

**FACULDADE DE DIREITO DE CAMPOS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO – MESTRADO/DIREITO
POLÍTICAS PÚBLICAS E PROCESSO**

**O PAPEL DO TERCEIRO SETOR NA
EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS
BRASIL: 1988 a 2006**

AMANDA SILVA DA COSTA LAURINDO

**CAMPOS DOS GOYTACAZES – RJ
2006**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

AMANDA SILVA DA COSTA LAURINDO

**O PAPEL DO TERCEIRO SETOR NA
EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS
BRASIL: 1988 a 2006**

Dissertação apresentada à banca examinadora do programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Campos - FDC, como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre.
Orientador: Prof.^o Dr. Dwight Cerqueira Ronzani.

CAMPOS DOS GOYTACAZES – RJ
2006

AMANDA SILVA DA COSTA LAURINDO

O PAPEL DO TERCEIRO SETOR NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Aprovada em 31 de outubro de 2006.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof.^o Dr. Dwight Cerqueira Ronzani
Orientador

Prof.^o Leonardo Greco

Prof.^o Maria Lucia Freire Roboredo

Agradeço a Deus, o Grande Arquiteto do Universo, que nos ilumina com as luzes da sabedoria e até aqui me tem sustentado;

Ao Professor Dr. Dwigth Ronzani, por sua paciência, dedicação e inestimável participação neste trabalho.

Ao meu marido Magno, amigo e companheiro de todas as horas, pela confiança e dedicação.

Aos meus pais, Joseir e Elizabeth e irmãs (Aline e Helô), que sempre me incentivaram nos estudos;

Às minhas amigas Bianca, Fernanda e Luciana que contribuíram de forma diversa no enriquecimento desta árdua pesquisa.

“Não se deve nunca esgotar de tal modo um assunto, que não deixe ao leitor nada a fazer. Não se trata de fazer ler, mas de fazer pensar.”

Montesquieu

(“Do Espírito das Leis”, Livro XI, cap. XX)

RESUMO

A pesquisa concentra esforços na análise do papel do Terceiro Setor na promoção dos direitos sociais, setor este compreendido por ações de pessoas físicas e jurídicas de direito privado sem finalidade lucrativa que visa a prestação de serviços de interesse social, não integrando, portanto, a estrutura da Administração Pública, mas auxilia o Estado, que se mostrou ineficiente na efetivação de políticas públicas sociais e ao mesmo tempo faz valer seus direitos de cidadania preconizados pela Constituição Federal de 1988. O Terceiro Setor se revela como importante coadjuvante do Estado e através dele é possível firmar vínculos de cooperação em prol do bem comum, uma vez que assume papel complementar às atividades estatais. A pesquisa trabalha a idéia de Estado Social e Democrático de Direito reestruturado a partir da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988 que aflora o sentimento de cidadania e de democracia participativa. Para tanto, trabalha a evolução do Estado desde o absolutismo, passando pelo Estado Liberal, Social até chegar ao Estado Social e Democrático de Direito trazido pela Carta Magna e, também, examina a estruturação administrativa estatal, para justificar a oportunidade do ingresso do Terceiro Setor no novo paradigma de Estado brasileiro.

Palavras-chave: Terceiro setor; Direitos Sociais; Serviços de interesse social; Cidadania; Estado Social e Democrático de Direito e democracia participativa.

ABSTRACT

This research concentrates efforts on the analysis of the role of the Third Section in the promotion of the social rights, which includes deeds charly works by owned people and companies without lucrative purpose that it aims to provide a service of social interest, and it doesn't integrate, therefore, the structure of the Public Administration, but it aids the State, that was shown inefficient in the accomplishment of social public policy and at the same time he makes to be worth its rights of citizenship established for the Federal Constitution of 1988. The Third Section is revealed as important helping of the State and through it, it is possible to firm cooperation entails in prol of the very common, once it assumes complemental paper to the state activities. The research works the idea of Social and Democratic State of Right restructured starting from the Constitution of the República Federativa do Brasil, promulgated on October 05, 1988 that appears the citizenship feeling and of democracy participation. For so much, he works the evolution of the State from the absolutism, it turned into the Liberal State, Social and after dhat, finaly, it it turned into the Social and Democratic State of Right brought by the Constitution and, also, it examines the state administrative structuring, to justify the opportunity of the entrance of the Third Section in the new paradigm of Brazilian State.

Key-words: Third section; Social rights; Services of social interest; Citizenship; Social and Democratic state of Right and democracy participation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	13
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	13
2.2 O ESTADO BRASILEIRO.....	13
2.3 DO ESTADO ABSOLUTISTA AO ESTADO DEMOCRÁTICO.....	15
2.3.1 Estado de Direito.....	15
2.3.2 O Estado Social.....	18
2.3.3 O Estado Democrático.....	21
2.4 O ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	23
2.5 OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	29
2.5.1 Os direitos sociais como direitos fundamentais de segunda geração.....	30
3 O ESTADO E SUAS FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS.....	35
3.1 FORMAS DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS.....	36
3.1.1 Descentralização por Outorga.....	37
3.1.2 Descentralização por Colaboração.....	39
3.1.3 Serviços Públicos.....	40
3.1.4 Novas formas de prestação de Serviços Públicos por particulares.....	42
3.2 UM NOVO MODELO DE ESTADO.....	43
3.2.1 Princípio da Subsidiariedade.....	45
3.2.2 Princípio da Eficiência.....	48
3.3 A REFORMA DO APARELHO DO ESTADO.....	50
3.3.2 Prestação dos Serviços Sociais: Responsabilidade do Estado e da Sociedade.....	53
4 O PAPEL DO TERCEIRO SETOR NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	56
4.1 TERCEIRO SETOR.....	56
4.2 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO TERCEIRO SETOR NO BRASIL.....	58
4.2.1 O Crescimento do Terceiro Setor no Brasil.....	63
4.3 CONCEITO JURÍDICO DE TERCEIRO SETOR.....	66

4.4 FORMAS JURÍDICAS QUE PODEM ASSUMIR AS ORGANIZAÇÕES DO TERCEIRO SETOR.....	76
4.4.1 Associações Civas.....	77
4.4.2 Fundações Privadas.....	78
4.5 A REFORMA DO MARCO LEGAL DO TERCEIRO SETOR.....	79
4.5.1 Organizações Sociais – OS.....	81
4.5.1.1 Do Contrato de Gestão.....	86
4.5.2 Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP.....	88
4.5.3 Do Termo de Parceria.....	91
4.6 O PAPEL DO TERCEIRO SETOR NA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS SOCIAIS.....	92
4.6.1 Não Exclusividade na prestação dos Direitos Sociais.....	92
4.6.2 Questão de Cidadania.....	94
4.6.3 A prestação indireta dos serviços sociais através da atividade de fomento.....	95
4.6.4 Atividade Substitutiva e Função complementar do Terceiro Setor.....	97
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	102
6 REFERÊNCIAS.....	106

1 INTRODUÇÃO

O século XX experimentou diferentes matizes ideológicos no tocante à definição do papel do Estado e desde o final daquele século encontra-se presente na pauta mundial a discussão sobre um modelo de Estado que atenda as reais necessidades do mundo contemporâneo.

De fato, o denominado “Estado Social” (surgido em resposta ao modelo de “Estado Liberal” não intervencionista), em que se verificam a assunção das atividades administrativas fundamentais pelo Poder Público, que chama para si todas as responsabilidades tocantes à prestação dos direitos sociais fundamentais do homem, se mostrou ineficiente na consecução dessas atividades face às crescentes demandas sociais de uma sociedade pluralista.

Entretanto, o Estado Providência vinha enfrentando dificuldades para se desincumbir das incontáveis tarefas de cunho social então assumidas e ignorá-las não seria a melhor solução e o retorno ao Estado Liberal significaria um retrocesso sem medida.

Com efeito, a debilidade econômica do setor público e sua notória incapacidade de satisfazer as demandas sociais, acabou por devolver à sociedade parte desse latifúndio, fazendo com que esta assumisse sua cota-parte na realização dos direitos sociais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou um modelo social democrático de direito, atribuindo funções insuscetíveis de delegação (exclusivas) ao Estado e, em contrapartida conclamou a sociedade a assumir sua cidadania na consecução dos direitos sociais fundamentais do homem (não-exclusivos do Estado), previstos em rol bastante extenso no texto constitucional.

Essa convocação da sociedade na prestação dos direitos sociais, não pode conduzir ao total afastamento do Estado, impondo um discurso superado de abstenção estatal, mas deve sem sombra de dúvidas orientar o novo paradigma de legitimidade do papel do Estado.

Nesse contexto de novo paradigma estatal, sempre fundado no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, surge a idéia de o Estado atuar como verdadeiro gerente em busca da eficiência.

Esse modelo gerencial atribui à sociedade civil uma importância sem igual na promoção dos direitos sociais em busca de uma igualdade material. Nesse sentido surge um novo setor que assume a responsabilidade atribuída pela Constituição Federal de 1988 como forma de exercício de cidadania e, ao mesmo tempo, de combate à real ineficiência estatal na realização dos direitos sociais.

O final do século XX foi marcado por uma proliferação de entidades do chamado Terceiro Setor, o que desperta o interesse em se falar sobre o tema fazendo-se uma análise crítica das atividades prestadas pelo setor e suas funções dentro da nova ordem constitucional, bem como sua responsabilidade na realização dos direitos sociais.

A partir de uma pesquisa bibliográfica e de uma análise das legislações vigentes e, especialmente, da Carta Magna, estabelece-se como problema a ser dirimida a seguinte indagação: qual o papel desempenhado pelo Terceiro Setor na efetivação dos direitos sociais fundamentais do homem previstos na Constituição Federal de 1988?

Pretende-se, neste trabalho, determinar o verdadeiro papel do Terceiro Setor e, para isso será necessário verificar, primeiramente, o papel do Estado na promoção dos direitos sociais para então se concluir a real função desempenhada pelo Terceiro Setor dentro de uma ótica jurídica.

Nesse diapasão, a presente pesquisa é uma rica seara que se pretende explorar, não de forma exaustiva, mas abordando as questões principais e mais relevantes, como forma de reforçar o debate jurídico que envolve a formação de um efetivo Estado Democrático de Direito e, para tal, o trabalho foi dividido em três capítulos.

O Capítulo I se dedica a uma análise genérica sobre o Estado moderno e sua evolução até se chegar ao modelo de Estado adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Estado Democrático e Social de Direito). Apresenta, ainda que sucintamente, a temática dos direitos sociais no âmbito constitucional que se reveste de uma dimensão de direitos fundamentais.

O Capítulo II analisa o Estado e suas funções administrativas na prestação dos serviços sociais, abordando a estrutura da Administração Pública e as novas formas de prestação dos serviços públicos por particulares, onde se enquadra o Terceiro Setor. E nesse contexto, aborda a Reforma do Aparelho estatal para se adequar a

esse novo modelo prestacional de garantia dos direitos fundamentais de responsabilidade não só do Estado, mas de toda a sociedade.

No Capítulo III, aborda-se a origem do Terceiro Setor e todos os seus aspectos políticos e sociais para se chegar a um conceito jurídico do mesmo, bem como as formas que podem assumir as organizações que o integram e as entidades inseridas pela reforma do marco legal do referido setor. Ao final aborda-se a questão da não-exclusividade do Estado na prestação dos serviços de interesse social e a questão do exercício da cidadania preconizada pelo constituinte originário de 1988, bem como, examina-se a prestação dos serviços sociais através da atividade administrativa de fomento às entidades que integram o Terceiro Setor que, por fim, redundará na análise dos papéis daquele e do Terceiro Setor na realização da tarefa social.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Iniciar-se-á o presente estudo analisando o conceito de Estado, partindo de seu aspecto geral com breve incursão pelo Estado de Direito ou Estado Liberal em que prevaleceu o conceito de igualdade formal, considerando-se iguais todos os indivíduos não obstante as diferenças de caráter social, cultural e econômico.

Após, far-se-á uma apreciação do Estado Social que busca mais do que uma igualdade meramente formal, porém uma efetiva isonomia entre os indivíduos considerados em suas diferenças, mediante a atuação do Estado na prestação dos direitos sociais. Em seguida abordar-se-á o Estado Democrático até se chegar ao Estado Social e Democrático de Direito trazido pela Constituição Federal de 1988.

A Constituição de 1988, intitulada de Constituição “Cidadã”, por trazer em seu âmago toda uma proteção aos direitos fundamentais do homem, nomeadamente, aos direitos sociais, cerne do presente trabalho, valoriza a democracia participativa e convoca os cidadãos a se envolverem diretamente na prestação desses direitos sociais, o que como se verá, está sendo cumprido de forma bastante eficiente pelo denominado Terceiro Setor.

Por fim, ainda neste capítulo, serão analisados os direitos sociais inseridos na Constituição, seu conceito e aspectos relevantes, notadamente aqueles em que eventualmente apresentem maior afinidade com o objetivo principal da presente pesquisa científica.

2.2 O ESTADO BRASILEIRO

Para melhor compreensão do trabalho, o Estado Brasileiro será estudado a partir da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, que instaurou uma nova ordem jurídica, política, econômica e social, instituindo um Estado Social e

Democrático de Direito.

Vale ressaltar que a Constituição é quem cria o modelo de Estado Brasileiro e não o inverso como erroneamente no cotidiano os cidadãos costumam entender, o que prejudica a luta pelos direitos e o exercício da cidadania.

Bastos¹, ao analisar a origem do poder e do Estado, assim se manifesta:

O poder no Estado tem a sua manifestação primeira na ocasião de sua constituição. A esse poder que constitui o Estado dá-se o nome de *Poder Constituinte*. Exprime-se através da edição de uma Constituição, norma superior dentro do ordenamento jurídico estatal, que estabelece as funções fundamentais mediante as quais o Estado atingirá os seus fins: função legislativa, função executiva e função judiciária ou jurisdicional, assim como também estabelece os órgãos que desempenharão: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. A esse fenômeno dá-se o nome de institucionalização do poder.

A intenção dos Constituintes, que representavam o povo brasileiro quando da criação da nova Constituição, pode ser vislumbrada facilmente com a análise do preâmbulo Constitucional que “[...] não é juridicamente irrelevante, uma vez que deve ser observado como elemento de interpretação e integração dos diversos artigos que lhe seguem.”²

O preâmbulo³ traça as seguintes diretrizes:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (grifo nosso)

Ao se considerar a intenção do poder constituinte originário, percebe-se que existe a

¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 04.

² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.47.

³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa o Brasil**. Brasília-DF: Senado Federal, 2004, p.11.

idéia de criação de um Estado Social e Democrático de Direito, que se fundamenta na igualdade de direitos das pessoas e na busca do desenvolvimento social e, conseqüentemente, com a previsão de direitos subjetivos para a sociedade.

Com isso também se pode afirmar que o Estado Brasileiro foi instituído de acordo com os preceitos do Estado Social e Democrático de Direito, uma vez que prevê claramente, já em seu preâmbulo a importância da observância dos preceitos sociais.

Assim, passa-se à análise do Estado de Direito, do Estado Social, do Estado Democrático e do Estado Social e Democrático de Direito trazido pela Constituição de 1988 e, por último, os direitos sociais na Constituição, com o objetivo de extrair do texto Constitucional, o reflexo da *mens legis*.

2.3 DO ESTADO ABSOLUTISTA AO ESTADO DEMOCRÁTICO

2.3.1 Estado de Direito

São vários os conceitos e as teorias elaboradas sobre a origem e formação do Estado. Este preconiza algo muito além dessa natural tendência de se organizar, significa a necessidade do homem viver em sociedade manifestada no elemento de vontade.

Quanto à conceituação do Estado imperiosa é a observação de Dallari:⁴

Encontrar um conceito de Estado que satisfaça a todas as correntes doutrinárias é absolutamente impossível, pois sendo o Estado um ente complexo, que pode ser abordado sob diversos pontos de vista e, além disso, sendo extremamente variável quanto a forma por sua própria natureza, haverá tantos pontos de partida quantos forem os ângulos de preferência dos observadores.

Parte da doutrina considera o final da Idade Média como marco temporal e toma por base o surgimento do Estado em decorrência da centralização do poder político

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 115.

exercido sobre um território definido. Assim, três elementos são essenciais para a formação do Estado: povo, território e poder soberano.

A centralização do poder político na figura do soberano, levando ao Absolutismo, fez com que o exercício do poder fugisse dos anseios da sociedade.

O Estado Absolutista teve como característica peculiar “a centralização do poder em torno do soberano, que passou a exercê-lo com supremacia incontestável dentro do território estatal”.⁵

Com a ascensão da burguesia se observa a limitação do poder político, podendo-se dizer que a Revolução Burguesa foi um marco de transição do Estado Absolutista para o Estado de Direito ou Estado Liberal.

O conceito de Estado idealizado pela Revolução Francesa, mais que inserir a Separação de Poderes, assinalou o advento do Estado Liberal, definindo o fim do Estado absolutista e estabelecendo a limitação de suas funções, a preservação da liberdade individual e a segurança do território.

O Estado de Direito surge como um limite ao poder indefinido do monarca que é submetido ao cumprimento de normas editadas pelo Poder Legislativo, já que aqui se vislumbra uma clara separação de poderes, de forma a se alcançar um Estado legalista sob o ponto de vista formal, de aplicabilidade geral e abstrata, em que os governantes cumprem as normas por eles mesmos editadas.

Em síntese, Estado de Direito é aquele regido por leis, em contraposição à concepção absolutista de Estado, regida pela força e pela vontade do monarca.

Canotilho⁶, ao falar sobre o tema, sintetiza a idéia referindo-se ao Estado de Direito como a “sujeição do poder a princípios e regras jurídicas -, garantindo às pessoas e cidadãos liberdade, igualdade perante a lei e segurança”.

O conceito de Estado de Direito é tão ambíguo quanto o conceito de Estado, mas de certo, suas premissas basilares se fundaram num Estado de Justiça, ou seja, num Estado firmado num ideal de justiça cuja lei pode ser compreendida como fruto da vontade comum.

⁵ MÂNICA, Fernando Borges. **Terceiro setor e imunidade tributária**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 25.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Lisboa-Portugal: Almedina, 2002, p. 231.

Ao analisar a origem do Estado de Direito, Silva⁷ enumera as principais características, todas elas nos termos de uma lei superior – Constituição:

Na origem, como é sabido, o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: a) submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; b) divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; c) enunciado e garantia dos direitos individuais. Essas exigências continuam a ser postulados básicos do Estado de Direito, que configura uma grande conquista da civilização liberal.

Miranda⁸ expõe seu pensamento da seguinte forma:

O Estado constitucional, representativo ou de Direito surge como Estado Liberal, assente na idéia de liberdade e, em nome dela, empenhado em limitar o poder político tanto internamente (pela sua divisão) como externamente (pela redução ao mínimo das suas funções perante a sociedade).

O novo modelo de Estado de Direito, de denominação “liberal” foi definido por Bobbio⁹ como: “o liberalismo é uma doutrina do estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções”.

O Estado de Direito, no entanto, acaba por se firmar sob a égide de um Estado Liberal tendo dentre suas funções o formalismo, a garantia dos direitos individuais (Individualismo) e separação dos poderes. Um modelo de Estado ineficaz sob o ponto de vista social e democrático, pois, não basta a submissão do governante às leis, já que um Estado ditatorial pode se apresentar como um Estado de Direito, com leis impostas de forma autoritária, separação formal dos poderes e um enunciado de direitos individuais, apenas, nominal.

⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 117.

⁸ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 19.

⁹ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 43.

Nesse contexto Silva¹⁰, em sua obra manifesta-se da seguinte forma:

Mas o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social.

Os fundamentos do Estado Liberal são baseados na absolutização dos direitos de propriedade e de liberdade (os Direitos Individuais - Individualismo), mostrados de formas absolutas e intangíveis, como bem observado por Torres:¹¹ “o liberalismo que se apresentara perfeito na teoria bem cedo se revelou irrealizável à solução dos problemas reais da sociedade”.

A doutrina do Estado de Direito que, no seu âmago, visava a um Estado justo, ou seja, um Estado fundado na Justiça, se torna um Estado Legal, não cumprindo sua destinação primeira.

Imperiosa a observação de Dallari¹² em que:

Cada indivíduo, cada grupo humano e a própria sociedade, no seu todo, devem sempre ter em conta as exigências e as possibilidades da realidade social, para que as ações não se desenvolvam em sentido diferente daquele que conduz efetivamente ao bem comum.

Desta forma, surge o Estado Social como evolução do Estado Liberal de maneira a ensejar a promoção do bem-estar comum, do desenvolvimento de um sistema mais justo de distribuição de rendas e com o objetivo principal de promover a igualdade e a justiça social.

2.3.2 O Estado Social

As considerações supra mostram que o Estado Social surge mediante o fracasso do

¹⁰ SILVA. José Afonso da, op. cit., p. 115.

¹¹ TORRES. Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p.8.

¹² DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., p 25.

modelo liberal em resposta às demandas provocadas pela necessidade da adoção de uma justa distribuição de riquezas e por uma atuação mais ativa nas questões sociais.

O Estado de Direito formal se torna em Estado de Direito material, ou seja, não basta a submissão às leis pura e simplesmente afirmando os direitos dos indivíduos, pois o individualismo e o neutralismo do Estado culminaram em profundas injustiças sociais.

Nesse contexto, o Estado de Direito Social surge como antítese ao pensamento liberal para amenizar essas desigualdades, em resposta ao individualismo e neutralismo do Estado de Direito para a verdadeira satisfação da justiça social.

Pode-se destacar como marcos históricos do modelo social do Estado a Constituição do México (1917) e a Constituição Alemã de Weimar (1919) que são os clássicos exemplos da modificação da atuação do Estado e que serviram de inspiração para outras Cartas Constitucionais.

Em especial a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inspirou-se na Constituição de Weimar quando conferiu destaque aos direitos sociais, dispostos logo no início do texto constitucional, precedido tão somente do preâmbulo e dos Princípios Fundamentais. Como bem expõe Bonavides¹³, na Constituição Federal de 1988 (e também as de 1934 e de 1946) domina o animo no constituinte de disciplinar os direitos sociais fundamentais que assinalam o primado da Sociedade sobre o Estado e o indivíduo, ou seja, coloca o homem como destinatário da norma constitucional para que o Estado deixe de ter uma postura abstencionista.

O Estado Social surge buscando acolher elementos do Estado liberal e do Estado intervencionista. Tal modelo congregou estruturas estatais excessivas e caras para o atendimento da sociedade, alargando em muito o papel, o tamanho e o custo da máquina estatal, gerando um cenário de mau atendimento e insatisfação.

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 368.

Sundfeld¹⁴ tece as seguintes considerações:

A questão foi posta neste século quando a crise econômica do primeiro pós-guerra levou o Estado a assumir-forçado, diga-se, pelas exigências da própria sociedade – um papel ativo, seja como agente econômico (instalando indústrias, ampliando serviços, gerando empregos, financiando atividades), seja como intermediário na disputa entre o poder econômico e a miséria (defendendo trabalhadores, consumidores em face de empresários).

Após a Segunda Guerra Mundial, em decorrência da barbárie e dos graves problemas sociais, os Estados mais uma vez foram pressionados a atuarem em prol dos indivíduos, garantindo-lhes o acesso a direitos considerados fundamentais, os chamados direitos sociais.

Destaca-se inclusive que, neste período, foi criada a declaração universal dos direitos do homem, visando garantir direitos mínimos para os cidadãos de todo o mundo.

Entende-se que nesse momento o Estado Social passa também a ser denominado de Estado Providencia, isto é, uma proposta abrangendo a universalização dos Direitos, ou seja, uma espécie de tudo para todos: todos os indivíduos deveriam ter acesso à saúde, educação, cultura, dentre outros direitos sociais.

Como a promoção desses direitos era de responsabilidade do Estado, era inevitável o aumento da carga tributária para subsidiá-los, provocando a crise do modelo social. Importante a observação de Bobbio¹⁵ nos seguintes termos:

Uma sociedade torna-se tanto mais ingovernável quanto mais aumentam as demandas da sociedade civil e não aumenta correspondentemente a capacidade das instituições de a elas corresponder, ou melhor, com a capacidade de resposta do Estado alcançando limites não mais suportáveis.

Cuéllar¹⁶ tece as seguintes considerações sobre o aumento das atribuições do

¹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito constitucional**. 18 ed. São Paulo: Petrópolis, 2000, p. 63.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 65.

¹⁶ CUELLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 55.

Estado:

O crescimento desmesurado do Estado Social, determinado pela ampliação de suas atribuições (passou o Estado a assumir a responsabilidade por numerosas atividades e serviços, como as grandes infra-estruturas de transporte e comunicação, por exemplo) e de sua atividade interventiva, a forma burocrática de organização, os níveis elevados de gastos públicos, a crise financeira, dentre outros fatores, acarretaram a ineficiência do Estado no desempenho de muitas de suas atividades. Este quadro traduz-se na crise de um modelo de Estado, apontando a necessidade de sua revisão.

O Estado, por si só, não pode gerar as soluções para suplantar as limitações individuais e coletivas. O fim da utopia do Estado de Bem-Estar Social relaciona-se com o fato de que o Estado não é capaz de garantir de forma ampla todos os direitos sociais.

Di Pietro¹⁷, manifesta-se sobre as dimensões do Estado, da seguinte forma:

Não se quer mais o Estado prestador de serviços; quer-se o Estado que estimula, que ajuda, que subsidia a iniciativa privada; quer-se a democratização da Administração Pública pela participação dos cidadãos nos órgãos de deliberação e de consulta e pela colaboração entre público e privado na realização das atividades administrativas do Estado; quer-se a diminuição do tamanho do Estado para que a atuação do particular ganhe espaço; quer-se a flexibilização dos rígidos modos de atuação da Administração Pública, para permitir maior eficiência; quer-se a parceria entre o público e o privado para substituir-se a Administração Pública dos atos unilaterais, a Administração Pública autoritária, verticalizada, hierarquizada.

O que se busca é a substituição do Estado de Bem-Estar pelo Estado-instrumento, ou seja, Democrático e Social de Direito, sem, contudo retornar ao Estado Mínimo, pois o Estado moderno é aquele que viabiliza o adequado atendimento dos interesses da sociedade, sem, necessariamente, prestá-lo diretamente.

De toda sorte, reafirma-se que inexistente espaço para um formato denominado mínimo que atua buscando desenvolver apenas atividades essenciais. Deve o Estado ser atuante e ao mesmo tempo garantir à iniciativa privada e à sociedade civil em geral o direito e o dever de contribuir para a justiça social.

¹⁷ DI PIETRO. Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão franquias terceirização e outras formas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p 45.

2.3.3 O Estado Democrático

Após as considerações acerca do Estado de Direito o qual é criado e regulado diretamente por uma norma superior – Constituição, tendo como objetivo a subordinação do Estado ao império da lei e o exercício do poder político dividido entre órgãos independentes e harmônicos e, ainda sobre o Estado Social que visa garantir o bem-estar dos indivíduos de forma ampla, passa-se a analisar o Estado Democrático de Direito, pois o fato de ser um Estado de Direito e/ou Social não significa que necessariamente seja democrático.

O presente trabalho não visa a um aprofundamento teórico dos fatores históricos que foram decisivos para a configuração da complexa figura da democracia e nem mesmo se valerá de um corte da realidade. Ao contrário, abordar-se-ão, apenas, conceitos gerais que servirão de base para as conclusões a que se propõe.

É importante ressaltar que o Estado Democrático moderno surge basicamente da necessidade da participação do povo nas decisões políticas e, sobretudo, da afirmação dos direitos naturais da pessoa humana.

Apenas para registro destaca-se que o Estado Democrático foi influenciado por três grandes movimentos: inicialmente pela Revolução Gloriosa (na Inglaterra) que teve como expressão mais importante o “*Bill of Rights*”.

O segundo movimento foi a Revolução Americana, onde os princípios foram expressos na Declaração de Independência das treze colônias americanas e, o terceiro, a Revolução Francesa tendo seus princípios expressos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

A igualdade no Estado de Direito (meramente formal) e no Estado Social (busca da igualdade material por intermédio de um Estado intervencionista) não foi suficiente para atender aos interesses individuais e, nesse sentido que o Estado Democrático consegue se consolidar no Estado contemporâneo face à inserção da participação popular nos mecanismos de controle das decisões.

Nesse sentido, afirma Silva:¹⁸

Conclui-se daí que a igualdade do Estado de Direito, na concepção Clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social, nem a autêntica participação democrática do povo neste processo político. Aonde a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção.

Pode-se indicar três preceitos fundamentais que passaram a nortear o Estado: a supremacia da vontade popular, a preservação da liberdade e a igualdade real de direitos.

Assim o Estado Democrático passa a ser fundamental para o desenvolvimento social, uma vez que a soberania popular pode ser considerada um fator capaz de determinar os rumos, e, com isso, sabendo o povo utilizar seus direitos de forma igualitária, pode lutar pela justiça social.

2.4 O ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Após a análise dos elementos que caracterizam o Estado, podem-se encontrar elementos que possibilitam compreender o alcance da expressão Estado Democrático de Direito utilizada pelo constituinte originário quando da promulgação da Constituição e suas implicações no texto constitucional, na legislação infraconstitucional, ou seja, na vida dos cidadãos brasileiros.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 instaurou uma nova ordem jurídica, e logo no Título I – Dos Princípios Fundamentais, traz em seu artigo 1^o¹⁹, os fundamentos do Estado Brasileiro:

¹⁸ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 122.

¹⁹ BRASIL, op. cit., p.3, nota 3.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição.

O Estado Brasileiro ou a República Federativa do Brasil ao ser constituída em um Estado Democrático de Direito, como já foi dito, resulta na soberania popular e na submissão do Estado à lei, buscando valorizar o indivíduo, a necessidade de limitação do poder e a busca do seu exercício de forma efetiva, mas também, na concretização dos direitos sociais firmados na Carta Constitucional.

Nesse sentido, diz Mânica:

É a realização, portanto do Estado Democrático de Direito, o qual consubstancia a síntese entre o Estado Liberal de Direito e o Estado Social de Direito, um Estado que tem como objetivo e função primordial garantir a dignidade de seus cidadãos de maneira concreta e eficiente.²⁰

No Brasil, com a implementação do Estado de Direito, um Estado limitado pela ordem jurídica, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 manteve a essência do legado da Revolução Francesa de 1789 preconizando o exercício independente, porém harmônico, dos poderes, conforme o art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Nesse sentido Sundfeld:²¹

Assim, definimos Estado de Direito como o criado e regulado por uma Constituição (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado.

²⁰ MÂNICA, Fernando Borges, op. cit., p. 45.

²¹ SUNDFELD, Carlos Ari, op. cit., p. 39.

O poder tem seu exercício fracionado, como forma de manutenção da harmonia e do equilíbrio da vida em sociedade, cabendo a cada órgão o exercício de uma função primordial (administrar, legislar, julgar) dentro de limites controlados pelos demais órgãos. Entretanto, esse poder emana do povo e, em seu nome é exercido por força do Princípio Democrático (art. 1º, parágrafo único, CRFB/88) – “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Importante destacar o posicionamento de Dallari²² em relação aos preceitos de Estado Democrático:

As transformações do Estado, durante o século XIX e a primeira metade do século XX, seriam determinadas pela busca de realização desses preceitos, os quais se puseram também como limites a qualquer objetivo político. A preocupação primordial foi sempre a participação do povo na organização do Estado, na formação do governo, por se considerar implícito que o povo, expressando livremente sua vontade soberana, saberá resguardar a liberdade e a igualdade.

A palavra democracia significa “o Governo do povo” (demos= povo e cratos = poder, governo), ou seja, o povo é a fonte do poder, e este deve ser a fonte dos direitos e deveres do governo e do próprio povo.

Neste sentido, Diniz²³ afirma que democracia é:

forma de governo em que há participação dos cidadãos, influência popular no governo através da livre escolha de governantes pelo voto direto. É o sistema que procura igualar as liberdades públicas e implantar o regime de representação política popular, é o Estado político em que a soberania pertence à totalidade dos cidadãos.

Está previsto (art. 1º, parágrafo único, CRFB/88) de forma expressa que tais poderes pertencem ao povo e, conseqüentemente, os representantes eleitos por aquele devem exercê-los em seu nome e com sua autorização.

De acordo com Silva²⁴, a forma como o povo participa do poder pode ser

22 DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., p. 151

23 DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 52.

24 SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 140.

classificada como democracia direta, indireta e semidireta, não observa-se:

Democracia direta é aquela que o povo exerce, por si, os poderes governamentais, fazem leis, administrando e julgando; constitui reminiscência histórica.

Democracia indireta, chamada democracia representativa, é aquela no qual o povo, fonte primária do poder não podendo dirigir os negócios do Estado diretamente, em face da extensão territorial, da densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais, outorga as funções de governo aos seus representantes, que elegem periodicamente.

Democracia semidireta é, na verdade, democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo nas funções de governo, institutos que integram a democracia participativa.

Na Constituição de 1988 pode-se verificar a existência da democracia indireta ou representativa nos preceitos contidos nos artigos 14 a 17, onde oportunamente se destacam o sufrágio universal e o mandato político representativo. Destacam-se, ainda, como democracia semidireta, os artigos 14, inciso III combinado com o artigo 61 §2º que preceitua sobre a iniciativa popular; o artigo 14 inciso II combinado com o artigo 49 inciso XV que preceitua sobre o referendo e o artigo 5º LXXIII que preceitua sobre a ação popular frisando que a Constituição consagrou diversas regras acerca dessa forma de democracia.

O princípio democrático como se pode observar está inserido na ordem constitucional brasileira que possibilita os indivíduos a fazerem parte dessa complexidade que é o próprio Estado. Nesse sentido expressa-se Canotilho:²⁵

Em primeiro lugar, o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da **teoria democrática representativa** – órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes. Em segundo lugar, o princípio democrático implica **democracia participativa**, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* político-democráticos. É para este sentido participativo que aponta o exercício democrático do poder [...], a participação democrática dos cidadãos [...], o reconhecimento constitucional da participação directa e activa dos cidadãos como instrumento fundamental da consolidação do sistema democrático [...] e aprofundamento da democracia participativa.

Com relação ao Estado Social, verificou-se que a intenção do constituinte no

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 249.

preâmbulo foi preservada durante todo o texto constitucional, o qual manteve o espírito de “[...] assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento”.

Os direitos sociais estão atrelados ao princípio da dignidade da pessoa humana, que constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III CRFB/88). Preservar a dignidade do homem é condição *sine qua non* para se alcançar a justiça social preconizada pelo Estado Brasileiro, que só poderá ser efetivamente vislumbrada com o exercício dos direitos sociais.

O princípio da dignidade humana deve nortear toda a ordem jurídica e, por isso, o legislador constitucional fez questão de conceder-lhe status de norma hierarquicamente superior para ser guia de todas as demais legislações na busca incessante pela justiça social como bem expôs Sarlet:²⁶

Num primeiro momento – convém frisá-lo – a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, inc. III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto – tal como sinalou Benda – a condição de valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar, neste contexto, que na qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.

Ainda, abrigado no mesmo Título I, o artigo 3º²⁷, traça os objetivos fundamentais a serem alcançados pela República Federativa do Brasil. Assim, os preceitos constitucionais e infraconstitucionais devem buscar o cumprimento dos seguintes objetivos:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 71-72.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 3.

sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Verifica-se, com esses objetivos proclamados na Carta Maior, o reconhecimento da dignidade inerente a todo cidadão brasileiro que deve ser o alvo a alcançar de toda a República Federativa do Brasil.

Conhecida como a “Constituição Cidadã”, baseada no modelo do Estado Social, e de acordo com os seus preceitos poder-se-ia interpretar até mesmo como o Estado de Bem-Estar Social, pela importância e ênfase com que o texto Constitucional pontuou as questões sociais e aquelas ligadas à cidadania.

Vale registrar que na história do país, apesar da alta carga tributária, nunca existiu de fato um Estado de Bem-Estar Social e poder-se-ia questionar até mesmo a efetividade do Estado Social.

Deve-se lembrar, contudo, que é objetivo de toda a sociedade primar pela consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil e não apenas do Estado, visto como pessoa jurídica de direito público interno, criado pelo povo, para auxiliar no bem-estar da sociedade, incumbindo a todos o cumprimento dos preceitos constitucionais (sendo este o tema central da dissertação, cuja problemática consiste exatamente em saber se é somente do Estado o papel de promover os direitos sociais ou se a própria sociedade, por meio do Terceiro Setor, poderia atuar neste sentido).

A relevância deste artigo 3º encontra-se na necessidade de classificar os objetivos a serem adotados pela política governamental, no sentido de garantir os direitos sociais e os governos priorizarem suas ações juntamente com as necessidades da sociedade que, paralelamente, deve assumir sua cota de participação, como determina o regime democrático.

Em todo o texto Constitucional percebe-se que a intenção do constituinte foi a de criar um Estado Social e Democrático de Direito, apesar de não ter utilizado de forma expressa o termo social; todavia, o próprio texto do preâmbulo, além da descrição dos objetivos fundamentais, traduz de forma cristalina o caráter social do Estado brasileiro.

Em síntese, o Estado Democrático e Social de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988 tem por escopo assegurar a soberania popular (Estado Democrático); a submissão do Estado à lei, a limitação do Poder e a supremacia do indivíduo (Estado de Direito); e a concretização do princípio da dignidade humana como imperativo da justiça social, o que se faz por meio da realização dos direitos sociais firmados na Carta Constitucional.

2.5 OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 foi a Carta que deu maior destaque aos direitos sociais, dedicando um capítulo específico (Dos Direitos Sociais) dentro do Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais (arts. 6º a 11) bem como prevendo seus fundamentos no título VII, Da Ordem Econômica e Financeira (art.170) e no Título VIII Da Ordem Social (arts. 196 a 232).

A propósito, oportuna a transcrição dos excertos de Piovesan²⁸, que coloca o tema em destaque:

Trata-se da primeira Constituição brasileira a integrar, na declaração de direitos, os direitos sociais, tendo em vista que nas Constituições anteriores as normas relativas a estes direitos encontravam-se dispersas no âmbito da “Ordem Econômica e Social”, não constando do título dedicado aos direitos e garantias.

Como se pode observar, as Constituições anteriores inscreviam um título sobre a ordem econômica e social, mas não como a Constituição de 1988 que trouxe um capítulo próprio. “A primeira Constituição a inscrever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar, o que continuou nas constituições posteriores”.²⁹ Entretanto, foi a Carta de 1988 que dedicou um capítulo específico.

²⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 168-168.

²⁹ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 288.

O Capítulo II Dos Direitos Sociais inicia-se com o art. 6º *caput*³⁰ que assim preceitua: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Pode-se afirmar que todos os direitos sociais decorrem do princípio de que a justiça social e o bem-estar são objetivos a serem alcançados pela República Federativa do Brasil (Estado, mercado e sociedade civil). Devido à existência da diretriz constitucional, todas as normas que visem disciplinar a Ordem Social, ou seja, os Direitos Sociais, no âmbito Constitucional ou infraconstitucional, devem considerar o objetivo para que foram instituídas.

Percebe-se a preocupação do poder constituinte originário com o social, refletido em todo o texto constitucional. Ressaltam-se neste momento os preceitos e diretrizes, por exemplo, do título VII, a Ordem Econômica e Financeira, do artigo 170³¹, ao preceituar que: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por **fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social[...]**”.

Vislumbra-se a integração dos preceitos, por exemplo, ao disciplinar propriamente os direitos sociais, em seu título VIII, a ordem social, no artigo 193³² que “**A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.**” As normas que disciplinam os direitos sociais, sejam no âmbito Constitucional ou infraconstitucional precisam estar em sintonia com os objetivos inseridos na Constituição.

2.5.1 Os direitos sociais como direitos fundamentais de segunda geração

É sabido que, tradicionalmente, a doutrina constitucional reconhece os direitos fundamentais em níveis; os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão ou geração e, para alguns, até uma quarta e quinta dimensão.

³⁰ BRASIL, op. cit., p.13, nota 3.

³¹ Idem, Ibidem, p. 131.

³² Idem, Ibidem, p. 193.

Bonavides,³³ discorrendo sobre a teoria dos direitos fundamentais, diz que essa manifestação dos direitos fundamentais na ordem institucional em três dimensões segue uma seqüência lógica e histórica, enfatizando que:

o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a seqüência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são considerados os direitos individuais ou das liberdades, isto é, de defesa, de garantia que o indivíduo tem de que o Estado não se intrometerá na sua vida privada. Trata-se de um dever de abstenção por parte do Estado muito condizente com a doutrina liberal, que impõe um afastamento do Estado das questões individuais e sociais.

Em contrapartida a esse pensamento, juntamente com o Estado Social surgem os direitos fundamentais de segunda dimensão ou geração, também chamados de direitos da igualdade, que são aqueles direitos que exigem uma atividade prestacional por parte do Estado e, por isso, pela maioria da doutrina entendido como direito positivo que impõe uma ação estatal em oposição aos direitos negativos de primeira dimensão.

Apenas para não deixar em aberto o que seriam os direitos de terceira dimensão ou da fraternidade, rapidamente define-se como sendo aqueles voltados para a proteção da humanidade de forma geral. Revelam preocupações com temas como o meio ambiente, defesa do consumidor, preservação da paz dentre outros. Para Bonavides³⁴:

São os direitos que tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinação o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

³³ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 516.

³⁴ Idem, Ibidem, p. 523.

Como o foco do presente trabalho visa diretamente os direitos sociais sob o prisma da efetividade na prestação desses direitos, focalizar-se-á apenas a abrangência dos direitos de segunda dimensão que dentro do Estado Social são chamados de direitos prestacionais “impostos” ao Estado.

Como direitos fundamentais do homem, Silva³⁵ conceitua os direitos sociais da seguinte forma:

são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Os direitos prestacionais, ou seja, aqueles direitos que exigem uma atividade positiva por parte do Estado são discutidos pela doutrina e podem ser entendidos como aquelas atividades que visam ao bem-estar dos indivíduos e à sua dignidade humana, principalmente com relação àqueles menos favorecidos que não conseguem por si só alcançar esse estágio.

Nesse sentido preceitua Bastos:³⁶

Ao lado dos direitos individuais, que têm por característica fundamental a imposição de um não-fazer ou abster-se do Estado, as modernas Constituições impõem aos Poderes Públicos a prestação de diversas atividades, visando o bem-estar e o pleno desenvolvimento da personalidade humana, sobretudo em momentos em que ela se mostra mais carente de recursos e tem menos possibilidade de conquistá-los pelo seu trabalho.

No mesmo sentido Alexy³⁷:

Los derechos a prestaciones em sentido estricto son derechos del individuo

³⁵ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 289-290.

³⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.267.

³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 427.

frente al Estado a algo que – si el individuo poseyera medios financieros suficientes y se encontrase em el maercado una oferta suficiente – prodría obtenerlo también de particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho a la previsión, al trabajo, la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones em sentido estricto.³⁸

Hodiernamente, os direitos sociais englobam não apenas uma atividade prestacional por parte do Estado mas também, uma ação negativa ligada às “liberdades sociais” como bem coloca Sarlet³⁹ em exposição do tema:

Ainda na esfera dos direitos de segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve [...]. A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que ainda propugna parte da doutrina. Inobstante o cunho “positivo” possa ser considerado como marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais.

Considerando o tema proposto, que tem por finalidade abordar o papel do Terceiro Setor na efetivação dos direitos sociais (seja complementando ou auxiliando o Estado como se verá nos próximos capítulos), que nada mais é do que a efetiva prestação dos direitos sociais, o que verdadeiramente importa são os direitos sociais positivos.

Entretanto, é sabido que o Estado, especialmente o brasileiro, ao longo dos tempos não foi capaz de promover de forma eficiente esses direitos sociais o que leva a uma crise estatal que culminou na Reforma do Estado visando uma redefinição de suas funções e dos meios a alcançar os seus objetivos, redefinindo também as funções da sociedade que passa a participar e a auxiliar no cumprimento do dever do Estado, ou seja, a exercer diretamente sua cidadania.

Pode-se afirmar que todos os direitos sociais decorrem do princípio que a justiça social e o bem-estar são objetivos a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade. Devido a existência da diretriz constitucional, todas as normas que visem

³⁸ Tradução Livre: Os direitos a prestações em sentido estricto são direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que se o indivíduo possuísse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente – poderia obter também de particulares. Quando se fala de direitos sociais fundamentais, por exemplo, do direito à previdência, ao trabalho, à moradia e à educação, se faz primeiramente referência a direitos à prestações em sentido estricto.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 53.

disciplinar a Ordem Social, ou seja, os Direitos Sociais, no âmbito Constitucional ou infraconstitucional devem considerar o objetivo para que foram instituídas.

Assim, ainda que de forma genérica, através desse esboço apresentado torna-se possível uma melhor compreensão da relação existente entre a Constituição e os direitos sociais, bem como justificar sua correlação com o Terceiro Setor que preconiza a convocação dos cidadãos no cumprimento do seu papel social e ao mesmo tempo em que os indivíduos fazem valer sua cidadania.

3 O ESTADO E SUAS FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS

Para falar do papel do Terceiro Setor na efetivação dos direitos sociais preconizados na Constituição de 1988, cuja responsabilidade, como se viu, deve ser abraçada não só pelo Estado, mas, também, por toda a sociedade, imprescindível falar da organização do Estado na promoção de suas atividades, em especial, na prestação dos serviços públicos e para isso mister esse estudo preliminar sobre a estrutura da Administração Pública e suas novas tendências no sentido de dar efetividade aos direitos sociais previstos na Constituição, para que não fique, apenas, no plano formal.

O Estado quando desenvolve suas funções o faz com a legitimidade dada pelo povo conforme previsão expressa no parágrafo único do artigo 1º da CRFB/88, pois “todo poder emana do povo”. Assim, constituindo o Brasil uma República, é certo afirmar que a Administração Pública quando exerce sua função está a buscar a única finalidade que lhe é dada, qual seja, atender aos interesses da coletividade, pois, originariamente, a palavra República vem do latim *res publica*, *res* que quer dizer coisa, bem, e assim, pode ser compreendido como a coisa pública, coisa comum, que pertence ao povo (*res populi*).

Função administrativa do Estado, portanto, é toda atividade desenvolvida pela Administração Pública representando interesses da coletividade. Sempre que se exerce uma atividade representando interesses de terceiros está-se diante de uma função, pois quem exerce função, administra interesses e patrimônios alheios.

Magistral é a definição de Mello:⁴⁰

Tem-se função apenas quando alguém está assujeitado ao dever de buscar, no interesse de outrem, o atendimento de certa finalidade.

[...]

Onde há função, pelo contrário, não há autonomia da vontade, nem a liberdade em que se expressa, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura de interesses próprios, pessoais.

Há a discricão a uma finalidade previamente estabelecida, e, no caso de função pública, há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar o interesse alheio, que, no caso, é o interesse público; vale dizer, da coletividade como um todo, e não

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 56-57.

da entidade governamental em si mesma considerada.

Com efeito, em sendo o Brasil uma República em que o titular da coisa pública é o povo toda função administrativa deve visar a preservação de seus interesses, seja pela própria Administração ou por quem lhe faça às vezes.

3.1 FORMAS DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Tradicionalmente, tem-se que a titularidade do serviço público é intransferível. Jamais sai das mãos do Poder Público porque os interesses perseguidos pela Administração Pública são os interesses da coletividade. Entretanto, dentro de uma concepção mais moderna, apenas os serviços públicos considerados exclusivos são intransferíveis e os não-exclusivos podem e devem ser prestados pela e com a ajuda da sociedade.

Pela reforma operada em 1967, através Decreto-Lei 200, que constitui um marco na tentativa de melhoria do Estado, com a conseqüente superação da rigidez burocrática da Administração Pública, a execução do serviço público pode-se dar de forma direta ou centralizada ou de forma indireta ou descentralizada. “Mediante o referido decreto-lei, realizou-se a transferência de atividades para autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, a fim de obter-se maior dinamismo operacional por meio da descentralização funcional”.⁴¹

Diz-se que a atuação da Administração Pública é centralizada quando o serviço público é realizado diretamente pelo Estado, seja de forma concentrada ou desconcentrada. A desconcentração é a transferência da execução do serviço público de um órgão para o outro dentro da própria estrutura da Administração Pública Direta. Trata-se de distribuição de atribuições dentro da mesma entidade, o que caracteriza a implantação de um sistema de hierarquias.

⁴¹ BRASIL. Presidência da República. **Plano diretor da reforma do Estado**: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995, p. 10-11.

Segundo Mello:⁴²

Na centralização, o Estado atua diretamente por meio de seus órgãos, isto é, das unidades que são simples repartições interiores de sua pessoa e que, por isto, dele não se distinguem. Consistem, portanto, em meras distribuições internas de plexos de competências [...]

A execução do serviço público de forma descentralizada tem uma conotação mais ampla, pois, o Estado não executa diretamente, mas de forma indireta, ou seja, transfere a titularidade e a execução do serviço público ou apenas a execução deste para pessoas físicas ou jurídicas com personalidade próprias.

Nesse sentido, Mello:⁴³

[...] o Estado tanto pode prestar por si mesmo as atividades administrativas, como pode desempenhá-las por via de outros sujeitos, caso em que se estará presente a chamada descentralização. Anotou-se, ainda, que nesta hipótese ora o Estado transfere o **exercício** de atividades que lhe são pertinentes para particulares, ora cria pessoas auxiliares suas, para desempenhar os cometimentos destarte descentralizados. Assim, diz-se que a atividade administrativa é descentralizada quando é exercida, em uma das formas mencionadas, por pessoa ou pessoas distintas do Estado.

Essa descentralização de serviço público pode ocorrer por outorga do serviço ou da atividade ou por colaboração de sua execução, mas sempre em nome próprio, como se verá nos próximos tópicos.

3.1.1 Descentralização por Outorga

A descentralização por outorga é também chamada de descentralização por serviço e ocorre quando o Estado transfere a titularidade e a execução de serviços públicos para pessoas jurídicas com personalidade própria criadas ou autorizadas por lei pelo próprio Estado, o que não se confunde com a Administração Pública Direta.

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 139.

⁴³ Idem, *Ibidem*.

Nesse sentido Di Pietro⁴⁴ assim preceitua:

Descentralização **por serviços, funcional ou técnica** é a que se verifica quando o poder público (União, Estados ou Municípios) cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela atribui a titularidade e a execução de determinado serviço público. No Brasil, essa criação somente pode dar-se por meio de **lei** e corresponde, basicamente, à figura da **autarquia**, mas abrange também **fundações** governamentais, **sociedades de economia mista e empresas públicas**, que exerçam serviços públicos.

Trata-se da Administração Pública Indireta, pois a Administração Pública, segundo o art. 4º⁴⁵ do Decreto-Lei 200 de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, é compreendida tanto pela Administração Direta quanto pela Administração Indireta. Senão veja-se:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

- I – A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios;
- II – A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:
 - a) Autarquias;
 - b) Empresas Públicas;
 - c) Sociedades de Economia Mista;
 - d) Fundações Públicas.

Primeiramente, há de se colocar que, como foi dito, a titularidade do serviço público é intransferível, entretanto, na descentralização por outorga se transfere não apenas a execução do serviço, mas também a titularidade do serviço público pelo simples fato de que a prestação do serviço não se desvincula do Poder Público, permanecendo dentro da estrutura da Administração Pública.

A prestação do serviço público continua nas mãos da Administração Pública só que de forma descentralizada realizada pela Administração Pública Indireta. Aqui, o Estado cria ou autoriza a criação de uma pessoa jurídica (Autarquia, Empresa Pública, Sociedade de Economia Mista e Fundações Públicas) de direito público ou

⁴⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 344.

⁴⁵ BRASIL. Decreto-Lei 200 de 25 de fevereiro de 1967. **Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em:** <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/24/1967/200.htm>> Acesso em: 1 jun. 2006.

privado que prestará o serviço.

3.1.2 Descentralização por Colaboração

Ocorre descentralização por colaboração, também chamada de descentralização por delegação, quando se transfere apenas a execução do serviço público para particulares, entendidos como pessoas jurídicas de direito privado.

Aqui não há transferência da titularidade do serviço público, pois como visto, é intransferível. Na descentralização por colaboração há transferência da execução do serviço da Administração Pública para a órbita privada, mediante concessões ou permissões.

Na descentralização por colaboração, o serviço público é prestado por pessoas jurídicas que não pertencem à Administração Pública Indireta, e, por isso, a titularidade do serviço permanece com a Administração Pública. Di Pietro⁴⁶ sintetiza:

Descentralização por colaboração é a que se verifica quando, por meio de contrato ou ato administrativo unilateral, se transfere a execução de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado, previamente existente, conservando o Poder Público a titularidade do serviço.

Nesse tipo de descentralização, a transferência é usualmente feita por contrato (Ex: Contratos de Concessões) ou, conforme doutrina majoritária, por ato unilateral da Administração (Ex: Permissões), muito embora, a Constituição Federal de 1988 em seu art. 175, parágrafo único, também denomine a permissão como uma espécie de contrato e, mais especificamente a Lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessões e permissões da prestação de serviços públicos, prescreva em seu art. 40 que se trate de um contrato de adesão.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p. 346, nota 44.

3.1.3 Serviços Públicos

Segundo Silvano⁴⁷, o conceito de serviço público encontra-se em evolução e, por isso, existe uma dificuldade em se fixar um conceito unânime.

Afirma Mello:⁴⁸

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.

Entende Di Pietro⁴⁹ como serviço Público “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”.

Tem-se que a definição do serviço público é informada por um elemento objetivo, um elemento subjetivo e um elemento formal, respectivamente, interesse público, atividade prestada pelo Poder Público, diretamente ou por quem lhe faça as vezes e atividade desenvolvida sob regime de direito público.

Entretanto, hodiernamente, esse conceito deve ser modernizado, pois, “já existem outras entidades que prestam serviços públicos *lato sensu*, não havendo, no entanto, delegação estatal, tampouco havendo que se falar, no que tange a essas entidades, em regime jurídico total ou parcialmente público⁵⁰”, que é o caso das Organizações Sociais (OS) e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP’S) – entidades que integram o denominado Terceiro Setor - que serão melhor estudadas no próximo capítulo.

Diversos são os critérios de classificação do serviço público. Para o presente trabalho importante, apenas, classificá-lo em serviços públicos essenciais e não-

⁴⁷ SILVANO, Ana Paula Rodrigues. **Fundações públicas e terceiro setor**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 7.

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p.399.

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, op. cit., p. 98, nota 45.

⁵⁰ SILVANO, Ana Paula Rodrigues, loc. cit., p. 8.

essenciais. Consideram-se exclusivos ou essenciais, os serviços que só podem ser prestados pelo Estado enquanto os não-exclusivos podem ser prestados tanto pelo Estado quanto por entidades de direito privado, não sendo, portanto, exclusivos do Estado.

Outro critério de classificação que se coloca com relevância para o presente trabalho é quanto ao objeto, em que os serviços públicos podem ser administrativos, comerciais ou industriais e sociais.

Os serviços públicos administrativos são os serviços internos “responsável pela formulação e definição das políticas públicas e diretrizes governamentais”⁵¹. Os serviços públicos comerciais ou industriais são aqueles “que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para atender às necessidades coletivas de ordem econômica.”⁵²

Serviço público social, segundo Di Pietro, é aquele “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”.⁵³

Para Silvano⁵⁴, os serviços públicos propriamente ditos, essenciais, ou exclusivos, só podem ser prestados pelo Estado e, em contrapartida, os serviços que podem ser prestados diretamente pela Administração Pública e por particulares são chamados de serviços de utilidade pública ou de interesse social.

Resumindo, serviços públicos só são prestados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes (concessão e permissão), quando neste último caso, haverá transferência da execução do serviço público e, por isso, o regime jurídico que regerão essas pessoas que prestarão os serviços públicos será de direito público. Ressalta-se que a titularidade destes serviços continua com o Poder Público.

Nesse diapasão, segundo Modesto⁵⁵, os serviços públicos sociais são considerados serviços públicos apenas quando prestados pelo próprio Estado (ou por quem lhe

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p. 103, nota 44.

⁵² Idem, Ibidem, p. 104.

⁵³ Idem, Ibidem, p. 104.

⁵⁴ SILVANO, Ana Paula Rodrigues, op. cit., p. 8.

⁵⁵ MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil. In: MEREGE, Luiz Carlos (Coord.) e BARBOSA, Maria Nazaré (Org.). **3º setor – reflexões sobre o marco legal**. Rio de Janeiro: FGV, 2001, p. 32.

faça as vezes), já que sujeitos a regime de direito público. Quando prestados por particulares se sujeitam ao regime das pessoas jurídicas de direito privado, “o que muitas vezes lhe confere maior agilidade ou presteza no atendimento dos seus objetivos sociais” e, por isso, o autor prefere denominá-los de serviços de interesse social.

3.1.4 Novas formas de prestação de Serviços Públicos por particulares

Como se verá, modernamente, outras formas de prestação de serviços públicos, melhor compreendidos como serviços de utilidade pública ou de interesse social, vêm sendo desenvolvidas pela sociedade, seja pela ineficiência do Estado na satisfação dos interesses da coletividade, seja como forma de fazer valer os direitos de cidadania preconizados na Constituição Federal de 1988.

O tema ainda é relativamente novo. Trata-se do chamado Terceiro Setor, que surge como importante agente na redefinição do papel do Estado, para efetivamente, concretizar os direitos sociais, que são direitos fundamentais do homem, amplamente, relacionados na Carta Constitucional.

Essa nova forma de prestação de serviços sociais por particulares vem sendo implementada pelo Estado através de contratos de gestão e termos de parceria, respectivamente, com as Organizações Sociais – O.S. - e com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP’S, que são entidades de direito privado sem fins lucrativos prestadoras de serviços de interesse público.

Como já analisado, o Estado Brasileiro manteve a essência de um Estado Social Democrático e, o Terceiro Setor vem, exatamente, concretizar o papel da sociedade na efetivação dos direitos sociais como forma de exercer cidadania (consecutório da democracia) e, ao mesmo tempo, tornar a prestação dos serviços sociais, que nada mais é do que a concretização dos direitos sociais, mais eficientes e de maior qualidade.

Nesse particular, sobreleva notar que os instrumentos para a consecução dos objetivos propostos pela Carta Maior, por consequência lógica, são alterados e o

Estado precisou alterar seu modelo burocrático para se adequar a essa nova realidade.

3.2 UM NOVO MODELO DE ESTADO

Diante do fracasso do Estado de Direito ou do Estado Liberal que, embora fundado num ideal de justiça, se tornou um Estado legalista, não cumprindo sua destinação primeira; e da inviabilidade do Estado Social, que chamou para si toda responsabilidade na prestação dos direitos sociais, percebe-se uma nova tendência mundial na construção de um novo paradigma, na qual o Estado atua como verdadeiro gerente buscando a eficiência de seus atos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é construída debaixo de ideais de Justiça, de democracia e de ideais sociais preconizando um modelo de República Federativa fundado no Estado Democrático de Direito, cujo fundamento é a preservação da dignidade da pessoa humana e a efetivação dos direitos sociais.

A dignidade da pessoa humana como um dos principais fundamentos da República (art. 1º, III CRFB/88) abrange não apenas o respeito às liberdades individuais, mas, sobretudo, a concretização dos direitos sociais, pois, no Estado Democrático de Direito a finalidade precípua é justamente assegurar a dignidade do homem, imperativo da justiça social.

Agarrada a esta idéia, a Constituição traçou objetivos à República Federativa do Brasil (art. 3º, CRFB/88), que, como visto, devem ser os fins a serem alcançados não apenas pelo Estado, mas, por toda a sociedade.

Esse preceptivo constitucional pode ser visto sob dois prismas, de um lado tem-se que os direitos sociais são direitos fundamentais de segunda geração que devem ser disponibilizados pelo Estado, tendo o indivíduo o direito de exigir deste a prestação desses direitos (direitos prestacionais) e, por outro lado, a convocação da sociedade para cumprir seu papel cidadão.

A real ineficiência do Estado no cumprimento de seus objetivos sociais avigorou a idéia de redefinição do papel do Estado e a sociedade civil se organiza para auxiliar o Estado na prestação dos serviços de interesse social e ao mesmo tempo assumir

seu papel de cidadão na busca da justiça social.

Ocorre o que se pode chamar de redefinição das funções estatais através de uma aproximação entre Estado e sociedade, ou seja, nesse contexto a sociedade aparece como coadjuvante na realização dos direitos sociais.

O modelo de Estado Social adotado no Brasil desde a Constituição de 1934 influenciado pela Constituição Alemã de Weimar, não pôde suportar “o crescimento das demandas sociais, proporcionado pelo aumento da complexidade da sociedade e pelo incremento populacional ocorrido no século XX”⁵⁶, entrando em crise.

As funções assumidas pelo Estado se tornaram insustentáveis diante de uma demanda cada vez maior por parte da sociedade que só se solucionaria através de uma reestruturação de toda função estatal, ou seja, a redução da atuação direta do Estado na ordem econômica e social.

Como visto no capítulo anterior, o modelo de Estado Social continuou a ser adotado pela Constituição de 1988, entretanto, os objetivos da República Federativa passaram a ser consectários de toda a sociedade, cessando a atuação apenas do Estado.

Nesse sentido, Mânica⁵⁷ assim preceitua:

No caso brasileiro, a Constituição de 1988, após as sucessivas revisões e reformas, manteve como seus objetivos fundamentais os mesmos valores constantes de sua redação original – modelo de um Estado Social. Em nossa opinião, como veremos adiante, alteram-se, portanto, apenas os instrumentos para a consecução dos objetivos propostos.

Nesse contexto, há de se destacar que na década de 90, torna-se necessária uma reforma na estrutura do Estado visto sob o prisma administrativo, principalmente, no que concerne à prestação dos serviços sociais à coletividade. “Daí hoje falar-se em Estado Democrático de Direito, que compreende o aspecto da participação do cidadão (Estado Democrático) e da justiça material (Estado de Direito).”⁵⁸

O que se almeja no Estado Democrático de Direito é a realização dos direitos sociais de forma eficiente, desburocratizada e, principalmente, de forma cidadã, ou seja, a

⁵⁶ MÂNICA, Fernando Borges, op. cit. cit., p. 35.

⁵⁷ Idem, Ibidem, p. 37.

⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia, op. cit., p. 23, nota 17.

sociedade deve assumir sua cota de responsabilidade, devendo o Estado, sem deixar de cumprir as funções, que lhe foram acometidas pelo Texto Constitucional, subsidiar as atividades de cunho social desenvolvidas pela sociedade.

Não se trata de um afastamento do Estado das questões sociais, muito pelo contrário, a proposta é no sentido de que o Estado deve atuar subsidiariamente, sempre atento aos reclamos da sociedade, para atuar ativamente onde a sociedade por si só não consiga de forma eficiente alcançar os direitos sociais.

Assim, tornou-se importante o envolvimento de toda a sociedade na realização de atividades de interesse social, que tem se concretizado por meio de entidades do Terceiro Setor e o Estado torna-se protagonista desse novo segmento no incentivo e fomento a tais entidades.

3.2.1 Princípio da Subsidiariedade

Diante da inviabilidade do projeto do Estado Social, o Estado passa por um processo de redefinição de suas funções, quando deixa de ser único responsável pelo desenvolvimento social e passa a exercer de forma subsidiária tal função, fomentando a prestação de atividades de cunho social por entidades privadas.

Segundo Barreto⁵⁹:

Esse processo deve ser entendido no contexto de redefinição do papel do Estado, que deixa de ser responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social (através da produção de bens e serviços) e passa a exercer a função de promotor e regulador desse desenvolvimento.

O princípio da subsidiariedade teve sua origem na Doutrina Social da Igreja⁶⁰, sob a

⁵⁹ BARRETO, Maria Inês. As organizações sociais na reforma do Estado brasileiro. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Org.). **O público não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p.111.

⁶⁰ Conforme Di Pietro, op. cit., nota 45: o princípio da subsidiariedade, embora bem anterior à nova concepção do Estado de Direito Democrático, assume agora importância fundamental na definição do papel do Estado. Ele foi formulado, em fins do século XIX e começo deste século, dentro da Doutrina Social da Igreja, principalmente pelas Encíclicas *Rerum Novarum* (1891), de Leão XIII, *Quadragesimo Anno* (1931), de Pio XI, *Mater et Magistra* (1961), de João XXIII e, mais recentemente, a *Centesimus Annus* (1991), de João Paulo II.

inspiração do princípio da dignidade humana em que o Estado deveria respeitar e apoiar o indivíduo e os grupos sociais e, por isso, foi concebido para proteger a esfera individual e o pluralismo social da interferência estatal.

A sociedade pluralista fez aumentar de forma inusitada os interesses públicos, em especial, os interesses sociais e, por isso, o “Estado deve ajudar, estimular, criar condições para que os grupos de interesses, representados por entidades particulares, partam à busca de seus próprios objetivos”.⁶¹

Nesse diapasão de redefinição do papel do Estado e de Reforma Estatal, Di Pietro⁶² aponta algumas idéias ligadas ao princípio da subsidiariedade. De um lado, o Estado só deve exercer atividades quando a iniciativa privada, por si só, não consiga exercê-las por seus próprios recursos, verificando-se uma limitação estatal. Por outro lado, aponta a atuação do Estado, sempre que a sociedade não conseguir prestar essas atividades de forma eficiente, fomentando, coordenando e fiscalizando e, por último, indica “uma terceira idéia ligada ao princípio da subsidiariedade que seria a de parceria entre público e privado, também dentro do objetivo de subsidiar a iniciativa privada, quando ela seja deficiente”.

Analisando o princípio da subsidiariedade, Torres⁶³, aponta o paradoxo acima exposto, quando um conflito nasce entre um dever de não-ingerência e um dever de ingerência:

Ao mesmo tempo em que impõe limites à ação do Estado, o princípio torna 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 Estado deve reconhecer que a sociedade, por estar mais próxima das necessidades do indivíduo e do grupo, deve ter a liberdade de agir em busca do atendimento do interesse social que lhe pareça mais relevante, só devendo agir quando não consiga suprir de forma eficaz essas necessidades sociais, devendo possuir autonomia na definição de suas prioridades.

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvania, op. cit., p. 29, nota 17.

⁶² Idem, Ibidem p. 25.

⁶³ TORRES, Sílvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. São Paulo: Renovar, 2001, p. 9.

É bom lembrar que não se deve confundir Estado Mínimo com Estado Subsidiário. O Estado Mínimo só realiza serviços essenciais deixando todo o restante para a iniciativa privada, já o Estado Subsidiário, fica com a responsabilidade de prestar os serviços essenciais e não se exonera de sua responsabilidade, em auxiliar a sociedade naquilo que não está realizando de forma satisfatória, ou seja, o Estado subsidia, como o próprio nome diz, dá suporte para assim concretizar os ideais do Estado Social e Democrático de Direito incorporado pela Constituição de 1988.

Como visto anteriormente, os serviços sociais são de utilidade pública ou de interesse social e podem (melhor seria, devem) ser prestados tanto pelo Estado quanto pela sociedade, uma vez que a própria Constituição convoca os cidadãos a assumirem sua cota de responsabilidade, podendo citar como exemplos os arts. 197 e 198 da Constituição Federal:⁶⁴

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, **devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.**

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

III – **participação da comunidade.** (grifo nosso)

Por expressa previsão constitucional, alguns dos direitos sociais jamais podem ser afastados da atuação estatal, como por exemplo, os serviços de saúde e de educação, em que embora não seja de responsabilidade exclusiva do Poder Público, este não pode deixar de prestá-los, pois constituem dever estatal. Senão veja-se.⁶⁵

Art. 196. A saúde é direito de todos e **dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 205. A educação, direito de todos e **dever do Estado** e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (grifo nosso)

⁶⁴ BRASIL, op. cit., p. 141-142, nota 3.

⁶⁵ Idem, Ibidem, p. 141-148.

Nesse contexto, o princípio da subsidiariedade se reveste de vários ideais, ou seja, pode ser compreendido por vários ângulos a depender das exigências postas pela Lei Maior. Por isso, Torres⁶⁶ acaba por dizer que o princípio da subsidiariedade se reveste da característica da flexibilidade, ou seja, se aplica conforme o caso concreto. Senão observa-se:

Se reconhece, contudo, nesta cadeia, a característica precípua da subsidiariedade, que é a flexibilidade. Com efeito, o princípio não há de manifestar-se senão conforme cada situação fática, variando o teor de sua obrigatoriedade e o alcance da sua validade de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, alguns serviços de cunho social não podem, em hipótese alguma, ser abandonados pelo Estado. Outros, o Estado pode subsidiar, quando efetivamente estejam sendo prestados a contento, se limitando a fomentar e a fiscalizar, já que a responsabilidade também é da sociedade. É nesse contexto que o princípio deve ser compreendido e ajustado para se adequar a esse paradigma do papel do Estado.

Esse novo modelo de Estado Subsidiário é mais eficiente no que tange a possibilidade de concretização dos direitos sociais, não se afastando de suas responsabilidades enunciadas na Carta de 1988.

Segundo Torres⁶⁷, o princípio da subsidiariedade “busca um equilíbrio entre as já superadas ideologias do socialismo e do capitalismo, revelando um novo paradigma de legitimidade do papel do Estado, sem descurar da relação coordenada entre o setor público e a sociedade”.

3.2.2 Princípio da Eficiência

O princípio da subsidiariedade está diretamente atrelado à idéia de eficiência e qualidade na prestação dos serviços que, efetivamente, não podem ser alcançados por uma Administração Pública altamente burocratizada.

⁶⁶ TORRES, Sílvia Faber, op. cit., p. 12.

⁶⁷ Idem, *Ibidem*, p. 13.

Com o objetivo de modificar esse pensamento burocrático baseado em idéias de hierarquia e controle excessivo e formal surge a “Reforma do Estado”, “com vistas a fazer reverter os males instaurados pelo Estado intervencionista”⁶⁸ e prestacional, em busca de fomentar a iniciativa privada na prestação dos serviços sociais, ficando reservados ao Estado, dentre outros, os serviços exclusivos que são indelegáveis, como a segurança, defesa, justiça, relações exteriores, legislação, política e outros.

Importante abordar, rapidamente, que o princípio da eficiência que direcionou toda Reforma do Estado na década de 90, constituindo um dos objetivos primordiais do Plano Diretor da Reforma do Estado, elaborado em 1995, foi inserido à Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, que alterou o caput do art. 37⁶⁹ que trata dos princípios que norteiam a Administração Pública, passando também a direcionar toda a atuação do Poder Público.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** e, também, ao seguinte (grifo nosso)

Segundo Di Pietro:⁷⁰

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

O presente trabalho vem justamente abordar o segundo aspecto do princípio da eficiência, pois o Terceiro Setor, embora marcado por fortes características de cidadania responsável, vem se organizando através da sociedade civil na prestação de direitos sociais que não foram prestados de forma satisfatória pelo Estado, seja pelo pluralismo social da sociedade contemporânea, seja pelo excesso de burocratização presente na Administração Pública.

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia, op. cit., p. 31, nota 17.

⁶⁹ BRASIL, op. cit., p. 41, nota 3.

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia, loc. cit., p. 83, nota 44.

Independentemente das razões que formatam o Estado como incapaz de cumprir seu papel na prestação dos direitos sociais, a Reforma do Estado, vem, justamente abraçar esse ideal de eficiência em busca da superação dessa organização estatal burocrática em prol de uma administração gerencial, que realmente atenda às demandas da população.

O plano diretor⁷¹ expressamente afirma que:

Reformar o Estado significa melhorar não apenas a organização e o pessoal do Estado, mas também suas finanças e todo o seu sistema institucional-legal, de forma a permitir que o mesmo tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil. A reforma do Estado permitirá que seu núcleo estratégico tome decisões mais corretas e efetivas, e que seus serviços – tantos os exclusivos, quanto os competitivos, que estarão apenas indiretamente subordinados na medida que se transformem em organizações públicas não estatais – operem muito eficientemente.

A Reforma do Estado será melhor estudada no próximo tópico, ficando claro que efetivamente ela visou uma maior eficiência na prestação dos serviços públicos.

3.3 A REFORMA DO APARELHO DO ESTADO

O Plano da Reforma do Aparelho do Estado, aprovado em 21 de setembro de 1995, teve por finalidade primeira “tornar a administração pública mais eficiente e mais voltada para a cidadania”⁷² com vistas à reformulação das atividades do Estado que em conseqüência dos programas adotados pelos governos anteriores colocaram o país em crise.

Diante das inúmeras atividades que o Estado chamou para si, não foi possível desenvolvê-las de forma eficiente provocando um caos social e econômico e a Reforma, justamente, vem tentar tornar o Estado em um ente enxuto, atuando quando a sociedade não consiga realizar eficazmente essas atividades (princípio da subsidiariedade).

Isso porque após as duas grandes guerras mundiais, que foram os marcos da crise

⁷¹ BRASIL, op. cit., nota 41.

⁷² Idem, Ibidem, p. 6.

do mercado e do Estado Liberal, surgiu um modelo de Estado de “Bem-Estar Social”, que assumiu papel decisivo na promoção do desenvolvimento social e, é bom lembrar que, também, assumiu um grande papel no setor econômico, que aqui não se irá abordar por não constituir o foco do presente trabalho.

A crise mundial da administração pública iniciada na década de 70, só teve repercussões no Brasil em meados da década de 80, quando a primeira reação foi de ignorá-la e, num segundo momento, de criar um Estado Mínimo. Ambas as atitudes são insustentáveis, pois não dá para ficar inerte diante dos acontecimentos e, fingir que nada estava acontecendo não era a melhor solução e, em contrapartida, instituir um Estado Mínimo só pioraria a situação instalada.

Entretanto, na década de 90, efetivamente, se buscou uma solução plausível – a redefinição do papel do Estado com a conseqüente Reforma do Aparelhamento Estatal – que busca uma administração chamada “gerencial”, baseada no princípio da eficiência, voltada para o controle de resultados e para a descentralização como forma de alcançar o cidadão brasileiro que, numa sociedade democrática, é quem dá legitimidade às instituições. O Plano Diretor⁷³ nesse sentido assim reza:

A reforma do Estado deve ser entendida dentro do contexto da redefinição do papel do Estado, que deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento.

Nesse contexto, a Reforma do Estado aloca as funções do Estado em quatro setores específicos, a saber:

- **Núcleo estratégico:** corresponde ao setor responsável pela criação das leis e definição das políticas públicas. Segundo Mânica⁷⁴, “no núcleo estratégico, por tratar-se de atividade de governo, a propriedade deve ser pública e o modelo gerencial deve ser o burocrático-hierárquico”.
- **Setor de atividades exclusivas do Estado:** nesse setor, o Estado coloca em prática as políticas públicas definidas e formuladas pelo núcleo estratégico, sendo que aqui as atividades desenvolvidas são aquelas típicas de Estado

⁷³ BRASIL, op. cit., p. 6, nota 41.

⁷⁴ MÂNICA, Fernando Borges, op. cit., p. 47.

que só ele pode realizar. “Essas atividades não podem ser delegadas ao particular, pois são representativas do ‘poder’ do Estado”.⁷⁵

- **Setor de serviços não exclusivos:** segundo o Plano Diretor da Reforma do Estado, corresponde ao setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas. Essas organizações são compreendidas como entidades do Terceiro Setor. “É pública a propriedade que é de todos e para todos... é estatal a propriedade que faz parte integrante do aparelho do Estado, sendo regida pelo Direito Administrativo.”⁷⁶ E assim, concluindo, Ana Paula Silvano diz que é possível afirmar que as instituições de direito privado voltadas para o interesse público, e não para o consumo privado, não são privadas, mas públicas não-estatais.

O Plano Diretor da Reforma preceitua propriedade pública não-estatal como aquela “constituída pelas organizações sem fins lucrativos, que não são propriedades de nenhum indivíduo ou grupo e estão orientadas diretamente para o atendimento do interesse público”.⁷⁷

Nesse sentido, Silvano:⁷⁸

Portanto, essa espécie de propriedade, pública não estatal, está presente nos serviços não exclusivos prestados pelas Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil e demais organizações não-governamentais (ONG's), bem como por outras entidades filantrópicas. Esses serviços, como se disse, são prestados, principalmente, nas escolas, hospitais, museus e centros de pesquisa visando sempre ao bem da coletividade.

Os serviços sociais, como já analisado, estão incluídos dentro desse setor, pois o Estado não pode eximir-se de prestá-los como, por exemplo, a educação e a saúde, mas, não são de sua exclusividade, podendo e devendo a sociedade prestá-los já que não se trata, apenas, de um dever do Estado, mas de toda a sociedade.

É o Estado promotor e regulador dos serviços sociais que sem se eximir de sua responsabilidade, subsidia a atuação do Terceiro Setor para se alcançar uma maior eficiência e efetividade na prestação do serviço de interesse social.

⁷⁵ MÂNICA, Fernando Borges, op. cit., p. 46.

⁷⁶ SILVANO, Ana Paula Rodrigues, op. cit., p. 62.

⁷⁷ BRASIL, op. cit, p. 25, nota 41.

⁷⁸ SILVANO, Ana Paula Rodrigues, loc. cit., p. 63.

Nesse sentido, Modesto⁷⁹ assim discorre:

O Estado precisa ser regulador e promotor dos serviços sociais básicos e econômicos estratégicos. Precisa garantir a prestação de serviços de saúde de forma universal, mas não deter o domínio de todos os hospitais necessários; precisa assegurar o oferecimento de ensino de qualidade aos cidadãos, mas não estatizar todo o ensino. Os serviços sociais devem ser fortemente financiados pelo Estado, assegurados de forma imparcial pelo Estado, mas não necessariamente realizados pelo aparato do Estado. Neste contexto, crescem de importância os entes "públicos não-estatais".

Setor de produção de bens e serviços para o mercado: corresponde às atividades que visam lucro e que são desenvolvidas por empresas que permanecem dentro do aparelho do Estado (Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista) e, por isso, seguem regras de direito privado (art. 175, § 1º, II, CRFB/88).

3.3.2 Prestação dos Serviços Sociais: Responsabilidade do Estado e da Sociedade

Conforme bem expõe Mânica⁸⁰, o Estado não pode deixar de cumprir seu dever constitucional de prestar diretamente serviços públicos sociais e, por isso, continua prestando-os e nem pode parar de prestá-los.

Por outro lado, sobreleva notar que, sozinho, não consegue fornecer a contento todos os direitos sociais garantidos pela Carta Maior diante de sua real ineficiência e tamanha burocratização.

Com efeito, "a solução encontrada e implementada a partir da Reforma do Estado brasileiro foi o incentivo à prestação dos serviços sociais por entidades do Terceiro Setor".⁸¹

A proliferação dessas entidades do chamado Terceiro Setor denota a "crescente conscientização da sociedade para sua efetiva participação na melhoria dos serviços

⁷⁹MODESTO. Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. **Revista Interesse Público**, São Paulo, v.1, p. 35, 1999.

⁸⁰ MÂNICA, Fernando Borges, op. cit., p. 51-52.

⁸¹ Idem, Ibidem, p. 52.

que lhe são prestados”⁸² e a ineficiência estatal, e por consectário lógico, se evidencia a relevância da função que o Terceiro Setor exerce na prestação dos serviços sociais, de formato mais eficiente e qualitativo o que não exime a responsabilidade do Estado, como bem coloca Pereira e Grau:⁸³

O reconhecimento da relevância do setor público não-estatal na produção de bens públicos não pode, no entanto, conduzir à negação do aporte do Estado para o seu sustento. A transformação de serviços sociais estatais em públicos não-estatais não significa que o Estado deixe de ser responsável por eles. Pelo contrário, todas as evidências apontam para a conclusão de que o financiamento público estatal será cada vez mais necessário.

Importante ressaltar que embora o Plano Diretor da Reforma tenha previsto a transformação de serviços estatais em serviços públicos não-estatais, através da “publicização” de entidades públicas estatais prestadoras de serviços não-exclusivos em entidades públicas não-estatais, mais especificamente em Organizações Sociais, tal procedimento não passa de privatização como, de forma magistral, coloca Di Pietro:⁸⁴

Embora o Plano Diretor fale em publicização e a própria Lei nº 9.637/98, logo na ementa, fale em *Programa Nacional de Publicização* para definir a forma como se substituirá uma entidade pública por uma entidade particular qualificada como organização social, não há qualquer dúvida quanto a tratar-se de um dos muitos instrumentos de *privatização* de que o Governo vem se utilizando para diminuir o tamanho do aparelhamento da Administração Pública. A atividade prestada muda a sua natureza; o regime jurídico, que era público, passa a ser privado, parcialmente derogado por normas publicísticas; a entidade pública é substituída por uma entidade privada.

Na verdade, segundo Mânica⁸⁵, expondo o pensamento de Antônio Carlos Morales, o processo de publicização efetivamente ocorre:

⁸² SILVANO, Ana Paula Rodrigues, op. cit., p. 63.

⁸³ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Entre o Estado e o mercado: o público não-estatal. In.: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Orgs.). **O Público e o não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 34.

⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, op. cit., p. 411, nota 44.

⁸⁵ MORALES, Antônio Carlos apud MÂNICA, Fernando Borges, op. cit., p.50.

quando uma entidade do terceiro setor, formada a partir da iniciativa da sociedade civil, passa a desenvolver atividade de interesse público, mormente aquelas atividades constantes do setor não exclusivo do Estado e passa a relacionar-se com o Poder Público de forma a receber incentivos para a prática de suas atividades.

Nesse particular, a sociedade civil se organiza, ou seja, forma uma pessoa jurídica de direito privado sem finalidade lucrativa, que presta serviço de interesse público de cunho social atendendo aos anseios da comunidade a sua volta e, posteriormente, o Estado, entendendo necessário, passa a subsidiar, ou seja, a fomentar essa entidade vindo a firmar ajustes com a mesma através de “contratos de gestão” ou de “termos de parceria”.

Nesse momento, ocorre o que se pode chamar de publicização, como forma de buscar mais eficiência e qualidade na prestação de serviços. Há um incremento de parcerias firmadas entre o Estado e a Sociedade em que aquele atuará subsidiariamente.

O Estado deixa de ser o único responsável pela execução dos serviços sociais na busca da realização da justiça social e passa, também, a fiscalizar e a incentivar a sociedade civil organizada.

Segundo Mânica⁸⁶, “a responsabilidade social deixou de ser monopólio do Estado e passou a configurar dever de todos”, não significando esse modelo em “regresso ao Estado liberal, mas uma síntese entre tal modelo e o Estado Social”.

A responsabilidade social é do Estado e da Sociedade. O Estado não pode eximir-se de prestar serviços sociais; a Sociedade deve participar na consecução dos direitos sociais; e ao mesmo tempo, o Estado deve incentivar as entidades do Terceiro Setor (sociedade civil organizada) na prestação de serviços de interesse público, seja através de benefícios fiscais, outorga de títulos e qualificações ou firmando parcerias através de contratos de gestão ou de termos de parceria.

⁸⁶ MÂNICA, Fernando Borges, op. cit., p. 55.

4 O PAPEL DO TERCEIRO SETOR NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

4.1 TERCEIRO SETOR

Tendo em vista, como ficará melhor caracterizado ao final deste capítulo, o papel complementar da atividade do Terceiro Setor em relação às atividades estatais, primeiramente, se revelou necessário falar, ainda que de forma breve, sem grandes aprofundamentos teóricos, a respeito da noção de Estado e sua evolução histórica, notadamente, a partir do chamado Estado Moderno, que se instalou com o absolutismo, que atribuía poderes ilimitados ao Soberano.

Prosseguiu-se abordando a insurgência contra esse modelo absolutista, com a análise do Estado Liberal de Direito surgido no século XVIII, que durou, aproximadamente, até a Primeira Grande Guerra Mundial, empunhando a bandeira da não-intervenção do Estado.

Observa-se, nesse período, uma busca incessante, por um Estado não-intervencionista, baseado no conceito da “mão invisível” de Adam Smith, em que o mercado deveria caminhar, por conta própria, na busca do progresso sem qualquer intervenção do Estado. Entretanto, essa busca pelo progresso gerou uma concentração de rendas insustentável que faz com que se clame a ajuda do Estado para minimizar essas desigualdades.

A necessidade da intervenção estatal, nos idos do século XX, face à situação de desigualdade perpetrada por este ideal, faz com que o Estado reaja chamando para si a responsabilidade social levando ao surgimento do que se convencionou chamar de “Welfare State” ou Estado social ou ainda Estado de Bem-Estar social.

O Estado Social de Direito surge como evolução do modelo de Estado Liberal, na medida em que se apurava a necessidade de criação de regras para impedir os desvios que o mercado não conseguia controlar.

Após a Segunda Guerra Mundial, foi editada a “Declaração Universal dos Direitos humanos”, marco social que “consolida a afirmação de uma ética universal, ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos

Estados"⁸⁷ e "objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais".⁸⁸

Muitos países, como é o caso do Brasil, procuraram aumentar a carga tributária para, conseqüentemente, obter uma maior fonte de receita e, assim, ampliar as prestações públicas, principalmente, nos campos da previdência social e da seguridade social.

Com o aumento das necessidades sociais da população, a recessão econômica e o abuso na concessão de benefícios com o dinheiro público, o Estado de bem-estar social passou a sofrer sérias e graves contestações, pois, iniciou-se um processo de endividamento, além de um crescimento insuportável da dívida pública, uma vez que o Estado chamou para si todas as responsabilidades sociais, fazendo eclodir o que se chamou de crise fiscal do Estado.

Essa crise do Estado Social foi agravada por uma crise institucional marcada por um "Estado Burocrático", já que composto por uma estrutura de governo formal com a utilização de servidores públicos na consecução dos serviços sociais, que desgastada e, por fim, inviabilizada ao longo do tempo, fez surgir a tendência de substituição do Estado de bem-estar social pelo Estado mínimo.

De igual sorte, a abordagem, no capítulo dois, sobre as funções administrativas do Estado, especialmente sobre a prestação dos serviços públicos sociais, se revelou essencial para evidenciar a questão da não exclusividade na prestação desses serviços.

Por outro lado, a falta de estrutura estatal para satisfazer a contento as necessidades da coletividade no tocante à prestação de serviços sociais fundamentais ao homem, levou a se repensar o papel do Estado face a esses direitos prestacionais, abrindo portas para novas formas de prestação de serviços de interesse social, culminando com a Reforma do Estado.

O Estado Social passou a suportar ônus incompatível com sua capacidade estrutural. E nesse contexto, de forma a coadunar toda a idéia aqui colocada,

⁸⁷ PIOVESAN, Flávia, op. cit., p. 142.

⁸⁸ Idem, *Ibidem*, p. 143.

Souza⁸⁹ expõe de forma brilhante:

É nesse contexto histórico que tem sido inserido o debate sobre o Terceiro Setor. Um cenário de profunda crise institucional – sobretudo no que tange ao modelo de Estado corrente -, somado às conseqüentes crises econômica e social, faz surgir novo debate sobre o papel do Estado e suas relações com o mercado e os cidadãos.

Nesse diapasão, a sociedade começa a pensar não só no papel do Estado, mas como poderia auxiliar o Estado nessa empreitada, ou seja, reflete sobre o seu efetivo papel na busca de soluções dos problemas sociais e na reforma do próprio Estado como colocou o então Ministro da Administração e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser Pereira:⁹⁰

crece a importância de uma forma nem privada nem estatal de executar os serviços sociais garantidos pelo Estado: as organizações de serviço público não estatais, operando na área de oferta de serviços de educação, saúde e cultura com financiamento do Estado.

Os precários serviços sociais prestados pelo Estado e, a crescente demanda social, em harmonia com o sentimento cívico de cidadania, levou a sociedade a se reunir em benefício dessas causas, fazendo surgir o que representa hoje um dos mais modernos conceitos sócio-político-econômicos nos últimos anos: Terceiro Setor.

4.2 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO TERCEIRO SETOR NO BRASIL

O Terceiro Setor, com todas as características que lhes são peculiares, está inserido dentro do novo paradigma estatal (Estado Social e Democrático de Direito) onde assume roupagem de coadjuvante das políticas públicas sociais.

Trata-se de um termo relativamente novo, mas seus fundamentos podem ser buscados desde há muito tempo no Brasil.

⁸⁹ SOUZA, Leandro Marins de. **Tributação do terceiro setor no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2004. p. 60.

⁹⁰ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser, op. cit., p. 16.

O Terceiro Setor busca suas origens na filantropia e na solidariedade que marcaram e marcam a trajetória do mundo contemporâneo. No Brasil colônia, as atividades de cunho social surgiram, inicialmente, por intermédio da igreja católica, através dos jesuítas no século XVI com as ações filantrópicas, todas de natureza caritativa.

As primeiras organizações filantrópicas instituídas no Brasil têm como referencial as “Santas Casas de Misericórdia”. A primeira data de 1534 na Vila de Santos no Estado de São Paulo. Eram “instituições parcialmente movidas pelo trabalho voluntário, que a igreja católica implantou no Brasil no século XVI, conforme modelo trazido de Portugal”.⁹¹

Nesse sentido, corroborando o que até aqui foi colocado, Falconer⁹² preleciona:

As organizações que compõem o terceiro setor evidentemente não são novas. Têm-se no Brasil, como exemplos tradicionais deste setor, as Santas Casas de Misericórdia e as obras sociais e, como representantes mais recentes, as organizações não-governamentais resultantes dos novos movimentos sociais que emergem a partir dos anos 70. Nova é a forma de olhá-las como componentes de um “setor” que pleiteia igualdade em relação ao Estado e ao Mercado.

De igual importância foi a criação da Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro (1738), criada com a finalidade de acolher crianças abandonadas que eram recolhidas pelas irmãs de caridade que as criavam. Essa, segundo registros teria sido a primeira fundação instituída no Brasil, entretanto, funcionou sem autonomia de personalidade jurídica.

Somente no início do século XX, tornou-se possível, no Brasil, o reconhecimento das fundações como entes dotados de personalidade jurídica, o que se deu por meio da Lei nº 173 de 10 de setembro de 1903.

O período que se estendeu entre o primeiro governo de Getúlio Vargas (1930) e o regime militar (1964), foi berço para a edição de várias legislações sobre o Terceiro Setor, entre elas: Lei nº 91 de 1935 da declaração de utilidade pública para as associações, organizações e entidades sem fins lucrativos, a qual regulamenta a

⁹¹ CORULLÓN, Mônica Beatriz Galiano; MEDEIROS FILHO, Barnabé. **Voluntariado na empresa, gestão eficiente da participação cidadã**. São Paulo: Peirópolis, 2002, p. 23.

⁹² FALCONER, Andrés Pablo. **A Promessa do Terceiro Setor: um Estudo sobre a Construção do Papel das Organizações sem fins lucrativos e do seu Campo de Gestão**. São Paulo: Centro de Estudos em Administração do Terceiro Setor, 1999, p. 3.

colaboração entre o Estado e as instituições filantrópicas; a criação por Vargas da LBA (Legião Brasileira de Assistência) através do Decreto-Lei nº 4.830 de 1942; o Projeto Rondon (conscientização do jovem universitário no engajamento ao atendimento às comunidades carentes sediadas no interior do país).

A partir da década de 80, o Brasil também passa a sofrer os efeitos da crise do modelo de Estado Social, adotado no Brasil desde a Constituição de 1934, influenciado pela Constituição Alemã de Weimar, diante das crescentes demandas sociais.

Não houve propriamente uma crise do *welfare state* no Brasil uma vez que sequer existiu um Estado de bem-estar social. Muito embora se tenha um Estado baseado em princípios universalistas em termos de cobertura de toda a população, este sistema nunca funcionou ou funciona muito mal, com diversos problemas, chegando Oliveira a afirmar que o que se tem é um “Estado de mal-estar social”.⁹³

Embora não se possa falar em crise do *welfare state*, o Estado brasileiro sofreu um grande colapso com o modelo desenvolvimentista e centralizador, já que não conseguia prover a contento as necessidades sociais da população.

A evidente ineficiência do Estado em prestar os serviços de natureza social, seja pela crise do *welfare state* nos países desenvolvidos ou a própria incapacidade do Estado nos países subdesenvolvidos fundados em princípios universalistas, como é o caso do Brasil, acabou por gerar a tendência mundial da construção de um novo paradigma no qual o Estado atuará como um verdadeiro gerente buscando a eficiência, o que se deu no Brasil através da Constituição Federal de 1988 e legislações posteriores, bem como a própria Reforma do Aparelho do Estado em 1995, como visto no capítulo anterior.

Nesse particular, sobreleva notar que o Terceiro Setor apresenta-se como instrumento decisivo na implantação do novo modelo de Estado brasileiro, atuando como parceiro na execução e formulação de políticas públicas, ou seja, auxiliando o Estado na implementação dos direitos sociais fundamentais.

Da mesma forma, esse foi o entendimento de Falconer⁹⁴, como se observa dos excertos que traz à colação:

⁹³ OLIVEIRA, Francisco apud COELHO, Simone de Castro Tavares. **Terceiro setor**. 2. ed. São Paulo: Senac, 2000, p. 37.

⁹⁴ FALCONER, Andrés Pablo, op. cit. p. 2-3.

Na década de noventa, o terceiro setor surge como portador de uma nova e grande promessa: a renovação do espaço público, o resgate da solidariedade e da cidadania, a humanização do capitalismo e, se possível, a superação da pobreza. Uma promessa realizada através de atos simples e fórmulas antigas, como o voluntariado e a filantropia, revestidas de uma roupagem mais empresarial. Promete-nos, implicitamente, um mundo onde são deixados para trás os antagonismos e conflitos entre classes e, se quisermos acreditar, promete-nos muito mais.

Passa, então, a própria sociedade a se organizar e assumir parte dessa responsabilidade, sendo que somente a partir da década de 90, no Brasil, o denominado Terceiro Setor começa a aparecer como coadjuvante do Estado.

O Terceiro Setor não é forma de descentralização do serviço público, pois, como bem coloca Rocha “os entes que integram o terceiro setor são entes privados, não vinculados à organização centralizada ou descentralizada da Administração Pública”⁹⁵, mas, pode-se dizer que acabou por descentralizar as políticas sociais que anteriormente estavam concentradas nas mãos do Estado.

A descentralização das políticas sociais surge para que se ganhe em agilidade e em eficiência, sem, contudo, retirar o papel do Estado na prestação dos serviços públicos sociais. Não se quer a total abstenção do Estado, o ideal é a atuação conjunta entre Estado e Terceiro Setor (princípio da subsidiariedade) sem deixar de lado as suas próprias políticas públicas, concebendo-se uma nova relação entre Estado e sociedade, visando sempre facilitar o acesso da população aos direitos sociais fundamentais.

Corroborando essa construção teórica, traz-se à colação as palavras de Souza:⁹⁶

Este é o contexto em que surgem os debates sobre o Terceiro Setor, que se fundamentam, sobretudo numa valorização e num fortalecimento da sociedade civil, representada institucionalmente pelas entidades que compõem este fenômeno social. Diante das dificuldades estatais em prover os cidadãos das mínimas condições socioeconômicas garantidas pelo *Estado Social*, e sabendo-se das mazelas decorrentes da não intervenção absoluta do Estado, como era no *Estado Liberal*, propõe-se a participação da sociedade civil na complementação a estas necessidades, seja através dos próprios cidadãos organizados, seja através das instituições do mercado.

⁹⁵ ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. **Terceiro setor**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.13.

⁹⁶ SOUZA, Leandro Marins de, op. cit., p. 61-62.

A nova ordem constitucional institui um regime de democracia participativa e de cidadania responsável, em que o Estado, abandonando a “concepção de Estado unisetorial, que chamava para si a responsabilidade pelo desenvolvimento da indústria e dos direitos fundamentais inerentes à cidadania”⁹⁷, passa a ser um “Estado regulador das forças livres do mercado e da sociedade, devendo estabelecer, através de uma política séria de incentivos fiscais, as gradações entre as prioridades sociais, os incentivos e as obrigações daí decorrentes”.⁹⁸

Nessa esteira que Martins⁹⁹, com a clareza que lhe é peculiar, afirma que é por via do Terceiro Setor que “o cidadão consegue participar diária e ativamente dos destinos de sua comunidade, constituindo-se em um protagonista nas ações que efetivamente alteram sua realidade. Nesse exercício os governos se aprimoram e as democracias também”.

O aprimoramento dos governos e das democracias se pauta na atribuição de funções de co-responsabilidades entre o Estado, o mercado e os cidadãos no exercício de atividades de interesse público que, até então, estavam sob a responsabilidade única e exclusiva do Estado.

Souza,¹⁰⁰ dissertando sobre a questão em tela, mostra que esse novo modelo participativo, fonte alternativa para se alcançar, efetivamente, os direitos sociais constitucionalmente previstos (não obstante o papel do Estado de continuar a suprir as necessidades da coletividade), “é fruto da evolução histórica da intervenção econômica e social do Estado, e sobretudo da adaptação dele mesmo às realidades que lhe são impostas”.

Da mesma forma, que um dia se teve a necessidade de se concentrar o poder nas mãos de um Soberano (absolutismo) e, posteriormente, limitar esse poder (Estado Liberal) e, em seguida, numa evolução natural, tentar aperfeiçoar esse modelo de igualdade formal em “igualdade material”, com a prestação, pelo Estado, dos direitos

⁹⁷ GUASQUE, Luiz Fabião. O Ministério Público e a defesa do regime democrático – A atuação do provedor de fundações como guardião da consciência da sociedade civil organizada: A atividade do conselho de equidade filantrópica. In.: ESPÍRITO SANTO. Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. **Terceiro Setor: Fundações e entidades de interesse social**. Vitória: CEAF, 2004, p. 210.

⁹⁸ Idem, *Ibidem*.

⁹⁹ MARTINS, Paulo Haus. A lei das OSCIPS. In.: ESPÍRITO SANTO. Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. **Terceiro Setor: Fundações e entidades de interesse social**. Vitória: CEAF, 2004, p. 117.

¹⁰⁰ SOUZA, Leandro Marins de, *op. cit.*, p. 62.

sociais (Estado Social), é que surge a necessidade de um novo modelo de Estado, uma vez que o modelo de Estado Social não foi capaz de alcançar uma verdadeira igualdade, mas tão somente sobrecarregou o Estado com atividades sociais que não foram prestadas eficientemente.

É nesta senda que surgem os debates sobre o Terceiro Setor e que se busca uma resposta para a problemática do verdadeiro papel do Terceiro Setor na efetivação dos direitos sociais fundamentais.

4.2.1 O Crescimento do Terceiro Setor no Brasil

Grande tem sido o destaque do Terceiro Setor a nível mundial e no Brasil não tem sido diferente. Isso, sem dúvida, reflete a importância social do tema e sua atuação concreta em meio à sociedade.

Nesse contexto de ebulição, Salomon¹⁰¹ afirma que:

parece que assistimos a uma grande efervescência no Terceiro Setor pelo mundo afora, a uma gigantesca promoção de atividade organizada, privada e voluntária em todos os quadrantes da terra. Nos países desenvolvidos da Europa e América do Norte, na ex-União Soviética e nas amplidões da Ásia, África e América Latina, as pessoas estão ganhando ou reafirmando sua confiança na capacidade de as organizações voluntárias auxiliarem os idosos, promoverem serviços de saúde, apoiarem movimentos populares, defenderem os direitos humanos, protegerem o meio ambiente, educarem crianças talentosas e perseguirem muitos outros objetivos semelhantes.

Um estudo realizado pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) em parceria com o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) com a ABONG (Associação Brasileira de Organizações não-governamentais) e com o GIFE (Grupo de Institutos, Fundações e Empresas) mostra que existem no Brasil, hoje, cerca de 276 mil instituições privadas sem fins lucrativos, que empregam aproximadamente 1,5 milhão de pessoas (e 1 milhão de pessoas excluindo as organizações de origem

¹⁰¹ SALOMON, Lester. Estratégias para o fortalecimento do terceiro setor. In.: IOSCHPE, Evelyn Berg (Org.). **3º Setor: desenvolvimento social sustentado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 90. A obra aqui citada é um compêndio de palestras ministradas na Terceira Conferência Ibero-Americana sobre Terceiro Setor. Lester Salamon é Diretor do Johns Hopkins Institute for Policy Studies. Foi diretor do Center for Governance and Management Research no Urban Institute em Washington.

religiosa).¹⁰²

Estas organizações, objeto da referida pesquisa, têm em comum serem, ao mesmo tempo, privadas, voluntárias, autônomas, sem fins lucrativos e institucionalizadas, formadas por cidadãos que se reúnem livremente em torno de objetivos comuns, batizadas de fundações privadas ou associações sem fins lucrativos – FASFIL.

A pesquisa mostra que a Região Sudeste concentra 44% das fundações privadas e associações sem fins lucrativos, sendo que apenas São Paulo (21%) e Minas Gerais (13%) reúnem um terço das organizações existentes no Brasil.

A grande maioria (62%) das associações sem fins lucrativos foi criada a partir dos anos 90, sendo que as sediadas no Norte e Nordeste são bem mais jovens que as do Sul e Sudeste. A cada década acelera-se o ritmo de crescimento, que foi de 88% de 1970 para 1980; de 124% de 1980 para 1990 e, apenas de 1996 para 2002, de 157%.

As organizações que prestam serviços em saúde e educação estão entre as mais antigas, particularmente hospitais e escolas de segundo grau, tendo 70% delas sido criadas antes da década de 90 e estando dois terços delas concentradas na região Sudeste.

Conforme a mesma pesquisa, o Terceiro Setor movimentou no Brasil em 1995 R\$ 10,6 bilhões, o que equivalia a 1,5% do PIB daquele ano.

Segundo o IBGE¹⁰³, o Estado do Espírito Santo, conta com 5.670 FASFIL o que corresponde segundo tabela do IBGE, a 2,1% das 275.895 em todo país. Deste percentual foram excluídas as associações de cunho mercantil, as reguladas pelo governo e as que tenham estrutura jurídica específica, que impossibilite a uma pessoa ou organização qualquer desempenhar essas atividades, como é o caso de partidos políticos, sindicatos, consórcios, incluindo apenas as áreas de habitação, saúde, cultura e recreação, educação e pesquisa, assistência social, religião, associações patronais e profissionais, meio ambiente e proteção animal desenvolvimento e defesa de direitos.

O Ministério Público do Estado do Espírito Santo também realizou uma pesquisa

¹⁰² INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA-IBGE. **Estudos e Pesquisas Informação Econômica**: As fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil- 2002. 2 ed. Rio de Janeiro: IBGE, 2002.

¹⁰³ Idem, Ibidem, nota 102.

sobre o tema com todas as fundações e entidades de interesse social no Estado¹⁰⁴, entretanto, não diferenciou as organizações governamentais das não-governamentais, nos 78 municípios que compõem o Estado. Não fez qualquer exclusão e registrou 10.299 entidades, sendo 417 na área de Assistência/Promoção Social; 09 na área de Benefício/Previdência; 448 em áreas de atuação culturais; 1538 voltadas para educação; 867 em áreas esportivas e recreativas; 44 atuando na habitação; 132 trabalhando com pessoas idosas; 125 trabalhando com pessoas portadoras de deficiência e 191 atuando na área de saúde.

Segundo Gama¹⁰⁵ em apresentação do trabalho realizado pelo Ministério Público Estadual do Estado do Espírito Santo sobre as Fundações e Entidades de Interesse Social do Estado, o Terceiro Setor:

Figura entre o Estado e o setor privado com o objetivo de prestar serviços à sociedade nas áreas de saúde, educação, cultura, meio ambiente, assistência social, desenvolvimento econômico e social, da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores sociais, além da defesa, conservação e preservação do meio ambiente.

Como se pôde verificar, as áreas de atuação do Terceiro Setor ficam por conta da necessidade que se impõe concretamente. A sociedade, mais próxima da realidade, se organiza em prol das soluções dos problemas que se colocam na comunidade e, o Estado, dentro do seu novo papel, deve apoiar essas entidades que se revelam como verdadeiras coadjuvantes na prestação de serviços de interesse social e subsidiá-las, na medida do interesse público.

¹⁰⁴ ESPÍRITO SANTO. Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. **Terceiro setor: Diagnóstico situacional das fundações e entidades de interesse social do Estado do Espírito Santo**. Vitória: CEAF, 2004.

¹⁰⁵ GAMA, José Paulo C. N. da. Prefácio. In.: ESPÍRITO SANTO. Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. **Terceiro setor: Diagnóstico situacional das fundações e entidades de interesse social do Estado do Espírito Santo**. Vitória: CEAF, 2004.

4.3 CONCEITO JURÍDICO DE TERCEIRO SETOR

A doutrina tem dado diversas denominações às organizações de cunho social que surgem em meio à sociedade, tais como Terceiro Setor, Setor Público Não-Estatal, Setor Voluntário, Organizações sem fins lucrativos, Organizações Voluntárias ou, ainda, Organizações Não-Governamentais (ONGs).

Juridicamente, o termo ainda não alcançou um conceito próprio e pacífico, pois, muito embora, as organizações pertencentes ao Terceiro Setor não sejam novas, apenas, recentemente, vêm ganhando espaço e conteúdo jurídico.

Nesse sentido expõe Souza:¹⁰⁶

E aqui não se afasta o que já foi dito com relação à característica inerente aos debates jurídicos sobre o Terceiro Setor, no sentido de serem escassos; pelo contrário, reafirma-se veementemente esta nota quando se trata da definição ou conceituação jurídica do Terceiro Setor. Todas as obras que abordam o Terceiro Setor sob o enfoque jurídico restam silentes acerca de sua definição jurídica.

Segundo Simone Coelho¹⁰⁷, o termo Terceiro Setor foi utilizado pela primeira vez nos Estados Unidos na década de 70 e a partir da década de 80 começou a ser utilizado pelos pesquisadores sociais europeus expressando tal termo uma combinação entre o Estado e o mercado uma vez que “combina a flexibilidade e a eficiência do mercado com a equidade e a previsibilidade da burocracia pública”.

A tradição histórica mostra que ao primeiro setor concebido pelo Estado¹⁰⁸ coube a representação dos interesses da sociedade na consecução de políticas e atividades ligadas diretamente aos interesses sociais, no sentido de gerir, guardar, conservar e aprimorar os bens e serviços de interesse da coletividade, buscando garantir o bem estar dos cidadãos. Já ao segundo setor, representado pelo Mercado, coube a

¹⁰⁶ SOUZA, Leandro Marins de, op. cit., p. 65.

¹⁰⁷ COELHO, Simone de Castro Tavares, op. cit., p. 58. Em toda nota de rodapé continua a autora: “segundo Seibel e Anheier, os americanos seriam Etzioni (1973), Levitt (1973), Nielson (1975) e a Filer Commision (1975); os europeus seriam Douglas (1983), Reese (1987), Reichard (1988) e Ronge (1988)”.

¹⁰⁸ Para muitos autores americanos, o primeiro setor não é o Estado, mas sim o Mercado, pois entendem que o mercado se constituiu, historicamente, primeiro. No Brasil, como se viu, com a instituição da Santa Casa de caráter caritativo antes mesmo do Estado, poder-se-ia falar que ao invés de terceiro se constituiria, na verdade, o primeiro setor.

consecução dos interesses privados com suas bases fundadas na iniciativa privada e no setor produtivo do país a que se destina.

O Terceiro Setor está compreendido entre o primeiro e o segundo setor, fazendo pressupor a pré-existência dos dois primeiros setores e pode ser definido de forma bem simplificada como “um conjunto de organizações e iniciativas privadas que visam à produção de bens e serviços públicos”.¹⁰⁹

Salomon¹¹⁰, uma das maiores autoridades em Terceiro Setor nos Estados Unidos, diz que do Terceiro Setor participam organizações “que não integram o aparelho governamental; que não distribuem lucros a acionistas ou investidores, nem têm tal finalidade; que se autogerenciam e gozam de alto grau de autonomia interna; e que envolvem um nível significativo de participação voluntária”.

Segundo Souza¹¹¹ “estes parâmetros são correntemente citados quando se busca uma definição do Terceiro Setor”, diante da efetiva dificuldade de se definir juridicamente o termo.

Paes¹¹² conceitua o Terceiro Setor como:

aquele que não é público nem privado, no sentido convencional desses termos; porém guarda relação simbiótica com ambos, na medida em que ele deriva sua própria atividade da conjugação entre a metodologia deste com as finalidades daquele.

E, conclui afirmando ser “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.”¹¹³

¹⁰⁹ FERNANDES, Rubem César. **Privado, porém público: o terceiro setor na América latina**. 3 ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002, p. 21. O mesmo autor apresenta um esquema em que o mercado seria agentes privados em busca de fins privados; o Estado seria agentes públicos em busca de fins públicos; o terceiro setor seria agentes privados em busca de fins públicos e quando agentes públicos está em busca de fins privados tem-se a corrupção.

¹¹⁰ SALOMON, Lester, op. cit., p. 93.

¹¹¹ SOUZA, Leandro Marins de, op. cit., p. 65.

¹¹² PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações e Entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários**. 4. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p.88.

¹¹³ Idem, Ibidem.

Rocha,¹¹⁴ ao fazer as considerações a respeito do termo Terceiro Setor, assim se manifesta:

Os entes que integram o Terceiro Setor são 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.

Coelho¹¹⁵, ao traçar a definição de Terceiro Setor acaba por citar a definição de Salomon:

O terceiro setor pode ser definido como aquele em que as atividades não seriam nem coercitivas nem voltadas para o lucro. Além disso, como veremos mais detalhadamente no próximo capítulo, suas atividades visam ao atendimento de necessidades coletivas e, muitas vezes, públicas. [...] Genericamente, a literatura agrupa nessas denominações todas as organizações privadas, sem fins lucrativos, e que visam a produção de um bem coletivo. [...] Portanto, essa característica [de “prestação de serviço público” deve vir sempre casada com outras duas: serem privadas, o que as diferencia das instituições governamentais; e sem fins lucrativos, o que as diferencia das empresas inseridas no mercado. Além das características acima – fora do Estado e sem fins lucrativos -, Lester Salomon e Helmuth Anheier, procurando sistematizar melhor os contornos desse grupo de instituições, acrescentaram os pontos a seguir. Essas organizações são estruturadas. São autogovernadas. Envolvem indivíduos num significativo esforço voluntário. [...] Para que os contornos do que estamos denominando terceiro setor fiquem mais nítidos, é necessário ressaltar ainda um fator distintivo dessas organizações, um fator que não se apresenta nas empresas privadas e nas agências governamentais: o trabalho voluntário.

Fernandes¹¹⁶ assim preceitua:

O Terceiro Setor é composto de organizações sem fins lucrativos, criadas e mantidas pela ênfase na participação voluntária, num âmbito não-governamental, dando continuidade às práticas tradicionais da caridade, da filantropia e do mecenato e expandindo o seu sentido para outros domínios, graças, sobretudo, à incorporação do conceito de cidadania e de suas múltiplas manifestações na sociedade civil.

¹¹⁴ ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da, op. cit., p.13.

¹¹⁵ COELHO, Simone de Castro Tavares, op. cit., p. 40 a 69.

¹¹⁶ FERNANDES, Rubem César. O que é terceiro setor? In.: IOSHPE, Evelyn Berg (Org). **3º Setor: desenvolvimento social sustentado**, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 27.

Souza¹¹⁷ após passear sobre todos os aspectos relevantes trazidos por diversos autores e por todo percurso evolutivo dos movimentos constitucionais brasileiros, especialmente, no que tange à Constituição Federal de 1988, conceitua juridicamente Terceiro Setor como “toda ação, sem intuito lucrativo, praticada por pessoa física ou jurídica de natureza privada, como expressão da participação popular, que tenha por finalidade a promoção de um direito social ou seus princípios”.

Pode-se afirmar, então, que o Terceiro Setor é compreendido como **um conjunto de ações praticadas por pessoas físicas e por pessoas jurídicas com personalidade jurídica de direito privado e sem finalidade lucrativa, que visa à produção de bens e serviços de interesse público, especificamente, os direitos sociais, não integrando, entretanto, a estrutura da Administração Pública direta ou indireta, com atuação voluntária no sentido de se fazer valer o direito de cidadania preconizado pela Constituição Federal de 1988.**

A partir deste conceito se extraem os aspectos mais importantes do Terceiro Setor face suas características e peculiaridades, podendo, assim, se delimitar a estrutura do setor para que se consiga, de forma mais eficiente, abordar como o Terceiro Setor tem efetivamente auxiliado o Estado na consecução dos direitos sociais constitucionalmente previstos.

Primeiramente, tem-se que o Terceiro Setor é formado por “ações” de pessoas físicas¹¹⁸ ou jurídicas de direito privado, organizadas pela sociedade civil na concretização dos direitos sociais, ou seja, é a sociedade assumindo seu papel cidadão, uma vez que os objetivos da República, previstos no artigo 3º da CRFB/88, já abordados de forma bastante insistente, devem ser alcançados não só pelo Estado, mas, também, por toda a sociedade.

Essas ações de pessoas físicas ou jurídicas se substanciam por meio da prestação de bens e serviços sociais que, como visto, são serviços de utilidade pública ou de interesse social, pois não exclusivos do Estado, podendo ser prestados pela

¹¹⁷ SOUZA, Leandro Marins de, op. cit., p. 96.

¹¹⁸ Ainda nos dizeres de SOUZA, Leandro Martins, Idem, Ibidem, p.98: “Também envolve ações de pessoas físicas, pois “a Constituição de 1988 em diversas oportunidades invoca a participação da iniciativa privada despersonalizada na promoção dos direitos sociais. Assim o é quando faz menção à participação da *coletividade*, da *sociedade* e mais especificamente quando trata da saúde de pessoas físicas”.

iniciativa privada (diferente do serviço público, como ficou bem explicitado no capítulo anterior, que deve ser prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, debaixo de regras de direito público).

Dando seqüência às características do Terceiro Setor, destaca-se com bastante propriedade a finalidade não lucrativa. Não se cogita de instituições do Terceiro Setor com finalidades lucrativas, pois, caso contrário, se estaria falando do segundo setor, integrado pelo mercado, que busca eminentemente o lucro. As entidades do Terceiro Setor devem ser privadas para se diferenciarem do primeiro setor e, portanto, não integrando nem a Administração direta e nem indireta, e sem fins lucrativos para distinguir-se das empresas inseridas no mercado, ou seja, do segundo setor.

Sobre esse tema da finalidade não lucrativa, importante se fazerem algumas considerações a respeito. A auferição de lucros dentro do Terceiro Setor é vista com olhos bastante críticos pelos estudiosos americanos, pois, segundo os mesmos, essa auferição descaracterizaria o setor em estudo, como, com propriedade, coloca Coelho:¹¹⁹

Nos Estados Unidos, principalmente nos últimos anos, as organizações sem fins lucrativos vêm sendo duramente criticadas exatamente porque passaram a apresentar lucro. Gaul & Borowski, por exemplo, afirmam que muitas desviaram-se de seu status legal inicial, cobrando taxas exorbitantes pelos serviços, pagando salários acima do mercado a seus diretores.

Não obstante tal colocação, oportuno, afirmar que as entidades do Terceiro Setor não podem, para assim serem denominadas, visar lucro no exercício de suas atividades, entretanto, lucros, eventualmente, auferidos em razão de suas atividades não lhe são proibidos, sendo vedada, entretanto, a distribuição desses lucros entre seus membros, devendo ser reinvestidos na própria organização, para melhoria da qualidade de seus serviços.

Outro ponto que está intimamente ligado à finalidade não lucrativa do Terceiro Setor envolve sua base voluntária. As organizações que integram o setor utilizam, em grande parte, o serviço voluntário no desenvolvimento de suas atividades. Segundo Landin e Scalon Voluntário é o “cidadão que, motivado pelos seus valores de

¹¹⁹ COELHO, Simone de Castro Tavares, op. cit., p.66.

participação e solidariedade, doa seu tempo, trabalho e talento, de maneira espontânea e não remunerada, para causas de interesse social e comunitário.”¹²⁰

A noção de voluntariado se identifica na medida em que o cidadão assume seu papel na efetivação das políticas públicas sociais e não mais na pura noção caritativa. A Constituição em diversos artigos como já se expôs, entrega ao cidadão e à sociedade de forma geral grande responsabilidade na consecução dos direitos sociais. É a co-responsabilidade social do Estado, do Mercado e da Sociedade.

Deve-se destacar, também, a característica relacionada ao desenvolvimento de atividades com finalidade pública. Segundo Coelho¹²¹, existem entidades do Terceiro Setor que desenvolvem tanto atividades com finalidade pública de interesse geral da coletividade, quanto atividades com fins coletivos privados, isto é, visam a preservação de interesses comuns a um determinado grupo que se associa voluntariamente (Associação - pessoa jurídica de direito privado) que, sem visarem ao lucro, buscam um fim coletivo que só lhes interessa, como, por exemplo, uma associação de colecionadores de selos.

Importante salientar, nesse mesmo contexto, que nos Estados Unidos, segundo Coelho¹²² que fez um estudo comparativo entre as entidades do Terceiro Setor daquele país e as do Brasil, entidades do Terceiro Setor são apenas aquelas que promovem serviços para toda a sociedade e, não apenas para os seus membros, ficando excluídas, desse modo, as cooperativas e sociedades de mútua ajuda.

De igual sorte, pode-se falar de instituições do Terceiro Setor que defendem direitos de um grupo em busca de uma identidade na sociedade. É o que Coelho¹²³ chamou de “Organizações que advogam direitos civis, como, por exemplo, as que lutam por direitos dos homossexuais, defendendo explicitamente a construção de uma identidade”.

Aqui se impõe uma observação no que tange ao cerne do presente trabalho. Este se aterá apenas às entidades privadas, sem fins lucrativos, que têm por finalidade precípua a prestação de serviços públicos de interesse geral da coletividade, notadamente, os direitos sociais fundamentais. E, apenas, como forma de conceituar

¹²⁰ LANDIN, Leila; SCALON, Maria Celi apud SILVA, Marco Túlio Coimbra. **Doações e trabalho voluntário no Brasil - uma pesquisa**. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2000.

¹²¹ COELHO, Simone de Castro Tavares, op. cit., p. 59.

¹²² Idem, Ibidem p. 60.

¹²³ Idem, Ibidem, p. 61.

o termo Terceiro Setor se colocam as hipóteses que estariam abrangidas pela referida expressão.

Por último, percebe-se, pois, que as entidades do Terceiro Setor não se enquadram dentro da estrutura da Administração Pública, pois são formadas a partir da iniciativa privada, e sem visarem o lucro, prestam serviços de interesse público que não são exclusivos do Estado, já que, como visto, o Terceiro Setor se apresenta como uma nova forma de prestar serviços sociais de relevância pública, em busca de uma maior eficiência na prestação dos mesmos.

Com base nos elementos apresentados e contrapondo os mesmos com a Constituição Federal de 1988, tem-se que a Carta Constitucional brasileira confirmou e abraçou o Terceiro Setor como coadjuvante na promoção dos direitos sociais.

Nesse sentido, Souza:¹²⁴

Sempre com fulcro nos objetivos fundamentais da República insculpidos no artigo 3º da Constituição de 1988, quais sejam uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de discriminação, bem como nos princípios da ordem econômica e social previstos em seu artigo 170 – i.e., liberdade de iniciativa, valorização do trabalho humano, existência digna e justiça social -, passou-se a atribuir à iniciativa privada a co-responsabilidade nas atividades de provimento dos direitos sociais, mas, ressalte-se, sem retirar do Estado a função precípua de provimento e fiscalização destas atividades.

A própria Constituição possibilita largamente o desenvolvimento do Terceiro Setor na efetivação dos direitos sociais em conjunto com o Estado que, sozinho, não conseguiu e não consegue prestar de forma eficiente e a contento esses serviços à coletividade. E, nesse contexto, convoca a sociedade a assumir sua cota de responsabilidade na efetivação dos direitos sociais.

De resto, outra não pode ser a conclusão que se atinge pela leitura dos excertos extraídos do Texto Constitucional¹²⁵ que ora se traz à colação a título de confirmação:

Art. 199. A assistência à saúde é **livre à iniciativa privada**.

¹²⁴ SOUZA, Leandro Marins de, op. cit., p. 97.

¹²⁵ BRASIL, op. cit., p. 142-159, nota 3.

§ 1º As **instituições privadas poderão participar de forma complementar** do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, **tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.**

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como **as entidades beneficentes e de assistência social;**

II – **participação da população**, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a **escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas**, definidas em lei, que:

I – comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;

II – assegurem a destinação de seu patrimônio a outra **escola comunitária, filantrópica ou confessional**, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.

Art. 227.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a **participação de entidades não-governamentais** e obedecendo os seguintes preceitos:

Ainda que não de forma tão explícita, pode-se citar outros excertos constitucionais¹²⁶ que retratam, sem sombra de dúvida, a convocação da sociedade, que, também, oportunamente se traz à colação:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da **sociedade**, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e a assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade, com base nos seguintes objetivos:

VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou

¹²⁶ BRASIL, op. cit., p. 139-161, nota 3.

através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

III – participação da comunidade.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, **será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade**, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 209. O ensino é **livre à iniciativa privada**, atendidas as seguintes condições:

Art. 216.

§ 1º O Poder Público, **com a colaboração da comunidade**, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à **coletividade** o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Art. 227. É dever da família, **da sociedade** e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 230. A família, **a sociedade** e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Ao se valer de expressões tais como sociedade, comunidade, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, população dentre outras, está a Constituição da República Federativa do Brasil confirmando seu apoio ao Terceiro Setor, demonstrando que não é, apenas, responsabilidade do Estado, mas de toda a sociedade, a promoção dos direitos sociais.

Nesse sentido, Modesto¹²⁷ resume com precisão:

Não há, portanto, impedimento constitucional algum à assunção por

¹²⁷MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 48, n. 2, p 27-58, mai/ago, 1997.

particulares de tarefas e missões de interesse social em colaboração com a administração pública. Desde que cumpridos requisitos de salvaguarda do interesse público, mais intensos e onerosos quanto mais ampla for a transferência de encargos e recursos, a cooperação é lícita e até mesmo estimulada pela Constituição da República.

Inspirado nesse postulado pode-se afirmar que o Terceiro Setor, nas últimas décadas, transformou as instituições caritativas em “veículos que permitem a participação do indivíduo nas políticas públicas sociais.”¹²⁸ A partir do momento que os indivíduos pertencentes à sociedade se unem em prol de um bem comum, não permanecendo adormecidos aguardando que o Estado preste o serviço, mas tomam iniciativa, estarão exercendo a sua cidadania.

Não será demasiado lembrar que o legislador constituinte afirma que os objetivos, a serem perseguidos, são responsabilidades da República Federativa, ou seja, tanto do Estado quanto da sociedade, pois se fosse apenas daquele, assim teria previsto o legislador, o que não fez, estando implícito que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem é responsabilidade de todos, já que a lei não traz, em seu texto, palavras inócuas.

Nesse contexto, se desdobra o papel do Terceiro Setor, entendido como a busca pela concretização dos direitos sociais fundamentais, como forma de efetivação da cidadania, considerado, de forma simplista, como um conjunto de direitos e responsabilidades preconizados pela Constituição Federal de 1988, bem como, vislumbrado como coadjuvante importante na efetivação desses direitos que o Estado não conseguiu e não consegue prestar de forma eficiente e a contento da coletividade.

O papel complementar do Terceiro Setor à função do Estado na prestação dos direitos sociais deve ser amplamente apoiado, o que se concretiza através de parcerias.

Sem abrir mão de sua responsabilidade, a relação entre Estado e Terceiro Setor se torna possível na medida que surgem legislações regulamentadoras, seja através da concessão de títulos (Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público) seja através da possibilidade de se firmarem contratos de gestão

¹²⁸ MARTINS, Paulo Haus, op. cit., p 117.

e termos de parceria. É o que se pretende abranger nos próximos tópicos deste trabalho, com as Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

4.4 FORMAS JURÍDICAS QUE PODEM ASSUMIR AS ORGANIZAÇÕES DO TERCEIRO SETOR

Como se verificou, o Terceiro Setor é compreendido por ações realizadas tanto por pessoas físicas quanto por pessoas jurídicas de direito privado, importando que essas ações não visem lucro e sejam prestadas em atuação complementar às atividades do Estado.

O presente tópico abordará as possíveis formas jurídicas de que podem se revestir as pessoas jurídicas que compõem o chamado Terceiro Setor, de acordo com sua natureza de entidades privadas sem finalidade lucrativa que prestam serviços de cunho social.

Face a essas peculiaridades, tem-se que as entidades do Terceiro Setor “podem assumir duas formas distintas: a de sociedade civil sem fins lucrativos, também denominada associação civil ou a de fundação.”¹²⁹

Souza¹³⁰ ainda acrescenta as cooperativas sociais, criadas pela Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999 como uma possível forma que pode ser assumida por entidades do Terceiro Setor, já que se destinam, sem dúvida, “diretamente ao direito social ao trabalho”, promovendo a “inserção de pessoas em desvantagens no mercado de trabalho”, porém estas não serão objeto de estudo, tendo em vista que o foco do presente trabalho é verificar o papel do Terceiro Setor na efetivação dos direitos sociais voltados para a coletividade e não para o interesse público privado de grupos fechados, ou seja, de assistência mútua.

¹²⁹ 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 legislação do Terceiro Setor. Brasília: Conselho da Comunidade Solidária: Unesco, 1999, p. 47.

¹³⁰ SOUZA, Leandro Marins de, op. cit., p. 118-119.

4.4.1 Associações Civis

O Código Civil Pátrio vigente, no Título II, disciplina o tema Das Pessoas Jurídicas dividindo-as em dois grandes grupos, o das pessoas de direito público e o das pessoas de direito privado. Em seu art. 44¹³¹ estabelece um rol de pessoas de direito privado, entre elas, a associação:

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

- I – as associações;
- II – *omissis*
- III – *omissis*
- IV – *omissis*
- V – *omissis*

As associações preservam o princípio da livre associação, dispondo o art. 53¹³² do Código Civil que “constituem as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não-econômicos.”

O Terceiro Setor aqui se acomoda quando pessoas se unem e se organizam voluntariamente com objetivos de natureza social e, assim, passam a atuar em complementação às atividades sociais do Estado.

Os fins não-econômicos, previstos na redação do art. 53 do Código Civil, não significam que a associação não possa desenvolver atividade econômica, mas tão somente que os lucros eventualmente auferidos não podem ser distribuídos entre seus membros.

Essa foi a intenção do legislador que se evidencia ao tratar das sociedades (pessoas jurídicas de direito privado com finalidade lucrativa), nos artigos 981 e seguintes do Código Civil pátrio, quando afirmou que “celebram contrato as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

A distinção entre sociedade e associação, portanto, é a partilha dos resultados

¹³¹ BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/CCIVIL_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 mai. 2006.

¹³² Idem, Ibidem.

advindos da atividade econômica desenvolvida. Na associação não se pode verificar essa distribuição de lucros que se constata na sociedade.

4.4.2 Fundações Privadas

As fundações “são organizações dotadas de personalidade jurídica legalmente instituída, cujo patrimônio é afetado para uma finalidade específica”.¹³³ Conforme dispõe o Código Civil no art. 62, “para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.”

Extraí-se da própria redação do artigo 62 que para existir uma fundação no Brasil, alguns componentes precisam estar presentes, quais sejam, patrimônio, finalidade e vínculo¹³⁴.

A dotação patrimonial é elemento nuclear sem a qual não será possível a criação de uma fundação. O patrimônio deve ser composto por bens livres, ou seja, que sobre eles não porem quaisquer ônus. Não podem “estar gravados com quaisquer encargos que venham a ameaçar a sua destinação fundacional”.¹³⁵

A finalidade deve ser previamente estabelecida pelo instituidor da fundação, porém, não é qualquer finalidade que poderá ser objeto de uma fundação, necessário que essa finalidade seja possível, não tendo espaço para finalidades utópicas.

Deve também ser lícita, isto é, em conformidade com o ordenamento jurídico pátrio, bem como, deve ser determinável, ou seja, a especificação do fim a que deve destinar a fundação deve ser certa para que não haja desvios e seja preservada a vontade do instituidor.

Como a finalidade não pode jamais ser alterada, isto se constitui no dizer de Paes¹³⁶, “verdadeira cláusula pética fundacional”, pois em havendo desvio de finalidade na fundação, diz o art. 69 do Código Civil, a mesma poderá ser extinta com a transferência de seu patrimônio a outra fundação que proponha fim igual ou

¹³³ SOUZA, Leandro Marins de, op. cit., p. 107-108.

¹³⁴ Idem, Ibidem, p. 109.

¹³⁵ Idem, Ibidem, p.110.

¹³⁶ PAES, José Eduardo Sabo, op. cit., p. 181.

semelhante, desde que não haja outra previsão no ato constitutivo ou estatuto.

E, por fim, para existir fundação, é necessário um vínculo, que é a afetação pela vontade do instituidor. Entretanto, essa afetação deve também estar limitada à lei, que expressamente prevê os fins a que uma fundação pode se destinar, quais sejam, fins religiosos, morais, culturais ou de assistência (Parágrafo Único do art. 62 do Código Civil), o que acabou por restringir a possibilidade de criação de fundações com outros fins altruísticos, como a educação e de fins científicos.

4.5 A REFORMA DO MARCO LEGAL DO TERCEIRO SETOR

Após o advento da Constituição Federal de 1988 que, sem dúvida, abraçou o Terceiro Setor como coadjuvante do Estado na prestação de direitos sociais, pois “é sabido que o Estado atualmente não tem condições de monopolizar a prestação direta, executiva, de todos os serviços sociais de interesse coletivo”¹³⁷, tornou-se necessária uma reforma no marco legal para a manutenção e desenvolvimento do Terceiro Setor.

Existe, sem dúvida, um número muito grande de ações voltadas para a realização dos direitos sociais. Entretanto, esse número cai consideravelmente quando se aponta para as entidades que são qualificadas pelo Poder Público com títulos jurídicos que, segundo Modesto¹³⁸ “podem ser conferidos, suspensos ou retirados”.

A mais antiga legislação existente, inclusive antes da própria Constituição Federal de 1988, que qualifica entidades do Terceiro Setor é a Lei de Utilidade Pública Federal

¹³⁷ MODESTO, Paulo, op. cit., p. 35, nota 79.

¹³⁸ Idem, Ibidem, p. 31.

(Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935¹³⁹).

O marco legal do Terceiro Setor, inserido dentro do contexto da nova ordem constitucional e de Reforma do Estado, é compreendido pela Lei 9.637, de 15 de maio de 1998 que concede a essas entidades o título de Organização Social- OS e a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999 que concede o título de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP.

Em razão da concessão desses títulos, as organizações do Terceiro Setor acabam, muitas vezes, sendo denominadas de entidades de Utilidade Pública ou de Organizações Sociais ou de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Entretanto, sobreleva notar que, essas qualificações não são formas de pessoas jurídicas privadas, mas, como já dito, são, apenas, títulos recebidos do Poder Público quando requerem essa qualificação e preenchem alguns requisitos legalmente exigidos para tanto.

A concessão desses títulos traz alguns benefícios e vantagens para essas entidades. Modesto¹⁴⁰ aponta três propósitos pretendidos com a concessão desses títulos. Senão, veja-se:

A concessão caso a caso de títulos jurídicos especiais a entidades do terceiro setor parece atender a pelo menos três propósitos. Em primeiro lugar, diferenciar as entidades qualificadas, beneficiadas com o título, relativamente às entidades comuns, destituídas dessa especial qualidade jurídica. Essa diferenciação permite inserir as entidades qualificadas em um regime jurídico específico. Em segundo lugar, a concessão do título permite padronizar o tratamento normativo de entidades que apresentem características comuns relevantes, evitando o tratamento legal casuístico dessas entidades. Em terceiro lugar, a outorga de títulos permite o estabelecimento de um mecanismo de controle de aspectos da atividade das entidades qualificadas, flexível por excelência, entre outras razões, porque o título funciona como um instrumento que admite não apenas concessão, mas também suspensão e cancelamento.

¹³⁹ Entretanto, a lei de Utilidade Pública tornou-se obsoleta, não tendo acompanhado a evolução das organizações da sociedade civil, bem como, é lacônica, deixando uma enorme quantidade de temas sem cobertura legal e sob o comando da discricção de autoridades administrativas. Isso culminou na proliferação de entidades qualificadas como de Utilidade Pública, já que não há critérios na concessão do título, face à falta de distinção entre entidades de favorecimento mútuo e de favorecimento coletivo. Modesto, op. cit, p. 36, nota 79 diz que: “Este estado de coisas foi facilitado ao longo do tempo por inexistir na legislação federal a diferenciação clara entre entidades de favorecimento mútuo ou de fins mútuos (dirigidas a proporcionar benefícios a um círculo restrito ou limitado de sócios, inclusive mediante a cobrança de contribuições em dinheiro, facultativas ou compulsórias) e as entidades de fins comunitários, de fins públicos ou de solidariedade social (dirigidas a oferecer utilidades concretas ou benefícios especiais à comunidade de um modo geral, sem considerar vínculos jurídicos especiais, quase sempre de forma gratuita).”

¹⁴⁰ Idem, *Ibidem*, p. 33.

Rocha¹⁴¹ aponta que o mais importante desses propósitos seria o estabelecimento de um regime jurídico especial, capaz de proporcionar benefícios de ordem econômica para essas entidades.

Somente entidades qualificadas como OS e como OSCIP poderiam unir esforços com o Poder Público, mediante, respectivamente, contrato de gestão e termos de parceria e, assim, poderem receber recursos financeiros, bem como, serem dispensadas do recolhimento de tributos.

Nesse sentido Rocha:¹⁴²

A concessão de títulos pela Administração aos entes também é uma forma de fomento, na medida em que, a partir da nova qualificação recebida, estes entes possam gozar de benefícios econômicos diretos, mediante a concessão de subvenções e auxílios repasses de recursos pela celebração de contrato de gestão ou termo de parceria; ou indiretos, mediante a dispensa do recolhimento de tributos.

Não há como negar que a reforma do marco legal representou um grande passo para a aproximação entre Estado e Terceiro Setor, fortalecendo a sociedade civil e possibilitando mudanças no desenho de políticas públicas sociais.

Ainda que a legislação atual sobre o Terceiro Setor se mostre longe do que se pode tomar por ideal, não se pode desmerecê-la já que acaba por permitir uma maior interação entre Estado e o Terceiro Setor.

Nesse diapasão passa-se a analisar as principais figuras sobre o Terceiro Setor, quais sejam, as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

4.5.1 Organizações Sociais – OS

As Organizações Sociais (O.S.) integram o Terceiro Setor e podem ser definidas como entidades privadas sob a forma de associações ou fundações, sem finalidade lucrativa, prestadoras de serviços de interesse público.

¹⁴¹ ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da, op. cit., p. 56.

¹⁴² Idem, Ibidem.

A Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, que regulamenta as O.S. é fruto da Reforma Administrativa do Estado e tem por objetivo estreitar a relação entre Estado e sociedade civil, possibilitando que entidades integrantes do Terceiro Setor persecutórias de atividades de conteúdo social relevante, quais sejam o ensino, a pesquisa científica, o desenvolvimento tecnológico, a proteção e a preservação do meio ambiente, a cultura e a saúde¹⁴³, se qualificassem como tal e assim, pudessem firmar contratos de gestão com o Poder Público.

Não se trata de uma nova pessoa jurídica, mas de um título jurídico concedido pelo Poder Executivo a essas entidades que auxiliam o Estado na promoção dos direitos sociais em áreas específicas definidas na lei, como acima colocado. Trata-se de uma especificidade concedida às entidades do Terceiro Setor. No dizer de Paulo Modesto, o título oferece um “*plus* à personalidade jurídica das entidades privadas que passam a gozar de benefícios especiais não extensíveis às demais pessoas jurídicas privadas (benefícios tributários e vantagens administrativas diversas)”.¹⁴⁴

Para que as entidades do Terceiro Setor se habilitem ao título de Organização Social, terão que preencher alguns requisitos previstos na Lei nº 9.637/98, além de estarem adstritas ao rol de atividades fixado no art. 1º da lei.

Esses requisitos exigidos pela lei consistem nos seguintes:

1. Natureza social: significa que a entidade deve perseguir objetivos de cunho social. Quando a lei relaciona o universo das atividades que devem ser prestadas pela entidade, facilita entender o que seria essa natureza social, mas sem dúvida, essa natureza se relaciona com os objetivos “cuja consecução não ocorre no interesse exclusivo ou principal dos membros da pessoa jurídica, como a busca do lucro, mas no interesse comum de toda a coletividade”.¹⁴⁵

2. Finalidade não-lucrativa: significa que a entidade não pode, sob qualquer pretexto, distribuir lucros entre seus sócios ou associados. Nesse sentido tem-se que a não distribuição de lucros não pode ser compreendida como a impossibilidade de aferição de lucros. A entidade pode auferir lucros, mas

¹⁴³ Esse rol de atividades encontra-se no art. 1º da lei 9.637/98, é taxativo, não comportando destarte, a concessão do título para entidades que exerçam atividades diversas, ainda que socialmente relevantes.

¹⁴⁴ MODESTO, Paulo, op. cit., p. 37, nota 79

¹⁴⁵ ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da, op. cit., p. 91.

estes devem ser totalmente “reinvestidos pela própria pessoa jurídica no desenvolvimento de seus objetivos sociais”.¹⁴⁶ Ainda, no tocante à finalidade não-lucrativa tem-se que tal característica não impede que a entidade cobre pelos serviços prestados. Não precisa necessariamente adotar regime de gratuidade, pois o que a lei veda é a distribuição de lucros.

3. Existência de órgãos de deliberação superior e de direção: a lei exige um Conselho de Administração com participação de representantes do Poder Público e membros da comunidade além, de membros da entidade. A escolha será feita mediante critérios fixados no estatuto, entretanto, caberá ao Poder Público e à sociedade civil a escolha e indicação de seus representantes.

4. Obrigatoriedade de publicação anual no Diário Oficial da União dos relatórios financeiros e dos relatórios de execução do contrato de gestão: visando sempre a transparência da gestão, deve a Organização Social prestar contas das verbas públicas transferidas mediante contrato de gestão. Deve o Poder Público fiscalizar (através do órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente a atividade fomentada) a aplicação desses recursos e, constatada qualquer irregularidade na aplicação dos bens e recursos, deve ser imediatamente comunicada ao Tribunal de Contas da União (se federal) e aos representantes do Ministério Público, da Advocacia-Geral da União, ou à Procuradoria da entidade, para a tomada das providências cabíveis, entre elas a indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes¹⁴⁷ (art. 10 da Lei 9.637/98).

5. Proibição de distribuição de bens ou de parcelas do patrimônio líquido em qualquer hipótese.

6. Ainda deverá constar do estatuto ou do ato constitutivo da entidade que, no caso de extinção ou perda da qualificação, “o patrimônio, os legados ou doações que lhe forem destinados, bem como os excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, serão incorporados a outra organização social qualificada”¹⁴⁸ ou ao patrimônio da União, dos Estados, Distrito Federal ou Município, na proporção dos recursos ou

¹⁴⁶ ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da, op. cit., p. 97.

¹⁴⁷ Os dirigentes respondem individual e solidariamente pelo mau uso do dinheiro público.

¹⁴⁸ PAES, José Eduardo Sabo, op. cit., p. 102.

bens por estes alocados.

Preenchidos todos os requisitos, não é certa a entrega do título à entidade requisitante, que, ainda haverá de vencer o obstáculo da discricionariedade (art. 2º, II), eis que será concedida a qualificação mediante a conveniência e oportunidade da Administração Pública, vez que “o título de organização social é atributo reconhecido pelo Poder Executivo”.¹⁴⁹

Nesse sentido, Paes:¹⁵⁰

Embora sejam definidos critérios para a qualificação de uma entidade como organização social, não há, na Lei nº 9.637/98, a mesma rigidez de regras objetivas que orientem a decisão da autoridade pública quanto à aprovação da entidade como organização social, mas apenas uma referência à conveniência e oportunidade para ser assim reconhecida [...]

Essa discricionariedade, sem qualquer critério objetivo, é criticada pela doutrina uma vez que se mostra inconstitucional¹⁵¹. Sílvio Luís Ferreira da Rocha, em sua obra diz que tal discricionariedade viola frontalmente o princípio da isonomia, pois, entidades em igualdade de situações podem receber tratamentos diferenciados (art. 2º, II da Lei).

Nesse particular, oportuna é a transcrição dos excertos da obra de Rocha:¹⁵²

Não há razão lógica que justifique a decisão administrativa de dentre duas pessoas que preencham os requisitos exigidos pelo art. 2º, II, da Lei 9.637 conceder a uma e negar a outra o título de organização social. A escolha afronta manifestamente o princípio da isonomia. Se há igualdade entre as pessoas jurídicas que pretendam receber o título de organização social, a solução, de *lege ferenda*, seria a atribuição desta qualidade a todas – e não apenas a algumas – que preencham os requisitos, transformando o exercício da competência do agente de discricionária para vinculada no que diz respeito ao conteúdo do ato.

Conferido o título de OS, a entidade estará apta a formalizar contratos de gestão

¹⁴⁹ ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da, op. cit., p. 90-91.

¹⁵⁰ PAES, José Eduardo Sabo, loc. cit., p. 103.

¹⁵¹ Tal dispositivo está sendo questionado em sede de ADIn – Trata-se da ADIn nº 1943-1, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos advogados do Brasil, por afronta ao Princípio do Estado de Direito (1º da CRFB/88). Por esse princípio, não se pode fixar critérios subjetivos, devendo a lei trazer critérios objetivos para a qualificação da O.S., em obediência ao princípio da legalidade e, por conseguinte, não fira o princípio da igualdade.

¹⁵² ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da, loc. cit., p. 117.

com o Poder Público, bem como fará jus à destinação de recursos orçamentários, bens públicos e até servidores públicos para o cumprimento do contrato de gestão (art. 12).

Inicialmente, a O.S. foi concebida para atuar como instrumento de “publicização”, o que pode ser traduzido em verdadeira forma de privatização, como explanado no capítulo anterior.

Entretanto, essa publicização, efetivamente ocorre quando “uma entidade do Terceiro Setor, formada a partir da iniciativa da sociedade civil, passa a desenvolver atividade de interesse público, mormente aquelas atividades constantes do setor não-exclusivo do Estado”.¹⁵³

Exercendo atividades não-exclusivas do Estado, mas de relevância social (e, por isso, independe de qualquer licitação, uma vez que somente os serviços públicos são passíveis de contrato de concessão ou permissão), as O.S. atuam em cooperação com o Estado podendo ser fomentadas mediante contrato de gestão, pois essas entidades qualificadas como O.S. prestam serviços de interesse social relevante e não serviços públicos, que são prestados apenas pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, debaixo de regras de direito público (concessão ou permissão – art. 175, CRFB/88), como é o caso dos serviços públicos de telecomunicação e os serviços públicos de radiodifusão sonora e de sons e imagens (arts. 21, XI e XII da CRFB/88).

Nesse sentido, imperiosa é a observação de Mello:¹⁵⁴

Os serviços em questão não são privativos do Estado, não entra em pauta o tema da concessão de serviços públicos, que só tem lugar nas hipóteses em que a atividade não é livre aos particulares, mas exclusiva do Estado [...].

Assim, os serviços trespassáveis a organizações sociais são serviços públicos insuscetíveis de serem dados em concessão ou permissão. Logo, como sua prestação constitui em ‘dever do Estado’, conforme os artigos citados (arts. 205, 206 e 208), este tem que prestá-los diretamente. Não pode eximir-se de desempenhá-los, motivo pelo qual lhe é vedado esquivar-se deles e, pois, dos deveres constitucionais aludidos pela via transversa de ‘adjudicá-los a organizações sociais. Segue-se que estas só poderiam existir completamente, ou seja, sem que o Estado se demita de encargos que a Constituição lhe irrogou.

¹⁵³ MORALES, Antônio Carlos apud MÂNICA, Fernando Borges, op. cit., p. 50.

¹⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p. 223-224.

Ao prestarem serviços de interesse social relevante, atuando em cooperação com o Estado, podem ser incentivadas pelo Poder Público através de um contrato de gestão, devendo a entidade qualificada prestar contas tão somente da aplicação desses recursos, não sendo regida por regras de direito público, mas de direito privado.

No dizer de Modesto¹⁵⁵, “não estarão sujeitas à supervisão ou tutela da Administração Pública direta ou indireta, respondendo apenas pela execução e regular aplicação dos recursos e bens públicos vinculados ao acordo ou contrato de gestão que firmarem com o Poder Público”.

4.5.1.1 Do Contrato de Gestão

O contrato de gestão pode ser definido como o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como Organização Social, com vistas à formação de parceria para fomento e execução das atividades de ensino, de pesquisa científica, de desenvolvimento tecnológico, de proteção e de preservação do meio ambiente, cultura e saúde (art. 5º).

Visa o referido contrato “contribuir ou reforçar o atingimento de objetivos de políticas públicas, mediante o desenvolvimento de um programa de melhoria de gestão, com vistas a atingir uma superior qualidade do produto ou serviço prestado ao cidadão”.¹⁵⁶

O Poder Público, por meio de contrato de gestão, fomenta a O.S., através de “recursos orçamentários, bens públicos (permissão de uso) e até servidores públicos para que a entidade qualificada possa cumprir os objetivos sociais tidos por convenientes e oportunos.”¹⁵⁷

Rocha¹⁵⁸ observa que o contrato de gestão é efeito mediato da qualificação da entidade como Organização Social, vez que o efeito imediato é o recebimento do título que viabiliza a parceria. Através dessa parceria, o Estado repassará recursos

¹⁵⁵ MODESTO, Paulo, op. cit., nota 55.

¹⁵⁶ PAES, José Eduardo Sabo, op. cit., p. 104.

¹⁵⁷ ROCHA, Sílvia Luis Ferreira da, op. cit., p. 120.

¹⁵⁸ SOUZA, Leandro Marins de, op. cit., p. 56.

públicos para entidades privadas prestadoras de serviços não-exclusivos.

O contrato de gestão é regido por normas de direito público, por tratar-se de contrato administrativo. O art. 37, caput e inciso XXI, da Constituição Federal e o art. 7º da Lei 9.637/98, determinam a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade na elaboração do contrato de gestão.

Embora a lei não preveja, é necessária a realização de procedimento licitatório para que a Administração realize o negócio mais vantajoso em prol do interesse da coletividade. Nesse sentido preleciona Rocha:¹⁵⁹

O procedimento licitatório configura um antecedente lógico e necessário do contrato administrativo com vistas a proporcionar ao Poder Público a oportunidade de realizar para si o negócio mais vantajoso e, ao mesmo tempo, assegurar aos administrados a possibilidade de disputarem o direito de contratar com o Estado.

É bom frisar que a doutrina tem propugnado pela inconstitucionalidade da lei que dispensa a licitação na formação do contrato de gestão. Nesse sentido, diz Mello:¹⁶⁰

No caso, o tema se propõe porque a lei disciplinadora das 'Organizações Sociais' pretendeu, inconstitucionalmente, permitir que se travem contratos administrativos com o poder público sem licitação e sem qualquer cautela, mesmo a mais elementar, resguardadora dos princípios constitucionais da impessoalidade (prestante para assegurar o princípio da moralidade) garantidora dos interesses públicos.

Esse contrato vigerá por prazo determinado, embora a lei nada diga a respeito, uma vez que o prazo é requisito essencial de todo contrato administrativo, devendo ser aplicado o disposto no art. 55, IV da Lei 8.666/93 (Lei das licitações e contratos administrativos).¹⁶¹

Descumpridas as metas fixadas no contrato, a Organização perderá o título de O.S., o que acontecerá dentro de um prévio processo administrativo assegurados os

¹⁵⁹ ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da, op. cit., p. 122.

¹⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p. 218-219, nota 42.

¹⁶¹ Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: [...]IV – os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

princípios da ampla defesa e do contraditório.

4.5.2 Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP

A Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP foi disciplinada pela Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999 e configura a mais nova regulamentação jurídica das pessoas jurídicas de direito privado integrantes do chamado Terceiro Setor.

A referida lei veio possibilitar que algumas entidades com fins sociais específicos sejam qualificadas com o título de OSCIP e, assim, possam firmar termos de parceria com o Poder Público.

A lei das OSCIP's, segundo Paes¹⁶², é fruto de projeto de lei enviado pelo Poder Executivo à Câmara dos Deputados, depois de ter sido “precedido de várias rodadas de discussões entre representantes do Governo e das organizações civis integrantes do Terceiro Setor, na sede do Conselho da Comunidade Solidária, órgão ligado à Presidência da República”.

Somente poderão se qualificar as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos que promovem serviços de interesse social na área de assistência social; da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; que prestem serviços gratuitos de educação e saúde; atuem na promoção da segurança alimentar e nutricional; na defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; promoção do voluntariado; promoção do desenvolvimento econômico e social e combate a pobreza; experimentação, não-lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; se dediquem à defesa dos direitos estabelecidos, à construção de novos direitos e à assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar, à difusão de valores como a ética, a paz, a cidadania, os direitos humanos, a democracia, e de outros valores universais; estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito as atividades

¹⁶² PAES, José Eduardo Sabo, op. cit., p. 114.

mencionadas (art. 3º da Lei nº 9.790/99), ou seja, o objeto da atividade da OSCIP é mais amplo do que o da O.S.

A lei, para reforçar o intuito social e totalmente desvinculado da Administração Pública, listou expressamente as entidades que não podem se qualificar como OSCIP. Trata-se de lista exaustiva, não comportando qualquer inclusão, sendo elas: as sociedades comerciais; 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 não-gratuitas e suas mantenedoras; as organizações sociais; as cooperativas; as fundações públicas; as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado, criadas por órgão público ou por fundações públicas; as organizações creditícias que tenham quaisquer tipos de vinculação com o Sistema Financeiro Nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal (art. 2º).

A lei nº 9.790/99 estabelece que as normas ou disposições dos estatutos das OSCIP's devem observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência (art. 4º, I).

Dentre as normas ou disposições que devem compor o estatuto da OSCIP, colocam-se como indispensáveis:

1. Normas que coíbam a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais;¹⁶³
2. A Constituição de um Conselho Fiscal, ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e

¹⁶³ O Decreto 3.100, de 30.06.1999 definiu como benefícios e vantagens pessoais tanto aqueles obtidos pelos dirigentes da entidade como os obtidos por seus cônjuges, companheiros, parentes, colaterais ou afins, até o terceiro grau, bem como aqueles obtidos pelas pessoas jurídicas das quais as pessoas mencionadas anteriormente sejam controladoras ou detenham mais de 10% das participações societárias.

contábil e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade;

3. Transferência do patrimônio líquido para outra pessoa jurídica qualificada nos termos da lei, preferencialmente, que busque o mesmo objetivo social, em caso de dissolução da entidade; bem como a transferência do patrimônio adquirido com os recursos públicos, se a entidade for desqualificada;

4. A possibilidade de remunerar seus dirigentes que atuem na gestão executiva (diretores gerais, diretores executivos, administrativos e financeiros e outros) e os que prestam serviços específicos (profissionais liberais, consultores, empregados administrativos, prestadores de serviços etc), desde que tais remunerações obedeçam aos padrões praticados no mercado (art. 4º, VI);

5. Normas de prestação de contas;

6. Publicação de relatórios de atividades e demonstrações financeiras e realização de auditorias (por auditores externos independentes) da aplicação dos eventuais recursos, objeto de termo de parceria, no encerramento do exercício fiscal.

A qualificação de uma entidade como OSCIP é ato vinculado do Ministro da Justiça. Não há discricionariedade quanto à possibilidade de conceder o título. Preenchidos os requisitos legais e formalizado o pedido junto ao Ministério competente, a outorga do título se mostra como um ato vinculado, diferentemente, do que ocorre com a O.S., em que a concessão do título se coloca de forma discricionária, revelando-se a Lei das OSCIP's uma evolução nesse sentido¹⁶⁴.

Sobre o tema em questão, Rocha¹⁶⁵, assim se manifesta:

Significa que, preenchidos os requisitos legais exigidos pela entidade interessada em se qualificar como OSCIP, não resta outro comportamento ao agente do Ministério da Justiça, senão deferir o pedido. Não há para o agente qualquer margem de liberdade. Isso garante à entidade candidata a obter o título o direito subjetivo de exigí-lo caso este lhe seja negado por motivos diversos daqueles mencionados na lei.

¹⁶⁴ Existem, hoje, no Brasil 4.089 entidades qualificadas como OSCIP. No Espírito Santo existem 188 entidades qualificadas. Dados disponíveis em <http://www.mj.gov.br/snj/oscip/cosulta.htm> Acesso em: 26 nov.2006.

¹⁶⁵ ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da, op. cit., p. 68.

A perda da qualificação depende inevitavelmente de prévio processo administrativo ou judicial, uma vez que nenhuma penalidade pode ser aplicada sem o devido processo legal com a inerente garantia de contraditório e ampla defesa, que é garantia fundamental. “A Administração deverá buscar a verdade material. Deverá apurar se a OSCIP de fato não cumpriu alguma cláusula do termo de parceria, o que autoriza sua desqualificação”.¹⁶⁶

A eventual desqualificação da entidade, dentro do processo administrativo ou judicial deve ser motivada apontando as obrigações assumidas e não cumpridas pela entidade e o fundamento legal que autoriza a desqualificação dentro de uma razoabilidade considerada. “A discricionariedade prevista em lei para o conteúdo do ato – desqualificar, ou não – exige que a autoridade escolha a alternativa que melhor atenda ao interesse público”.¹⁶⁷

4.5.3 Do Termo de Parceria

O termo de parceria é instrumento de que dispõe o Estado para fomentar as OSCIP's, com vistas a promover indiretamente os serviços de interesse social prestados por essas entidades de forma complementar às atividades estatais.

Conforme estabelece o art. 9º da Lei 9.790/99, a parceria “é o instrumento destinado à formação de vínculo de cooperação entre o Poder Público e as entidades qualificadas como OSCIP's para o fomento e a execução das atividades de interesse público”. É através do termo de parceria que se negociam os objetivos, metas e produtos entre o Poder Público e a OSCIP.

No dizer de Sabo:¹⁶⁸

É uma das grandes inovações da lei. Permitirá a formação de parcerias entre o Poder Público, em suas várias esferas, e as entidades integrantes do Terceiro Setor, tendo como essência os princípios da transparência, da competição, da cooperação e da parceria propriamente dita.

¹⁶⁶ ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da, op. cit., p. 74

¹⁶⁷ Idem, Ibidem.

¹⁶⁸ PAES, José Eduardo Sabo, op. cit., p. 135.

Ser qualificada como OSCIP não concede a essas entidades o direito subjetivo de formalizar termos de parceria com o Poder Público. Trata-se de parceria facultativa, podendo, ou não, o Estado firmá-la, desde “que o órgão estatal em questão tenha interesse em promover a parceria para a realização de projetos com a OSCIP”¹⁶⁹, ou seja, a decisão cabe ao Estado, conforme seus interesses.

Primeiro o órgão estatal indica a área de interesse para a parceria com a OSCIP, podendo, se for o caso, realizar concursos de projetos para a seleção. Nada impede que a própria entidade qualificada proponha a parceria apresentando seu projeto, devendo sempre ficar comprovada a relevância pública do projeto, bem como sua conveniência e oportunidade e os benefícios para o público-alvo.

Para a escolha do parceiro mais adequado, no que tange à capacitação técnica e da relevância do serviço prestado à comunidade, deve haver sempre prévia consulta aos Conselhos de Políticas Públicas das respectivas áreas de atuação da entidade qualificada candidata à parceira e, só depois, estaria o Poder Público apto a formalizar o termo de parceria (art. 10, § 1º da Lei 9.790/99), podendo haver um ou mais termos de parceria vigentes simultaneamente com a mesma OSCIP.

A fiscalização das metas estabelecidas no termo de parceria, bem como do bom uso dos recursos públicos fica a cargo do próprio Poder Público, pelo Conselho de Políticas Públicas e pela própria sociedade.

4.6 O PAPEL DO TERCEIRO SETOR NA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS SOCIAIS

4.6.1 Não Exclusividade na prestação dos Direitos Sociais

Verificou-se até aqui que o Terceiro Setor tem promovido os direitos sociais fundamentais do homem, exercendo um importante papel na efetivação desses direitos como uma forma de exercer cidadania e, também, auxiliando o Estado (ineficiente) na realização desses direitos sociais.

¹⁶⁹ PAES, José Eduardo Sabo, op. cit., p. 136.

Deve-se partir sempre da premissa de que o Estado tem o dever de prestar os serviços públicos, sendo os mesmos de sua titularidade e, portanto, pode executá-los diretamente por seus órgãos (Administração direta) e também por pessoas jurídicas criadas ou autorizadas por lei (Administração indireta). A estas últimas, por estarem dentro da Administração Pública, como visto no capítulo anterior, são transferidas a execução e a titularidade do serviço público.

Os serviços públicos podem, ainda, ser prestados indiretamente pelo Estado, ou seja, por meio de particulares a quem são transferidas, apenas, as execuções dos serviços públicos (concessões e permissões).

Verificou-se, também, em momento oportuno, que os serviços sociais são serviços de utilidade pública ou de interesse social e, portanto, não exclusivos do Estado, podendo, os mesmos, serem prestados pela iniciativa privada sem a necessidade de delegação estatal e, nesse diapasão surge uma nova forma de prestação dos serviços públicos sociais, serviços prestados pela sociedade, ou seja, pelo denominado Terceiro Setor.

A responsabilidade do Estado não pode ser delegada e, por conseguinte, fomentar o Terceiro Setor não significa abrir mão de sua responsabilidade que foi outorgada pela Carta Maior. A responsabilidade é do Estado e da Sociedade. “O Terceiro Setor se propõe a complementar a atividade estatal e assume co-responsabilidade na promoção dos direitos sociais”.¹⁷⁰

A Constituição Federal de 1988, Social e Democrática, não se intimidou em prever um extenso rol de direitos sociais, bem como, não restringiu a consecução desses direitos ao Estado, antes de tudo, convocou a sociedade a assumir sua responsabilidade na efetivação desses direitos.

Nesse sentido, Souza:¹⁷¹

Sempre com fulcro nos objetivos fundamentais da República insculpidos no artigo 3º da Constituição de 1988, quais sejam uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de discriminação, bem como nos princípios da ordem econômica e social previstos no artigo 170 – i.e., liberdade de iniciativa, valorização do trabalho humano, existência digna e justiça social -, passou-

¹⁷⁰ SOUZA, Leandro Marins de, op. cit., p. 101.

¹⁷¹ Idem, ibidem, p.97.

se a atribuir à iniciativa privada a co-responsabilidade nas atividades de provimento dos direitos sociais, mas, ressalte-se, sem retirar do Estado a função precípua de provimento e fiscalização destas atividades.

A promoção dos direitos sociais não é exclusiva do Estado. A tarefa, conforme já apresentado, é da República Federativa do Brasil (art. 3º, CRFB/88), constituindo dever do Estado e da Sociedade.

4.6.2 Questão de Cidadania

O papel do Terceiro Setor, sem dúvida se revela como uma questão de cidadania. Pois, embora latente o dever da sociedade, dentro da temática constitucional, o dever da sociedade em tudo se coloca “secundário”, já que, o dever precípua, primário, primordial é do Estado que jamais pode deixar de prestar os serviços sociais e de quem será exigido, não podendo a sociedade compelir o Terceiro Setor a prestar o serviço.

Sem dúvida, é questão de cidadania a busca pela justiça social. O exercício da democracia muitas vezes resume-se nas urnas quando o cidadão vota de dois em dois anos. Exercer efetivamente a democracia é algo que transcende as urnas. Não basta se ter uma Constituição intitulada de Cidadã que preveja direitos fundamentais, fundada no princípio democrático, se efetivamente esse princípio não é exercido.

Nesse contexto, no final do século XX, o processo de democratização passa a ser visto não apenas como um processo exclusivo das instituições políticas que direcionam seus interesses, mas passa a ser um processo presente no terreno das formas de ação social prestada pela sociedade civil.

E nessa concepção societária de democratização e, em contrapartida, a reconhecida ineficiência do Estado em prestar de forma eficaz todos os serviços sociais, bem como a limitação do mercado em gerar riquezas para todos, que surge uma terceira via, o Terceiro Setor.

Esse novo setor de base solidária e cidadã abre espaço para a existência de esferas públicas distintas das instituições do governo constituindo-se segundo Melucci,

citado por Vieira, em “condição necessária da democracia contemporânea”.¹⁷²

4.6.3 A prestação indireta dos serviços sociais através da atividade de fomento

Por conta das atividades privadas, de provimento dos direitos sociais, desenvolvidas pelo Terceiro Setor, compreendido como entidades sem fins lucrativos que se colocam paralelamente à atuação estatal, “a responsabilidade do Estado na promoção desses direitos sociais deve-se confirmar através de subsídios, incentivos fiscais, repasse de verbas, além, é claro, do dever de fiscalização que lhe é ínsito¹⁷³”.

Segundo coloca Silva¹⁷⁴, a promoção dos direitos sociais pode-se revelar de forma direta ou de forma indireta.

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressuposto do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Atua diretamente o Estado quando utiliza do aparato estatal para prestar os serviços sociais, seja pela Administração direta, seja pela Administração Indireta (descentralização por outorga). Por seu turno atua indiretamente, quando promove os direitos sociais por meio de terceiros, seja pela transferência da execução do serviço público para particulares (descentralização por colaboração), como no caso das concessões e permissões, seja fomentando as atividades de interesse social promovidas pelo Terceiro Setor.

¹⁷² MELUCCI, Alberto, apud VIEIRA, Liszt. Cidadania e controle social. In.: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Orgs.). **O Público e o não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 237.

¹⁷³ SOUZA, Leandro Marins de, op. cit., p. 97.

¹⁷⁴ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 289-290.

Esta atividade de fomento do Estado às entidades do Terceiro Setor se coloca como importante instrumento na consecução dos direitos sociais que o Estado, por si só, não consegue realizar de forma eficiente.

Essa atividade administrativa de estímulo pode ser compreendida como forma indireta ou mediata de prestar os direitos sociais, sem, contudo, substituir completamente a atividade de fomento pela prestação do serviço de forma direta, pois, assim, estaria, o Estado, renunciando às funções que a própria Constituição Federal lhe outorgou.

Nesse diapasão, Rocha¹⁷⁵ define atividade administrativa de fomento da seguinte forma:

A atividade administrativa de fomento pode ser definida como a ação da Administração com vista a proteger ou promover as atividades, estabelecimentos ou riquezas dos particulares que satisfaçam necessidades públicas ou consideradas de utilidade coletiva sem o uso da coação e sem a prestação de serviços públicos; ou; mais concretamente; a atividade administrativa que se destina a satisfazer indiretamente certas necessidades consideradas de caráter público, protegendo ou promovendo; sem empregar coação, as atividades dos particulares.

Na esteira suso aludida tem-se que o Estado não pode coagir as entidades do Terceiro Setor a prestar serviços de interesse público, mas a partir do momento em que estas entidades se vinculam com o Poder Público mediante contrato de gestão ou termo de parceria, respectivamente afetos às Organizações Sociais e às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, estarão obrigadas a cumprir o que previamente se comprometeram.

Outras formas de atividades de fomento estão previstas no texto constitucional, como as imunidades previstas no art. 150, VI, “c” e art. 195, § 7º, referentes aos tributos e às contribuições sociais que, sem sombra de dúvida, constituem auxílio indireto que permite a redução de receitas em prol do social.

A Constituição ainda privilegiando a atividade administrativa de fomento, no tocante à educação, possibilitou o repasse de recursos públicos às escolas filantrópicas (art. 213, CRFB/88).

De qualquer sorte, o constituinte no art. 174, *caput*, da Constituição Federal, de forma genérica, afirmou que o Estado exercerá, na forma da lei, dentre outras, a

¹⁷⁵ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da, op. cit., p.19.

função de incentivo à iniciativa privada, estabelecendo no § 2º do mesmo artigo que “a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo”.

É nesse contexto de prestação indireta dos serviços de interesse público que se coloca o novo papel do Estado no século XXI, em que, sem jamais abandonar sua responsabilidade de prestar os serviços sociais; pois se assim agisse estaria renunciando à função que lhe foi outorgada; deve subsidiar a atuação do Terceiro Setor que lhe é complementar.

4.6.4 Atividade Substitutiva e Função complementar do Terceiro Setor

Claro está a importante contribuição do Terceiro Setor na efetivação das políticas sociais já que enfrenta diretamente as demandas e necessidades da comunidade. Atualmente, no Brasil, reconhece-se que o Terceiro Setor cumpre um importante papel social e, por isso, a recente reforma do marco legal para normatizar essas entidades e fortalecer o incentivo e apoio visando o crescimento e melhoria do seu desempenho.

A “literatura contemporânea tem-se esforçado em repensar o papel do Estado e sua participação no desenvolvimento social”.¹⁷⁶ É claro que o desenho da sociedade mudou e não existem apenas relações entre o Estado e o Mercado. Os indivíduos estão buscando, cada dia mais, resolver seus próprios problemas através de organizações da própria sociedade.

As organizações sem fins lucrativos que prestam algum tipo de serviço de interesse público têm se multiplicado a cada dia. Entre 1996 e 2002, o número de fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil cresceu 157%, passando de 105 mil para quase 276 mil.¹⁷⁷

Esse crescimento leva a pensar num caminho alternativo para o Estado na

¹⁷⁶ COELHO, Simone de Castro Tavares, op. cit., p. 29.

¹⁷⁷ Os dados são da pesquisa “As Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos no Brasil (Fasfil),” lançada em dezembro de 2004, no Rio de Janeiro (RJ). O levantamento foi realizado pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) e pelo Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), em parceria com o GIFE (Grupo de Institutos, Fundações e Empresas) e a Abong (Associação Brasileira de Organizações Não-Governamentais).

efetivação das políticas sociais através de parcerias entre o Estado e a sociedade civil organizada na satisfação das necessidades essenciais da coletividade.

Importante é se ter em mente que as organizações sem fins lucrativos, por estarem mais próximas da população, conseguem abstrair de forma mais contundente seus anseios e assim, prestarem um serviço mais eficiente e o Estado passa então a apoiar essas instituições firmando parcerias com as mesmas.

Nesse contexto de fomento ao Terceiro Setor, o Estado subsidiário se coloca como uma alternativa ao Estado abstencionista (Estado Liberal) e o Estado provedor, que se sobrecarrega diante das crescentes necessidades de uma sociedade pluralista (Estado Social).

Souza¹⁷⁸, sobre o tema afirma que o Terceiro Setor é uma “doutrina que surge (ou renasce) como alternativa atual para as deformidades dos sistemas anteriores”.

A reforma do Aparelho do Estado, busca dentre outras coisas, caminhos alternativos para um Estado eficiente na efetivação dos direitos sociais, colocando-se o público não-estatal dentro desse contexto alternativo, devendo sua atuação se mostrar complementar às atividades do Estado.

A redefinição de responsabilidades na gestão das políticas públicas deixa de ser encarada como apenas um dever do Estado de oferecer melhores condições de vida, para ser visualizada como um direito dos cidadãos, em que a sociedade também é responsável.

Por outro lado, é importante reforçar mais uma vez que o Estado não pode se eximir de suas responsabilidades porque desenhadas no corpo da Constituição da República Federativa do Brasil. Nesse contexto, Estado subsidiário não é Estado mínimo, que se afasta das questões sociais latentes no seio da sociedade, mas, pelo contrário, é um Estado atento às necessidades da coletividade.

Sendo assim, as políticas sociais constituem um dever do Estado e um direito do povo sendo dever do Estado prestá-las, não podendo delas se eximir, ainda que a sociedade se mobilize com este fim. O envolvimento da sociedade no cumprimento de seu dever cívico, como já foi colocado, não exime o Estado de sua responsabilidade. O dever do Estado em prover o bem-estar dos cidadãos está

¹⁷⁸ SOUZA, Leandro Marins de, op. cit., p.62.

expressamente descrito na Constituição Federal de 1988.

Entende-se que a função do Estado delimitada no texto Constitucional não pode ser substituída pela atuação do Terceiro Setor. O papel deste setor é complementar à função estatal de efetivar os direitos sociais fundamentais do homem.

O Terceiro Setor atuará em complementação às atividades estatais porque o Estado não pode negar sua função que é primeira, precípua e essencial. É nesse sentido que se coloca a possibilidade do particular poder exigir do Estado a prestação de um direito social, como por exemplo, a falta de medicamentos nos postos de distribuição. Tal deficiência pode ensejar ação por parte do Ministério Público na condenação da Fazenda Pública na obrigação de fazer, qual seja, fornecer o medicamento que o particular precisa.

Nesse sentido, Cardoso¹⁷⁹ explana esse entendimento:

O lugar das ações de governo, a meu ver, está claramente demarcado. Cabe ao governo garantir os direitos essenciais e universais dos cidadãos, os quais, por sua vez, podem e devem exigir que isso se faça de modo eficiente e eqüitativo. [...] Hoje é tarefa e responsabilidade dos ministérios governamentais assegurar o acesso à educação, saúde, ao trabalho e à cultura a todos os cidadãos deste país.

O Terceiro Setor complementa essas atividades, uma vez que só a atuação do Estado é insuficiente como continua a afirmar Cardoso:¹⁸⁰

Isso, no entanto, não é suficiente em países como o nosso, com uma herança profunda de desigualdade e marginalização. Precisamos de ações diretas e pontuais visando a corrigir distorções e desequilíbrios que se acumularam ao longo do tempo. Acredito que o fortalecimento da sociedade civil e de sua atuação no campo do desenvolvimento social é o caminho correto para que possamos superar essa herança pesada de injustiça e exclusão. Não considero esse caminho correto pelo simples fato de que aliviaria a tarefa do governo, retirando de seus ombros uma parcela de sua responsabilidade. Não se trata disso, mas sim de reconhecer que a ação do Terceiro Setor no enfrentamento de questões diagnosticadas pela própria sociedade nos oferece modelos de trabalho que representam modos mais eficazes de resolver problemas sociais.

¹⁷⁹CARDOSO, Ruth. Fortalecimento da sociedade civil. In.: IOSHPE, Evelyn Berg (Org.). **3º Setor: desenvolvimento social sustentado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 10.

¹⁸⁰ Idem, Ibidem.

Em contrapartida ao fato de que o particular pode exigir do Estado a prestação dos direitos sociais, podendo, inclusive, exigir judicialmente, a prestação de um direito, não será possível que entidades do Terceiro Setor figurem no pólo passivo de uma demanda da mesma natureza, uma vez que lhes faltaria legitimidade *ad causam*.

Nesse aspecto, a função do Terceiro Setor se coloca complementar. Sem abrir mão de sua responsabilidade, o Estado insta a sociedade, representada pelo Terceiro Setor, a assumir sua responsabilidade no exercício de sua cidadania e a auxiliá-lo na consecução dos direitos sociais.

Não se pode substituir a responsabilidade (função) do Estado na promoção dos direitos sociais porque afrontaria a própria Constituição, como insistentemente se tem colocado. O dever do Estado, de toda sorte, se mostra incólume.

Sem trazer contradições ao corpo do presente trabalho, pode-se afirmar que na medida em que o Terceiro Setor assume sua co-responsabilidade, nada mais óbvio que, por consequência lógica, comece gradativamente a substituir o Estado na prestação das atividades de cunho social.

Pois onde atua de forma eficiente, o Estado deverá apenas subsidiar financeiramente através de parcerias e, se porventura existir alguma entidade em que a ajuda financeira se mostre desnecessária, deve o Estado se limitar a respeitar, se abstendo em interferir naquele grupo que presta a contento determinada atividade de cunho social, reconhecendo o direito e a privacidade de atuar com seus próprios meios quando isso seja totalmente possível.

Souza¹⁸¹ resume a idéia de forma brilhante. Senão veja-se:

Isto porque, efetivamente, se o Terceiro Setor se propõe a complementar a atividade estatal e assume co-responsabilidade na promoção dos direitos sociais, de certo modo suas atividades virão a substituir as do Estado na proporção de sua participação.

O que não nos parece correto é afirmar que há uma substituição nas responsabilidades, nas funções atribuídas no que tange à promoção dos direitos sociais. A função de promover os direitos sociais e a responsabilidade por isso é do Estado, e não se transfere por conta da participação do Terceiro Setor.

Sem sombra de dúvidas, a sociedade foi conclamada a ser coadjuvante do Estado

¹⁸¹ SOUZA, Leandro Marins de, op. cit., p. 101-102.

no tocante à matéria de cunho social, ficando explícito, a todo o momento, na Constituição que essa foi a intenção primeira do constituinte quando incorporou o modelo social de Estado.

E nesse diapasão, de prestação de atividades, algumas vezes substitutivas e, outras de função complementar à do Estado, é que o Terceiro setor busca a concretização do Estado Social e Democrático de Direito de maneira a engajar a sociedade na solução dos problemas sociais e fazer valer os seus direitos de cidadania preconizados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por certo, verificou-se no decorrer do presente trabalho, que o Estado não conseguiu e não consegue prestar eficientemente todos os direitos sociais fundamentais ao ser humano, para que ele alcance sua plena dignidade como pessoa.

No último século, o Estado adotou diversos modelos ideológicos percorrendo um longo caminho em busca de uma identidade que efetivamente atendesse aos anseios de uma sociedade pluralista em que as necessidades sociais se multiplicam a cada dia.

O Estado Social que surgiu em resposta ao Estado Liberal não intervencionista (um modelo de Estado ineficaz sob o ponto de vista social porque reduz ao mínimo suas funções perante a sociedade), também se mostrou ineficiente na consecução dos direitos sociais, uma vez que ao chamar para si todas as responsabilidades de cunho social se abarrotou com incontáveis tarefas com as quais não conseguiu administrar.

Face a essas dificuldades na promoção dos direitos sociais, o Estado Providência entra em crise, pois congregou estruturas estatais excessivas e caras para o atendimento da sociedade, alargando em muito o custo da máquina estatal, se mostrando ineficiente e incapaz de atender a contento as crescentes demandas sociais, gerando um cenário de mau atendimento e insatisfação.

Nesse diapasão, de debilidade econômica do Poder Público e sua notória incapacidade em promover os direitos sociais, seja pela excessiva burocracia administrativa ou “pela falta de interesse de alguns”, a sociedade civil é conclamada a assumir sua co-responsabilidade como forma de exercer seus direitos de cidadania.

A Constituição Federal de 1988, intitulada de Constituição Cidadã, adotou o modelo de Estado Social e Democrático de Direito. Social na medida em que priorizou os direitos sociais como direitos fundamentais do homem sem a qual a pessoa não alcança sua dignidade, tendo, o constituinte, elevado tal máxima à princípio fundamental da República, sem prejuízo de ter elencado um extenso rol de direitos

sociais por todo texto constitucional.

Adotou modelo Democrático na medida em que valoriza a democracia participativa, apresentando diversos mecanismos de controle pela real participação do povo nos rumos do país (plebiscito, referendo, ação popular, iniciativa popular), além de a todo instante convocar os indivíduos, a sociedade, a coletividade a assumir um papel ativo na efetivação dos direitos sociais.

Assim, o Estado Democrático passa a ser fundamental para o desenvolvimento do Estado Social, uma vez que a soberania popular pode ser considerada um importante fator, capaz de determinar os rumos do país. A Constituição de 1988 sintetiza o Estado Social e o Estado Democrático tendo como valor primordial a dignidade de seus cidadãos.

A dignidade da pessoa humana para ser alcançada requer o envolvimento de todos na realização, de forma efetiva, dos direitos sociais fundamentais. O art. 3º da CRFB/88 traça os objetivos fundamentais da República que deve ser compreendido como objetivos a serem alcançados por toda a sociedade e, não apenas, pelo Estado. A Lei Maior atribui à iniciativa privada a co-responsabilidade nas atividades de provimento dos direitos sociais sem, contudo, retirar do Estado sua função precípua na realização dessas atividades.

Não é somente do Estado o papel de promover os direitos sociais, mas deve a sociedade primar pela consecução desses objetivos da República e, é nesse sentido que o Terceiro Setor tem assumido seu papel na efetivação dos direitos sociais.

O Terceiro Setor, também chamado de Setor Voluntário, Setor Público Não-Estatal ou Organizações Não-Governamentais, de forma eficiente tem desenvolvido um importante papel social dentro desse contexto de exercício da cidadania e de tomada de responsabilidades atribuídas pela Constituição na busca pela justiça social.

A sociedade não tem descansado, mas pelo contrário, tem se organizado através do chamado Terceiro Setor para fazer sua parte e tem realizado com grande dedicação e competência.

O Estado, por sua vez, reconhece sua real ineficiência na prestação dos direitos sociais e passa a buscar mecanismos de redefinição de seu papel, o que culminou com a Reforma do Aparentamento do Estado. Esta Reforma visou, precipuamente,

uma aproximação entre Estado e sociedade na realização dos serviços sociais, na procura de uma forma mais eficiente e desburocratizada de implementar políticas públicas, quando o Terceiro Setor se apresenta como importante coadjuvante do Estado.

Tradicionalmente, a estrutura administrativa do Estado na prestação dos serviços públicos é representada pela Administração Pública direta e indireta que presta esses serviços de forma centralizada e descentralizada, respectivamente. Impõe-se, ainda, que aqueles que fazem as vezes da Administração Pública (concessionárias e permissionárias) também executam serviços públicos por delegação, mas sempre debaixo de regras de direito público.

Os serviços sociais podem ser prestados por entidades regidas por regime totalmente privados, sem que haja qualquer delegação estatal e, por isso, são classificados como serviços não-exclusivos do Estado.

Por certo, são serviços em que a atuação do Estado é essencial, mas que convive, harmoniosamente, com a iniciativa privada.

Nessa seara reside a atuação do Terceiro Setor que presta serviços sociais por iniciativa própria, seja pelo cidadão individualmente considerado, seja por pessoas jurídicas criadas pela iniciativa particular e, portanto, pessoas jurídicas de direito privado, mas, sem finalidade lucrativa.

O Terceiro Setor é forma de exercer cidadania e assumir a responsabilidade atribuída pela Constituição à sociedade que, sem dúvida auxilia o Estado complementando a atividade estatal que é essencial.

A consecução dos objetivos propostos pela CRFB/88 é assumida pela sociedade e o Estado deixa de ser o único responsável pelo desenvolvimento social, fazendo ressurgir o Estado Subsidiário, que não se confunde com Estado Mínimo, pois um Estado atuante, presente, que não se exonera de suas responsabilidades, mas acima de tudo, vela pela concretização dos ideais do Estado Social e Democrático de Direito preconizado pela Constituição da República.

O Estado e a sociedade têm dado as mãos na busca pela justiça social, o que pode ser verificado através de incentivos fiscais por parte do Estado a essas entidades sem finalidade lucrativa que prestam serviços de utilidade pública, bem como, através da concessão de títulos (O.S. e OSCIP) atribuídos pelo Estado a essas

entidades visando uma possível parceria através da implementação de contratos de gestão e termos de parceria, a serem firmados, respectivamente, com as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

O Terceiro Setor apresenta-se como instrumento decisivo na implantação do novo modelo de Estado Brasileiro, sendo certo que deve ser visto como um parceiro na execução e formulação de políticas públicas, auxiliando o Estado na implementação dos direitos sociais fundamentais do homem.

O papel do Terceiro Setor na efetivação dos direitos sociais dentro da nova ordem constitucional (pois é certo que a Constituição abraçou o Terceiro Setor), é sem dúvida, complementar às atividades estatais. Isso porque o Estado não pode abrir mão de suas responsabilidades outorgadas pela própria Constituição Federal.

Não se pode inverter os papéis, o Estado criado pela vontade do povo, de modelo Social e Democrático tem suas funções bem delimitadas no corpo da Constituição e o Terceiro Setor apresenta-se como instrumento decisivo, atuando como parceiro na execução e formulação de políticas públicas, complementando as atividades estatais.

É complementar porque a Constituição Federal atribui co-responsabilidade à sociedade sem retirar do Estado a função precípua, primordial e essencial de efetivar os direitos sociais. O Estado jamais pode negar sua responsabilidade que lhe será sempre exigida pelos cidadãos, não sendo possível compelir entidades do Terceiro Setor a realizar essa função.

Entretanto, é certo que, na medida em que o Terceiro Setor assume sua co-responsabilidade, gradativamente, substitui as atividades do Estado na prestação dos direitos sociais.

Por conseqüência lógica, de certo modo, as atividades do Terceiro Setor irão substituir as do Estado na proporção em que atuam junto à coletividade. Entretanto, jamais se poderá falar em substituição de responsabilidades, ou seja, o Terceiro Setor não substitui o Estado em suas funções porque atribuídas pelo legislador constitucional de maneira intransferível.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARRETO, Maria Inês. As organizações sociais na reforma do Estado brasileiro. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Org.). **O público e o não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

_____. **Estado, Governo e Sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa o Brasil**. Brasília-DF: Senado Federal, 2004.

_____. Presidência da República. **Plano diretor da reforma do Estado**. Brasília: Presidência da República/Câmara da Reforma do Estado/Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

_____. **Decreto-Lei 200 de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/24/1967/200.htm>> Acesso em: 1 jun. 2006.

_____. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/CCIVIL_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 20 mai. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Lisboa-Portugal: Almedina, 2002.

CARDOSO, Ruth. Fortalecimento da sociedade civil. In.: IOSHPE, Evelyn Berg (Org.). **3º Setor: desenvolvimento social sustentado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

COELHO, Simone de Castro Tavares. **Terceiro setor**. 2 ed. São Paulo: Senac, 2000.

CORULLÓN, Mônica Beatriz Galiano; MEDEIROS FILHO, Barnabé. **Voluntariado na empresa, gestão eficiente da participação cidadã**. São Paulo: Peirópolis, 2002.

CUELLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 55.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão franquias terceirização e outras formas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

FALCÃO, Joaquim e CUENCA, Carlos. Diretrizes para nova legislação do Terceiro Setor. In.: FALCÃO, Joaquim e CUENCA, Carlos (Coords.) **Mudança social e reforma legal: estudos para uma legislação do Terceiro Setor**. Brasília: Conselho da Comunidade Solidária: Unesco, 1999.

FALCONER, Andrés Pablo. **A Promessa do Terceiro Setor: um Estudo sobre a Construção do Papel das Organizações sem fins lucrativos e do seu Campo de Gestão**. São Paulo: Centro de Estudos em Administração do Terceiro Setor, 1999.

FERNANDES, Rubem César. O que é terceiro setor? In.: IOSHPE, Evelyn Berg (Org.). **3º Setor: desenvolvimento social sustentado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

GAMA, José Paulo C. N. da. Prefácio. In.: ESPÍRITO SANTO. Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. **Terceiro setor: Diagnóstico situacional das fundações e entidades de interesse social do Estado do Espírito Santo**. Vitória: CEAFF, 2004.

GUASQUE, Luiz Fabião. O Ministério Público e a defesa do regime democrático – A atuação do provedor de fundações como guardião da consciência da sociedade civil organizada: A atividade do conselho de eqüidade filantrópica. In.: ESPÍRITO SANTO. Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. **Terceiro Setor: Fundações e entidades de interesse social**. Vitória: CEAF, 2004.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA-IBGE. **Estudos e Pesquisas Informação Econômica: As fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil-2002**. 2 ed. Rio de Janeiro: IBGE, 2002.

MÂNICA, Fernando Borges. **Terceiro setor e imunidade tributária**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MARTINS, Paulo Haus. A lei das OSCIPS. In.: ESPÍRITO SANTO. Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. **Terceiro Setor: Fundações e entidades de interesse social**. Vitória: CEAF, 2004, p. 117.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Curso de direito administrativo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELUCCI, Alberto, apud VIEIRA, Liszt. Cidadania e controle social. In.: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Orgs.). **O Público e o não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil. In: MEREGE, Luiz Carlos (Coord.) e BARBOSA, Maria Nazaré (Org.). **3º setor – reflexões sobre o marco legal**. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

_____. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil. **Revista do Serviço Público**, Brasília, vol. 48, n. 2, p 27-58, mai/ago, 1997.

Disponível em:
<http://www.datavenia.net/artigos/direito_administrativo/reforma.html> Acesso em:
15 mai. 2006.

_____. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. **Revista Interesse Público**, São Paulo, v. 1, p. 35, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações e Entidades de Interesse Social**: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. 4 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Entre o Estado e o mercado: o público não-estatal. In.: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Orgs.). **O Público e o não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da Rocha. **Terceiro setor**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SALOMON, Lester. Estratégias para o fortalecimento do terceiro setor. In.: IOSCHPE, Evelyn Berg (Org.). **3º Setor**: desenvolvimento social sustentado. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Marco Túlio Coimbra. **Doações e trabalho voluntário no Brasil - uma pesquisa**. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2000.

SILVANO, Ana Paula Rodrigues. *Fundações públicas e terceiro setor*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2003.

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

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito constitucional**. 18 ed. São Paulo: Petrópolis, 2000.

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. São Paulo: Renovar, 2001.

TORRES. Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

<http://www.mj.gov.br/snj/oscip/cosulta.htm> Acesso em: 26 nov.2006.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)