
- e) as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social são definidas por meio de contrato de gestão, que deve especificar o programa de trabalho proposto pela organização social, estipular as metas a

³⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, cit., p. 311.

³⁰² Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta como origem das organizações sociais os serviços sociais autônomos (**Parcerias na Administração Pública**, cit., p. 205).

³⁰³ Valter Shuenquener de Araújo historia que, após “o momento inicial de afastamento do Estado da economia e da prestação direta de serviços de utilidade pública, verificamos a ocorrência de dois fatos marcantes. De um lado, a criação de agências reguladoras se fez presente, fato que decorreu da necessidade de existência de um ambiente propício à exploração de atividades econômicas e à prestação de serviços públicos. De outro, o Estado passou a estimular a atividade de particulares que colaboram com a Administração Pública. Ganhou força o Terceiro Setor, composto por entes que, sem finalidade lucrativa, representam a iniciativa privada e são fomentados pelo Estado. Essas entidades do Terceiro Setor não fazem parte da Administração Pública indireta. Elas não foram mencionadas pelo Decreto-Lei n. 200/67 e nem mesmo pela Constituição da República como integrantes da Administração Pública. E não poderia deixar de ser diferente, pois elas podem existir mesmo sem qualquer estímulo estatal. Com efeito, uma entidade particular sem fins lucrativos pode, desamparada por completo de recursos públicos, realizar inúmeras atividades de interesse público” (ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Op. cit., p. 266).

³⁰⁴ Como exemplos dessas organizações têm-se a Fundação Roquette Pinto e o Laboratório Nacional Luz Síncrotron. Estas integravam a Administração Pública, foram extintas e, logo após, criadas com a autorização legal para serem qualificadas como organizações sociais (ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Op. cit., p. 273).

³⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, cit., p. 311-2.

serem atingidas, os respectivos prazos de execução, bem como os critérios objetivos de avaliação de desempenho, inclusive mediante indicadores de qualidade e produtividade;

- f) a execução do contrato de gestão será supervisionada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada; o controle que sobre ela exerce é o resultado;
- g) o fomento pelo Poder Público poderá abranger: destinação de recursos orçamentários e bens necessários ao cumprimento do contrato de gestão, mediante permissão de uso, com dispensa de licitação; cessão especial de servidores públicos, com ônus para a origem; dispensa de licitação nos contratos de prestação de serviços celebrados entre a Administração Pública e a organização social;
- h) poderá ser desqualificada quando descumprir as normas do contrato de gestão.

Essas organizações sociais encontram-se na esteira da Emenda Constitucional n. 19, de 5 de junho de 1998, que cuidou da chamada reforma administrativa, proposta sob a ótica do neoliberalismo que almeja o Estado “mínimo”, no qual também aquelas atribuições típicas do Estado, como saúde e educação, poderiam passar para o controle da iniciativa privada. As instituições denominadas “organizações sociais”, que tiveram e têm no Ministro Bresser Pereira seu maior propulsor, não têm o objetivo de colocar o Estado sob o controle da sociedade, mas sim de privatizá-lo ainda mais, entregando-o, até nos setores mais elementares, como saúde, a pequenos grupos econômicos que se revezam e se cotizam para dominar agora também os espaços públicos “disponíveis”. Nosso temor é fundado na sua regulamentação por meio da Lei n. 9.637/98, a qual preceitua que “a transferência de serviço público não é antecedida por licitação, mas por mera qualificação da entidade civil interessada como organização social pela Administração”. Prevê, outrossim, que estas estarão libertadas das formas tradicionais de burocracia e que a verificação e posterior reconhecimento como entidade civil de organização social pode ser feita pelo ministro de Estado ou titular do órgão supervisor/regulador da área de atividade (art. 2.º).³⁰⁶

A lei regulamentadora das organizações sociais é considerada inconstitucional por ferir frontalmente o art. 175 da Constituição Federal, o qual determina que a prestação de serviços públicos, quando não desempenhada diretamente, será feita por meio de concessão ou permissão, sempre por licitação. Além disso, é inconstitucional por pretender libertar essas organizações sociais das formas burocráticas tradicionais, por exemplo, o controle externo do Poder Legislativo

³⁰⁶ ZUGNO, Renato. Op. cit., p. 2-3.

conduzido pelo Tribunal de Contas, contrariando, portanto, os arts. 37 e 70 a Constituição Federal³⁰⁷.

Além dessas inconstitucionalidades, não ficaram bem definidos os critérios acerca da comprovação da capacidade e qualificação dos instituidores e dirigentes dessas entidades civis que queiram postular o *status* de organização social. Para Renato Zugno, com isso, não faltará *lobby* de setores economicamente fortes, e, por isso, bem aparelhados no sentido de conquistar invariavelmente o objeto de seus desejos³⁰⁸.

Considera que a proposta governamental, portanto, oriunda da reforma do Estado explicitada pela Emenda Constitucional n. 19, não se configura como valorização da democracia fundada na emancipação e valorização da inclusão social nos desígnios do Estado da maior parte possível da sociedade, mas, apenas, de mais um subterfúgio privatista de monopólio do Estado pelos particulares detentores do grande capital financeiro³⁰⁹.

Atentemos para o § 8.º do art. 37 da Constituição Federal:

Art. 37.

§ 8.º. A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o Poder Público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I – o prazo de duração;

II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades dos dirigentes;

III – remuneração de pessoal.

É nesse parágrafo que se encontra o fundamento constitucional para a edição da Lei n. 9.637/98, que regula as organizações sociais. É notório que várias pessoas jurídicas já celebravam esse tipo de ajuste, como, por exemplo, a Companhia Vale do Rio Doce, a Petrobras e os serviços sociais autônomos. A celebração tinha como fundamento o Decreto federal n. 137/91, alvo de inúmeras e severas críticas, como adverte Arianne Brito Rodrigues Cal, por parte da doutrina, sob o

³⁰⁷ ZUGNO, Renato. Op. cit., p. 3.

³⁰⁸ Id., p. 3.

³⁰⁹ Id., p. 4.

argumento de que para a celebração desses ajustes seria necessária lei regulando a matéria e não simples decreto e, por essa razão acabaram sendo impugnados pelo Tribunal de Contas da União³¹⁰.

O texto do parágrafo acima transcrito apresenta algumas incongruências. Estabelece a possibilidade de que se travarem contratos de gestão entre o Poder Público e empresas estatais e ainda entre o Poder Público e órgãos da Administração direta.

Quanto à primeira hipótese, vislumbra-se a possibilidade e viabilidade da formação de contratos, estabelecendo objetivos, metas e prazos para a consecução destas.

No entanto, como poderia o Poder Público travar contrato com sua própria Administração direta, já que muitos de seus órgãos não possuem sequer personalidade jurídica própria?

A hipótese parece esdrúxula para Arianne Brito Rodrigues Cal, já que seria impossível o Estado contratar consigo mesmo³¹¹. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, contrato celebrado entre órgãos da Administração direta seria, no mínimo, impossível ou inválido³¹².

Com essa qualificação, a pessoa jurídica sem fins lucrativos que tenha por objeto social uma das atividades acima mencionadas poderá celebrar com a Administração Pública, sem precisar submeter-se a um procedimento licitatório, com base, portanto, no poder discricionário desta, um contrato de gestão.

Deve-se salientar que não se trata de um contrato autêntico, já que não existe um ajuste envolvendo prestações recíprocas. O que há é um pacto que envolve interesses comuns em regime de cooperação. Essa espécie de contrato, portanto, assemelha-se muito mais à figura dos convênios³¹³.

Para o desenvolvimento desse contrato, a contratada poderá receber recursos públicos para investir nas áreas apontadas no art. 1º da lei em comento, bem como bens públicos, mediante permissão de uso, o que deverá constar expressamente em cláusula contratual (cf. art. 11, § 3.º).

³¹⁰ CAL, Arianne Brito Rodrigues. Op. cit., p. 44-5.

³¹¹ CAL, Arianne Brito Rodrigues. Op. cit., p. 47.

³¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 191.

³¹³ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Op. cit., p. 274.

Além de recursos e bens públicos, a Administração Pública poderá ceder à contratada servidor público³¹⁴. É o que estabelece o art. 14 da Lei n. 9.637/98.

Renato Zugno³¹⁵ enumera o conteúdo mínimo dos contratos de gestão:

- a) deverão conter a forma como a autonomia será exercida;
- b) as metas a serem cumpridas pelo órgão ou entidade no prazo estabelecido;
- c) controle de resultado.

Pelo exposto até aqui, nota-se que as organizações sociais são regidas por um regime jurídico híbrido³¹⁶, pois, apesar de terem sido constituídas como pessoas jurídicas de direito privado, com a obtenção da qualificação e a celebração de contrato de gestão, passam a prestar serviços públicos, receber auxílio material e financeiro, devendo, ainda, submeter-se aos mandamentos do direito público no tocante ao controle dos atos estatais.

Em razão desse regime jurídico híbrido, o qual não foi tão bem delineado na Lei n. 9.637/98, a doutrina vem apontando algumas inconstitucionalidades da lei, as quais vêm sendo objeto de ações diretas de inconstitucionalidade.

Essa crítica está inserida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923-6, protocolizada no Supremo Tribunal Federal em 1.º de dezembro de 1998, refere-se à lei em comento:

[...] parte da equivocada e implícita idéia de que, para se garantir a eficiência e a qualidade dos serviços públicos, rotulados como “sociais”, o caminho a ser seguido, o princípio fundamental a ser obedecido é o da reforma do aparelho do Estado por meio da transferência das responsabilidades executadas por entidades públicas para entidades privadas, não integrantes da Administração Indireta. Descentralização do aparelho de Estado propriamente dito para o setor público não estatal, ou, mais especificamente, para o setor privado, mediante “parceria” com a sociedade, na qual particulares assumem a gestão de bens, recursos e serviços públicos até então prestados por entidades estatais integrantes da Administração Indireta. Descentralização que deixa de ser por serviços, técnica ou funcional e que passa a ser descentralização por colaboração.

³¹⁴ Como bem ressalta Arianne Brito Rodrigues Cal, o “regime jurídico do pessoal da Organização Social é celetista, típico das empresas privadas e, não se exige o critério do concurso público para preenchimento das vagas, fato que por si só burla a regra constitucional. Todavia, é necessário ter em mente que tal Organização é uma entidade privada, à qual, preenchidos os requisitos legais, lhe é conferida qualificação de organização social a fim de prestar serviço público, não típico do Estado, mediante contrato de gestão. Não é, portanto, nem órgão e nem entidade estatal” (Op. cit., p. 54).

³¹⁵ ZUGNO, Renato. Op. cit., p. 72.

³¹⁶ ZUGNO, Renato. Op. cit., p. 73.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta que, para que a organização social se enquadrasse adequadamente aos princípios constitucionais norteadores do patrimônio público, seria necessário no mínimo atender a estas questões:

- a) promoção de certame licitatório para a escolha da entidade;
- b) comprovação de que a entidade tenha existência e funcionamento anterior à obtenção da qualificação em organização social, comprovando a existência de sede própria, patrimônio, capital, entre outros requisitos exigidos para que uma pessoa jurídica se constitua validamente;
- c) demonstração de qualificação técnica e idoneidade financeira para administrar o patrimônio público;
- d) submissão aos princípios da licitação;
- e) submissão aos tetos salariais da Administração Pública, quando dependam de recursos orçamentários do Estado para o pagamento de seus empregados;
- f) prestação de garantia tal como exigida nos contratos administrativos em geral, exigência essa mais aguda na organização social, pelo fato de ela administrar patrimônio público.

Ressalte-se o trâmite de duas ações diretas de inconstitucionalidade que questionam dispositivos da Lei n. 9.637/98, ora em comento. A de n. 1.923-5/DF, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), ainda não teve o mérito julgado, tendo seu pedido de medida liminar indeferido pelo Relator Ministro Ilmar Galvão, em 5 de agosto de 1999³¹⁷.

A outra, de n. 1.943-1/DF, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, não teve sequer seu pedido de medida liminar apreciado. Foi determinado o sobrestamento do feito até o julgamento da medida cautelar da ADIn de n. 1.923-5.

Essas ADIns insurgem-se contra a ausência de critério para a atribuição do título de organização social, cuja competência se tornou exclusiva do Poder Executivo. Defendem que essa

³¹⁷ “Após o Relatório, o julgamento foi adiado por indicação do Senhor Ministro Ilmar Galvão (Relator). Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Velloso (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Marco Aurélio (Vice-Presidente). - Plenário, 24.06.1999. Prosseguindo no julgamento, e após o voto do Senhor Ministro Ilmar Galvão (Relator), indeferindo o pedido de medida liminar, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista formulado pelo Senhor Ministro Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. - Plenário, 05.08.1999. Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Nelson Jobim, justificadamente, nos termos do § 001º do artigo 001º da Resolução n. 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. - Plenário, 28.04.2004. /# Após o voto do Presidente, Ministro Nelson Jobim, que indeferia o pedido de liminar, acompanhando o Relator, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Não participa da votação o Senhor Ministro Carlos Britto, por suceder ao Senhor Ministro Ilmar Galvão, Relator. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. - Plenário, 29.03.2006” (Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 29-5-2006).

atribuição sem fixação de limites consiste em patente violação ao princípio da legalidade administrativa e, por conseguinte, ao Estado de Direito³¹⁸.

Questionam, também, a forma como são firmados os contratos de gestão, por permitir a lei a contratação com a Administração Pública sem licitação, em ofensa explícita ao princípio da isonomia³¹⁹.

Acrescente-se, ainda, que o Conselho Federal da OAB pretende por meio da ADIn proposta a declaração de inconstitucionalidade de toda a Lei n. 9.637/98, sob o argumento de que o Poder Público não pode transferir totalmente à iniciativa privada atribuições que lhe competem (conforme os arts. 196, 205, 215, 216, §§ 1.º e 2.º, e 218, § 1.º, todos da Constituição Federal)³²⁰.

4.3.1.2 Das organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs)

Passa-se, agora, ao estudo das organizações da sociedade civil de interesse público, já que poderão obter essa qualificação as pessoas jurídicas não enumeradas no art. 2.º da Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999, e que apresentem, no mínimo, uma das atividades arroladas no art. 3.º.

O art. 2.º da mencionada lei determina que não são passíveis de qualificação como organizações da sociedade civil de interesse público: as sociedades empresárias; os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional; as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais; as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações; as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios; as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados; as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras; as escolas privadas dedicadas ao ensino

³¹⁸ BARBADO, Michelle Tonon. Op. cit., p. 316.

³¹⁹ Id., *passim*.

³²⁰ BARBADO, Michelle Tonon. Op. cit., p. 317.

formal não gratuito e suas mantenedoras; as organizações sociais (que já encontram regramento na Lei n. 9.637/98); as cooperativas; as fundações públicas; as fundações, sociedades ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas e as organizações creditícias que tenham quaisquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal.

Mas não é qualquer pessoa jurídica sem finalidade lucrativa que não figure no rol apresentado acima que pode requerer a qualificação de OSCIP. É requisito básico finalístico que a pessoa jurídica atenda ao princípio da universalização dos serviços e que apresente em suas finalidades ou objetivos estatutários uma das seguintes atividades³²¹: promoção da assistência social; promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; promoção gratuita da educação, observando a forma complementar de participação das organizações de que trata a lei; promoção gratuita da saúde, observando também a forma complementar de participação das organizações de que trata a lei; promoção de segurança alimentar e nutricional; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; promoção do voluntariado; promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; experimentação, não lucrativa, de novos modelos socioprodutivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; promoção da ética, paz, cidadania, direitos humanos, democracia e de outros valores universais e, por fim, estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas anteriormente.

A qualificação de OSCIP consiste em uma certificação dada pelo Ministério da Justiça às pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, já apontadas acima, que sejam regidas por um estatuto com as seguintes regras específicas, além das expostas no Código Civil: observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência; adoção de práticas de gestão administrativa necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação no processo decisório; existência de um conselho fiscal dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade; previsão de que, em caso de

³²¹ PAES, José Eduardo Sabo. Op. cit., p. 116.

dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos da lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta; a possibilidade de instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aquelas que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente à sua área de atuação; e, ainda, que apresente as normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade, determinando, no mínimo, a observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade; que seja dada publicidade por qualquer meio eficaz no encerramento do exercício fiscal ao relatório de atividades e das demonstrações financeiras da entidade, incluindo as certidões negativas de débitos junto ao INSS e ao FGTS, colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão; realização de auditoria, inclusive por auditores externos independentes, se for o caso, da aplicação dos eventuais recursos objeto do termo de parceria, conforme previsto em regulamento, e a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pelas organizações da sociedade civil de interesse público será feita conforme determina o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal³²².

Essa qualificação pode culminar com o estabelecimento de um termo de parceria entre o Poder Público e a pessoa jurídica qualificada como OSCIP, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no já apontado art. 3.º da lei ora em comento. O estabelecimento do termo de parceria e o recebimento de recursos públicos pela OSCIP dependerão de o órgão estatal ter interesse em promover parceria para a realização de projetos com a OSCIP. Ressalte-se aqui que, quando os recursos públicos repassados por meio de termo de parceria forem superiores a R\$ 600.000,00, exige-se a realização de auditoria independente³²³.

O termo de parceria deve especificar, como cláusulas essenciais: o objeto, com detalhamento do programa de trabalho; as metas e resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução do cronograma; os critérios objetivos de avaliação de desempenho, mediante indicadores de resultado; previsão de receitas e despesas, inclusive com detalhamento das remunerações e benefícios do pessoal a serem pagos com recursos oriundos ou vinculados ao termo de parceria;

³²² “Art. 70.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utiliza, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.”

³²³ PAES, José Eduardo Sabo. Op. cit., p. 136.

obrigatoriedade de apresentação de relatório anual, com comparação entre as metas e os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas; publicação na imprensa oficial do extrato do termo de parceria e de demonstrativo de sua execução física e financeira³²⁴.

Como se pode notar, a lei que regula as OSCIPs, também denominada “Marco Legal do Terceiro Setor”, é bem rigorosa, o que determina que o Ministério da Justiça selecione apenas organizações que preencham todos os requisitos.

Atualmente, de acordo com dados fornecidos pelo Ministério da Justiça em seu *site* (www.mj.gov.br), entre 1999 e 2003, foram registrados 2.356 pedidos para essa qualificação, tendo sido deferidas apenas 1.488 qualificações.

De 2003 para 2006 o número de deferimentos saltou de 1.488 para 3.707³²⁵.

Como visto, ainda é pequeno o número de entidades que possuem o título de OSCIP, se comparado com o número de organizações existentes, cerca de 200 mil.

A sua qualificação, ao contrário das organizações sociais, não se dá de forma discricionária, mas de forma vinculada, ou seja, comprovados os requisitos legais, será concedida a referida qualificação às pessoas jurídicas de direito privado requerentes.

Essas duas espécies de organizações são também espécies de delegação de serviço público pelo Estado. Tal como acontece no regime das concessões, altera-se o agente prestador dos serviços do Estado para o privado, sob o fundamento de maior eficiência e agilidade do último. Assim, a titularidade dos serviços continua do Estado, mas o seu exercício é transferido ao privado.

Enquanto nas organizações sociais o Estado abre mão do serviço público para transferi-lo à iniciativa privada, nas organizações da sociedade civil de interesse público o Estado trava parceria com o particular, ajudando e cooperando na prestação de um serviço público voltado para toda a coletividade³²⁶.

³²⁴ CAL, Arianne Brito Rodrigues. Op. cit., p. 56-7.

³²⁵ Número obtido pelo *site* do Ministério da Justiça, em 17/03/06.

³²⁶ CAL, Arianne Brito Rodrigues. Op. cit., p. 58. Na mesma linha, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta como traços diferenciadores entre organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público: “Nas OS, o intuito evidente é o de que elas assumam determinadas atividades hoje desempenhadas como serviços públicos, por entidades da Administração Pública, resultando na extinção destas últimas. Nas organizações da sociedade civil de caráter público, essa intenção não resulta implícita ou explicitamente, da lei, pois a qualificação da entidade como tal não afeta

Ressalte-se que tanto nas organizações sociais quanto nas organizações da sociedade civil de interesse público o Estado é visto como parceiro, fazendo desaparecer a relação de luta de reivindicações, fortalecendo a relação de negociação entre parceiros e quase sempre relegando para segundo plano a atividade do movimento social e submetendo-o à nova lógica da negociação e de dependência econômica com relação ao Estado³²⁷.

Numa tentativa de atribuir maior controle aos gastos dos recursos públicos transferidos voluntariamente às organizações sociais e às organizações da sociedade civil de interesse público, por meio de contratos de gestão e de termos de parceria, o Decreto federal n. 5.504, de 5 de agosto de 2005, estabeleceu que esses instrumentos devem conter a obrigação de que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por essas organizações sejam contratadas mediante processo de licitação pública, na modalidade pregão e preferencialmente na forma eletrônica.

No entanto, vem sendo questionada a constitucionalidade desse decreto federal, pelo fato de este violar o inciso XXVII do art. 22 e o inciso XXI do art. 37, ambos da Constituição Federal, já que apenas obrigam a promoção de licitação pelos órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta. Essas organizações não detêm vínculo orgânico com o Estado, mas apenas um vínculo consensual decorrente de termos de parceria e outras avenças³²⁸.

4.4 Aplicabilidade de alguns temas constitucionais ao terceiro setor

Apesar de não aparente, o terceiro setor, por sua atividade conjunta com o Estado, assumindo, algumas vezes, atividades que lhe eram exclusivas, pode ter outros dispositivos constitucionais regendo suas atividades.

em nada a existência ou as atribuições de entidades ou órgãos integrantes da Administração Pública. Além disso, a entidade privada, para ser qualificada, tem que ter existência legal, já que, dentre os documentos exigidos para a obtenção da qualificação, estão o balanço patrimonial e demonstrativo dos resultados do exercício e a declaração de isenção do imposto de renda (art. 5., III e IV da Lei n. 9.790/99). Isto evita que entidades fantasmas, sem qualquer patrimônio e sem existência real, venham a pleitear o benefício” (**Direito administrativo**, cit., p. 409).

³²⁷ MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 274.

³²⁸ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Op. cit., p. 24.

Assim, tomemos apenas como exemplo dois temas: a responsabilidade estatal por atos do terceiro setor e a aplicação do teto remuneratório constitucional aos profissionais desse setor.

4.4.1 Responsabilidade estatal por atos das organizações do terceiro setor

Um desses dispositivos encontra-se no § 6.º do art. 37 de nossa Constituição Federal, que versa sobre o tema da responsabilidade das pessoas de direito público e privado na prestação de serviços públicos.

Todas as leis que tratam das organizações do terceiro setor são silentes quanto ao tema da responsabilidade estatal pelos atos por estas praticados, em colaboração e por substituição ao Estado.

O § 6.º do art. 37 de nossa Constituição Federal estabelece que a responsabilidade estatal ou a das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva, independentemente, portanto, da comprovação do dolo ou culpa do agente.

Apesar de as organizações do terceiro setor atuarem incentivadas pelo Estado, prestando, muitas vezes, serviços que antes eram desempenhados por este, não se enquadram como serviços públicos³²⁹.

Assim, afasta-se a incidência do § 6.º do art. 37 de nossa Constituição Federal, por não prestarem serviços públicos e por não integrarem a Administração Pública. Essas características também afastam a responsabilidade primária ou subsidiária estatal.

Acompanhando esse raciocínio, o art. 5.º da Lei n. 8.958 veda a assunção pelas instituições federais de ensino de qualquer tipo de responsabilidade pelo pessoal contratado pelas entidades de

³²⁹ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Op. cit., p. 286.

apoio, cabendo, portanto, a estas e não à instituição federal de ensino responder pelos atos praticados pelo pessoal que contratar³³⁰.

Considera Valter Shuenquener de Araújo não ser suficiente, para a responsabilização objetiva estatal, o fato de nos conselhos das organizações sociais ou das organizações da sociedade de interesse público participarem servidores públicos. Defende que, para os fins de atribuição de responsabilidade, inexistindo dolo ou culpa específica de um indivíduo, a vontade a ser considerada é a do conselho de administração e não de cada conselheiro isoladamente.

O mesmo tratamento deve ser dado quando o agente público é cedido para atuar nas organizações do terceiro setor, tal como previsto no art. 14 da Lei n. 9.637/98, já que passa a atuar sob a vigilância e supervisão da organização social. Frise-se, ainda, que, além da supervisão, essa lei determina que a cessão de servidor acarreta-se dá mediante ônus para organização.

Diferente será a situação quando a prática de atos dolosa ou culposamente lesivos por conselheiros indicados pelo Estado surtir efeitos em relação ao patrimônio estatal. Somente incidirá a responsabilidade estatal quando o conselheiro, indicado pelo Estado, atuar como órgão estatal e defensor dos interesses deste. Nessa hipótese, a responsabilidade será solidária entre o conselheiro (subjetivamente, pela prática de ato doloso ou culposo) e a própria Administração (objetivamente, independentemente de dolo ou culpa)³³¹.

Advirta-se, no entanto, que o Estado sempre responderá civilmente pelos atos lesivos praticados por organizações componentes do terceiro setor, quando a prática desses atos decorrer de omissão específica no dever estatal de fiscalizar. Desse modo, se houver omissão específica no dever de fiscalizar o funcionamento e atividades das organizações do terceiro setor, a responsabilidade do Estado se impõe³³². Trata-se aqui, no entanto, de responsabilidade subjetiva, por culpa *in vigilando*, e não da responsabilidade objetiva prevista no § 6.º do art. 37 de nossa Constituição Federal.

³³⁰ Id., p. 287.

³³¹ Id., *passim*.

³³² Id., p. 288.

4.4.2 Da aplicação do teto remuneratório constitucional para o terceiro setor

Tomando como ponto de partida a utilidade na classificação da sociedade em três setores – diferenciação dos regimes jurídicos aplicáveis – e o dinheiro público empregado no desenvolvimento de atividades pelo terceiro setor, pode o Estado exigir que os agentes empregados nesse setor não recebam acima do teto remuneratório fixado em nossa Constituição Federal?

Seria exigível a aplicação do teto remuneratório constitucional aos empregados de organizações sociais, organizações da sociedade de interesse público e dos serviços sociais autônomos?

O que possibilitam as leis criadoras e instituidoras dessas qualificações?

O inciso XI do art. 37 da Constituição Federal estabelece como teto à remuneração e subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da Administração direta, autárquica e fundacional o do subsídio mensal dos ministros do Supremo Tribunal Federal, todas, portanto, regidas pelo direito público, sem equipará-las, neste ponto, às demais pessoas jurídicas de direito privado, tal como no § 6.º do mesmo artigo, referente à responsabilidade objetiva do Estado. Vejamos a evolução do Texto Constitucional sobre o tema:

	Redação original da CF/88	Redação dada pela EC 19/98	Redação dada pela EC 41/2003
Art. 37, XI, da CF	<p>Art. 37. A administração pública direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:</p> <p>(...)</p> <p>XI – a lei fixará o limite máximo e a relação de valores ente a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie pelo Prefeito;</p>	<p>Art. 37. A administração pública direta, indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:</p> <p>(...)</p> <p>XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal;</p>	<p>Art. 37. A administração pública direta, indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:</p> <p>(...)</p> <p>XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;</p>

A Lei n. 9.790/99, denominada “Marco Legal do Terceiro Setor”, possibilitou expressamente a remuneração dos dirigentes das entidades sem fins lucrativos, tanto para aqueles

que atuem efetivamente na gestão executiva (diretores gerais, diretores executivos, administrativos, financeiros e outros) como para aqueles que prestem serviços específicos à entidade (profissionais liberais, consultores e empregados administrativos, prestadores de serviços etc.)³³³.

Não fixou esse diploma legal um valor máximo a ser pago para seus gestores ou prestadores de serviços, devendo-se apenas respeitar os valores praticados pelo mercado, na região correspondente à sua área de atuação. É o que estabelece o inciso VI de seu art. 4.^o³³⁴.

Certo é que, se o estatuto da organização possibilitar a remuneração de seus dirigentes, ficará afastado o título de utilidade pública, em razão da vedação da Lei n. 91/35 e seu respectivo decreto regulamentador, acarretando a impossibilidade do recebimento de subvenções, auxílios ou até isenções fiscais³³⁵.

Assim, a confusão na legislação e na doutrina quanto aos regimes jurídicos aplicáveis entre organizações inseridas no âmbito da Administração Pública regidas pelo direito público e organizações sem fins lucrativos regidas pelo direito privado acaba por atribuir à normativa constitucional uma amplitude à sua força inexistente.

Desse modo, a Constituição, ao atribuir um teto remuneratório aos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos apenas da Administração direta, autárquica e fundacional, deixou de exigir o mesmo tratamento às organizações integrantes do terceiro setor.

Não há, portanto, como atribuir fundamento constitucional e muito menos infraconstitucional à aplicação de teto remuneratório aos dirigentes e profissionais de organizações do terceiro setor.

Sobre esse ponto, destaque-se decisão do Tribunal de Contas da União proferida pelo Ministro Marcos Vinícios Vilaça, em recurso de reconsideração interposto pelo SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Acórdão n. 248/96 – 1.^a Câmara), que excluiu empregados dos serviços sociais autônomos da exigência constitucional do limite remuneratório,

³³³ PAES, José Eduardo Sabo. Op. cit., p. 102.

³³⁴ Essa opção legislativa contrariou parte da doutrina, que considera que a lei deveria ter fixado um teto remuneratório para as organizações sem finalidade lucrativa, já que algumas contratações podem macular o princípio da moralidade. São adeptos dessa corrente José Eduardo Sabo Paes (op. cit., p. 102) e Valter Shuenquener de Araújo (op. cit., p. 271).

³³⁵ PAES, José Eduardo Sabo. Op. cit., p. 103.

por não integrarem a Administração Pública direta e indireta, e também por serem sociedade de economia mista e empresa pública:

12. Passando ao exame específico dos serviços sociais autônomos, como o Sebrae, observo não estarem tais entes incluídos nem no universo da administração pública direta nem no da administração indireta, não sendo, portanto, destinatários explícitos das normas constitucionais destinadas a estabelecer limitações à remuneração no setor público. Trata-se, na verdade, de entes paraestatais, de cooperação com o Poder Público, criados para a realização de atividades privadas de interesse público.

13. Conforme já tive oportunidade de mencionar, até a promulgação da EC n. 19/98 os limites de remuneração incidiam, de forma genérica, sobre os servidores públicos. Eventual interpretação ampla que incluísse os dirigentes e empregados de serviços sociais autônomos no rol dos servidores públicos poderia sujeitá-los aos limites remuneratórios previstos no inciso XI do art. 37. Com a EC n. 19/98, o texto constitucional passou a enumerar, de forma explícita, quem estaria sujeito aos limites em comento. De se notar que o inciso XI do art. 37 excluiu as entidades da administração direta, nas autarquias e fundações. As empresas públicas e sociedades de economia mista foram incluídas no regramento do inciso XI apenas nos casos em que recebam recursos orçamentários para pagamento de despesas de pessoal e de custeio.

14. Dessa forma, os serviços sociais autônomos não integram o rol de entidades enumeradas no inciso XI do art. 37. Por não serem empresas públicas nem sociedades de economia mista, tampouco se lhes aplica o disposto no § 9.º do art. 37. Como a Constituição, desde a EC n. 19, não mais confere ao legislador ordinário competência para dispor sobre limites de remuneração, deve ser tornado insubsistente o item 8.3 b do Acórdão recorrido.

É claro que os limites remuneratórios ficam sujeitos a regras internas e adotam como parâmetro o mercado.

Essa aplicação já vem expressa quanto aos serviços sociais autônomos criados mais recentemente: APEX-Brasil – Agência de Promoção de Exportações do Brasil (cf. art. 10 de sua lei instituidora, n. 10.668/2003³³⁶) e ABDI – Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (cf. art. 13 de sua lei instituidora, n. 11.080/2004³³⁷).

³³⁶ “Art. 10. A remuneração dos membros da Diretoria Executiva da Apex-Brasil será fixada pelo Conselho Deliberativo em valores compatíveis com os níveis prevalecentes no mercado de trabalho para profissionais de graus equivalentes de formação profissional e de especialização.”

³³⁷ “Art. 13. A remuneração dos membros da Diretoria Executiva da ABDI será fixada pelo Conselho Deliberativo em valores compatíveis com os níveis prevalecentes no mercado de trabalho para profissionais de graus equivalentes de formação profissional e de especialização, observado o disposto no § 3º do art. 11 desta Lei.”

5. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O TERCEIRO SETOR

Para que se possam superar alguns dos desafios constitucionais ao terceiro setor, imprescindível se mostra o auxílio das perspectivas trazidas pela interpretação constitucional, quer pela análise do constitucionalismo do *por-venir* e da influência do novo setor, quer pela contribuição do método concretista de interpretação constitucional e de sociedade aberta de seus intérpretes.

5.1 Do constitucionalismo do *por-venir* e o terceiro setor

A nova utopia que deve nortear a reforma do Estado no século XXI projeta um futuro desejável, no qual o Estado seja socialmente controlado e o mercado seja socialmente orientado por uma sociedade autonomamente organizada, que conquista progressivamente sua própria sustentabilidade nos marcos de um novo contrato social e de um novo contrato natural³³⁸.

O movimento em direção a esse futuro desejável se dá por meio de três processos, simultâneos e articulados entre si, como nos aponta Franco³³⁹: a radicalização da democracia; a universalização da cidadania e a conquista da sustentabilidade.

As realidades brasileira e mundial mostram que o Estado é tão necessário quanto insuficiente. Este sozinho não basta. É preciso que os entes e os processos empresariais sejam igualmente atualizados, reestruturados, aumentando sua eficiência para atingir um grau satisfatório

³³⁸ FRANCO, Augusto de. Op. cit., p. 275-6.

³³⁹ Id., p. 276.

de inserção competitiva na nova ordem mundial e para assumir um novo papel no processo de desenvolvimento, inclusive um papel social³⁴⁰.

Hoje se fala em uma nova espécie de capital, sem a qual os projetos estatais de desenvolvimento e os empreendimentos privados empresariais, por mais bem arquitetados, orçados e implementados que forem, não poderão ser plenamente exitosos. Trata-se do conceito de capital social. Augusto de Franco demonstra fazer diferença se temos uma sociedade desenvolvida, entrelaçada na sua base, organizada por miríades de instituições de opinião e interesse, ou se temos uma sociedade incipiente do ponto de vista organizacional. Conclui que ser justamente essa diferença o denominado capital social³⁴¹.

Essa nova espécie de capital passa a fazer parte da equação macroeconômica do desenvolvimento, constituindo, ao lado da renda e juntamente com o capital humano e o capital empresarial – o conhecimento e a riqueza –, uma de suas principais variáveis³⁴².

O século XXI que se inicia busca a sinergia entre Estado-mercado-sociedade civil como necessidade imediata do desenvolvimento e uma exigência do sistema de gestão das políticas públicas baseado num novo paradigma de relação Estado-sociedade, que prevê a articulação, a descentralização, a parceria, a transparência, o controle social e a participação. Essa sinergia tem o papel de otimizar os esforços e alavancar os recursos que o Estado não possui para investir no desenvolvimento, incorporando o capital empresarial e o capital social como fatores decisivos na estratégia nacional. Sem essa sinergia o Estado jamais poderá ser controlado e o mercado jamais poderá ser orientado pela sociedade³⁴³.

A polarização ideológica ainda existente – estadocentristas de um lado e mercadocentristas do outro – faz com que a disputa infrutífera entre estatismo e neoliberalismo relegue a sociedade civil ao desconhecimento ou, ainda, a um papel secundário e subordinado nas dinâmicas política, social e econômica.

³⁴⁰ Id., p. 276.

³⁴¹ “Já se comprova, pelo menos empiricamente, a relação direta entre os graus de associacionismo, confiança e cooperação atingidos por uma sociedade democrática organizada do ponto de vista cívico e cidadão e a boa governança e a prosperidade econômica. Tal relação pode ser compreendida como capital social” (FRANCO, Augusto de. Op. cit., p. 277).

³⁴² Id., Ibid.

³⁴³ Id., Ibid.

É justamente a sociedade civil a grande novidade da época em que vivemos: a emersão de uma nova esfera pública não estatal, cuja dinâmica será capaz de mediar uma nova relação entre Estado e mercado e, enfim, entre o Estado e a sociedade *lato sensu*³⁴⁴.

No entanto, o atual desenho do Estado, sobretudo o padrão de relações que ele ainda mantém com o mercado e com a sociedade civil, não impulsiona adequadamente a formação do capital humano, impede o crescimento do capital social e do capital empresarial do País³⁴⁵.

Para Augusto de Franco, o Estado deve diminuir sua participação na chamada esfera pública, simplesmente porque outras instâncias da realidade social – as organizações do terceiro setor com fins públicos – devem aumentar a sua³⁴⁶.

Para Aristóteles, o conceito de *politeia* abarcava a totalidade da estrutura social da comunidade, e não apenas seu marco legal. O mesmo ocorre com o conceito de *res publica* de Bodino. O conceito “Constituição” foi usado pela primeira vez no sentido atual por Cicerón (de *Re publica*, I, 40). Posteriormente, designaram-se as *leis imperiais* como Constituições (v. Ulpiano, *Digesto*, I, 3, 1, 2). Esse emprego foi utilizado pela Igreja e permaneceu durante toda a Idade Média. O significado atual da palavra como a totalidade das normas fundamentais da comunidade não aparece até o século XVII (cf. Charles Howard McIlwain, Some illustration for the influence of unchanged names for changing institutions, in **Interpretations of modern legal philosophies: papers presented to Roscoe Pound** (Nova York, 1947), p. 484 e ss. (489-90))³⁴⁷.

No século XVII e, mais acentuadamente, no século XVIII, o conceito de “Constituição” adquiriu seu significado atual, com base na idéia de contrato social, vindo a significar o documento específico no qual estavam contidas em um sistema fechado todas as leis fundamentais da sociedade estatal, que, imbuídas de um *telos* ideológico específico, estavam destinadas a acabar com a arbitrariedade de um detentor de poder único – o monarca absoluto –, submetendo-o a restrições e controles³⁴⁸.

³⁴⁴ Id., p. 278.

³⁴⁵ Id., p. 281.

³⁴⁶ Id., p. 282.

³⁴⁷ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ediciones Ariel. p. 150.

³⁴⁸ Id., p. 152.

Para Karl Loewenstein³⁴⁹, são elementos fundamentais considerados como o mínimo irreduzível de uma autêntica Constituição:

- a) a diferenciação das diversas tarefas estatais e sua significação para diferentes órgãos estatais e detentores do poder para evitar a concentração deste nas mãos de um único e autocrático detentor do poder;
- b) um mecanismo planejado que estabeleça a cooperação dos diversos detentores do poder. Os dispositivos e as instituições em forma de freios e contrapesos – familiares à teoria constitucional americana e francesa – significam simultaneamente uma distribuição e, portanto, uma limitação do exercício do poder político;
- c) um mecanismo, planejado igualmente com anterioridade, para evitar os bloqueios respectivos entre os diferentes detentores do poder autônomo, com a finalidade de evitar que um dos elos, no caso de não se produzir a cooperação exigida pela Constituição, resolva o impasse por seus próprios meios, submetendo o processo do poder a uma direção autocrática. Quando, finalmente, sob o impacto da ideologia democrática da soberania popular do povo, o constitucionalismo alcançou o ponto no qual o juiz supremo nos conflitos entre os detentores do poder estabelecidos ficou encarnado no eleitorado soberano, a idéia originária do constitucionalismo liberal ficou completa com a idéia do constitucionalismo democrático;
- d) um método, também estabelecido de antemão, para a adaptação pacífica da ordem fundamental às variáveis condições sociais e políticas – o método racional da reforma constitucional – para evitar o recurso à ilegalidade, à força ou à revolução;
- e) finalmente, a lei fundamental deveria conter o reconhecimento expresso de certas esferas de autodeterminação individual – os direitos individuais e liberdades fundamentais –, e sua proteção em face da intervenção de um ou de todos os detentores do poder.

Para José Roberto Dromi³⁵⁰, o constitucionalismo consiste em uma expressão jurídica da organização política dos povos.

Para esse autor, o constitucionalismo, historicamente, manifesta-se em duas fases: o constitucionalismo clássico ou liberal (segunda metade do século XVIII) e o constitucionalismo

³⁴⁹ Id., p. 153.

³⁵⁰ La reforma constitucional: el constitucionalismo del “por-venir”. La reforma de la Constitución. In: ENTERRIA, Eduardo García de; ARÉVALO, Manuel Clavero. **El derecho público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana**. Editorial Civitas. p. 107.

social (começos do século XX). A primeira fase apontava à consecução da libertada. A segunda, à justiça social, sem o que significaria renunciar à liberdade³⁵¹.

O constitucionalismo social tem como objetivo servir para que os direitos tenham efetiva vigência na vida comunitária.

No entanto, qual deve ser o constitucionalismo deste novo século? O denominado terceiro setor poderia modificar o constitucionalismo do *por-venir*?

Para Dromi³⁵², o constitucionalismo do *por-venir* deve identificar-se com a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalização.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto acrescenta que o constitucionalismo contemporâneo não invade a área da filosofia dos valores, tal como alegam seus críticos, mas, ao contrário, ampliou-se suficientemente ao ponto de permitir que valores sociais, econômicos e culturais passassem a ser autopoieticamente absorvidos na ordem constitucional, o que resulta sempre em uma nova e renovável feição nas relações entre sociedade e Estado³⁵³.

5.1.1 Constitucionalismo da verdade

Essa espécie de constitucionalismo é o modelo constitucional do por-vir, é o constitucionalismo do século XX, e da ética e da verdade. Apenas a enunciação, nas Constituições, de cláusulas que reconheçam os direitos e que promovam normas econômicas e sociais não gera para a sociedade situações espontâneas de bem-estar social.

A Constituição não deve ser um documento de promessas impossíveis de serem cumpridas, nem de enunciados abstratos. Há de existir harmonia e compatibilidade entre o que realmente se

³⁵¹ Id, p. 108.

³⁵² Id., Ibid., p. 108.

³⁵³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**, cit., p. 324.

necessita, se requer e se pode, e desse ponto de vista é um constitucionalismo da transparência, da ética, da sinceridade³⁵⁴.

Para que a eficácia desse documento seja assegurada, necessita-se, com hierarquia constitucional, ampliar a participação política e social, assegurar a divisão de Poderes, garantir o equilíbrio destes, atribuir maior eficiência à legislação e à jurisprudência, consolidar a reforma de um Estado, recriar o controle do poder, estabelecer a descentralização e possibilitar a integração dos Estados³⁵⁵.

Esses objetivos apontam para que a democracia seja mais eficiente, para que seja uma síntese do governo e do controle de onde o Estado tenha o poder, e os cidadãos o controle suficiente, para melhor exercício da liberdade.

Para isso, também é positivo somar ao modelo tipológico da Constituição da verdade, dos novos tempos, dados sociológicos. Na Constituição não pode faltar a regulação dos partidos políticos como protagonistas dos processos democráticos. As organizações sociais, para a proteção do consumo, dos usuários, a proteção do interesse público e coletivo. Os sindicatos, para a defesa do trabalho; o Município, a organização política de menor escala, que reflita uma participação certa dos cidadãos na realidade cotidiana³⁵⁶.

5.1.2 Constitucionalismo da solidariedade

A igualdade clássica deve ser entendida, nos próximos Textos Constitucionais, como solidariedade, como equidade. E deve manifestar-se na eliminação de discriminações, no reconhecimento de novos direitos e na consagração das suas garantias³⁵⁷.

³⁵⁴ DROMI, José Roberto. Op. cit., p. 108.

³⁵⁵ Id., p. 110.

³⁵⁶ Id., Ibid.

³⁵⁷ DROMI, José Roberto. Op. cit., p. 111.

5.1.3 Constitucionalismo do consenso

Deve-se pensar na Constituição com consenso histórico, racional e sociológico, porque nesse consenso se encontram os fatores reais de poder da sociedade contemporânea. O consenso deve manifestar-se por meio de mecanismos tradicionais de vontade pública³⁵⁸.

5.1.4 Constitucionalismo continuador

Reformar a Constituição não significa destruí-la, mas sim atualizá-la. E o constitucionalismo do por-vir deve cuidar justamente desse processo, nos próprios textos constitucionais. Isto porque se sabe que as Constituições não podem expressar as necessidades de todos os tempos³⁵⁹.

Uma Constituição reformada une o passado e o presente e se projeta para o futuro, ratificando assim a continuidade histórica, política e jurídica.

5.1.5 Constitucionalismo participativo

O Estado de Direito Democrático deve, inevitavelmente, quebrar a indiferença social e a apatia política, se quiser seguir vivendo em um mundo de liberdade. Surge a necessidade de uma

³⁵⁸ DROMI, José Roberto. Op. cit., p. 112.

³⁵⁹ Id., p. 113.

democracia mais participativa, porque o pluralismo imposto pela sociedade é pressuposto obrigatório da participação, e a participação é causa eficiente da democracia³⁶⁰.

Afirma Dromi³⁶¹ que a participação real efetiva, comprometida e responsável não ocorre se o Estado não promove e respeita as associações. Acredita que não se pode pretender que o Estado monopolize a atenção de todas as necessidades coletivas. O crescimento quantitativo e qualitativo destas, próprio da complexidade vital moderna, requer uma participação mais ativa do que o autor denomina por “corpos intermediários”. Devem ser estimuladas as instituições de caráter profissional, econômico e gremial, nascidas do espírito de organização e de empresa, com missões e responsabilidades específicas. A sociedade pluralista impõe uma repartição de competências, uma distribuição subsidiária entre as associações que viabilizam a participação individual e a cooperação social.

As futuras Constituições devem, portanto, passar da democracia representativa para a democracia participativa direta, imediata, com acesso a cargos eletivos, com representação das minorias, com procedimentos de democracia semidireta, com o acionar de associações de consumidores e usuários, por exemplo, com a intervenção dos interessados nos órgãos de controle³⁶².

5.1.6 Constitucionalismo integracionista

As Constituições devem contemplar uma integração institucional, a possibilidade de que os entes federativos compartilhem objetivos e projetos de desenvolvimento comum. Essa integração, além de institucional, deve ser ética, cultural e moral³⁶³.

³⁶⁰ Id., Ibid.

³⁶¹ Id., p. 114.

³⁶² DROMI, José Roberto. Op. cit., p. 114.

³⁶³ Id., p. 115.

5.1.7 Constitucionalismo universalista

A concepção universalista dos direitos humanos permitirá realmente fazer que a Constituição seja para todos. Que não seja apenas um reconhecimento historicista dos que foram, um reconhecimento utópico ou racionalista dos que podem ser, senão uma concepção sociológica, realista, que contemple a incorporação de todos os fatores do poder e do dever, do direito e da esperança das comunidades políticas contemporâneas³⁶⁴.

No entanto, os cinco elementos identificadores do constitucionalismo do *por-venir* – a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalização – criado por Dromi não estão sendo observados, já que vivenciamos um verdadeiro “colapso do constitucionalismo”³⁶⁵ produzido pelos ideais eficientistas do neoliberalismo, que se mostra desinteressado pela segurança jurídica como garantia inerente à cidadania.

Os cinco elementos do constitucionalismo do *por-venir* se encontram ameaçados, porque a busca pela legitimação da ação de fomento do Estado pelo resultado eficiente e mitologicamente decidido e fiscalizado pelos indivíduos – novos responsáveis sociais – faz com que, inicialmente, os valores verdade e consenso fiquem prejudicados.

O aqui denominado discurso neoliberal em favor do terceiro setor produz o mito da verdade e do consenso entre os cidadãos, que se tornam responsáveis pelo trato da questão social sem que percebam o prejuízo ao constitucionalismo que estão produzindo.

O valor solidariedade, em vez de surgir espontaneamente dentro da sociedade civil, vem sendo forçosamente produzido e estimulado pelo Estado. Conseqüentemente, o valor participação também será produzido por um mito, inserido no âmbito de um fenômeno ideológico³⁶⁶ – terceiro setor.

³⁶⁴ Id., Ibid. p. 115.

³⁶⁵ GABARDO, Emerson. Op. cit., p. 178.

³⁶⁶ MONTAÑO, Carlos. Op. cit., *passim*.

O valor continuidade também corre risco, porque o efficientismo buscado pelo Estado, em detrimento das opções constitucionais de 1988, diminui a esfera de atuação do Estado de Bem-Estar Social para a sociedade de bem-estar social.

Quanto ao elemento integração, este vem sendo cumprido apenas aos olhos do neoliberalismo e não do Texto Constitucional, já que, em razão da ineficiência de todos os entes federativos na execução de suas responsabilidades no trato à questão social, optam por adotar a mesma sistemática de transferência de obrigações à sociedade civil.

O elemento universalização também vem sendo utilizado de maneira distorcida pela imposição neoliberal globalizada. Esta dita como os Estados devem atuar, para que seja garantida sua sobrevivência econômica. Assim, como forma de redução de custos estatais, transferem parte ou grande parte de suas obrigações para desempenho pelo terceiro setor, deixando de garantir no plano interno que as políticas públicas apresentem atendimento universal, sendo substituídas por ações locais das organizações componentes desse setor.

Além do constitucionalismo, o terceiro setor, quer com a missão imposta pelo neoliberalismo ou não, também influencia o método concretista de interpretação constitucional, como a seguir se pretende comprovar.

5.2 Do método concretista de interpretação constitucional e a sociedade aberta de seus intérpretes – a influência do terceiro setor

Antes de adentrar especificamente o tema da influência do terceiro setor sobre o método concretista de interpretação constitucional, passa-se, inicialmente, ao estudo desse método.

O método concretista da “Constituição aberta” surgiu influenciado pela tópica, tendo levado Häberle esse caminho cognitivo às últimas conseqüências, mediante uma série de fundamentações e legitimações que se aplicam ao campo do direito constitucional.

Neste passo, fundamental se faz o olhar, mesmo que célere, sobre a tópica e o contexto histórico de seu surgimento.

O método tópico de interpretação constitucional inaugurou, para a hermenêutica contemporânea, um direcionamento inovador. A nova metodologia no campo dos estudos do direito provém da obra de Theodor Viehweg intitulada **Topik und Jurisprudenz (Tópica e jurisprudência)**. Publicada no ano de 1953, o estudo do jurista surgiu em um momento de questionamento do positivismo racionalista (pós-Segunda Guerra Mundial).

O cerne da tópica, em linhas breves, era, como aponta o Professor Paulo Bonavides, pensar o problema. Viehweg caracterizava a tópica como uma técnica de pensar o problema, uma “técnica mental que se orienta para o problema”³⁶⁷.

O corte histórico da inclusão da tópica no universo discursivo do direito, por sua vez, não pode ser ignorado. A renovação das reflexões jusnaturalistas, na década de 1950, ganhou força ao demonstrar o positivismo jurídico por todas as suas escolas e correntes, submerso em uma impotência doutrinária, simbolizada pela descrença de sua metodologia.

A ânsia da retomada harmônica da compreensão e regramento social estimulou visões e estudos, entre os quais a tópica, marca presença definitiva na ciência do direito, na era pós-45.

Dessa forma, a tópica inseria todos os métodos clássicos de interpretação à condição de pontos de vista (*topoi*), ou seja, instrumentos auxiliares que o intérprete poderia escolher ao se deparar com um problema, visando à sua solução adequada. Todos os meios interpretativos poderiam ser utilizados, de acordo com a tópica, desde que possibilitassem o esclarecimento do problema.

Sob essa nova ótica metodológica nasce o método concretista da “Constituição aberta”.

Häberle buscou a democratização do processo interpretativo, alargando o corpo clássico de intérpretes da hermenêutica tradicional, incluindo como exercentes da prática interpretativa da Lei Fundamental todos os cidadãos.

³⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 490.

Para tanto, o jurista distingue a interpretação em sentido estrito da interpretação lata. Considera a primeira como aquela de métodos tradicionais, enunciados por Savigny, de origem civilista. Enquanto configura o segundo sentido, como a interpretação que oferece amplo terreno para o debate e a renovação, possibilitando, por conseguinte, o conhecimento sobre a verdade constitucional em sua essência e fundamento.

Seria então, para Häberle, a interpretação em sentido lato realmente interpretação, uma vez que funciona como ponte para ligar o cidadão como intérprete, ao jurista como hermeneuta profissional. Esse quadro considera a Constituição em seu aspecto dinâmico e real, concedendo validade não apenas à interpretação racional e consciente do jurista, mas também para a viva atividade interpretativa do cidadão.

O método concretista possibilita o vislumbre da mudança social como fator de transformações tácitas na Constituição, verificadas no decorrer do tempo.

O tema desenvolvido por Häberle na obra **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição traz uma radical revisão da metodologia jurídica tradicional, que esteve muito vinculada ao modelo de uma sociedade fechada. A interpretação jurisdicional, ainda que relevante, não deve ser a única. Cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema político e a opinião pública constituem também forças produtivas de interpretação, atuando, ao menos, como pré-intérpretes do complexo normativo constitucional³⁶⁸. São, portanto, intérpretes constitucionais em sentido lato.

Antes da formulação da teoria apresentada por Häberle, a interpretação constitucional trazia apenas duas questões essenciais: a indagação sobre as tarefas e os objetivos da interpretação constitucional e a indagação sobre os métodos (processo e regras de interpretação). Ficava, portanto, de fora a questão relativa aos participantes da interpretação, questão que provoca a *práxis* em geral. Uma análise genérica demonstra a existência de um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, processo este que se mostra muitas vezes difuso³⁶⁹.

Se a teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema da realidade constitucional, inserindo-se aqui os métodos de interpretação voltados para atendimento do

³⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 9.

³⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 11.

interesse público e do bem-estar geral, então há de se perguntar sobre os agentes conformadores da realidade constitucional³⁷⁰.

Propôs a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional, estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer um elemento cerrado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição³⁷¹.

Em razão disso, os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.

Questão muito relevante concernente à interpretação constitucional refere-se à legitimação dos diferentes intérpretes da Constituição.

Luhmann apresenta-nos um ótimo conceito de legitimação em sua **Sociologia do direito**. Para este autor, “legítimas são as decisões nas quais pode-se supor que qualquer terceiro espere normativamente que os atingidos se ajustem cognitivamente às expectativas normativas transmitidas por aqueles que decidem”³⁷².

A questão da legitimação coloca-se para todos aqueles que não estão formal, oficial ou competencialmente nomeados para exercer a função de intérpretes da Constituição³⁷³.

A ampliação do círculo dos intérpretes é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. A própria unidade da Constituição surge da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes. Aqui devem ser desenvolvidas reflexões sob a perspectiva da teoria da Constituição e da teoria da democracia³⁷⁴.

Häberle aponta que, sob a ótica teórico-constitucional, a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que

³⁷⁰ Id., p. 12.

³⁷¹ Id., p. 13.e

³⁷² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1983. v. 1 e 2. p. 64.

³⁷³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 30.

³⁷⁴ Id., p. 33.

essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição. A *práxis* atua aqui na legitimação da teoria e não a teoria na legitimação da *práxis*³⁷⁵.

Já a legitimação da ciência constitucional tem função catalisadora. Conforma a preparação dos intérpretes oficiais, atuando de maneira singular em todos os campos da interpretação, calcada sempre pela cláusula de fidelidade constitucional³⁷⁶.

Ressalta, também, no que se refere à teoria da democracia como legitimação, que os direitos fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado quanto no que diz respeito ao círculo de participantes³⁷⁷.

Pelo o que foi apontado acima, a teoria de democracia e a teoria da interpretação tornam-se conseqüência da teoria da ciência. A sociedade é livre e aberta na medida em que se amplia o círculo de intérpretes da Constituição em sentido lato³⁷⁸.

O desenvolvimento dessa teoria leva-nos à relativização da hermenêutica constitucional jurídica³⁷⁹:

- 1) o juiz constitucional já não interpreta de forma isolada: muitos são os participantes do processo;
- 2) na posição que antecede a interpretação constitucional dos juízes, são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição;
- 3) muitos problemas e diversas questões referentes à Constituição material não chegam à Corte Constitucional, seja por falta de competência específica da própria Corte, seja pela falta de iniciativa de eventuais interessados. Desse modo, vê-se que o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional.

Constitui então, a teoria trazida pelo publicista como método de proteção da Lei Fundamental, pois, com a ampliação do rol de intérpretes da Carta Maior, concede-se o real perfil de que esta necessita para ter sua manutenção no tempo assegurada pela via interpretativa.

Os intérpretes, na concepção lata, seriam, assim, “todas as forças da comunidade jurídica”, conforme aponta o Professor Paulo Bonavides³⁸⁰. Para o método concretista de interpretação da

³⁷⁵ Id., Ibid.

³⁷⁶ Id., p. 34-5

³⁷⁷ Id., p. 37.

³⁷⁸ Id., p. 40.

³⁷⁹ Id., p. 41-2.

“Constituição aberta”, é tão intérprete da Constituição o cidadão que apresenta uma queixa constitucional quanto o partido político que se empenha numa demanda ou contra o qual se levanta um processo de interdição.

Leciona, então, o Professor Bonavides, apoiado na doutrina concretista, que a interpretação da Constituição, havida até então como ato consciente, deliberado, formal do jurista de profissão, como produto da “sociedade fechada”, deve porém, na realidade, considerar-se pela nova metodologia como obra da “sociedade aberta”, de quantos dela participam materialmente³⁸¹.

Nesse novo cenário, mostra-se essencial, então, o papel do intérprete, que, sob a ótica de Häberle, deve a todos os cidadãos ser estendido. Fundamental a compreensão, dessa forma, da visão doutrinária sobre o tema.

Os concretistas partem do pressuposto de que a atividade de interpretação não existe dissociada da atividade de aplicação do direito. Interpretação e aplicação confundem-se numa só operação.

Para os concretistas, o texto jurídico precisa ser interpretado não apenas porque as palavras que o compõem são plurissignificativas, mas exatamente porque devem ser aplicadas a um caso concreto.

Canotilho, por exemplo, conceitua a norma jurídica como o resultado da articulação entre o seu programa e o seu domínio, o primeiro entendido como o texto da lei; o segundo como os dados reais aos quais o texto se reporta³⁸².

De acordo com esse raciocínio, não há interpretação *em tese* de determinada lei. A interpretação só pode ser feita pelo cotejo do texto da lei aos fatos. Interpretação concretista, em última instância, significa a aproximação do abstrato (texto de lei) ao concreto (fato).

Eros Grau avança e sugere a existência de uma etapa posterior na operação de concretização da norma, aparentemente inspirado no conceito kelseniano de “intérprete autêntico”. Para Grau, a concretização só se consubstancia quando a norma jurídica (resultado do cotejo e da intelecção

³⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 512.

³⁸¹ Id., Ibid.

³⁸² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Ed. Almedina. p. 1089.

entre o texto de lei e os fatos) é transformada em *norma de decisão*: “[...] a concretização somente se realiza em sua plenitude (...) quando é definida em norma de decisão, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto”³⁸³.

Ressalta-se, a esta altura, a importância do intérprete. São pelo menos três as exigências que se lhe apresentam. Os dois primeiros são a compreensão do texto e a compreensão dos fatos. O terceiro, fruto desse processo de interlocução entre texto e fato, é a *constituição* da norma³⁸⁴.

Superada a corrente doutrinária que sustentava ser a interpretação ato de *declaração* do direito, de *descoberta* da norma, hoje parece não haver mais dúvida de que a interpretação é ato de natureza *constitutiva*. Daí por que Eros Roberto Grau, com amparo em Fábio Konder Comparato, menciona que “o intérprete atua segundo a lógica de preferência, e não conforme a lógica da consequência”³⁸⁵. A norma jurídica, desse modo, deixa de ser objeto de *demonstração* para ser objeto de *justificação*³⁸⁶.

A questão que surge, subsequente, é a relativa aos critérios que informam esse processo de *justificação* pelo intérprete, de forma a poder identificar a “correção” da interpretação. Kelsen, por exemplo, entende que essa questão está fora do âmbito do direito positivo³⁸⁷.

Esse é, sem dúvida, um dos aspectos mais espinhosos do estudo da interpretação jurídica, pois distingue aqueles que vêem o direito como fenômeno intrinsecamente permeado pela axiologia – o que o torna menos previsível – daqueles que encaram o direito como fenômeno que serve para ordenar a sociedade de maneira sempre objetiva.

Luís Roberto Barroso aborda essa questão com percuciência e sem pudor de reconhecer a presença da subjetividade na atividade do intérprete: “[...] desde que o iluminismo consagrou o

³⁸³ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. p. 19.

³⁸⁴ Veja-se, a propósito, preciosa reflexão de Hans Kelsen: “Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 394).

³⁸⁵ GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 29.

³⁸⁶ Eros Roberto Grau vale-se de interessante figura para explicar a importância do intérprete: o caráter alográfico do direito: “O direito é alográfico. E alográfico é porque o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A ‘completude’ do texto somente é atingida quando o sentido por ele expressado é produzido, como forma de expressão, pelo intérprete” (GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 20).

³⁸⁷ “A questão de saber qual é, dentre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do direito, mas um problema de política do Direito” (KELSEN, Hans. Op. cit., p. 393).

primado da razão, com o abandono de dogmas e de preconceitos, o mundo construído pela ciência aspira à objetividade”³⁸⁸.

Prossegue a reflexão diferenciando a ciência jurídica das ciências exatas, na medida em que aquela, diferentemente desta, ordena-se por fenômenos dependentes da atividade do “cientista”. Tanto a elaboração da norma quanto a sua *interpretação* dependem necessariamente da atividade do “cientista”³⁸⁹.

Conclui afirmando que a impossibilidade de chegar à objetividade plena não minimiza a necessidade de buscar a objetividade possível. A interpretação, não apenas no direito como em outros domínios, jamais será uma atividade inteiramente discricionária ou puramente mecânica. Ela sempre será o produto de uma interação entre o intérprete e o texto, e seu produto final conterá elementos objetivos e subjetivos. A objetividade máxima que se pode perseguir na interpretação jurídica e constitucional é a de estabelecer os balizamentos dentro dos quais o aplicador da lei exercitará sua criatividade, seu senso do razoável e sua capacidade de fazer a justiça do caso concreto³⁹⁰.

Em conclusão, afigura-nos que o papel do intérprete no método concretista é o de protagonista. Há de se admitir que na operação de concreção da norma o intérprete atua guiado por valores próprios, que embasarão o discurso de *justificação* da norma jurídica fruto de sua intelecção. Essa circunstância, contudo, não deve dar ensejo ao arbítrio, pois todos os principais autores concretistas apontam o texto de lei (interpretação gramatical) como limite à atividade do intérprete.

Para o saudoso Professor Celso Bastos³⁹¹, praticamente todos os indivíduos acabam interpretando o Texto Constitucional. O Poder Legislativo, quando elabora determinada lei de acordo com o que estipula a Constituição, ou ainda quando considera as possíveis interpretações que, em situações futuras, possam ter as regras que irá aprovar. Também quando altera a própria Constituição tem de obedecer aos limites por esta impostos. Mas, ao mesmo tempo em que atribui a vários atores a interpretação constitucional, classifica como a mais importante aquela efetuada pelo

³⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 287-8.

³⁸⁹ Id., *passim*.

³⁹⁰ Id., *passim*.

³⁹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, p. 65.

Poder Judiciário, seja na adequação, a cada caso concreto, da norma abstrata, seja na verificação em abstrato da constitucionalidade de determinada regra.

André Ramos Tavares³⁹², por sua vez, apregoa que a interpretação da Constituição deve operar, sempre, o mais próximo possível de seu povo. Portanto, a linguagem deve ser-lhe próxima, vale dizer, há de se privilegiar o emprego da linguagem comum. Até porque, como salienta Häberle, em muitas ocasiões a norma é compreendida e interpretada por instâncias não oficiais, que só podem apegar-se ao sentido comum que os termos constitucionais apresentam.

O método concretista cumpre, portanto, a função de democratizar a atividade interpretativa, não só ampliando o rol de intérpretes (ao prolongá-lo para todos os cidadãos) como também compreendendo a realidade em que a normativa constitucional está inserida.

Numa tentativa de apresentar um catálogo sistemático dos participantes da interpretação constitucional, Peter Häberle nos apresenta os seguintes grupos³⁹³:

- 1) as funções estatais:
 - a) na decisão vinculante da Corte Constitucional;
 - b) nos órgãos estatais com poder de decisão vinculante, submetidos, todavia, a um processo de revisão: jurisdição, órgão legislativo; órgão do Executivo, especialmente na pré-formulação do interesse público.
- 2) os participantes do processo de decisão nos casos apontados anteriormente não são, necessariamente, órgãos do Estado³⁹⁴:
 - a) o requerente ou recorrente e o requerido ou recorrido, no recurso constitucional, autor e réu, em suma, aqueles que justificam a sua pretensão e obrigam o Tribunal a tomar uma posição ou a assumir um diálogo jurídico;
 - b) outros participantes do processo, ou seja, aqueles que têm direito de manifestação ou de integração à lide, nos termos da Lei Orgânica da Corte Constitucional;
 - c) pareceristas ou *experts*, tal como se verifica nas Comissões Especiais de Estudos ou de Investigação;

³⁹² TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 73.

³⁹³ HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 20-3.

³⁹⁴ Do mesmo modo pensa J. J. Gomes Canotilho ao classificar a participação democrática popular em: a) participação não vinculante: verificada nos processos de decisão, mas apenas por informações propostas, exposições, protestos etc. (ONGs, Orçamento Participativo, Coredes); b) participação vinculante, que significa participação na própria tomada de decisão e, conseqüentemente, limitação do poder de direção tradicional (participação, por exemplo, em conselhos de gestão); c) participação vinculante e autônoma (autogestão), quando se trata de uma substituição pura e simples do poder de direção tradicional para outros poderes dentro do respectivo sistema (administração autônoma) (CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., *passim*).

- d) peritos e representantes de interesses nas audiências públicas do Parlamento, peritos nos Tribunais, associações, partidos políticos;
 - e) grupos de pressão organizados;
 - f) os requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo.
- 3) a opinião pública democrática e pluralista e o processo político como grandes estimuladores: mídia (imprensa, rádio, televisão, que, em sentido estrito, não são participantes do processo, o jornalismo profissional, de um lado, a expectativa de leitores, as cartas de leitores, de outro, as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada, igrejas, teatros, editoras, as escolas da comunidade, os pedagogos, as associações de pais);
- 4) o papel da doutrina constitucional com relação aos itens anteriores, por tematizar a participação de outras forças e, ao mesmo tempo, participar nos diversos níveis.

O mencionado rol comprova a útil aplicação do método concretista à importante participação do terceiro setor no desempenho da tarefa da interpretação constitucional.

O denominado catálogo sistemático dos participantes da interpretação constitucional proposto por Peter Häberle mostra-se, portanto, atual, por contemplar organizações pertencentes ao terceiro setor.

Conclui-se, portanto, que a interpretação constitucional não se mostra um evento exclusivamente estatal; mesmo quando essa interpretação é oriunda do Estado, considera-se que deveria ser provocada por uma pequena, mas significativa, parcela do terceiro setor.

5.2.1 Da legitimidade ativa das ações constitucionais típicas e a participação do terceiro setor

José da Silva Pacheco³⁹⁵ nos apresenta a classificação quanto às ações constitucionais: a) ações constitucionais típicas por natureza, referentes à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade; b) ações constitucionais equiparadas às típicas, por serem insertas na

³⁹⁵ PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 102 e 104.

declaração dos direitos e garantias fundamentais; e c) ações constitucionais, por estarem previstas na Constituição, tais como a ação de responsabilidade civil por dano material, moral ou à imagem, inclusive o decorrente de violação da intimidade, da vida privada, da honra e imagem de pessoas (art. 5.º, incisos V e X), e a ação de responsabilidade pelos danos causados por condutas ou atividades lesivas ao meio ambiente (art. 225, § 3.º).

De modo geral, o rol dos legitimados à propositura de ações constitucionais foi ampliado pela Constituição Federal de 1988 e suas emendas.

O art. 129, por exemplo, atribuiu ao Ministério Público as seguintes funções institucionais: a) zelar pelo efetivo respeito aos direitos assegurados na Constituição pelos Poderes Públicos e pelos serviços de relevância pública, e promover as medidas necessárias para garantir que isso ocorra; b) promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; e c) promover a ação de inconstitucionalidade.

Assegurou-se, também, no Texto Constitucional, às associações a legitimidade para representar, judicial ou extrajudicialmente, seus filiados, quando expressamente autorizadas por estes (inciso XXI do art. 5.º).

Especialmente para o mandado de segurança coletivo, atribuiu-se legitimidade ao partido político com representação no Congresso Nacional para a organização sindical, entidade de classe e qualquer associação nas condições previstas (inciso LXX do art. 5.º)³⁹⁶.

Ao sindicato também se atribuiu a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas (inciso III do art. 8.º)

No que se refere às denominadas ações constitucionais típicas por natureza, especificamente quanto à ação direta de inconstitucionalidade, podem propô-la o presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o governador de Estado ou do Distrito Federal, o procurador-geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

³⁹⁶ PACHECO, José da Silva. Op. cit., p. 103.

A Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, em seu art. 7.º, dispõe que não será admitida intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. Quanto a este ponto, vem-se entendendo que entidades meramente privadas não podem figurar como litisconsortes passivos necessários em sede de ação direta de inconstitucionalidade³⁹⁷.

Mas qual seria o conceito de entidades meramente privadas para os julgadores desses arestos?

Curiosamente, na Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de preceito fundamental, nos termos do § 1.º do art. 102 da Constituição Federal, encontra-se o veto ao inciso II do art. 2.º, que estabelecia como legitimada à propositura dessa arguição qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público. Nas razões do veto contidas na Mensagem n. 1.807, também de 3 de dezembro de 1999³⁹⁸, ficou explicitado que a admissão de acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

³⁹⁷ RTJ, 164/506, 164/895, 170/801; STF-RT 747/178. Apud NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1008-9.

³⁹⁸ “Inciso II do art. 2.º:

‘Art. 2.º.....
II - qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público.
.....’

Razões do veto

A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por ‘qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público’. A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento.”

Certo é que o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro não possibilita o controle abstrato individual da Constituição, mas será que o rol da legitimidade ativa dessas ações constitucionais típicas (direta de inconstitucionalidade e de arguição de preceito fundamental) não poderia ser alargado, diante da complexidade da sociedade brasileira?

É justamente aqui que o tema da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição ganha ainda maior relevância.

Restringindo o debate para apenas parte dos grupos dessa sociedade aberta – para o denominado e já aqui apresentado terceiro setor –, apresenta-se aqui a seguinte proposta: encontrando-se esse setor da sociedade cada vez mais ampliado e fortalecido, não deveria estar representado no rol de legitimados ativos das ações constitucionais típicas?

Fábio Konder Comparato entende que, em razão da transferência de competência para tomada de decisões pela sociedade brasileira, há necessidade de uma reconstitucionalização completa da sociedade. Uma reorganização de todos os grupos e movimentos populares³⁹⁹.

Não se propõe aqui que toda e qualquer pessoa jurídica integrante do terceiro setor fosse inserida nesse rol, mas que apenas algumas, que preenchessem determinados requisitos, o que não descaracterizaria o modelo brasileiro de controle abstrato de constitucionalidade, não lhe causando verdadeira revolução, mas uma evolução no modelo adotado.

Considerando como integrantes do terceiro setor as associações, fundações (incluindo-se aqui também as entidades de apoio), as cooperativas sociais (regidas pela Lei n. 9.867/99, excluindo as cooperativas tradicionais regidas pela Lei n. 5.764/71) e os serviços sociais autônomos, propõe-se que, entre essas pessoas jurídicas, estariam legitimadas à propositura das ações constitucionais típicas as que estivessem qualificadas nos termos da Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999, que

³⁹⁹ “A soberania popular ativa exige, em primeiro lugar, a supressão do espúrio poder de reforma constitucional pelo Congresso, sem referendo popular. Exige, ainda, a livre realização de plebiscitos, referendos e iniciativas populares legislativas, sem que o povo soberano fique subordinado ao Congresso Nacional como determinou a Lei n. 9.790, de 18 de novembro de 1998. (...) Exige a generalização dos orçamentos participativos. Exige, ademais, a revitalização do controle popular sobre os órgãos de governo mediante a reestruturação da ação popular e da ação de improbidade administrativa, a introdução do *recall* ou revogação popular de mandados eletivos, a revisão do processo de *impeachment* e a iniciativa popular da instauração de comissões parlamentares de inquérito” (COMPARATO, Fábio Konder. A desnacionalização da economia brasileira e suas conseqüências políticas. **Cidadania e Justiça**: Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, Brasília, n. 7, 2. sem. 1999, p. 91. Apud GONÇALVES, Vânia Mara Nascimento. **Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na Era da Globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 96).

dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como organizações da sociedade civil de interesse público, as já atualmente conhecidas por OSCIPs.

Essa proposta vai, portanto, além da redação do inciso IX do art. 103 de nossa Constituição Federal, que atribui legitimidade à propositura da ação direta de inconstitucionalidade às confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, já que estas, tendencialmente, preocupam-se mais com assuntos corporativos que com assuntos de interesse de toda a sociedade.

Como já exposto, a qualificação de OSCIP consiste em uma certificação dada pelo Ministério da Justiça às pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que reúnam os requisitos também já apontados.

Essa qualificação pode culminar com o estabelecimento de um termo de parceria entre o Poder Público e a pessoa jurídica qualificada como OSCIP, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no já apontado art. 3.º da lei ora em comento.

A lei que regula as OSCIPs, também denominada “Marco Legal do Terceiro Setor”, é bem rigorosa, o que determina que o Ministério da Justiça selecione apenas organizações que preencham todos os requisitos.

Mas será que esta ampliação do rol dos legitimados para a propositura de ações constitucionais típicas (apenas a direta de inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental) aumentaria vertiginosamente o número dessas ações perante o Supremo Tribunal Federal?

A resposta é negativa. De acordo com dados fornecidos pelo Ministério da Justiça em seu *site* (www.mj.gov.br) entre 1999 e 2003 foram registrados 2.356 pedidos para essa qualificação, tendo sido deferidas apenas 1.488 qualificações.

De 2003 para 2006 o número de deferimentos saltou de 1.488 para 3.707⁴⁰⁰.

Como visto, ainda é pequeno o número de entidades que possuem o título de OSCIP se comparado ao número de organizações existentes, cerca de 200 mil.

⁴⁰⁰ Dados obtidos pelo *site* do Ministério da Justiça em 17 de março de 2006.

Ressalte-se, ainda, que dessas organizações nem todas terão, em seus estatutos, autorização específica para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade e de arguição de descumprimento de preceito fundamental, o que consistiria em mais um requisito constitucional. Desse modo, propõe-se a seguinte redação para o possível novo inciso a ser inserido no art. 103 de nossa Constituição Federal:

Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

.....
X – as organizações da sociedade civil de interesse público, qualificadas nos termos da Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999, quando expressamente autorizadas para este fim.

6. DA REGULAÇÃO DO TERCEIRO SETOR

Diante de grandes perspectivas de desenvolvimento do terceiro setor, várias dúvidas surgem quanto à necessidade de sua regulação. E, mesmo quando a resposta é afirmativa, outras surgem quanto ao modelo de regulação a ser adotado.

6.1 Perspectivas de desenvolvimento do terceiro setor e sua necessária regulação

Para o Professor Luiz Carlos Merege, em palestra ministrada no “Seminário Internacional: Perspectivas para o Terceiro Setor no Século XXI”⁴⁰¹, em 2002, há um enorme potencial de crescimento para esse setor no País, com ampla possibilidade de maior participação no PIB ⁴⁰².

Para justificar sua previsão, apontou os seguintes fatores:

- a) possibilidade de ser um setor gerador de emprego, tendo em vista o processo de exclusão social que se intensificou no Brasil e nos países da América Latina;
- b) atuação permanente e imediata na melhoria geral de vida. Esse setor apresenta a possibilidade de atuação permanente fora do aparelho do Estado, para que a condição de vida da população excluída possa melhorar;
- c) o terceiro setor pode aglutinar setores (Estado e mercado) em causas de interesse comum, mesmo que mantenham uma situação de antagonismo de interesses, por exemplo, na área econômica;
- d) ampliação da base de atuação política, envolvendo trabalhadores, empresários progressistas, grandes segmentos da classe média sensível aos problemas sociais, da violência e das drogas em nossas sociedades;
- e) mobilização em torno de temas mais amplos do que simplesmente o econômico: vida comunitária, harmonia social, segurança, desenvolvimento humano,

⁴⁰¹ Seminário realizado nos dias 27, 28 e 29 de setembro de 2002 pelo SENAC-SP e pelo *United States Consulate General* São Paulo.

⁴⁰² SZAIZI, Eduardo. Op. cit., p. 21.

melhoria da vida cultural, que contribuem para a criação de uma democracia econômica;

f) formação de redes para ativismo político: Seattle, Davos, Washington, Fórum Social Mundial. Recentemente o terceiro setor mostrou que possui grande poder de mobilização para o ativismo político, questionador da ordem econômica predominante. Por meio de sua tradição de atuação em rede, centenas de organizações podem ser mobilizadas em torno de temas críticos para a melhoria das condições de vida em nossa sociedade, tais como a questão da perversa dívida dos países em desenvolvimento, que absorve recursos que poderiam ser aplicados na área social;

g) o Estado encontra no terceiro setor um parceiro importante para a implementação de políticas públicas, tendo em vista a sua capilaridade, estando em contato com distintas classes sociais e com distribuição espacial pulverizada;

h) o fortalecimento do terceiro setor depende do fortalecimento do Estado, no que diz respeito à sua opção por investimentos na área social, destacando-se aqui que 15% dos recursos recebidos pelo terceiro setor é oriundo do Estado⁴⁰³;

i) o terceiro setor complementa a ação do Estado, não tendo condições de substituí-lo em políticas públicas universais de combate à exclusão e à pobreza.

Lester Salamon prevê, no entanto, que o desenvolvimento do terceiro setor está condicionado à superação de quatro grandes desafios: o da legitimidade, o da eficiência, o da sustentabilidade e o da colaboração⁴⁰⁴.

O desafio da legitimidade envolve a questão do baixo nível de informação sobre o terceiro setor. Além de ser sistematicamente ignorado nas estatísticas econômicas nacionais, poucas vezes é mencionado nos debates políticos, sendo subestimado na imprensa, na educação pública e na pesquisa acadêmica. Além disso, observa-se o limbo legal no qual grande parte das organizações opera⁴⁰⁵.

Como já citado, no Japão, por exemplo, o direito de criar organizações sem fins lucrativos é considerado apenas como privilégio dos Ministérios, os quais podem conceder ou negar a criação, com base em seu poder discricionário. Em Gana, o registro dessas organizações depende também da aprovação do Ministério do Bem-Estar Social. No Egito, a Lei n. 32, de 1964, capacita o governo a

⁴⁰³ Também de acordo com pesquisa realizada em 1995, 68% dos recursos destinados ao terceiro setor são provenientes de receitas próprias, 15% do Estado, 14% de doações de pessoas físicas e apenas 3% de doações de pessoas jurídicas.

⁴⁰⁴ SALAMON, Lester. Op. cit., p. 102-5.

⁴⁰⁵ Id., p. 102-3.

dissolver sempre que queira essas organizações. Cite-se, ainda, que na África do Sul o estímulo às doações caritativas é substituído pela imposição de taxa sobre a filantropia⁴⁰⁶.

Ressalte-se também o caso da Rússia, que um projeto de lei, aprovado inicialmente pela Casa Baixa do Parlamento, em novembro de 2005, pretende exigir que dezenas de milhares de organizações não governamentais russas se registrem perante o Ministério da Justiça. O mesmo projeto prevê, ainda, restrições à capacidade de essas instituições aceitarem doações ou contratarem estrangeiros e proibição às organizações internacionais de abrirem filiais no País, numa tentativa de asfixiar a sociedade civil e a democracia⁴⁰⁷.

Além das questões legais, a legitimidade do terceiro setor ainda enfrenta outros problemas, tais como escândalos na esfera de salários e lucros nos Estados Unidos e no Reino Unido, de uso fraudulento de organizações para prover alguns políticos no Brasil de subsídios públicos e, ainda, utilização imprópria das fundações como veículos para fraudes tributárias na Europa central e oriental⁴⁰⁸.

Para a superação desses problemas de legitimidade seria necessária a difusão de informações básicas sobre o setor, conscientizar publicamente a população sobre o papel do terceiro setor e, ainda, fazer com que essa legitimação assumira forma legal⁴⁰⁹.

O desafio da eficiência impõe a necessidade de ser demonstrada a capacidade e a competência do setor. Exige, para Lester Salamon, pelo menos dois conjuntos de atividades: treinamento de administradores nas habilidades exigidas para o setor e criação de instituições de infra-estrutura aptas a garantir a eficiência dessas organizações a longo prazo⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ Id., p. 103.

⁴⁰⁷ **Rússia quer controlar ONGs estrangeiras no país.** The New York Times. Disponível em: noticias.uol.com.br. Acesso em 24-11-2005.

⁴⁰⁸ SALAMON, Lester. Op. cit., p. 103-4.

⁴⁰⁹ “[...] a legitimação tem de assumir forma legal. O direito de associação deve entrar de maneira clara e inequívoca na legislação. Além disso, regulamentos para estender o *status* jurídico às organizações sem fins lucrativos e assegurar a elas e a seus contribuintes condições tributárias favoráveis precisam ser simplificados e tomados automáticos, desde que certas exigências básicas sejam atendidas. Finalmente, cumpre exigir transparência contábil das organizações do Terceiro Setor. Uma organização de que se espera o cumprimento de relevantes funções públicas e que manuseia importantes subsídios deve ser aberta e responsável pelo modo com que se utiliza seus fundos em atenção à confiança popular. Para tanto, o Terceiro Setor se empenhará em desenvolver seus próprios códigos de ética e seus próprios sistemas de contabilidade. Organizações por cotas e prestação pública de contas são os meios menos onerosos de obter isso. No entanto, maior transparência e abertura parecem pré-requisitos absolutos para o crescimento futuro” (SALAMON, Lester Salamon. Op. cit., p. 104-5).

⁴¹⁰ SALAMON, Lester. Op. cit., p. 105-6.

Diante da incapacidade do Estado brasileiro para propor estratégias, programas e metas para superar as profundas desigualdades sociais, as perspectivas de crescimento para o terceiro setor tornam-se evidentes. Por outro lado, sua participação na implementação de políticas públicas se vê ameaçada pela ausência de credibilidade de muitas entidades, pela falta de apoio da mídia e de um marco legal satisfatório⁴¹¹.

O desafio da sustentabilidade não envolve apenas a questão financeira, mas também a referente ao capital humano do setor, sendo comum em alguns países a carreira no terceiro setor como simples estação no caminho de volta ao serviço governamental, já que ativistas substituem funcionários antigos que lutaram para afastar, deixando as organizações oriundas empobrecidas em recursos humanos⁴¹².

Por fim, o desafio da colaboração traz dificuldades como as que o terceiro setor enfrenta no trato entre organizações componente desse mesmo setor, destas com o Estado e destas com o setor empresarial.

Lester Salamon aponta quanto a essa questão que seria proveitoso redefinir o que se entende por “sociedade civil”, deixando de considerá-la como aplicável unicamente ao terceiro setor. Essa prática de divisão implica o fato de o setor empresarial, assim como o Estado, se encontrarem fora da sociedade civil, sendo, portanto, “não civil”. Defende que a expressão “sociedade civil” deva ser aplicada às relações entre setores, para que todos os setores não apenas coexistam, mas também colaborem uns com os outros para a solução dos problemas sociais⁴¹³.

Outra questão que se coloca é a possibilidade de conflitos com a esfera estatal e com as empresas privadas, em razão do crescimento da prestação de serviços por organizações sem fins lucrativos, cuja competitividade e eficiência só vêm aumentando⁴¹⁴.

No ano de 1999 foi publicada a Lei 9.790, de 23 de março, denominada “Marco Legal do Terceiro Setor”, criada graças ao empenho e à experiência acumulada pelo Conselho da Comunidade Solidária. Essa lei disciplina, entre outros aspectos, os requisitos para que uma entidade sem fins lucrativos (associação ou fundação) possa receber do governo federal a

⁴¹¹ NAVES, Rubens Naves. Op. cit., p. 577.

⁴¹² “Ironicamente, se o Terceiro Setor pode contribuir para a democracia, a curto prazo a democracia pode sugar a força do Terceiro Setor” (SALAMON, Lester. Op. cit., p. 106-7).

⁴¹³ Id., p. 108.

⁴¹⁴ Id., p. 577.

qualificação de organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP). Instituiu também a possibilidade de essas organizações celebrarem termos de parceria com o Poder Público para a execução de determinados projetos⁴¹⁵.

No entanto, a grande novidade é que essa legislação delimita o perfil desejável para entidades do terceiro setor. Ao indicar as atividades em que as entidades podem atuar, traz a possibilidade de as ONGs participarem do planejamento de projetos de interesse público. Outras exigências são a prática de boa governança, a existência de normas de controle e prestação de contas e a possibilidade de realização de auditoria externa independente.

Adverte-nos Carlos Montaña que, se o número de ONGs vem crescendo, assim como a dimensão do chamado terceiro setor vem aumentando, é equivocado supor sem mais nem menos que esse processo seja compensatório da clara desresponsabilização estatal e do capital perante a resposta às seqüelas da questão social. É a partir de dois mecanismos que as ONGs se expandiram na década de 80: primeiro, pela mudança de orientação de doadores internacionais de não mais destinarem recursos diretamente aos movimentos sociais e populares, mas agora às ONGs; em segundo lugar, dada a criação de um vasto número de ONGs cujo objetivo central, senão único, é a própria captação desses recursos e a geração de emprego⁴¹⁶.

Defende Carlos Montaña que, na verdade, a função do financiamento estatal das atividades do terceiro setor não é a de compensar, mas a de encobrir e gerar a aceitação da população a um processo que, como vimos, tem clara participação na estratégia atual de reestruturação do capital. É uma função ideológica⁴¹⁷.

Apesar dos avanços, as leis que disciplinam, fomentam e controlam a atuação das entidades do terceiro setor – seu marco legal – são ainda incipientes no Brasil, pela própria novidade da matéria. Há um trajeto a ser cumprido para o seu aperfeiçoamento, que passa pela reforma da legislação atual. Um dos problemas é a superposição: a Lei das OSCIPs convive com as leis de incentivos fiscais, com os atestados de utilidade pública e com os certificados de fins filantrópicos. Todos visam a assegurar isenção no pagamento de tributos ao Poder Público, gerando conflitos de

⁴¹⁵ Id., p. 578.

⁴¹⁶ MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 224.

⁴¹⁷ Id., *passim*.

interpretação⁴¹⁸. É justamente neste ponto que merece atenção o Projeto de Lei do Senado n. 7 (Substitutivo), de 2003, o qual será comentado a seguir.

6.2 Da regulação do terceiro setor e o modelo adotado pelo Projeto de Lei do Senado n. 7 (Substitutivo), de 2003

Após os últimos indícios de uso irregular de recursos repassados pelo Governo Federal a algumas organizações não governamentais, a questão da regulação do terceiro setor, que já vinha sendo cogitada após o término da CPI das ONGs⁴¹⁹, em 2002, voltou a ser objeto de estudo.

O Projeto de Lei do Senado n. 7 (Substitutivo), de 2003, redigido pelo Senador César Borges (PFL-BA), em substituição ao Projeto de Lei n. 246/2002, de autoria do Senador Mozarildo Cavalcanti (PPS-RO), foi aprovado pelo Senado, no final de junho deste ano, em turno único e em regime de urgência, sem ter sido levado a debate para a sociedade civil, com a finalidade de dispor sobre o registro, fiscalização e controle de organizações não governamentais.

Em razão disso, referido projeto de lei, com apenas sete artigos, vem sendo muito criticado por organizações e profissionais ligados ao terceiro setor. Além de apresentar vícios de inconstitucionalidade, institui obrigações já estabelecidas por diplomas legais, criando um verdadeiro paralelismo de controles que já são exercidos pelo Estado⁴²⁰.

Art. 1.º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento de entidades de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos e normas estatutárias visem a fins de interesse público, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento.

Parágrafo único. A mera constituição de pessoa jurídica de direito privado, nos termos dispostos no *caput* deste artigo, não enseja sua qualificação como:

I – instituição criada com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das

⁴¹⁸ Id., p. 278.

⁴¹⁹ Essa CPI foi instaurada em 19 de fevereiro de 2001 e encerrada em 19 de dezembro de 2002, com a finalidade de apurar a atuação irregular de organizações não governamentais, principalmente aquelas relacionadas às questões ambientais e indígenas.

⁴²⁰ CICONELLO, Alexandre. **Nota técnica ao PLS n. 07 de 2003**. ABONG (Associação Brasileira das Organizações Não Governamentais). Disponível em: www.abong.org.br. p. 1-2. Acesso em 23-6-2004.

instituições federais de ensino superior e pesquisa científica e tecnológica, assim definida na Lei n. 8.958, de 20 de dezembro de 1994;

II – Organização Social, assim definida na Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998;

III – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, assim definida na Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999.

O primeiro artigo traz, pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico, a definição de organização não governamental, cujos objetivos e normas estatutárias visem a fins de interesse público.

Vê-se,, pela definição legal de organização não governamental, que foram excluídas aquelas denominadas “MBO” (organizações de benefício mútuo, tais como clubes, cooperativas etc.).

Houve, portanto, uma diminuição legal do espectro do denominado terceiro setor, sobre o qual já pairavam diversas dúvidas doutrinárias.

Por fim, o parágrafo único desse artigo se mostra totalmente inútil, já que não acrescentou, nem sequer retirou, qualquer item do regime das pessoas jurídicas ali enumeradas, as quais continuam sendo regidas por leis específicas.

Art. 2.º As Organizações Não-Governamentais (ONG) prestarão contas anualmente dos recursos recebidos por intermédio de convênios ou subvenções de origem pública ou privada, inclusive doações, ao Ministério Público, independentemente da prestação de contas aos respectivos doadores.

Essas organizações são obrigadas a prestar contas anualmente a seus doadores, os quais podem ser pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras.

Se uma organização receber recursos públicos nacionais, por meio de convênios, a prestação de contas será exaustiva, devendo ser demonstrada a aplicação efetiva dos recursos recebidos, mediante apresentação de relatórios da execução físico-financeira do projeto, que são obrigatoriamente analisados pelo Tribunal de Contas⁴²¹.

Por convênio, de acordo com o conceito de Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴²², entende-se como um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se quer com outras entidades públicas quer com entidades privadas.

⁴²¹ CICONELLO, Alexandre. Op. cit., p. 5.

⁴²² DI PIETRO, Maria Sylvia. **Parcerias na Administração Pública**, cit., p. 189.

Não há que se falar em delegação de serviços públicos diante de convênio com organizações não governamentais, mas sim em fomento. Por esse instrumento, o Estado, em vez de desempenhar, ele mesmo ou por meio de suas empresas, determinadas atividades sociais, sem fins lucrativos, como a cultura, a pesquisa, a educação, a assistência social, tem a opção de prestá-las como serviços públicos próprios ou de incentivar o particular a prestá-las como serviços públicos impróprios⁴²³ e

424

Assim, por ser o executor do convênio um verdadeiro administrador do dinheiro público, deve prestar contas não apenas ao ente repassador da verba, mas também ao Tribunal de Contas⁴²⁵.

No que se refere à atuação do Ministério Público, o artigo trouxe uma parcial novidade, já que o trabalho de verificação de contas das fundações já é feito anualmente por esse órgão, o qual é responsável pela fiscalização de seu patrimônio, independentemente de a origem do recurso ser pública ou privada.

Além de fiscalizar anualmente as contas das fundações, o Ministério Público, agindo por provocação, mediante denúncia de irregularidades, é competente também para analisar contas de qualquer associação.

No entanto, essa novidade parcial que atribui ao Ministério Público a função de fiscalizar, anualmente, as prestações de contas de todas as organizações não governamentais que recebam recursos por meio de convênios ou subvenções de origem pública ou privada, inclusive doações, não é tão simples, pois exige uma nova estrutura desse órgão, o que envolve, também, recursos orçamentários do Executivo.

Interessante notar que o projeto de lei em comento não pretende buscar a fiscalização apenas para a utilização de recursos de origem pública, mas também para os de origem privada. Qual seria o motivo para a fiscalização do privado?

⁴²³ Id., p. 192-3.

⁴²⁴ No que se refere ao conceito de serviço público próprio e impróprio, atente-se para a distinção apontada por Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Com relação a esses serviços *não exclusivos* do Estado, pode-se dizer que são considerados *serviços públicos próprios*, quando prestados pelo Estado; e podem ser considerados *serviços públicos impróprios*, quando prestados por particulares, porque, neste, ficam sujeitos à autorização e controle do Estado, com base em seu poder de polícia. São considerados serviços públicos porque atendem a necessidades coletivas; mas impropriamente públicos porque faltam dois elementos do conceito de serviço público: a gestão, direta ou indireta, pelo Estado, e a sujeição a regime jurídico de direito público” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**, cit., p. 184).

⁴²⁵ CICONELLO, Alexandre. Op. cit., p. 5.

Seria para a obtenção de melhor controle pelo Estado subsidiário do desempenho de serviços públicos impróprios, para que possa estudar até o retorno para o estágio do Estado do Bem-estar, como prestador de serviços?

Art. 3.º Fica criado o Cadastro Nacional de Organizações Não-Governamentais (CNO), administrado pelo Ministério da Justiça, no qual serão inscritas todas as Organizações Não-Governamentais (ONGs) atuantes, a qualquer título, no País.

Esse artigo não restringiu a necessidade de inscrição de organizações não governamentais que recebam recursos públicos, mas albergou todas as pessoas jurídicas dotadas dessa especificação. O artigo vem em consonância com a exigência de fiscalização anual pelo Ministério Público das contas de ONGs que recebam recursos também de origem privada.

No entanto, quanto a esse artigo resta também uma dúvida: haveria alguma penalidade para a ONG que não efetuasse esse cadastro?⁴²⁶

Seria considerada pessoa jurídica irregular?

Dependeriam desse cadastro para o desempenho de suas atividades?

Dependendo da resposta, o artigo pode ser considerado inconstitucional, por criar uma estrutura de controle e autorização prévios, violando o inciso XVIII do art. 5.º, o qual dispõe que:

Art. 5.º

XVIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento.

Art. 4.º Fica condicionada a prévia autorização do Ministério da Justiça, conforme dispuser regulamento, o desenvolvimento de atividades no País por parte de Organizações Não-Governamentais (ONG) estrangeiras.

Parágrafo único. As ONGs constituídas antes da vigência desta lei terão prazo, a ser definido em regulamento, para atender ao disposto neste artigo.

Este artigo não apresenta qualquer novidade em nosso ordenamento jurídico. Há muito tempo organizações não governamentais estrangeiras devem requerer a prévia autorização do Ministério da Justiça. Acrescente-se a tal quadro o absurdo de este artigo, em seu parágrafo único, remeter a um regulamento a criação de *vacatio legis* para o atendimento de uma regra que já vigora em nosso ordenamento jurídico há décadas.

⁴²⁶ Nesse sentido: GIANNECCHINI, Laura. **Érika Bechara analisa lei que regulamenta registro, controle e fiscalização das ONGs**. Disponível em: www.setor3.com.br. Acesso em 20-07-2004.

Art. 5.º Revoga-se o art. 18 da Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999.

A revogação do art. 18 da Lei n. 9.790/99 possibilitará a uma organização não governamental cumular a qualificação de OSCIP (organização da sociedade civil de interesse público) com outros títulos (CEBAS – organizações certificadas como entidades beneficentes de assistência social e utilidade pública).

Quanto a essa revogação, ressalte-se o posicionamento de Paulo Haus Martins, o qual considera esse artigo do projeto de lei como o “único que se presta a regular algo constitucional e válido”⁴²⁷, por considerar que o artigo a ser possivelmente revogado traz uma incompatibilidade artificial entre a qualificação de OSCIP e outros certificados criados por lei.

Art. 6.º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Mesmo tendo introduzido diversas obrigações às ONGs e imposições ao próprio Poder Público com a criação de órgão de cadastro e fiscalização anual de contas de todas essas organizações, o projeto em comento não estabelece um período de *vacatio legis* para adaptação e criação de estruturas para seu atendimento.

No entanto, remeteu a criação desse período para a única situação desnecessária: prévia autorização do Ministério da Justiça para o funcionamento de ONG estrangeira no País.

Ao término do exame desse projeto de lei, verifica-se que ele veicula verdadeiras restrições ao funcionamento de ONGs, o que pode ser considerado até inconstitucional, gerando um excesso de burocracia, o que poderá desestimular o crescimento do terceiro setor no Brasil, o qual vem desempenhando importante papel no cenário econômico-social do País.

Busca o presente projeto de lei do Senado regular econômica e socialmente o terceiro setor, trazendo até reflexos em sua auto-regulação associativa, mas de forma incompleta e insatisfatória, filiando-se à Escola do Interesse Público.

O que a sociedade civil organizada almeja é que projetos de lei não se limitem a apenas fiscalizar o terceiro setor, mas que se proponham a trazer uma verdadeira regulamentação do setor, delimitando corretamente seu conceito, dispondo sobre as qualificações e títulos, estabelecendo

⁴²⁷ MARTINS, Paulo Haus. **Sobre o PLS 7/2003, recentemente aprovado pelo Senado Federal**. RITS (Rede de Informações para o Terceiro Setor). Disponível em: www.rits.org.br. p. 8. Acesso em 23-07-2004.

incentivos para a participação do governo e do mercado no terceiro setor etc., unindo, portanto, tendências da Escola de Interesse Público e da teoria neoclássica da regulação.

Por todo o exposto se mostra que no Brasil há, ainda, uma fraca regulação do terceiro setor, a qual se dá tanto no âmbito associativo quanto no âmbito estatal de forma incipiente.

Mas a tarefa de regular o terceiro setor não se mostra fácil.

Quanto a esse tema, Joaquim Falcão e Carlos Cuenca⁴²⁸, participantes ativos do processo de reforma legislativa do terceiro setor, apresentam as seguintes dúvidas quanto a essa reforma:

Identificamos três problemas básicos da reforma do marco legal. Primeiro, por onde começar a reformar? Mudando a Constituição? Revogando portarias? Criando um Estatuto do Terceiro Setor? Ou propondo leis isoladamente? O segundo problema diz respeito à possibilidade ou não de as entidades se beneficiarem de isenções e incentivos fiscais. Devem os atuais incentivos ser mantidos? Ampliados? Finalmente, o terceiro problema pergunta se a nova legislação deve privilegiar um determinado tipo de entidade do Terceiro Setor, em detrimento dos demais. Escolher um tipo de entidade como “modelo” para todo o setor. Por exemplo, deve privilegiar as ONGs politicamente mobilizadoras, em detrimento das Santas Casas de Misericórdia, de eventual caráter assistencialista?

Claro que um grande passo já foi dado com a edição da Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999, que veio a ser denominada “Marco Legal do Terceiro Setor”, mas que ainda se mostra insuficiente por apenas regular a qualificação de organizações não governamentais em OSCIPs.

Para que o novo Estado subsidiário possa verificar a atuação dos particulares sem fins lucrativos, de forma legítima e constitucional, deve submeter projetos de lei que pretendam regular o terceiro setor à apreciação da sociedade civil organizada.

Somente assim o processo conterà uma quantidade menor de vícios, o que reverterá em favor do próprio Estado subsidiário, não apenas na função de fiscalização desse setor, mas também para a própria manutenção desse novo estágio estatal, estimulando o crescimento do terceiro setor na prestação de serviços públicos.

Os países anglo-saxônicos são os que dispõem de legislação fruto de séculos de experiência social e jurídica, tendo já sido desenvolvido um marco legal do terceiro setor, no qual há duas categorias de organizações, tendo como parâmetro suas finalidades⁴²⁹.

⁴²⁸ FALCÃO, Joaquim; CUENCA, Carlos. Diretrizes para nova legislação do terceiro setor. In: FALCÃO, Joaquim; CUENCA, Carlos (coords.). **Mudança social e reforma legal: estudos para uma nova legislação do terceiro setor**. Brasília: Conselho da Comunidade Solidária: Unesco, 1999. p. 13. Apud SOUZA, Leandro Marins de. **Tributação do terceiro setor no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2004. p. 104-5.

A primeira delas é formada por organizações de interesse (ou caráter) público – denominadas pela sigla PBOs –, que são aquelas voltadas para a defesa do interesse mais amplo da sociedade ou para o desenvolvimento de uma atividade que traz benefícios para toda a sociedade, mesmo que, aparentemente, dedique-se apenas a beneficiar agrupamentos específicos. Essa categoria é reconhecida como merecedora de incentivos, desfrutando de direitos e prerrogativas especiais, tal como a possibilidade de receberem contribuições de pessoa física ou jurídica dedutíveis do imposto sobre a renda⁴²⁹.

A segunda categoria é composta por organizações de ajuda mútua ou de auto-ajuda – denominadas pela sigla MBOs –, que são organizações que se formam para a defesa de interesses coletivos, mas de um círculo restrito, específico, de pessoas, como, por exemplo, uma associação de classe, um clube social etc.⁴³¹.

O que se pretende aqui é a promulgação de uma lei dotada de eficácia instrumental e não apenas simbólica⁴³².

Para Paulo Rabello Castro⁴³³, a solução está no campo da desregulamentação. Segundo esse autor, para que o Brasil realize sua grande reengenharia de Estado, terá de fazer ampla revisão no que chama de entulho regulamentador, considerando que este oprime o direito do cidadão à iniciativa econômica e sufoca as oportunidades no campo social.

Para esse mesmo autor, a não-intervenção do Estado brasileiro se dará pelos novos paradigmas da globalização, ou seja, pela competitividade, pela subsidiariedade e pela neutralidade das ações do Estado, bem como com a maior participação popular nos campos econômico e social⁴³⁴.

⁴²⁹ PAES, José Eduardo Sabo. Terceiro setor, p. 277.

⁴³⁰ Id., *passim*.

⁴³¹ PAES, José Eduardo Sabo. Terceiro setor, cit., *passim*.

⁴³² “[...] a eficácia do direito podia ser de caráter instrumental e de caráter simbólico. Uma lei pode ser promulgada para ser aplicada e produzir efeitos num dado domínio social (educação, saúde, fiscalidade, etc.), caso em que terá eficácia instrumental, ou apenas para produzir como efeito o facto de haver uma lei sobre um dado domínio social e esse facto ter impacto público independentemente de se saber se a lei é ou não aplicada, caso em que esta terá eficácia simbólica” (SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**, cit., p. 176).

⁴³³ CASTRO, Paulo Rabello. A reengenharia do Estado brasileiro rumo ao sociocapitalismo. In: **Academia Internacional de Direito e Economia**. Seminário A Reengenharia do Estado Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 50. Apud GONÇALVES, Vânia Mara Nascimento. Op. cit., p. 94-5.

⁴³⁴ CASTRO, Paulo Rabello. Op. cit., p. 69.

7. O GRANDE DESAFIO – CRESCIMENTO E DESENVOLVIMENTO DO TERCEIRO SETOR E DOS DIREITOS HUMANOS

Mas qual seria a relação entre o desenvolvimento do terceiro setor e o dos direitos humanos? Seriam elementos diretamente ou inversamente proporcionais em uma equação?

A atuação do Estado no trato das questões sociais poderia ser interpretada, tal como impõe a ótica liberalista, como estímulo à permanência e desenvolvimento da pobreza e das exclusões sociais?

Peter Drucker, analisando a influência das ações do *Welfare State* nos Estados Unidos, responde positivamente à questão acima formulada. Afirma que os pobres na “América”, especialmente os negros pobres, tornam-se mais pobres, mais desamparados, mais desfavorecidos, quanto mais recursos do *Welfare* foram gastos para ajudá-los. Considera que o *Welfare* norte-americano encoraja a dependência, paralisando mais que energizando⁴³⁵.

No entanto, para Sérgio Cadernatori, a democracia social e o Estado de Direito formam um todo compacto, que deve corresponder tanto a um Estado Liberal mínimo (pela minimização das restrições das liberdades aos cidadãos) quanto a um Estado Social máximo (pela maximização das expectativas sociais dos cidadãos e correlatos deveres de satisfazê-las por parte do Estado)⁴³⁶.

Adota-se, para a análise dessa equação, a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, introduzida pela Declaração Universal de 1948. A concepção contemporânea de direitos humanos é caracterizada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos

⁴³⁵ Apud DUPAS, Gilberto. Op. cit., p. 227.

⁴³⁶ CADERMATORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 161. Apud GABARDO, Emerson. Op. cit., p. 156.

compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais⁴³⁷.

À luz dessa concepção, importa reiterar que, na experiência brasileira, a partir da democratização, emerge a necessidade de repensar e redefinir a agenda de atuação em direitos humanos, que, no período do regime militar ditatorial, centrava-se, fundamentalmente, na defesa dos direitos civis e políticos, como forma de resistência às perseguições político-ideológicas, às detenções arbitrárias, aos casos de tortura e de desaparecimento forçado. Surgem novas pautas de atuação, que compreendem a pluralidade e diversidade dos movimentos sociais⁴³⁸.

Se o processo de democratização foi aqui destacado, principalmente no Brasil, como verdadeiro marco, devido ao seu forte impacto na expansão e diversificação do terceiro setor, bem como à reconstrução da agenda de direitos humanos no País, o segundo processo a ser destacado é o processo de globalização econômica – por também repercutir sobre o terceiro setor e sobre a agenda de direitos humanos no Brasil⁴³⁹.

Se ao longo das últimas décadas os grandes desafios do Brasil e da própria América Latina foram a abertura política, a estabilização econômica e a reforma social, hoje a agenda dos países latino-americanos passou a incluir, como preocupação central, os efeitos decorrentes da inserção na economia globalizada.

O processo de globalização econômica, inspirado na agenda do chamado “Consenso de Washington”⁴⁴⁰, passou a ser sinônimo de medidas econômicas ditas neoliberais, voltadas para a reforma e a estabilização das denominadas “economias emergentes”. Apresenta como pano-de-fundo os postulados da economia de matriz neoclássica, do que resulta a ênfase na redução das

⁴³⁷ PIOVESAN, Flávia; BARBIERI, Carla Bertucci. Op. cit., p. 93.

⁴³⁸ Id., Ibid.

⁴³⁹ Id., p. 94.

⁴⁴⁰ “[...] de inspiração teórica neoclássica e político-ideológica neoconservadora. Se os problemas consistiam na indisciplina fiscal dos Estados, na excessiva intervenção pública, nas restrições ao comércio externo e nos diversos subsídios ao investimento, a solução só poderia ser reformas estruturais em sentido precisamente oposto, isto é, orientadas para o mercado. Com efeito, pode-se identificar nessa receita cerca de dez ingredientes: (1) disciplina fiscal; (2) priorização do gasto público em áreas de alto retorno econômico; (3) reforma tributária; (4) altas taxas de juros fixadas pelo mercado; (5) liberação do câmbio; (6) abertura do capital internacional; (7) políticas comerciais liberais (não protecionistas); (8) privatização das empresas estatais; (9) desregulação da economia, em especial das relações trabalhistas; (10) proteção à propriedade privada. No conjunto, as medidas propostas pelo ‘Consenso’ para reduzir o tamanho do Estado constituem as recomendações dos programas de ajuste estrutural que o Banco Mundial e o FMI, a cuja aceitação pelos Estados condiciona-se a concessão de crédito e ajuda econômica, razão por que se disseminaram rapidamente notadamente para os países menos capazes de resistir à pressão internacional” (BENTO, Leonardo Valles. Op. cit., p. 377).

despesas públicas, na privatização, na desconstitucionalização, flexibilização, desregulação, desjuridicização dos direitos sociais, na disciplina fiscal conducente ao déficit público como prioridade na agenda da estabilidade monetária e equilíbrio comercial, na reforma tributária e na abertura (seletiva para os países centrais e indiscriminada para as economias semiperiféricas) do mercado ao comércio exterior⁴⁴¹. No dizer de Jurgen Habermas: “Hoje são antes os Estados que se acham incorporados aos mercados e não a economia política às fronteiras estatais”⁴⁴².

Todavia, os efeitos produzidos pela globalização econômica têm agravado ainda mais o dualismo econômico e estrutural da realidade latino-americana, com o aumento das desigualdades sociais e do desemprego, aprofundando-se as marcas da pobreza absoluta e da exclusão social⁴⁴³.

De acordo com o relatório sobre o Desenvolvimento Humano de 1999, elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), a integração econômica mundial tem contribuído para aumentar a desigualdade. Afirma o relatório que, em face da globalização assimétrica, a parcela de 20% da população mundial que vive nos países de renda mais elevada concentra 86% do PIB mundial, 82% das exportações mundiais, 68% do investimento direto estrangeiro e 74% das linhas telefônicas. Já a parcela dos 20% mais pobres concentra 1% do PIB mundial, 1% das exportações mundiais, 1% do investimento direto estrangeiro e 1,5% das linhas telefônicas. Acrescente-se que o próprio Banco Mundial reconheceu que a pobreza tem crescido em virtude da globalização econômica. De acordo com o relatório do BIRD, no período de maior adesão ao neoliberalismo aumentou a pobreza e o protecionismo em escala internacional⁴⁴⁴.

A garantia dos direitos sociais básicos (como o direito ao trabalho, à saúde e à educação), que integram o conteúdo dos direitos humanos, tem sido apontada como obstáculo ao funcionamento do mercado e à livre circulação do capital e à competitividade internacional. A flexibilização das relações de trabalho não tem sido capaz de gerar novos empregos, mas tem implicado a fragilização das relações trabalhistas e a precarização das condições de trabalho.

⁴⁴¹ PIOVESAN, Flávia; BARBIERI, Carla Bertucci. Op. cit., p. 94.

⁴⁴² HÄBERMAS, Jurgen. Nos limites do Estado. **Folha de S. Paulo**, Caderno Mais!, p. 5, 18 jul. 1999. Apud PIOVESAN, Flávia; BARBIERI, Carla Bertucci. Op. cit., p. 94.

⁴⁴³ PIOVESAN, Flávia; BARBIERI, Carla Bertucci. Op. cit., p. 94.

⁴⁴⁴ Pobreza cresce, diz Banco Mundial. **Folha de S. Paulo**, 16 set. 1999. Apud PIOVESAN, Flávia; BARBIERI, Carla Bertucci. Op. cit., p. 94-5.

Fatores que, como não é difícil supor, agravam-se em um cenário de recessão e de grave desemprego⁴⁴⁵.

A educação, a saúde e a previdência de direitos sociais básicos transformaram-se em simples mercadoria, objeto de contratos privados de prestação de serviços, de concessão e subcontratação privatizante – numa atmosfera de negócios entre agentes marcadamente desiguais, aprofundando a ausência de fruição por parcelas crescentes da sociedade. Como acentua José Eduardo Faria:

[...] os serviços públicos essenciais nos campos da educação, saúde, moradia, transporte ou até mesmo de segurança, convertidos em objeto de ambiciosos programas de privatização, passam a ser comercializados como uma mercadoria qualquer, formalizados por contratos de caráter estritamente mercantil e apropriados por organizações empresariais exclusivamente voltadas ao lucro⁴⁴⁶.

No mesmo sentido, salienta Marilena Chauí:

A reforma do Estado retirou educação e saúde do campo dos direitos sociais e as incluiu no dos serviços não exclusivos do Estado. Essa pequena alteração terminológica – passar do direito ao serviço – não só as transferiu para a rede do mercado, como também legitimou seu tratamento como uma mercadoria qualquer, sujeita aos mecanismos contratuais que regem as ações mercantis e que identificam o cidadão com o consumidor⁴⁴⁷.

No entanto, em razão da indivisibilidade dos direitos humanos, a violação aos direitos econômicos, sociais e culturais propicia a violação aos direitos civis e políticos, uma vez que a vulnerabilidade econômico-social leva à vulnerabilidade dos direitos civis e políticos. No dizer de Amartya Sen, Prêmio Nobel da Economia de 1998: “A negação da liberdade econômica, sob a forma da pobreza extrema, torna a pessoa vulnerável a violações de outras formas de liberdade.(...) A negação da liberdade econômica implica na negação da liberdade social e política”⁴⁴⁸.

Ressalte-se que os próprios formuladores do Consenso de Washington, dentre eles Joseph Stiglitz, ex-Vice-Presidente do Banco Mundial, hoje assumem a necessidade do “Pós Consenso de Washington”, capaz de incluir temas relativos ao desenvolvimento humano, à educação, à tecnologia e ao meio ambiente – enfim, entende-se fundamental apontar as funções que o Estado

⁴⁴⁵ PIOVESAN, Flávia; BARBIERI, Carla Bertucci. Op. cit., p. 95.

⁴⁴⁶ A respeito, ver FARIA, José Eduardo. O futuro dos direitos humanos após a globalização econômica, In: **O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Edusp, 1999. p. 56. Apud PIOVESAN, Flávia; BARBIERI, Carla Bertucci. Op. cit., p. 95.

⁴⁴⁷ CHAUI, Marilena Chauí. Nova barbárie: aluno inadimplente. **Folha de S. Paulo**, 12 dez. 1999. Apud PIOVESAN, Flávia; BARBIERI, Carla Bertucci. Op. cit., p. 96.

⁴⁴⁸ SEM, Amartya. **Development as freedom**. New York: Alfred A. Knopf, 1999. p. 8. Apud PIOVESAN, Flávia; BARBIERI, Carla Bertucci. Op. cit., p. 96.

deve assumir para assegurar um desenvolvimento sustentável e democrático⁴⁴⁹. Há que se destacar, ainda, que o então Diretor-Gerente do FMI, Michel Camdessus, em seu último discurso oficial, afirmou que “desmantelar sistematicamente o Estado não é o caminho para responder aos problemas das economias modernas. (...) A pobreza é a ameaça sistêmica fundamental à estabilidade em um mundo que se globaliza”⁴⁵⁰.

Ainda sobre Camdessus, Osvaldo Sunkel lembra que, em 1997, esse economista francês alerta que não devemos nos esquecer de que o processo de desenvolvimento capitalista, juntamente com sua enorme eficiência no sentido da expansão, também provoca enorme desalojamento e destruição sociais, e, conseqüentemente, o Estado deve resgatar o seu fundamental papel, que, em certa medida foi perdido e precisa ser redescoberto⁴⁵¹.

Como leciona Jack Donelly,

[...] se os direitos humanos são o que civilizam a democracia, o Estado de Bem-Estar Social é o que civiliza os mercados; se os direitos civis e políticos mantêm a democracia dentro de limites razoáveis, os direitos econômicos e sociais estabelecem os limites adequados aos mercados. (...) Mercados e eleições, por si sós, não são suficientes para assegurar direitos humanos para todos⁴⁵².

Segundo acentua Celso Lafer “é da convergência entre as liberdades clássicas e os direitos de crédito que depende a viabilidade da democracia no mundo contemporâneo”⁴⁵³.

Como esse cenário dos efeitos da globalização econômica pode interferir tanto no desenvolvimento dos direitos humanos, como no do terceiro setor?

Quanto a esse ponto, temos respostas que se mostram inversamente proporcionais. Enquanto os efeitos da globalização econômica acarretam uma brusca queda no índice de desenvolvimento humano dos Estados, os mesmos efeitos produzem um crescimento vertiginoso das atividades do terceiro setor, já que este passa a assumir funções antes desempenhadas exclusivamente pelo

⁴⁴⁹ Em 30 de setembro de 1999, o então Diretor-Gerente do FMI, Michel Camdessus, ao reconhecer explicitamente a insuficiência das receitas liberais, defendeu a humanização da globalização (FMI questiona Consenso de Washington. **Folha de S. Paulo**, 30 set. 1999. Apud PIOVESAN, Flávia; BARBIERI, Carla Bertucci. Op. cit., p. 96).

⁴⁵⁰ Camdessus critica desmonte do Estado. **Folha de S. Paulo**, 14 fev. 2000.

⁴⁵¹ Reglas, instituciones y estrategias para el bien común en una economía global. **Estudios Sociales**, n. 88, 1997. Apud SUNKEL, Osvaldo. Op. cit., p. 184.

⁴⁵² DONNELLY, Jack. **International human rights**. Colorado: Westview Press, 1998. p. 160. Apud PIOVESAN, Flávia; BARBIERI, Carla Bertucci. Op. cit., p. 96-7.

⁴⁵³ LAFER, Celso. **Direitos humanos no século XXI**. 1998. Apud PIOVESAN, Flávia; BARBIERI, Carla Bertucci. Op. cit., p. 97.

Estado.

Mas essa transferência de atividades não tem como um de seus supostos fundamentos a eficiência? Por que, então, a transferência não produz aumento de qualidade na prestação de serviços públicos?

Como já mencionado em tópicos anteriores, o desenvolvimento dos direitos humanos somente será alcançado com a ação equilibrada de todos os atores envolvidos. Assim, não basta a existência de um pluralismo jurídico: este deve vir acompanhado de um equilíbrio na atividade de cada um dos atores.

É justamente por isso que o Estado se vê obrigado, tanto no plano nacional, fundamentalmente por sua normativa constitucional, quanto no plano internacional, pelos instrumentos internacionais dos quais é signatário, a desenvolver políticas públicas de alcance universal, não sendo essa característica almejada pelas atividades do terceiro setor.

O estímulo estatal ao crescimento do terceiro setor produz, ainda, outro efeito não aparente. Tenta justificar, em sua ineficiência na prestação de serviços públicos, a transferência de sua responsabilidade às organizações do terceiro setor, transformando essa ação em movimento natural e utilitarista.

No entanto, tal movimento esconde outros efeitos nefastos das imposições neoliberais: a aparente eficiência, ainda não totalmente comprovada, mascara a transferência de responsabilidades exclusivas do Estado ao terceiro setor, o qual, por meio de suas organizações, não desempenha com o mesmo alcance e, portanto, universalidade, as políticas públicas.

Neste ponto, adverte Carlos Montaña que o processo de fortalecimento e crescimento do terceiro setor pelo próprio Estado está inserido no triplo caminho neoliberal, que tenta evitar a convulsão social com a retirada do Estado de seus deveres sociais, qual seja⁴⁵⁴:

- a) para encobrir a desregulação dos direitos trabalhistas: a terceirização e a flexibilização do contrato de trabalho eliminam (sem desmascarar) os direitos conquistados pelo trabalhador assalariado; paralelamente, o desenvolvimento dos direitos do consumidor opera ideologicamente como desenvolvimento de uma nova cidadania;

⁴⁵⁴ MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 225.

- b) para ocultar o esvaziamento dos direitos democráticos: a chamada globalização política – mundialização do capital, via expansão de organizações transnacionais, tais como o BID, o FMI, e a OTAN, via empresas multinacionais – esvazia (desigualmente) as democracias baseadas nos Estados nacionais, escamoteando o poder e a autonomia dos Estados;
- c) para legitimar o esvaziamento dos direitos sociais e particularmente o recorte das políticas sociais: fomenta-se, com o financiamento estatal, o crescimento da atividade do chamado terceiro setor, com a imagem de transferência compensatória.

Nesse contexto, a implementação dos direitos humanos está condicionada, de um lado, à existência de um Estado forte no campo das políticas públicas, e, de outro, à vitalidade da sociedade civil, como agente transformador do Estado e do mercado e não como mero substituto de ações que lhe são exclusivas e muitas vezes privativas e, portanto, indelegáveis⁴⁵⁵.

No entanto, adverte-nos Boaventura de Sousa Santos que o poder que aparentemente se retira do Estado para ser dado à sociedade civil continua a ser, de fato, exercido sob a tutela estatal, apenas substituindo, na execução direta, a administração pública pela administração privada e, conseqüentemente, dispensando o controle democrático a que a Administração Pública está sujeita, o que certamente, combinada com a lógica do lucro ou do resultado, não pode deixar de agravar as desigualdades sociais e políticas⁴⁵⁶.

Mas, afinal, como fica a equação de desenvolvimento que apresenta como elementos o terceiro setor e os direitos humanos?

Com certeza a influência predominante para a análise pelo Estado dessa equação leva em conta as imposições do neoliberalismo e os conseqüentes e inevitáveis direcionamentos para a globalização econômica.

Para Gilberto Dupas, a internacionalização dos agentes econômicos privados e a privatização dos serviços públicos de infra-estrutura, além de trazer claros benefícios à eficiência econômica da produção, têm gerado tendência simultânea de aumento do desemprego formal e crescente flexibilização de mão-de-obra. Em decorrência desse quadro, conclui que os governos

⁴⁵⁵ PIOVESAN, Flávia; BARBIERI, Carla Bertucci. Op. cit., p. 97.

⁴⁵⁶ SOUSA SANTOS, Boaventura de. **A crítica da razão indolente**, cit., p. 174.

acabam pressionados a garantir certa proteção social às crescentes populações carentes, em contradição com seus recursos fragilizados pela meta imperiosa de equilíbrio orçamentário⁴⁵⁷.

O neoliberalismo exclui da esfera de responsabilidade estatal questões atinentes à justiça social, negando e retirando a legitimidade das políticas públicas voltadas para a redução das desigualdades, na busca de maior equidade, de mais justiça social⁴⁵⁸.

⁴⁵⁷ DUPAS, Gilberto. Op. cit., p. 220.

⁴⁵⁸ NUNES, António José Avelãs. Op. cit., p. 39.

8. CONCLUSÕES

A tarefa de analisar o terceiro setor não foi fácil, porque se mostrou, tal como nos dizeres de Boaventura de Sousa Santos, como uma “utopia intelectual de des-pensar as ortodoxias conceptuais”⁴⁵⁹.

Essa utopia se intensifica, justamente, diante da multiplicidade de conceitos, produto da pluralidade de organizações classificáveis como integrantes desse setor, tornando-o, inclusive, nos dizeres de Carlos Montaña⁴⁶⁰, um fenômeno muito mais ideológico que real.

Nesse cenário ressurgem a seguinte questão: Estado e terceiro setor podem e/ou devem atuar de forma conjunta ou isolada na execução de serviços públicos?

No tocante à reforma administrativa, o *Plano Diretor de Reforma do Estado*, de responsabilidade do extinto *Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE)*, então sob o comando de Luiz Carlos Bresser Pereira, parte da constatação do esgotamento do modelo de Estado adotado no Brasil e propõe um novo modelo, que reserva papel de destaque às organizações privadas sem fins lucrativos.

Para o MARE, a crise brasileira é uma *crise do Estado*, da estratégia estatizante e do modelo de Administração Pública burocrática. Como resposta a esse esgotamento, propõe o conceito de Administração Pública gerencial, caracterizada pela *eficiência e qualidade*, modelo que distingue quatro setores do Estado e a cada um atribui um tipo ideal de propriedade. Uma dessas formas de propriedade, “pública não estatal” ou “privada porém pública”, é representada por organizações sem fins lucrativos, que estão orientadas para o atendimento do interesse público.

Por esse Plano Diretor, as atividades e serviços não exclusivos deveriam ser transferidos para a forma de propriedade pública não estatal, por meio da denominada e muito criticada publicização. Essa transferência consiste na efetiva transformação de instituições públicas em organizações privadas sem fins lucrativos e na celebração de um contrato de gestão específico com

⁴⁵⁹ SOUSA SANTOS, Boaventura de. **A crítica da razão indolente**, cit., p. 175.

⁴⁶⁰ MONTAÑO, Carlos. Op. cit., *passim*.

o Poder Executivo para que as novas instituições privadas de caráter público, denominadas *organizações sociais*, tenham acesso a recursos orçamentários do Governo Federal, as quais, como já apontado acima, embora constituídas como entidades privadas sem fins lucrativos, permanecem sob o controle estreito do Estado, seja pela participação majoritária de membros do governo nos conselhos de direção dessas entidades, seja pelos requisitos de monitoramento impostos nos contratos de gestão.

O pressuposto do programa de publicização é que serviços públicos não exclusivos podem ser realizados mais eficientemente se, mantido o financiamento do Estado, forem desempenhados pelo setor público não estatal. As vantagens atribuídas às organizações sociais são as mesmas características dadas alhures às organizações sem fins lucrativos em geral: a operação com maior autonomia, a possibilidade de controle social direto da sociedade, a eficiência de gestão e a qualidade dos serviços que estas oferecem.

Mas, do modo como se encontra hoje o regime jurídico-constitucional de direito público, as leis infraconstitucionais regulamentadoras do terceiro setor podem ter sua constitucionalidade questionada.

Sugere-se aqui a adição do controle governamental apenas dos recursos públicos dirigidos às organizações pertencentes ao terceiro setor, para que também lhes sejam atribuída maior legitimidade, mas não também de recursos privados, como pretende o PLS n. 7 (Substitutivo) de 2003, já aprovado pelo Senado no final de junho deste ano.

A constitucionalização do controle sugerido poderia aqui, de forma exemplificativa, dar novo conteúdo interpretativo ao parágrafo único do art. 1.º da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, incluindo as organizações do terceiro setor, que recebam recursos públicos, no conceito de “entidades controladas indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”. Eis o teor do parágrafo legal citado:

Art. 1.º.....

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Nota-se no Brasil a atuação cada vez mais ativa do terceiro setor na execução de políticas públicas, mas se acredita que, para o deslinde da questão colocada acima, poderiam ser dadas duas soluções:

- a) atuação conjunta do Estado com o terceiro setor, com o fortalecimento de ambos os setores e gradativa transferência da atuação do primeiro para o segundo;
- b) constitucionalização do regime jurídico do terceiro setor, com a inclusão do sistema de controle deste pelo Estado e a conseqüente transferência da atuação do Estado na execução de serviços públicos para o terceiro setor.

Essas duas soluções nada mais são que a aplicação concreta da teoria do triângulo da sociedade, cujos vértices seriam: Estado, mercado e terceiro setor.

Por essa teoria apresentada, não se pode pretender a diminuição da atuação do Estado com a transferência de sua atuação para o terceiro setor, já que a forma do triângulo desapareceria com apenas dois vértices, além de impossibilitar a permanência de sua área, promovendo o esvaziamento desta. Torna-se, assim, quase impossível reunir todo o conteúdo, antes reunido sob a forma/figura do triângulo, por apenas uma reta, formada por apenas dois pontos (mercado e terceiro setor) e não mais três vértices – Estado, mercado e terceiro setor.

Os vértices desse triângulo devem ser analisados de forma indissociável, em razão de sua interdependência e indivisibilidade natural.

Observa-se, no entanto, que a funcionalidade do terceiro setor para com o projeto neoliberal consiste em torná-lo instrumento para⁴⁶¹:

- a) justificar e legitimar o processo de desestruturação da Seguridade Social e desresponsabilização do Estado na intervenção social;
- b) desonerar o capital da responsabilidade de co-financiar as respostas às refrações da questão social mediante políticas sociais estatais, transferindo a responsabilidade para a sociedade civil;
- c) despolitizar os conflitos sociais, dissipando-os e pulverizando-os, e transformar as lutas contra a reforma do Estado em parcerias com este;
- d) criar a cultura e a ideologia do possibilismo, deixando de empregar esforços em criticar o que seria imodificável (as reformas estatais e produtivas, o neoliberalismo, a globalização), ou de investir em utopias, para fazer o que é possível dentro das margens permitidas pelas tendências atuais;

⁴⁶¹ MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 233-9

- e) reduzir os impactos (negativos ao sistema) do aumento do desemprego;
- f) localizar e trivializar a questão social e a auto-responsabilização pelas respostas às suas seqüelas.

Assim, o objetivo de retirar o Estado e o capital da responsabilidade de intervenção na questão social e de transferi-los para a esfera do terceiro setor não existe por motivos de eficiência – como se as organizações não governamentais fossem naturalmente mais eficientes que o Estado –, nem apenas por razões econômicas: reduzir os custos necessários para sustentar essa função estatal. O motivo é fundamentalmente político-ideológico: retirar e esvaziar a dimensão de direito universal do cidadão em relação a políticas sociais (estatais) de qualidade; criar uma cultura de autoculpa pelas mazelas que afetam a população, e de auto-ajuda e ajuda mútua para seu enfrentamento; desonerar o capital de tais responsabilidades, criando, por um lado, uma imagem de transferência de responsabilidades, e, por outro, a partir da precarização e focalização (não-universalização) da ação social estatal e do terceiro setor, uma nova e abundante demanda lucrativa para o setor empresarial⁴⁶².

O desenvolvimento do terceiro setor faz parte, portanto, do tripé do projeto neoliberal⁴⁶³: a) reestruturação produtiva, submetendo o trabalhador a novas formas de exploração e menor proteção, gerando a precarização das condições de trabalho e o aumento do desemprego; b) a contra-reforma do Estado, esvaziando a ameaça eleitoral da esquerda, desresponsabilizando o Estado e o capital pelas respostas à questão social; c) transformação ideológica da sociedade civil como arena de lutas no terceiro setor como espaço que assume harmonicamente as auto-respostas isoladas à questão social abandonadas e precarizadas pelo Estado.

Diante desse quadro, resta-nos recorrer a uma espécie particular de utopia, que não é a mera busca pelo ideal irrealizável, mas sim a que tem a função crítica e revolucionária de ruptura, à medida que se contrapõe à ideologia que materializa a estabilidade, a legitimidade e a reprodução da ordem estabelecida. Uma utopia consciente e reformadora, cuja função primordial é destruir os mitos, tais como o da incompatibilidade entre Estado eficiente e Estado social, o da prevalência da

⁴⁶² MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 241.

⁴⁶³ É o que observa Carlos Montaña: “As duas primeiras questões do tripé já vêm sendo articuladas, no Brasil, com os governos Collor e fundamentalmente FHC, e estão adiantadas: resta ainda ao capital avançar no terceiro componente: a instrumentalização da sociedade civil, transformando-a ideologicamente no ‘passivo’ e funcional ‘terceiro setor’” (MONTAÑO, Carlos. Op. cit., p. 267-8).

eficiência sobre a segurança jurídica e, particularmente, o do caráter metajurídico do princípio da eficiência administrativa⁴⁶⁴.

Não é possível ignorar a força normativa do sistema constitucional característico do Estado Social e Democrático de Direito, apesar do irracionalismo pós-moderno e do niilismo democrático. Sendo assim, nesse Estado Constitucional, a eficiência está intimamente ligada à democracia. A ideologia socializadora do *Welfare State* implica a defesa de direitos econômicos, sociais e culturais e de participação efetiva do indivíduo que somente enriquece a noção de cidadania⁴⁶⁵.

A opção constitucional brasileira é pelo Estado de Bem-Estar Social, que se mostra incompatível com o Estado subsidiário. Como adverte Margarida Salema D'Oliveira Martins, há diferença entre a intervenção subsidiária e a ingerência do Estado-Providência, pois enquanto este propõe solução igual para todos, o Estado subsidiário garante a liberdade de empreendimento⁴⁶⁶.

As sucessivas crises econômicas e sociais a que o Brasil foi submetido ao longo de sua história levaram à necessidade da opção constitucional pelo Estado de Bem-Estar Social, o qual ainda não pode ser substituído pelo Estado mínimo enquanto a ordem constitucional não for alterada, o que só poderia ser consequência da evolução socioeconômica da sociedade brasileira.

E como alcançar esse tão sonhado desenvolvimento?

O princípio da eficiência, levado a figurar expressamente no rol de princípios do *caput* do art. 37 de nossa Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 19/98, deve ser efetivamente aplicado pelo Estado e não vir apenas mencionado nos *consideranda* de suas leis e regulamentos⁴⁶⁷, sendo usado como instrumento de justificativa para a transferência de suas ações obrigatórias ao denominado terceiro setor, numa atitude incrível de assunção de ineficiência estatal.

⁴⁶⁴ GABARDO, Emerson. Op. cit., p. 156.

⁴⁶⁵ GABARDO, Emerson. Op. cit., p. 160.

⁴⁶⁶ MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. Op. cit., p. 79.

⁴⁶⁷ Como exemplo, cite-se o considerando do Decreto Municipal de São Paulo n. 46.979, de 6 de fevereiro de 2006, que dispõe sobre o fomento das atividades das OSCIPs: "JOSÉ SERRA, Prefeito do Município de São Paulo, no uso das atribuições que lhe são conferidas por lei, CONSIDERANDO a necessidade de estimular, no âmbito da Administração Pública Municipal, a adoção de formas inovadoras de gestão, com vistas à plena realização do *princípio da eficiência*, dotando as políticas públicas e os objetivos estratégicos estabelecidos para os seus diferentes setores da necessária agilidade e eficácia, bem como de procedimentos, critérios e instrumentos que propiciem a solução mais adequada e vantajosa, tanto no tocante ao controle público da prestação de contas, como na avaliação dos resultados alcançados, DECRETA:" (grifos nossos).

O crescimento da ineficiência estatal, por mais absurdo que possa parecer, mostra-se diretamente proporcional ao crescimento da carga tributária. Pesquisa desenvolvida pelo IBPT (Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário), divulgada em maio de 2006, demonstra que as famílias de classe média – consideradas aquelas que apresentam renda familiar entre R\$ 3.000 e R\$ 10.000 com quatro pessoas – gastam o equivalente a 113 dias de trabalho por ano apenas para o custeio de despesas relativas à saúde, educação, previdência privada, segurança e pedágio, serviços estes que deveriam ser oferecidos adequadamente pelo Estado⁴⁶⁸.

Além desses 113 dias gastos com esses serviços, o contribuinte brasileiro trabalha em média 145 dias para a satisfação de tributos federais, estaduais e municipais. Segundo dados desse mesmo Instituto, esse número só é comparável a países como Suécia (185 dias) e França (149), no entanto com um elemento diferenciador: nesses países o contribuinte encontra contrapartida do que paga, já que o Estado oferece serviços de qualidade⁴⁶⁹.

Se a classe média já sofre tanto para alcançar serviços de qualidade, o que dizer daqueles que dependem única e exclusivamente da prestação de serviços públicos estatais?

O crescimento da carga tributária, acompanhado da ineficiência estatal, é o ponto mais forte do discurso neoliberal pela redução e desmantelamento do Estado⁴⁷⁰.

Deve-se, portanto, conscientizar toda a sociedade civil sobre a ideologia empregada no estímulo ao crescimento do terceiro setor, fortalecendo constitucionalmente seu poder de controle de atos públicos e mesmo sua atuação em conjunto com o Estado e nunca isoladamente, na formulação e execução de políticas públicas como meio de defesa dos direitos consagrados constitucionalmente.

Para Emerson Gabardo, a participação deve ocorrer tanto no viés de mobilização política no plano das mentalidades, com ênfase na prática eminentemente cultural, quanto no sentido propriamente de atuação no Estado e, obviamente, fora dele, no por ele também utilizado “espaço

⁴⁶⁸ Classe média gasta 113 dias de trabalho por serviço “estatal”. **Folha de S. Paulo**, Caderno Dinheiro, p. B9, 21 maio 2006.

⁴⁶⁹ Até quinta-feira, brasileiro trabalhará apenas para o pagamento de tributos. **Folha de S. Paulo**, Caderno Dinheiro, p. B9, 21 maio 2006.

⁴⁷⁰ Nesse sentido, SUNKEN, Osvaldo. Op. cit., p. 186.

público não estatal”, que, embora não deva ser utilizado como subterfúgio para o afastamento do Estado, certamente não pode ser desprezado⁴⁷¹.

Não se pode, portanto, aceitar sem questionamentos o processo de naturalização das necessidades e imposição do mercado, tampouco o consenso de que seria inútil lutar ou se opor⁴⁷².

Para a socióloga Vera da Silva Telles, é necessário que se tome a direção oposta, que se perscrutem as circunstâncias produtoras do silêncio e da invisibilização de alternativas possíveis, já que o que se encontra em jogo é a “demissão do pensamento, para não dizer da ação, por conta de uma espécie de aprisionamento no próprio presente, sem abertura para um campo de possíveis”⁴⁷³.

Não basta apenas identificar a existência do pluralismo jurídico, buscando sua setorialização em setores e identificando cada um deles e de seus componentes. A utilidade desse diagnóstico encontra-se na necessidade da formulação de um pluralismo também quanto aos regimes jurídicos aplicáveis, os quais devem conviver harmonicamente dentro de nosso ordenamento jurídico.

Assim, compete agora à sociedade civil trabalhar com essas polêmicas questões e buscar a efetiva solução para a adequada forma de regulação do terceiro setor no País, com o conseqüente incremento na promoção dos direitos humanos.

O terceiro setor pode ser defendido por determinados grupos como solução solidária e, portanto, não capitalista para que alcancemos o tão almejado bem-estar social. Também pode ser atacado, por outros grupos, por ser uma solução neoliberalista de desresponsabilização estatal.

No entanto, há muitos desafios constitucionais para a formação do apropriado regime jurídico aplicável.

⁴⁷¹ GABARDO, Emerson. Op. cit., p. 164.

⁴⁷² LUCA, Tânia Regina de. Direitos sociais no Brasil. In: PINSKY, Jayme; PINSKY, Carla Bassanezi. **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003. p. 490.

⁴⁷³ Esta autora ainda considera ser “quase impossível deixar de notar que, em terras brasileiras, o assim chamado neoliberalismo consegue a façanha de conferir título de modernidade ao que há de mais atrasado na sociedade brasileira, um privatismo selvagem e predatório, que faz do interesse privado a medida de todas as coisas, que recusa a alteridade e obstrui, por isso mesmo, a dimensão ética da vida social. Se a pobreza brasileira é e sempre foi espantosa, e só vem aumentando sob o efeito conjugado da recessão econômica, reestruturação produtiva e desmantelamento dos desde sempre precários serviços públicos, o que impressiona é o modo como é figurada – como problema que não diz respeito aos parâmetros que regem a vida em sociedade, e não coloca em questão as regras da equidade e justiça nas relações sociais” (TELLES, Vera da Silva. Direitos sociais, afinal do que se trata?. **Revista USP**, São Paulo (37):34-35, maio 1998, p. 43. Apud LUCA, Tânia Regina de. Op. cit., p. 490).

Interpretações adequadas e o uso da força normativa da Constituição são imprescindíveis ao bom entendimento sobre o real papel do terceiro setor em nossa sociedade.

Os desafios para a implementação da participação do terceiro setor no Brasil são , e parte deles grandiosa. As perspectivas dependerão da construção desse caminho a ser traçado não apenas pela regulação estatal, com observância da força normativa de nossa Constituição, mas também pela conscientização do real papel do terceiro setor na sociedade, a qual nunca deverá assumir a figura do gigante ciclope, tal como adotam os Estados da América Latina, na concepção de Eduardo Galeano:

El ojo del ciclope

En América Latina, el poder es un ciclope. Tiene un solo ojo: ve lo que le conviene, es ciego de todo lo demás. Contempla en éxtasis la globalización del dinero, pero no puede ni ver la globalización de los derechos humanos⁴⁷⁴.

⁴⁷⁴ GALEANO, Eduardo. Disponível em: <http://www.patriagrande.net/uruguay/eduardo.galeano/cronicas.htm>. Acesso em 20-5-2006.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgreen. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. São Paulo: FTD, 1997 (Col. Juristas da Atualidade).

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Configuração do Estado Social brasileiro na Constituição de 1988: reflexos na despublicização da atuação estatal. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; NUZZI NETO, José (orgs.). **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Esplanada - ADCOAS, 2000.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Terceiro setor: a experiência brasileira. In: ARAÚJO, Valter Shuenquener de (coord.). **Direito administrativo**. Niterói: Impetus, 2005 (Série Direito em Foco).

ATÉ QUINTA-FEIRA, BRASILEIRO TRABALHARÁ APENAS PARA O PAGAMENTO DE TRIBUTOS. **Folha de S. Paulo**, Caderno Dinheiro, 21 maio 2006.

BARBADO, Michelle Tonon. O plano diretor da reforma do aparelho do Estado e as organizações sociais. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org.). **O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

BARBIERI, Carla Bertucci; QUEIROZ, José Guilherme Carneiro. Da necessária construção de um constitucionalismo regional no âmbito do Mercosul. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 2. ed. São

Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro; CARVALHOSA, Modesto. **As prestadoras de serviços e a contribuição devida ao SESC: uma questão jurídica e de responsabilidade social.** Prefácio de Tito Hesketh e Rubens Naves. São Paulo: Códex, 2003.

BENTO, Leonardo Valles. Para além do “Consenso de Washington”: impactos sociais e imperativos de eficiência e democratização. In: ANNONI, Danielle (coord.). **Os novos conceitos do novo direito internacional.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As agências reguladoras no direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMDESSUS CRITICA DESMONTE DO ESTADO. **Folha de S. Paulo**, 14 fev. 2000.

CANÇADO TRINDADE QUESTIONA A TESE DE “GERAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS” DE NORBERTO BOBBIO. Disponível em: www.dhnet.org.br. Acesso em 6-3-2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 4. ed. Coimbra: Ed. Almedina.

CICONELLO, Alexandre. **Nota técnica ao PLS n. 07 de 2003.** ABONG (Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais). Disponível em: www.abong.org.br. Acesso em 23-6-2004.

CLASSE MÉDIA GASTA 113 DIAS DE TRABALHO POR SERVIÇO “ESTATAL”. **Folha de S. Paulo**, Caderno Dinheiro, 21 maio 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro.** 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

COELHO, Simone de Castro Tavares. **Terceiro setor**: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos. 2. ed. São Paulo: Ed. SENAC, 2002.

CUNHA, Luiz A. **Educação, Estado e democracia no Brasil**. São Paulo: Editora Cortez, 1995.

DINIZ, Gustavo Saad. **Direito das fundações privadas**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

_____. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2005.

DO COUTO E SILVA, Almiro. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço Público “à brasileira”?. **RDA**, 230:45-74, out./dez. 2002.

DROMI, José Roberto. La reforma constitucional: el constitucionalismo del “por-venir”. La reforma de la Constitución. In: ENTERRIA, Eduardo Garcia de; ARÉVALO, Manuel Claverlo. **El derecho público de finales de siglo**: una perspectiva iberoamericana.

DUPAS, Gilberto. A lógica econômica global e a revisão do *Welfare State*: a urgência de um pacto novo. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHELM, Jorge; SOLA, Lourdes (orgs.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo-Brasília: Editora UNESP/ENAP, 1999.

FERNANDES, Rubem César. **Privado porém público**: o terceiro setor na América Latina. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Civicus, 1994.

FRANCO, Augusto de. A reforma do Estado e o terceiro setor. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHELM, Jorge; SOLA, Lourdes (orgs.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: Ed. UNESP, 2001.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri: Manole, 2003.

GIANNECCHINI, Laura. **Érika Bechara analisa lei que regulamenta registro, controle e fiscalização das ONGs**. Disponível em: www.setor3.com.br. Acesso em 20-7-2004.

GONÇALVES, Vânia Mara Nascimento. **Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na Era da Globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOVERNO APURA DESVIOS DE VERBAS PARA ONGs DE FACHADA. **O Estado de S. Paulo**, 20 jun. 2004.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2003.

_____. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ediciones Ariel.

LUCA, Tânia Regina de. Direitos sociais no Brasil. In: PINSKY, Jayme; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1983. v. 1 e 2.

LUNA, Miguel Angel Cabra de. **El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio**. Madri: Escuela Libre Editorial, 1998.

LUNARDELLI, Regina Andréa Accorsi. **Tributação do terceiro setor**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MARTINS, Paulo Haus. **Sobre o PLS 7/2003, recentemente aprovado pelo Senado Federal**. RITS (Rede de Informações para o Terceiro Setor). Disponível em: www.rits.org.br. Acesso em 23-7-2004.

MAURO, José Eduardo Marques; NAVES, Rubens. Terceiro setor e suas perspectivas. **Cadernos de Pesquisa da Universidade de Caxias do Sul**, v. 7, n. 2, 1999.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e Administração Pública**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Natureza jurídica dos serviços sociais autônomos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 207, jan/mar. 1997.

_____. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NAVES, Rubens. Novas possibilidades para o exercício da cidadania In: PINSKY, Jayme; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NETO, Jayme Baleeiro. **As organizações sociais e o controle dos Tribunais de Contas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo & direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **OSCIPS e licitação: ilegalidade do Decreto n. 5.504, de 05.08.05**. Disponível em: <http://www.zenite.com.br>. Acesso em 21-6-2006.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. O conflito entre o público e o privado no direito. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 39, 2002.

PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

_____. Terceiro setor: conceituação e observância dos princípios constitucionais aplicáveis à administração pública. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org.). **O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Sociedade civil: sua democratização para a reforma do Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHELM, Jorge; SOLA, Lourdes (orgs.).

Sociedade e Estado em transformação. São Paulo: Ed. UNESP, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia; BARBIERI, Carla Bertucci. Terceiro setor e direitos humanos. In: CARVALHO, Cristiano; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). **Aspectos jurídicos do terceiro setor.** São Paulo: IOB Thomson, 2005.

RIBEIRO, Rochelle Pastana. O terceiro setor no contexto da democracia e da reforma administrativa do aparelho do Estado. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org.). **O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor.** Belo Horizonte: Fórum, 2003.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor.** São Paulo: Malheiros Editores, 2003 (Col. Temas de Direito Administrativo, v. 7).

RÚSSIA QUER CONTROLAR ONGS ESTRANGEIRAS NO PAÍS. The New York Times. Disponível em: noticias.uol.com.br. Acesso em 24-11-2005.

SACHS, Ignacy. O Estado e os parceiros sociais: negociando um pacto de desenvolvimento. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (orgs.). **Sociedade e Estado em transformação.** São Paulo-Brasília: Editora UNESP/ENAP, 1999.

SALAMON, Lester. Estratégias para o fortalecimento do terceiro setor. In: IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). **3.º setor: desenvolvimento social sustentado.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos).** São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. **Manual básico:** 2004.

SARACHU, Gerardo. Ausencias y olvidos en el debate sobre el “tercer sector”. **Serviço**

Social & Sociedade, São Paulo, v. 59, mar. 1999.

SCAFF, Fernando Facury. Contrato de gestão, serviços sociais autônomos e intervenção do Estado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 225, jul./set. 2001.

SETOR SEM FINS LUCRATIVOS REPRESENTA 5% DO PIB NACIONAL. RedeGIVE Online. Disponível em: <http://gife.org.br>. Acesso em 3-4-2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (orgs.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo-Brasília: Editora UNESP/ENAP, 1999.

_____. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005. v. 1.

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

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

SUNKEL, Osvaldo. Globalização, neoliberalismo e reforma do Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (orgs.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo-Brasília: Editora UNESP/ENAP, 1999.

SZAZI, Eduardo. **Terceiro setor: regulação no Brasil**. São Paulo: Peirópolis, 2000.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZUGNO, Renato. **Espaços públicos compartilhados entre a Administração Pública e a sociedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

