

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Gisele de Oliveira Soares

**O Terceiro Setor e o Transindividualismo:
Proposta de uma Teoria Geral**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2008

Livros Grátis

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

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Gisele de Oliveira Soares

**O Terceiro Setor e o Transindividualismo:
Proposta de uma Teoria Geral**

MESTRADO EM DIREITO

**Dissertação apresentada à Banca
Examinadora como exigência parcial
para obtenção do título de MESTRE
em Direito das Relações Sociais pela
Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo, sob orientação da
Professora Doutora Regina Vera
Villas Bôas.**

SÃO PAULO

2008

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

BANCA EXAMINADORA

SÃO PAULO

2008

Ao meu amado filho Pedro, que a cada dia me mostra que ser mãe não é padecer, é só paraíso.

AGRADECIMENTOS

Elaborada numa fase de turbulência pessoal, essa obra auxiliou no enfrentamento dos problemas, na superação dos obstáculos. O incentivo e a confiança da Professora Regina Villas Bôas foram decisivos no desenvolvimento das pesquisas e na conclusão da dissertação. Orientadora dedicada, incansável motivadora, amiga.

Agradeço ao meu pai, pelo interesse e pelas acaloradas discussões dos temas, muitas vezes, madrugada adentro. A toda a família Stefanini, pelo apoio e pelos deliciosos momentos de lazer em Itatiba. À querida prima Suzana, pela sua inebriante alegria de viver, à Mariana, rígida revisora “dessas mal traçadas linhas”, à Lourdes Atié, pelo seu sempre bom humor carioca, à Drica, fiel escudeira desde os tempos de faculdade. À Adriana e Rosana, grandes companheiras de Krav Magá. Aos sempre amigos Bruno Fagundes, Peterson Kömel Jr. e Marcelo Alvim.

Aos Professores Nelson Luiz Pinto e Claudia Schwerz Cahali pelas muitas oportunidades de aprendizado. Aos Professores Luiz Carlos Merege e Mario Aquino Alves e a todos membros do CETS da Fundação Getulio Vargas. Aos queridos Professores e colegas da GV e da PUC, pelas pesquisas profícuas, pelos trabalhos, pelas conversas.

E ao meu querido Vinícius, por tudo sempre

Afinal, a vida, “O que é, o que é?”

*Eu fico
Com a pureza
Da resposta das crianças
É a vida, é bonita
E é bonita...*

*Viver!
E não ter a vergonha
De ser feliz
Cantar e cantar e cantar
A beleza de ser
Um eterno aprendiz...”*

Gonzaguinha

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Gisele de Oliveira Soares

**O Terceiro Setor e o Transindividualismo:
Proposta de uma Teoria Geral**

RESUMO

O presente trabalho busca investigar o advento do Terceiro Setor, fenômeno social de transformação mundial, cujo crescimento exponencial a partir da década de 70 trouxe à baila questionamentos acerca das estruturas e funções estatais, da adequação da soberania dos Estados-Nação ante à nova conformação econômica globalizada, ao redimensionamento dos espaços públicos e à relação tempo/espaço. Sob o espectro da interdisciplinaridade, buscamos concatenar conceitos vários pertinentes a objetos distintos das Ciências Sociais sobre o Terceiro Setor no mundo e no Brasil, e verificamos sua indissociável relação com o transindividualismo. Neste contexto, analisamos as influências do Terceiro Setor na Ciência do Direito e as entrelaçamos à nova consciência cidadã, ao engajamento cívico, à participação democrática nas decisões sobre os rumos da nação, ao protagonismo nas redes sociais, para concluir que todo o poder emana do povo, sendo o povo, e só o povo, o senhor legítimo do seu destino. O Terceiro Setor, como fenômeno jurídico transindividual, é fonte social do Direito.

Palavras-chave: Agência Reguladora - Cidadania - Consenso Social - Democracia - Empoderamento - Engajamento Cívico - Estado-Empreendedor - Fonte Social do Direito - Gestão Pública - Políticas Públicas - Redes Sociais - Responsabilidade Social - Sustentabilidade - Terceiro Setor - Transindividualismo

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Gisele de Oliveira Soares

**O Terceiro Setor e o Transindividualismo:
Proposta de uma Teoria Geral**

ABSTRACT

The present research investigates the Third Sector social phenomenon of world changes, whose exponential growth as from the 70th decade brought up questionings about the functions and structure of the States, the adequacy of sovereignty of the Nations before the new global economic conformation, the re-dimensioning of the public areas and the time/space relation. Under an interdisciplinary focus we have tried to connect various definitions relating to distinct subject-matters of the Social Sciences about the Third Sector over the world and in Brazil, and verified its undissociable relation to transindividualism. Under this context, we have analyzed the influences of the Third Sector in the Science of Law and tied it to the new citizenship consciousness, the civic bond, the democratic participation in the decisions on the goals of the nation, the protagonism in the social networks, to conclude that all the power belong to the people, therefore the people, and only the people, is the legitimate owner of its own destiny. The Third Sector, as a transindividual legal phenomenon is a social source of the Law.

Key-words: Regulatory Agency - Citizenship - Social Consensus - Democracy - Empowerment - Civic Bond - Entrepreneur-State - Social Source of Law - Public Management - Public Policies - Social Network - Social Responsibility - Sustainability - Third Sector - Transindividualism



“Janus, Deus das transformações e das passagens, onividente do tempo e pai do Universo. Seus rostos ambivalentes enxergam, simultaneamente, o caos e a civilização, o passado e o futuro, marcam a evolução de um estado a outro, de uma visão a outra, de um universo a outro.”

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 – O TERCEIRO SETOR	
1.1 O TERCEIRO SETOR: SOBREVÔO PELO MUNDO	22
1.2 O TERCEIRO SETOR NO BRASIL	34
1.3 APRESENTAÇÃO DE UM CONCEITO	39
CAPÍTULO 2 – O TERCEIRO SETOR NO PLANO DA INTERDISCIPLINARIDADE	
2.1 FENÔMENO POLÍTICO-ECONÔMICO	53
2.2 FENÔMENO SÓCIO-JURÍDICO-FILOSÓFICO	58
2.3 MARCO LEGAL DO TERCEIRO SETOR?	66
CAPÍTULO 3 – A SOCIEDADE NO PLANO DA POSSIBILIDADE E DA IDEALIDADE	
3.1. A SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA	77
3.2. OS NOVOS PROTAGONISTAS SOCIAIS	89
3.3 POR UM EXERCÍCIO EFETIVO DA DEMOCRACIA	92
3.4 POR UM NOVO CONCEITO DE CIDADANIA	102
3.5 PARTICIPAÇÃO E REDES SOCIAIS	113
CAPÍTULO 4 – OS NOVOS CONTORNOS DO ESTADO EMPREENDEDOR	
4.1 ESTADO E GOVERNO	121
4.2 GESTÃO PÚBLICA E EMPREENDEDORISMO	131
4.3 AGÊNCIA REGULADORA DE PARTICIPAÇÃO E CONTROLE SOCIAL	140
4.4 O ADVENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	157
4.5 O MINISTÉRIO PÚBLICO E OS MECANISMOS DE DEFESA SOCIAL	169
4.6 NOVOS CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE ESTATAL	170

CAPÍTULO 5 – AS NOVAS PRÁTICAS DE MERCADO

5.1.	AS INFLUÊNCIAS DO NEOLIBERALISMO E DA GLOBALIZAÇÃO	174
5.2	A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA	179
5.3	RESPONSABILIDADE SOCIAL: MUITO ALÉM DA FILANTROPIA	187
5.4	RECURSOS, CAPTAÇÃO OU REAPROVEITAMENTO?	200
5.5	O ADVENTO DAS LEIS DE RESPONSABILIDADE SOCIAL	202
5.6	ÉTICA E TRANSPARÊNCIA	207

CAPÍTULO 6 – O TERCEIRO SETOR E O TRANSINDIVIDUALISMO

6.1	O DIREITO COMO CIÊNCIA	213
6.2	O NOVO CONSENSO SOCIAL	223
6.3	O TERCEIRO SETOR COMO FONTE SOCIAL DO DIREITO	227

	CONCLUSÕES	235
--	-------------------	------------

	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	241
--	-----------------------------------	------------

INTRODUÇÃO

O advento do Terceiro Setor no período contemporâneo está imerso na civilização, e com ela vem-se estruturando e evoluindo, desde o surgimento da sociedade organizada.

O interesse mundial por essa matéria vem crescendo mais acentuadamente desde o fim da década de 70. Os anos 80 e 90 foram responsáveis pelos novos contornos das instituições componentes do Terceiro Setor, refletindo as peculiaridades de cada país, espalhando seus efeitos e influenciando nas novas conformações dos Estados e dos Mercados. Globalmente, os vocábulos caridade, mecenato e assistência não mais se referem às iniciativas e interesses desse setor renascente. A nova roupagem do Terceiro Setor traz consigo o ideal de transformar desafios em oportunidades balizado nos conceitos de “empoderamento”, sustentabilidade, responsabilidade social, participação em redes, redimensionamento dos espaços públicos, democracia e cidadania.

Interessante constatar que, à parte este novo delineamento, na história da humanidade, missões religiosas, culturais e étnicas têm sido protagonistas presentes em todos os grupos sociais organizados desde o seu nascedouro, havendo quem afirme que o Terceiro Setor é, em verdade, o primeiro, pois antes do Estado e do Mercado, as entidades beneficentes já existiam nos mais diversos modelos de organização social¹.

O ressurgimento do Terceiro Setor no Brasil, fortalecido, articulado, não mais arraigado às instituições religiosas, surge no fim dos anos 70, com a crescente

¹ “Pode-se dizer ainda deste Terceiro Setor que realmente é o primeiro setor. É preciso compreender que, quando se estabelece a civilização, em primeiro lugar, estabelece-se a comunidade (o capital social), depois surge o comércio e o governo: a comunidade sempre vem primeiro. Neste século, invertemos o raciocínio e passamos a crer numa idéia bizarra de que, de início, criamos um mercado forte, pois isso ajuda a construir uma comunidade forte. Isso é completamente falso. Antes, surge a comunidade; posteriormente, começa-se a comerciar, aparece o mercado, depois surge o governo.” Jeremy Rifkin “Identidade e natureza do Terceiro Setor” in IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: Desenvolvimento Social Sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 21. Rajesh Tandon afirma, em seu artigo “*La Sociedad Civil es el Primer Sector*” publicado em 1995 na revista *Tercer Sector* nº 2 de Buenos Aires, que “a sociedade civil é o primeiro setor, já que as organizações sociais e sem fins lucrativos apareceram muito antes dos Estados ou das empresas.”

imobilização governamental na área social, aliada à falência do Estado na prestação de serviços públicos de qualidade em todas as esferas do Poder e à crise fiscal² enfrentada pelo país a partir dos anos 80. Sua consolidação deu-se nos anos 90, principalmente em razão dos movimentos sociais³ e comunitários de base, da queda da ditadura, e do conseqüente restabelecimento da democracia, culminando na abertura da economia, do mercado brasileiro.

Sendo o Primeiro Setor o Estado, e o Segundo Setor o Mercado, cobertas, estão, sob o manto do Terceiro Setor, todas as organizações privadas que desempenhem funções públicas ou que buscam objetivos que beneficiem a sociedade como um todo.⁴ Entretanto, da definição acima se depreende o inevitável questionamento

² “Na América Latina a crise fiscal do Estado tem cinco ingredientes: a) o déficit público; b) a poupança pública negativa ou muito pequena; c) uma dívida pública - externa e interna - excessivamente grande; d) a falta de crédito do Estado, expressa na sua incapacidade de constituir uma dívida pública interna voluntária ou no prazo excessivamente curto dessa dívida (o overnight); e e) a falta de credibilidade dos governos (que não deve ser confundida com a falta de crédito do Estado). O déficit público e a insuficiência da poupança pública são características de fluxo da crise fiscal, enquanto que o tamanho da dívida pública é um problema de estoque. O componente de estoque da crise fiscal é essencial. A falta de crédito e de credibilidade são problemas psicossociais diretamente relacionados com as três características reais anteriores, mas que possuem um certo grau de autonomia em relação a elas. Um país pode ter um déficit público elevado e uma dívida pública também elevada, mas seu Estado pode ainda não ter perdido o crédito e seu governo a credibilidade. É o caso atual dos Estados Unidos e da Itália, onde ainda não se pode falar de uma crise fiscal propriamente dita.” BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *A Crise da América Latina: Consenso de Washington ou Crise Fiscal?* Aula magna no XVIII Encontro Nacional de Economia da Associação Nacional de Centros de Pós-Graduação em Economia (ANPEC), proferida em Brasília em 4 de dezembro de 1990.

³ “Os movimentos sociais, entendidos como um tipo de ação coletiva orientada para a mudança, em que uma coletividade de pessoas ou uma massa descentralizada é dirigida, de modo não-hierárquico, por um ator social, vêm tendo um importante papel na história recente.” MUNK. Gerardo L. *Actor Formation, Social Coordination, and Political Strategy: Some Conceptual Problems in the Study of Social Movements* tradução: Vera Pereira. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1997.

⁴ “O Primeiro Setor conta com mecanismos burocráticos e busca uma concordância forçada de toda a sociedade para com as decisões do governo, que usa de seu papel regulador e responsável pelo cumprimento das decisões legais. As decisões são tomadas por administradores e burocratas eleitos de acordo com políticas, e/ou princípios e critérios técnicos, seguindo objetivos políticos dos detentores do poder. O setor governamental tem uma série de vantagens relativas ao cumprimento de suas obrigações. Particularmente pelo seu poder em estabelecer políticas públicas, incluindo aquelas que mais diretamente afetam o processo de desenvolvimento. O Segundo Setor conta com os mecanismos do mercado para participar do processo de desenvolvimento. As decisões são deixadas para os indivíduos, que calculam a vantagem privada sem referência explícita a interesses mais amplos ou aos bens públicos. O setor privado é geralmente o maior setor em qualquer país. Ele abrange os produtores agrícolas, microempresários, industriais, comerciantes, banqueiros e outros, cujas atividades principais consistem em produzir mercadorias e serviços, gerando assim emprego, produção, renda. O Terceiro Setor refere-se a um conjunto de iniciativas *privadas com fins públicos*. Essas iniciativas podem ser observadas através de movimentos, associações e organizações não governamentais – ONGs. Este setor confia mais nos mecanismos voluntários, de solidariedade humana, apelando para o senso de interesse público. Para a comunidade, a sustentabilidade de qualquer processo de desenvolvimento confia muito na capacidade de reconhecer e encorajar o senso de trabalho voluntário de seus membros.” Marcos Kisil,

proposto por Rubem César Fernandes: “Sendo tantos e tão variados os componentes desse Terceiro Setor, que sentido há em agrupá-los, todos, sob um mesmo nome?”⁵

Marcos Kisil, ao tratar da evolução do Terceiro Setor sob a ótica do desenvolvimento, demonstra que a “pedra de toque” desse setor são as pessoas, seja consideradas individualmente em suas manifestações espontâneas, seja analisadas sob o ponto de vista coletivo, em suas relações uns com outros ou em suas interações com o ambiente, seja, ainda, avaliadas pelos resultados transindividuais ou pelas externalidades⁶ difusas dessas relações e interações.

O processo de desenvolvimento, segundo o citado autor, deve ser sustentado por mecanismos de interação e complementaridade entre os três setores da sociedade, sempre buscando maior eficiência e eficácia⁷ na geração e uso dos recursos humanos e materiais disponíveis.

Essas relações de cooperação, colaboração e coordenação⁸ devem ocorrer horizontalmente entre as diversas instituições componentes dos três setores, para

“Organização Social e Desenvolvimento Sustentável: Projetos de Base Comunitária” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Págs. 136 e 137.

⁵ Rubem César Fernandes, “O que é o Terceiro Setor?” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 27.

⁶ Conceito econômico: externalidades são os efeitos, positivos ou negativos - em termos de custos ou de benefícios - gerados pelas atividades de produção ou consumo exercidas por um agente econômico e que atingem os demais agentes, sem que estes tenham oportunidade de impedi-los ou a obrigação de pagar por eles. Portanto, as externalidades se referem, não aos resultados das ações, controláveis e passíveis de avaliação por meio dos indicadores adequados a cada objetivo de pesquisa, mas aos impactos de uma decisão sobre aqueles que não participaram dessa decisão. Um exemplo de externalidade negativa é a poluição; um exemplo de externalidade positiva é o desenvolvimento econômico de um país. (nota da autora)

⁷ Segundo Peter Drucker, eficiência é executar corretamente um processo de boa qualidade, em curto prazo, com o menor número de erros possível. Já a eficácia está ligada ao objetivo a ser atingido, à relação entre os resultados previstos e os almejados, com o máximo aproveitando das oportunidades oferecidas. DRUCKER, Peter. *Administração de Organizações Sem Fins Lucrativos*. São Paulo: Thomson Pioneira, 2005.

⁸ “Cooperação é, no sentido mais amplo, uma atitude ou uma postura. Ela impõe um reconhecimento positivo da necessidade algum nível de interação que favorece a “causa” de se trabalhar juntos. É um pré-requisito crucial para mover-se mais adiante, mas representa o nível mais básico de compromisso e geralmente é mais discurso que ação; Colaboração implica relacionamento efetivo de trabalho, uma parceria na qual dois ou mais grupos estão fazendo algo juntos, mas mantendo sua independência, já que cada um está buscando a realização de seus próprios interesses; e Coordenação sugere também um processo efetivo de trabalho conjunto, porém com perda de independência das organizações participantes. O trabalho conjunto exige a definição de parâmetros comuns. Cada organização decide sacrificar seus interesses e benefícios

garantir a distribuição equitativa desses mesmos recursos. Assim, em que pesem as diferenças de áreas de atuação, formas de organização e objetivos dentre as diversas instituições do Terceiro Setor, todas, a seu modo, complementam as ações do Estado e responsabilizam socialmente as ações do mercado, enaltecem as manifestações individuais e encorajam as formas de participação coletiva, projetando uma visão integradora da qualidade da vida, da primazia do bem-estar de todos.

Buscando comprovar tal constatação, Robert Putnam⁹ realizou estudo comparativo acerca do desenvolvimento econômico das várias regiões da Itália e concluiu que o desempenho econômico superior da região central daquele país, entre os anos 80 e 90, deveu-se às tradições e envolvimento cívico praticado espontaneamente pelos habitantes daquela região. O Professor observou, durante sua pesquisa, que o desenvolvimento econômico depende das instituições civis, isto é, que não é a economia que dirige a vida cívica, mas sim a consciência e a prática cidadãs que norteiam o progresso econômico.¹⁰ Concluiu que é a participação que estimula a cooperação, ou seja, quanto maior a capacidade dos cidadãos de criarem vínculos recíprocos de confiança, maior o número de relações interpessoais e interações com o meio naquela determinada sociedade, ou seja, maior o volume de capital social.

O componente democrático do Estado é associado à formação do governo, do povo para o povo. A partir da década de 50 surge a preocupação com uma democracia mais completa que transponha a eleição dos representantes políticos, para expressar-se no modo de tomada de decisão dos eleitos. O valor da democracia passou a ser o modo pelo qual as decisões são tomadas e executadas.

O argumento fundamental de Robert Putnam é que o funcionamento das instituições democráticas está condicionado à existência de uma sociedade civil

particulares pelos interesses comuns, como é definido pelos membros da coalizão.” Marcos Kisil, “Organização Social e Desenvolvimento Sustentável: Projetos de Base Comunitária” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Págs. 146 e 147.

⁹ PUTNAM, Robert. *Comunidade e Democracia*. 8ª edição. São Paulo: FGV, 2005.

¹⁰ “As possibilidades de desenvolvimento socioeconômico na região, durante esse século, dependeram menos de sua vocação socioeconômica inicial do que de sua vocação cívica.” PUTNAM, Robert. *Comunidade e Democracia*. 8ª edição. São Paulo: FGV, 2005.

ativa e vibrante, cujo engajamento cívico mobiliza coletivamente a sociedade acerca de temas públicos, criando um círculo virtuoso de valorização de práticas democráticas e de suas instituições. Nessa lógica, a sociedade organizada precede um regime democrático eficiente, eis que os mecanismos de mobilização espontâneos são mais eficientes e culturalmente duradouros. Na visão de Putnam, instituições criadas exogenamente e impostas pelo Estado podem gerar efeitos perversos, que não só não ajudam na emancipação da comunidade, mas, ao contrário, debilitam a propensão de engajar-se em movimentos sociais. Segundo a teoria do capital social, os indivíduos civicamente engajados são mais confiantes uns nos outros, mais tolerantes, otimistas havendo reciprocidade nas formas de ação coletiva.

Quanto à interferência estatal na sociedade civil, que segundo Putnam, leva a prejuízos para a formação do capital social, discorda Sidney Tarrow. Para o autor a visão de Putnam é reducionista, pois o Estado pode ter papel positivo na geração de ação coletiva independente na sociedade civil. A intervenção estatal pode, em certos casos, estimular o engajamento cívico, principalmente quando relacionada à garantia de direitos e liberdades, ao fomento de atividades socialmente relevantes, à participação e oportunidades políticas aos grupos sociais.

Em interessante paralelo, indaga Jeremy Rifkin: “Qual é a diferença entre o capital social e o capital de mercado?” E responde: “Adam Smith elabora a melhor definição do capital de mercado. Cada indivíduo maximiza seus próprios interesses no mercado e isso faz com que os interesses da comunidade avancem. Essa é a filosofia tradicional. O capital social está baseado numa teoria completamente diferente. Cada pessoa dá de si para a comunidade, otimizando o bem-estar desta e, portanto, otimizando os interesses pessoais de cada indivíduo. Portanto, precisa-se tanto do capital de mercado como do capital social. Um equilibra o outro.”¹¹

¹¹ Jeremy Rifkin, “Identidade e natureza do Terceiro Setor” in IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). 3º Setor: desenvolvimento social sustentado. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 20.

Neste diapasão, conclui Lester Salamon que “... longe de ser ineficiente, o Terceiro Setor, ao criar capital social, parece mais decisivo para o progresso econômico, quando não para a democracia, que o capital humano ou o capital físico. Talvez represente, pois, o melhor investimento que um país possa fazer”¹², ao que arremata Bernardo Kliksberg: “... o desenvolvimento do capital social requer um Estado que o proteja e promova ativamente as sinergias.”¹³

A crise do Estado de Bem-Estar Social (“Welfare State”) demonstrou ao mundo a necessidade de reconstrução do aparelho estatal, concentrando nele, apenas, as funções estratégicas, viabilizando um redesenho institucional e o desenvolvimento de suas capacidades gerenciais do Estado, com o objetivo de concretizar as funções que se lhes atine com mais eficiência. Nas palavras de Silvio Luís Ferreira da Rocha, há uma erosão do modelo atual de Estado, “... que rompe com o consenso intervencionista e impulsiona a transformação da Administração Pública, que perde sua configuração impositiva e burocratizada e ganha feição consensual e gerencial, (...) substitui o mecanismo clássico da coerção pelo da colaboração e produz um sistema de gestão pública (...)”.¹⁴

Constata-se, então, a gradativa aproximação dos três setores da sociedade, Estado, mercado e Terceiro Setor para, juntos, desempenharem funções públicas de interesse geral. Forçoso observar, porém, que não se trata de um processo de substituição do Estado pela iniciativa privada, mas de relação de coresponsabilização no desempenho das atividades primordialmente estatais pelos particulares, para auxiliá-lo a cobrir as lacunas, a redimensionar os espaços públicos de comunicação, a exercer melhor suas funções, fomentando e atendendo as demandas das áreas socialmente mais carentes.

¹² Lester Salamon, “Estratégias para o Fortalecimento do Terceiro Setor” in IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 99.

¹³ KLIKSBURG, Bernardo. *Repensando o Estado para o Desenvolvimento Social: superando dogmas e convencionalismos*. Coleção Questões da Nossa Época vol. 64. São Paulo: Cortez, 1998. Pág. 47. “O capital social compreende a confiança, a capacidade de associatividade de uma sociedade, a consciência cívica e seus valores éticos predominantes. Têm correlações entre capital social e crescimento econômico de médio e longo prazo, entre capital social e saúde pública, entre capital social e bom funcionamento do Estado, entre capital social e governabilidade democrática. É uma forma de capital que não entrava na análise econômica ortodoxa, mas estava presente na realidade e hoje tem plena legitimidade nas ciências do desenvolvimento.” www.rivoluntario.org.br

¹⁴ ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Temas de Direito Administrativo. Terceiro Setor*. (Org. Celso Antônio Bandeira de Mello). São Paulo: Malheiros, 2003.

A prestação de serviços públicos, entretanto, não é a função única do Terceiro Setor, visto que dentre os principais objetivos almejados estão a advocacia de direitos, o empoderamento, a conscientização e difusão da cidadania, a criação de um ambiente de exercício efetivo da democracia, a influência nas chamadas políticas públicas, a viabilização da participação horizontal nas decisões, o incentivo às práticas mercadológicas socialmente responsáveis, o controle coletivo dos resultados, a proliferação e absorção transindividual das externalidades e dos impactos.¹⁵

Por se tratar de fenômeno que desperta interesse em todo o mundo, e levando-se em consideração a ausência de uniformidade terminológica, circunstância comum no processo de sistematização de um conjunto de conhecimentos, a tradução de termos estrangeiros e adoção de alguns neologismos serão inevitáveis ao longo do presente estudo, para que possamos traçar com precisão as linhas mestras que conduzem esta pesquisa. É o caso do anglicismo “empowerment” ou “empoderamento”¹⁶, que se traduz na soma da apreensão de idéias ao aprendizado com as ações, para resultar na manifestação espontânea e pró-ativa dos cidadãos em prol do bem comum, que, por sua vez, implicará na multiplicação dessas manifestações, que gerarão novas apreensões e aprendizados, replicando-se aperfeiçoadamente, possibilitando, assim, o que podemos chamar de emancipação individual, paralelamente à conscientização do controle social transindividual pelos cidadãos.¹⁷

E essas demonstrações espontâneas de comprometimento com o interesse comum replicam-se escalonadamente num sistema de capilaridade pluridimensional, que

¹⁵ “É função do Terceiro Setor, no seu conjunto, construir formas de intervenção social democráticas, que convertam os atores sociais em sujeitos sociais, ou seja, em cidadãos.” José Bernardo Toro, “O Papel do Terceiro Setor em Sociedades de Baixa Participação” in IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 36.

¹⁶ “Enquanto a filantropia legitimamente se debruça sobre a melhoria da qualidade de vida, as questões que mobilizam o Terceiro Setor são as de *empowerment*, que no espanhol é ‘empoderamento’ e que em português está por ser inventado.” IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. IV

¹⁷ Segundo Nelly Stromquist os parâmetros do empoderamento são a construção de confiança individual positiva, o desenvolvimento do pensamento crítico, a coesão coletiva, a promoção da tomada de decisões e as ações. La Búsqueda del Empoderamiento: En qué puede contribuir el campo de la educación? in LEÓN, Magdalena (comp.). *Poder y Empoderamiento*. Colômbia: TM Editores, 1997.

lhes garante liberdade completa de manifestação, de realização de ações e avaliação dos resultados, de disseminação de ideologias e assimilação dos impactos. O dinamismo e a sinergia são essenciais para a proliferação das ideologias, do envolvimento dos atores sociais e das ações que movem o Terceiro Setor. Esse dinamismo sinérgico de fluxo e refluxo de informações, a ampla e irrestrita participação de todos e o sentimento de fazer parte¹⁸ individualmente, sem perder a consciência coletiva, propiciam a construção dos meios de comunicação multidirecional, das redes sociais.

Para não perdermos essa idéia de movimento com fluidez, combustível indispensável às ações do Terceiro Setor, usaremos, nesse trabalho, os termos transindividual e metaindividual como sinônimos. Tendo em vista que, etimologicamente, o prefixo “trans”, de origem latina e o prefixo “meta”, de origem grega, significam: além de, através ou mudança, julgamos mais adequada sua adoção em detrimento do vocábulo supraindividual, cujo prefixo “supra”, tanto de origem latina como grega, significa: posição superior ou excesso, o que imprime uma noção estática, incompatível com a vitalidade das relações sociais em cotejo.

O Terceiro Setor se forma, portanto, de entidades ou iniciativas privadas que se tornam parceiras do Estado e influenciadoras do Mercado na função de agentes da provisão social. Como porta voz das idéias e demandas da sociedade civil, participante das decisões democráticas de políticas públicas, agente motivador do empoderamento e da consciência cidadã, animador de redes sociais, fiscalizador das práticas socialmente responsável pelo Mercado e viabilizador das ações estrategicamente planejadas pelos protagonistas sociais.

Esse caráter intermediário, que possibilita complementar os serviços sociais públicos e participar das decisões estatais, bem como exigir ou rechaçar comportamentos corporativos, sempre orientado para o escopo maior de consolidação e exercício efetivo de direitos de interesse geral da sociedade na busca pelo bem comum é que confere destaque ao Terceiro Setor. Nas palavras de

¹⁸ “pertença cidadã” Rubem César Fernandes, “O que é o Terceiro Setor?” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 27.

Carlos Montaña: “a pujança com que renasce este fenômeno e o novo formato que vem assumindo, sobretudo no que tange à sua interface com o Estado e o mercado, autorizam que se justifique a retomada deste debate de forma autonomizada. É neste sentido que se expressa a novidade do tema.”¹⁹ Esta é a “etapa de afirmação de uma novidade, o que implica enfatizar sua autonomia e relevância”²⁰ completa Ruth Cardoso.

A missão do Terceiro Setor é possibilitar que a sociedade assuma a posição de protagonista dos próprios interesses, que as pessoas se conscientizem e se assenhem de seus direitos e deveres sociais, sejam condutoras do seu próprio destino.

A importância do “empoderamento” é demonstrada por Jeremy Rifkin ao afirmar que “O problema do Terceiro Setor é que ainda não tem consciência de sua condição. Falta-lhe uma identidade. Sem identidade não há poder. Sem poder, não há como o Terceiro Setor tratar como iguais o mercado e o governo; e enquanto isso não acontecer, não poderá começar a lidar com os problemas que a sociedade civil enfrenta em seus respectivos países.”²¹

Da mesma forma que o Terceiro Setor nasce de uma nova estruturação do Estado, para nós Estado-Empreendedor, em contraposição ao Estado Mínimo (Estado Liberal) e ao Estado Provedor (“Welfare State”) e da nova conformação socialmente responsável do Mercado, surge, na esfera jurídica, essa nova categoria de direitos, advinda do questionamento da doutrina à concepção dicotômica clássica do Direito preconizada por Renato Alessi: público e privado.

¹⁹ MONTAÑO, Carlos. *Terceiro Setor e Questão Social. Crítica ao padrão emergente de intervenção social*. São Paulo, Cortez, 2002. Pág. 19.

²⁰ Ruth Cardoso, “O Fortalecimento da Sociedade Civil” in IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997.

²¹ Jeremy Rifkin, “Identidade e natureza do Terceiro Setor” in IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 20.

Rubem César Fernandez ressalta que “(...), no lugar do pensamento dicotômico, dividido entre interesses particulares e públicos, recupera-se o valor da tríade, afirmando-se a presença constante e eficaz de uma terceira possibilidade.”²²

A presente dissertação tem o objetivo de aprofundar os conhecimentos do Terceiro Setor apreendidos pelos sociólogos, economistas, antropólogos, analistas políticos, para introduzi-los na esfera jurídica como fundamento do transindividualismo. Nosso estudo consiste na proposta de apresentação sistemática de uma teoria geral do Terceiro Setor, buscando enfrentar os questionamentos e apontar as soluções, para demonstrar o elo existente entre o Terceiro Setor e o metaindividualismo na seara jurídica acadêmica.

Ao longo do texto, notar-se-á a inserção de elementos informacionais advindos dos mais diversos campos do conhecimento, ficando patente que a apresentação e discussão do tema, isoladamente considerado, distante de sua confrontação, e mesmo, composição com os institutos do Direito, far-se-á por meio de signos extrajurídicos. Essa metodologia se explica em razão de os estudos, teorias e conceitos acerca do Terceiro Setor serem, quando não escassos, de certa forma segmentados, conforme declinamos no início dessa apresentação.

Não é nosso intento estabelecer uma redução temático-terminológica, com vistas à uniformização semântica. Ao contrário, é justamente na pluralidade de Ciências que arregimentou o Terceiro Setor e à cadeia fenomênica que acompanha sua incontestante produção cognoscitiva, que encontramos terreno fértil para estudar interdisciplinarmente o assunto, tendo como parâmetro as pessoas, razão primeira e final da existência do Estado e do mercado e meio inteligente e gerador dos fatos sociais. Nesse sentido, adotaremos a nomenclatura “Terceiro Setor”, para o fenômeno a ser estudado, sem desmerecer outras terminologias livremente adotadas por diversos autores²³. Adoção desse termo em detrimento de outros se

²² FERNANDES, Rubem César. *PRIVADO PORÉM PÚBLICO*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002. Pág. 25.

²³ Colecionamos, de diferentes culturas internacionais, os termos utilizados para designar o chamado “Terceiro Setor”: setor de caridade (denominação antiga e tradicional para o setor não-lucrativo, que enfatiza o aporte de doações privadas; muito contestada pela conotação negativa e pejorativa dada ao termo *caridade*), setor independente (destaca a importância do papel desempenhado pelas organizações que se mantêm equidistantes da esfera do governo e do setor comercial; críticos atestam ser inegável que o setor *depende* de recursos provenientes dos setores

deve ao fato de ser ele o mais difundido entre nós, bem como para diferenciá-lo da expressão sociedade civil, que não pode ser-lhe considerada sinônima. Sociedade civil, como teremos oportunidade de transcorrer mais detidamente em capítulo próprio, é vocábulo com definição diversa do que adotaremos como Terceiro Setor.

A evolução do Direito deve ocorrer como conseqüência da busca pela equidade, o que, na visão aristotélica, encontra eco na noção do justo, não havendo Justiça maior do que aquela mantida e, às vezes, restaurada, em uma sociedade composta de entes que, ciosos de sua importância singular, acoplam-se estruturalmente com o intuito de criarem redes, como um grande organismo vivo, capazes de, uma vez sustentadas por um sistema democrático participativo, alçarem as pessoas à sua condição final em sociedade: cidadãos, inofensivamente detentores de um poder que não lhes foi conferido ou ficcionalmente atribuído, mas gestado e espontaneamente exercido, embora concebido exogenamente. Cabe ao Terceiro Setor marcar insuficiências, pressionar limitações e ampliações socialmente benéficas, denunciar excessos nocivos e assimilar inovações para direcioná-las às diversas áreas de atuação.

Num momento histórico “envolvendo a um só tempo uniformidade e diferenciação, integração e fragmentação, continuidade e ruptura, codificação e deslegalização, controles diretos e controle indiretos, formalismo e informalismo, disciplina e punição acumulação de riquezas e regulação privada, ordem jurídico-positiva estatal nacional e ordens normativas autônomas infranacionais e supranacionais, etc. (...) cada vez mais o tipo de reflexão jurídica até agora prevaiente na formação dos operadores do direito se mostra incapaz de interpretar, em seus próprios termos, fatos inéditos; (...) As dificuldades atualmente enfrentadas pela dogmática jurídica parecem configurar uma situação

lucrativos da sociedade), setor voluntário (ênfatisa-se o trabalho dos cidadãos voluntários muito ativos no cotidiano das organizações, porém o voluntariado vem sendo gradativamente substituído pelo trabalho de profissionais remunerados e especializados, ONG (muito freqüente nos países em desenvolvimento), economia social (aproximação com a definição de Terceiro Setor, apesar de, muitas vezes, arrastar para campos antagônicos), filantropia (processo intencional de ação, serviço ou doação de caráter voluntário; conjunto de comportamentos que têm por objetivo promover serviços humanitários, esfera de atividade institucional; modernamente chamado responsabilidade social ou filantropia empresarial), o que confunde e dificulta sobremaneira as pesquisas que buscam estabelecer conceitos ou parâmetros de conceituação.

onde as várias alternativas a ela propostas, (a) ou retomam importantes controvérsias e posicionamentos de um passado que se julgava inteiramente superado, ou (b) propõem questões inéditas que somente podem ser enfrentadas por meio de análises a um só tempo sociológicas, políticas e econômicas. (...) Períodos históricos como esse, quando passa a ser trivial lamentar a ausência de regras e questionar o conteúdo, a forma, o alcance e a fronteira da ciência, são também momentos bastante ricos e criativos de catarse e de autocrítica. São, em outras palavras, momentos de *revolução paradigmática*.²⁴

É nesse contexto que se desenvolveu o presente trabalho, buscando transformar o desafio da investigação sobre a quebra de paradigmas em oportunidade de contribuir e, porque não, participar da revolução científica²⁵ preconizada por Thomas Kuhn.²⁶

CAPÍTULO 1 – TERCEIRO SETOR

1.1. O TERCEIRO SETOR: SOBREVÔO PELO MUNDO

A solidariedade é valor inerente ao ser humano. Assim, a prática da ajuda ao próximo existe desde o nascedouro de toda e qualquer forma social. A primeira organização formal sem fins lucrativos de que se tem notícia é o Harvard College nos Estados Unidos, criado por um ato da Comunidade de Massachusetts em meados do séc. XVII, beneficiando-se de um imposto especial sobre cereais levantado precipuamente para sua manutenção. Outro dado histórico é que o governador e diversos membros da Assembléia de Connecticut integravam o conselho do Yale College até meados do século XIX. Ademais, dois terços da verba governamental empregada na assistência aos pobres de Nova York, durante a década de 1890, iam para grupos privados de ação voluntária.

²⁴ FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002. Pág. 47.

²⁵ Para Thomas Kuhn, a revolução científica é fenômeno que traz novos paradigmas para a Ciência, o que, por sua vez, contribui para o seu próprio progresso.

²⁶ KUHN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago: Chicago University Press, 1980.

Alexis de Tocqueville, em viagem à América, observara em 1840 que “Os americanos de todas as idades, de todas as condições, de todos os espíritos, estão constantemente a se unir. Não só possuem associações comerciais e industriais, nas quais todos tomam parte, como ainda existem mil outras espécies: religiosas, morais, sérias, fúteis, muito gerais e muito particulares, imensas e muito pequenas; os americanos associam-se para dar festas, fundar seminários, construir hotéis, edificar igrejas, distribuir livros, enviar missionários aos antípodas; assim também criam hospitais, prisões e escolas. Trata-se, enfim, de trazer à luz ou se desenvolver um sentimento pelo apoio de um grande exemplo, eles se associam. Em toda parte onde, à frente de uma empresa nova, vemos na França o governo e na Inglaterra um grande senhor, tenhamos a certeza de perceber, nos Estados Unidos, uma associação.”²⁷

Sobre a relação do governo com as associações sugeria John Stuart Mill, em 1859, que “O que o Estado pode utilmente fazer é tornar-se um depósito central da experiência resultante dos muitos ensaios e um ativo fator de circulação e difusão. O que lhe compete é habilitar cada experimentador a se beneficiar das experiências alheias, ao invés de não tolerar outras experiências senão as próprias.”²⁸

Também no Brasil as práticas filantrópicas, assistencialistas ou de solidariedade não são realidade nova, mas tradicionalmente precárias e pontuais. O fenômeno recente, que se observa de chama atenção, não só entre nós mas em todo o mundo, é a consciência, a unidade e perenidade que essas ações vêm ganhando junto às sociedades globais.

Luiz Eduardo Soares lembra bem que empresas, igrejas e entidades diversas investem há décadas em iniciativas de impacto social. “Para usar uma fórmula caricata e grosseira, mas didaticamente útil: a própria sobrevivência de amplas camadas da sociedade brasileira parece inexplicável, quando lemos os dados relativos a renda e sua absurda distribuição, sem atentar para os laços e canais invisíveis que se estabeleceram e consolidaram, ao longo dos anos, propiciando

²⁷ TOCQUEVILLE, Alexis. *A Democracia Na América*. Vol 2. São Paulo/Belo Horizonte: Edusp/Itatiaia, 1977. Pág. 391.

²⁸ MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Petrópolis: Editora Vozes, 1991. Pág. 153.

fluxos imperceptíveis de recursos dos mais diferentes tipos, em direções insuspeitadas, criando condições mais humanas e suportáveis pra muitos grupos marginalizados e redefinindo o pacto social, reinvestindo na sociabilidade, lançando pontes para a integração ecumênica no campo da cidadania, revalorizando redes e conexões transversais, infundindo renovada e oblíqua legitimidade nas instituições públicas.”²⁹

O despertar do interesse pelos fenômenos e movimentos sociais a partir da década de 70 em todo o mundo deveu-se, principalmente, à crise do Estado, com as conseqüentes propostas de seu redirecionamento, ou readequação, às novas realidades e demandas sociais.

O “Welfare State”, ou Estado Provedor foi o fenômeno mundial de predominância da concentração de poderes num Estado forte como resposta intervencionista ao excessivo liberalismo, típico do Estado Mínimo. O Welfare State “Em termos gerais, representou um esforço de reconstrução econômica, moral e política. Economicamente, significou o abandono da ortodoxia da pura lógica de mercado em favor da exigência de extensão da segurança do emprego e de ganhos como direitos da cidadania; moralmente, a defesa das idéias de justiça social, solidariedade e universalismo. Politicamente, o ‘welfare state’ foi parte de um projeto de construção nacional, a democracia liberal, contra o duplo perigo do fascismo e do bolchevismo. Muitos países se autoproclamam ‘welfare state’, não tanto por designarem desse modo as suas políticas sociais, quanto por promoverem uma integração social nacional.”³⁰

O Estado do Bem-Estar Social parecia a contraposição certa ao Estado Liberal de meados de 70. Entretanto, decorridos aproximadamente trinta anos da sua instituição, o modelo do Estado Provedor se mostrou incapaz de atender aos anseios sociais. Contrariamente ao que se acreditava, a máquina estatal tornara-se lenta e exageradamente burocrática. Os altos custos de sua manutenção não se

²⁹ SOARES, Luiz Eduardo. *Muito Além do Mercado*. Prefácio da obra de COELHO, Simone de Castro Tavares. *Terceiro Setor*. 2ª edição. São Paulo: Senac, 2000. Pág. 12.

³⁰ Gosta Esping-Andersen “O futuro do welfare state na nova ordem mundial”, em Lua Nova Revista de Cultura Política nº 35, 1995 citado por COELHO, Simone de Castro Tavares. *Terceiro Setor*. 2ª edição. São Paulo: Senac, 2000. Pág. 23.

refletiam em eficiência na prestação de serviços e a intervenção estatal nas diversas áreas, especialmente na econômica, começaram a emperrar o Mercado e frustrar a sociedade civil.³¹

A crise “Welfare State” impôs a busca mundial por novos caminhos para o desenvolvimento social, surgindo propostas de transformação e reforma do Estado, de realocação das funções estatais e dos atores sociais que com ele interagem. A diminuição da intervenção estatal no mercado e o incremento dos esforços da sociedade por mecanismos democráticos efetivos exigiam um Estado mais diretivo e fiscalizador, enxuto, descentralizado, com instituições mais ágeis e desburocratizadas.

Nessa reconstrução estatal, que ultrapassa os limites estruturais, operacionais e funcionais do Estado, o Terceiro Setor tem papel fundamental, na medida em que os problemas sociais passam a integrar a consciência dos cidadãos, que se assenhoram do poder e dos ideais democráticos e que, por meio da participação popular nas decisões sobre os rumos da nação, assumem a condução dos seus próprios destinos. Não há mais que se esperar ou reclamar tudo ao Estado, para este intervenha e resolva, a seu modo, as novas demandas sociais. Afinal, todo poder emana do povo, e é ao povo que cabe ditar o norte a ser seguido, tanto pelo Estado, como pelo mercado. Essa, em nossa opinião, uma das funções precípuas do Terceiro Setor.³²

Nos Estados Unidos, as vertentes de discussão sobre reformas nas políticas públicas defendem o estreitamento da relação entre o setor governamental e instituições pertencentes ao Terceiro Setor, como um dos caminhos possíveis de

³¹ “Nesse sentido, a literatura contemporânea tem se esforçado para repensar o papel do Estado e sua participação no desenvolvimento social. É evidente que a crise mundial de uma concepção de Estado – mais conhecida como ‘welfare state’ – na qual se configuram governos centralizados e burocratizados, com política social expressiva e serviços padronizados que têm por meta suprir as necessidades sociais da população.” COELHO, Simone de Castro Tavares. *Terceiro Setor*. 2ª edição. São Paulo: Senac, 2000. Pág. 29.

³² “No entanto, repensar as funções do Estado implica também rever as funções dos atores que com ele interagem. Assim, passa a ser cobrado do mercado mais participação e contribuição para a solução das questões sociais. Esforços provenientes de organizações da sociedade civil também são incrementados. É nesse momento que a discussão sobre o possível papel das organizações do terceiro setor volta à baila.” COELHO, Simone de Castro Tavares. *Terceiro Setor*. 2ª edição. São Paulo: Senac, 2000. Pág. 38.

superação da crise do Estado Provedor. Como interlocutor da sociedade e mediador entre Estado e mercado, o Terceiro Setor é assumido parte ativa no processo de solução dos problemas sociais.

Lester Salamon lembra que “Há um século e meio, o francês Aléxis de Tocqueville visitou uma nação nova chamada Estados Unidos da América para descobrir como a democracia poderia funcionar em área tão extensa. O pré-requisito mais importante, concluiu ele, era a atuação de associações privadas, ou seja, aquilo que hoje denominaríamos o Terceiro Setor”³³ E complementa “Quero crer que o fato de isso estar acontecendo agora, não seja acidental. Reflete uma confluência inusitada de desenvolvimentos históricos ocorridos, pelo menos, nas duas últimas décadas: a generalizada perda de confiança na capacidade de o Estado, por si só, gerar o bem-estar social, fomentar o progresso econômico, resguardar o meio ambiente; numa palavra, melhorar a qualidade de vida. Junte-se a isso a extraordinária revolução no setor das comunicações, que abriu novas oportunidades para a auto-organização civil, e ainda o crescimento simultâneo em todo o mundo, inclusive nesta região, do número de cidadãos de classe média dotados de habilidades e motivados para aproveitar essas oportunidades com vistas a criar novos veículos de ação social.”³⁴

Sobre essa revolução no setor das comunicações comenta Jacques Marcovitch que “As inovações tecnológicas recentes acenam para um mundo mais integrado, fraterno e com nível crescente de bem-estar.”³⁵

O colombiano José Bernardo Toro retrata que “Todas as ações do Terceiros Setor são intervenções sociais: buscam modificar modos de pensar e/ou modos de atuar e/ou modos de sentir. Esse conjunto de modificações vai construindo uma pedagogia social (uma ‘paidéia’) que forma culturas ante as mudanças, segundo o enfoque que a referida intervenção tenha. Se a intervenção é assistencialista, cria a

³³ Lester Salamon, “Estratégias para o Fortalecimento do Terceiro Setor” in IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Págs. 109 e 110.

³⁴ Lester Salamon, “Estratégias para o Fortalecimento do Terceiro Setor” in IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Págs. 90 e 91.

³⁵ Jacques Marcovitch, “Da Exclusão à Coesão Social: Profissionalização do Terceiro Setor” in IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 122.

dependência; se é autoritária, cria abaixo auto-estima; se é clientelista, cria uma cultura de adesão; se é democrática, cria cidadania e autonomia.”³⁶

Para o norte-americano Jeremy Rifkin “O problema é que os participantes do Terceiro Setor estão em um *status* neocolonial. Pensam como um setor subjugado. Suplicam ao governo, ao mercado e às instituições filantrópicas para obter verbas. Têm de compreender que o governo está começando a desaparecer da vida das comunidades, que seu papel é cada vez menos importante, que está passando a delegar verbas e programas. O mercado está tornando-se cada vez mais globalizado e não interno. Que vai acontecer com as fundações? A responsabilidade da vida cívica passará a ser delas e do setor não-governamental. Esse é o processo de libertação. Essa liberdade implica uma nova responsabilidade.”³⁷

E o brasileiro Roberto Mangabeira Unger leciona que “O foco do conflito ideológico ao redor do mundo está mudando. A velha disputa entre estatismo e privatismo, comando e mercado está morrendo. Está em processo de substituição por uma rivalidade mais promissora entre as formas institucionais alternativas de pluralismo econômico, social e político. A premissa básica do novo conflito é a de que economias de mercado, sociedades civis livres e democracias representativas podem assumir formas institucionais diferentes com conseqüências radicalmente diferentes para a sociedade.”³⁸

No entendimento do argentino Andrés Thompson “O problema de definir e compreender o que é e para que serve não é, entretanto, exclusivo do ‘Terceiro Setor’. Neste final de século XX, praticamente todas as instituições e ‘setores’ sociais estão enfrentando graves problemas de identidade, no sentido de saber qual

³⁶ José Bernardo Toro, “O Papel do Terceiro Setor em Sociedades de Baixa Participação” in IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 36.

³⁷ Jeremy Rifkin (*Identidade e natureza do Terceiro Setor*) in IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 20.

³⁸ UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracy Realized*. New York: Verso, 1998.

é o seu papel diante das mudanças sociais, políticas, econômicas e globais das últimas décadas.”³⁹

Antonio Miera afirma que “No começo do presente século se manifestaram com toda sua crueldade os graves problemas derivados da Revolução Industrial. O papel do Estado cresce. Os Estados dos países europeus acumulam poder e responsabilidades sociais que nunca antes havia tido.” É “..., nos anos 1920, que a teoria jurídica alemã chega à construção de uma nova personalidade jurídica e se cria expressamente um novo sujeito de direito: a fundação.”⁴⁰, completa o autor espanhol.

E Lester Salamon arremata 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 as crianças talentosas e perseguirem muitos outros objetivos semelhantes.”⁴¹

Em termos absolutos, o Japão possui o segundo maior setor sem fins lucrativos do mundo, são três em cada quatro matrículas universitárias. No Japão o direito de fundar organizações sem fins lucrativos é considerado não como um direito, mas como um privilégio que os ministérios podem conceder ou negar à vontade.

O registro das organizações sem fins lucrativos exige a aprovação do Ministério do Bem-estar Social em Gana. A Lei 32/64 capacita o governo do Egito a

³⁹ Andrés A. Thompson, “Do Compromisso à Eficiência? Os caminhos do Terceiro Setor na América Latina” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 42.

⁴⁰ Antonio Saenz de Miera, “A Organização das Fundações Européias” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 51.

⁴¹ Lester Salamon, “Estratégias para o Fortalecimento do Terceiro Setor” in IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 90.

dissolver sempre que queira organizações do Terceiro Setor. Na África do Sul, em vez de estimular as doações caritativas, as autoridades impõem uma taxa de filantropia.

A incidência das guerras mundiais na Europa⁴² foi decisiva para o surgimento de novas fundações. É nessa época que surgem as grandes fundações européias (Volkswagen, Gulbenkian, Ford, Bosh, Olivetti). Já nos regimes comunistas dos países do leste europeu as fundações desapareceram, por serem incompatíveis com o sistema.

“Da Europa continental vem o predomínio da expressão “*organizações não-governamentais*” (ONGs) cuja origem está na nomenclatura do sistema de representações das Nações Unidas. Chamou-se assim às organizações, que embora não representassem governos, pareciam significativas bastante para justificar uma presença formal na ONU.”⁴³

“Nos países do Leste europeu, a partir de 1989, em muito pouco tempo, ocorreu praticamente a queda da totalidade dos sistemas comunistas. Trata-se de uma mudança espetacular, que não era possível imaginar que ocorresse de uma forma tão rápida e radical. Os países do leste da Europa buscam desde então em seu próprio passado, nos países da União Européia, nas sociedades civis européias, as referências básicas que orientem seu caminho na direção de sistemas democráticos. (...) Porém o comunismo, que contaminou tantos termos, não conseguiu desvirtuar as palavras ‘cívico’ e ‘cidadão’ ... (...) Talvez seja isso o que explique, em grande parte, o florescimento nos últimos anos, com maior ou menor intensidade, das fundações em todos esses países”⁴⁴

⁴² “Na Europa continental, a intervenção do Estado em temas sociais é maior que nos Estados Unidos ou na Inglaterra, e a tradição de iniciativas particulares orientadas para realizar atividades de interesse social ou cultural é, em comparação com esses países, bastante limitada.” Antonio Saenz de Miera, “A Organização das Fundações Européias” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 51.

⁴³ Rubem César Fernandes, “O que é o Terceiro Setor?” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 26.

⁴⁴ Antonio Saenz de Miera, “A Organização das Fundações Européias” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Págs. 57 e 58.

“Nesse sentido, o Estado húngaro adiantou-se aos demais com uma norma de 1987 que reconhece a personalidade jurídica de fundações ... (...) Na Assembléia Geral do Centro Europeu de Fundações, celebrada em Praga em 1993, Olga Havel, esposa do então presidente da República Tcheca, expressou este sentimento com muita clareza: ‘As organizações não-lucrativas são básicas para criar uma sociedade civil democrática; ao deixar todas as responsabilidades nas mãos do Estado, os cidadãos estão se privando do melhor de sua individualidade.’”⁴⁵

“Na Suécia não há legislação especial em matéria de fundações. São constituídas tendo como base propriedades autônomas administradas de forma a garantir que alcancem seus objetivos.”⁴⁶ Se forem somados os empregos voluntários aos remunerados gerados na área de Terceiro Setor, a Suécia supera todos os outros países europeus em termos de vocação social.

A legislação da Holanda sobre as fundações é de 1956 e seu conteúdo é bastante similar ao “Charities Act” britânico de 1960. Na Holanda e nos demais países nórdicos são comuns as fundações temporárias, que deixam de existir cumpridos seus objetivos.

Na Alemanha há várias formas jurídicas possíveis de organização do Terceiro Setor, seja de direito público, seja de direito privado, sem personalidade jurídica e fundações familiares. O Terceiro Setor representa um terço dos serviços de assistência diária. 4% dos empregos remunerados são gerados pelo Terceiro Setor alemão, sendo certo que no setor da saúde é dominante. 60% das receitas vêm do Estado. Há forte política de subsídios.

A Lei de Fundações da Áustria é de 1993 e permite fundações de interesses puramente privado, com o objetivo específico de manter as grandes fortunas no país e incentivar investimentos externos em fundações austríacas.

⁴⁵ Antonio Saenz de Miera, “A Organização das Fundações Europeias” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 58.

⁴⁶ Antonio Saenz de Miera, “A Organização das Fundações Europeias” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 57

A Constituição espanhola de 1978, em caráter excepcional e inovador, reconheceu o direito de fundação, o que conferiu sólida aceitação social e política dessas instituições.

Na França a maioria das fundações está vinculada a empresas ou ligada a atividades culturais. A Fundação de França foi criada pelo governo em 1969, a Lei de Mecenato data de 1987 e a lei das “fundações-empresa” é de 1990. O Terceiro Setor representa mais da metade dos serviços de residência médica em clínicas particulares. 4% dos empregos remunerados estão no Terceiro Setor francês, sendo certo que nos setores de assistência e educação primária e secundária são dominantes. 60% da receita vem do Estado. Descentralização dos serviços de bem-estar social envolvendo contratos com prestadores de serviços do Terceiro Setor. A criação de fundações requer permissão explícita do Conselho de Estado, ficando as associações proibidas de adquirir bens capazes de assegurar seu financiamento em longo prazo.

A característica marcante da legislação da Itália é a possibilidade de existirem fundações de bancos desde 1990, que até então eram entes de propriedade estatal. As organizações do Terceiro Setor participam mais ativamente nos serviços sociais e na educação básica.

Em Portugal, até os anos 1980, as fundações atuavam basicamente nas áreas de beneficência e assistência. Atualmente, há uma grande diversificação dos objetivos sociais das novas fundações.

No Reino Unido as chamadas “charities” estão sujeitas às normas de direito público. Em 1853 o Parlamento inglês criou a “Charity Commission” reconstituída pela “Charities Act” de 1960, que tem por missão realizar um trabalho especial de controle e registro das instituições. Em 1992 surgiram novas normas que impuseram mais responsabilidades aos profissionais, captação de recursos, regras de novas contabilidade. 4% dos empregos remunerados são gerados pelo Terceiro Setor do Reino Unido, sendo certo que no setor de educação de nível superior é dominante.

Na Inglaterra o termo “charity” demonstra a forte ligação do país às obras de caridade, às missões religiosas. Atualmente, o termo “philanthropy” denota o afastamento da concepção puramente assistencialista, na medida em que introduz elementos humanistas às ações sociais, além de promovê-las de forma mais articulada e integradora. Rubem César Fernandes comenta que “A lei inglesa, tradicionalista como é, usa uma expressão mais antiga para designar nosso objeto. Fala de ‘caridades’ (*charities*), o que remete à memória religiosa medieval e enfatiza o aspecto da *doação* (de si, para o outro) que caracteriza boa parte das relações idealizadas nessa campo. A noção de *filantropia*, contraponto moderno e humanista à caridade religiosa, também aparece com frequência, sobretudo na literatura anglo-saxã. ‘*Mecenato*’ é outra palavra correlata, que nos faz lembrar a Renascença e o prestígio derivado do apoio generoso às artes e ciências.”⁴⁷

Sobre as fontes de recursos, é importante observar, contrariamente ao que se acredita, que as doações caritativas privadas estão longe de representar a fonte principal de apoio ao Terceiro Setor. Nos Estados Unidos da América, Reino Unido, França, Alemanha, Itália, Hungria e Japão as doações privadas não chegam a 10% da sua receita. São as taxas e encargos sobre serviços que representam 47% da receita das organizações do Terceiro Setor desses países, seguidas pelo setor governamental, que representa 43%.

“Nos Estados Unidos há 1,2 milhão de organizações sem fins lucrativos ou organizações de serviços. Dez por cento de sua força de trabalho remunerada encontra-se nesse setor. Se o setor sem fins lucrativos dos Estados Unidos fosse uma economia, seria a sétima maior economia do mundo.”⁴⁸ 30% das fontes de receitas vêm do Estado e apenas 18% do setor privado.

Na América Latina o fenômeno se dá de forma particular em cada país. No Peru, só recentemente o movimento pelo Terceiro Setor deixou de ser combatido por ser considerado conservador e imperialista. No Chile e na Argentina o Terceiro Setor tomou vulto como contraposição ao regime de ditadura militar, as organizações

⁴⁷ Rubem César Fernandes, “O que é o Terceiro Setor?” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 26.

⁴⁸ Jeremy Rifkin (Identidade e natureza do Terceiro Setor) in IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 20.

tinham objetivos eminentemente políticos. Atualmente, o fenômeno está se expandindo para atuar na prestação de serviços públicos que o Estado não alcança e na advocacia de direitos.

“Na América Latina, inclusive no Brasil, é mais abrangente falar-se de *‘sociedade civil’* e de suas organizações. Esse é um conceito do século XVIII que desempenhou papel importante na filosofia política moderna, sobretudo entre autores da Europa continental. Designava um plano intermediário de relações, entre a natureza pré-social, e o estado, onde se completaria a socialização pela obediência a leis universalmente reconhecidas.”⁴⁹

Mesmo no México, onde a continuidade institucional não foi rompida, as organizações do Terceiro Setor foram portadoras de uma nova cultura política, ante à incapacidade do sistema político de dar respostas às demandas sociais. Em Chiapas, muitas ONGs contribuíram para a resolução de conflitos armados. Cabe observar, contudo, que o progresso do Terceiro Setor nesse país é particularmente tímido, em razão da ameaça que as organizações do Terceiro Setor passaram a impregnar no governo. O risco iminente de uma oposição acaba por refrear os ânimos governamentais no sentido de colaborar para o sucesso dessas organizações.

“As sociedades mudam a uma grande velocidade em um mundo cheio de incertezas e esperanças. Vivemos uma época na qual todos os agentes sociais se movimentam buscando uma posição que os identifique e lhes dê sua razão de ser nas novas circunstâncias. A construção da Europa comunitária, que começa a conhecer os passos decisivos em sua integração econômica e política, está modificando as relações das instituições sociais e dos Estados. E isso começa a ter uma incidência real, palpável, na vida dos cidadãos europeus, em suas relações entre si e em suas relações com o Estado.(...) Temos em perspectiva um projeto que nos dá esperança, mas que já é uma realidade que se pode sentir dia a dia: uma Europa que está sendo gerada com a participação de todos, não só dos governos

⁴⁹ Rubem César Fernandes, “O que é o Terceiro Setor?” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 26.

dos países membros, mas também com o impulso dos cidadãos, das instituições culturais e filantrópicas.”⁵⁰

1.2 O TERCEIRO SETOR NO BRASIL

No Brasil colônia o Terceiro Setor existe desde há muitos anos, consubstanciado em atividades assistencialistas isoladas, sem grande articulação ou integração entre as entidades beneficentes, geralmente vinculadas à Igreja. Caracterizado por desempenho bastante modesto e pontual frente à atuação governamental, seu surgimento em nosso país se confunde com a própria história do Brasil, pois foi em 1543, na cidade de Santos – SP, a fundação da primeira Santa Casa de Misericórdia. As instituições religiosas sempre estimularam o setor da assistência social e do voluntariado. Os diferentes credos tinham, e ainda têm, em comum a valorização da família, dos amigos, dos vizinhos, ou seja, da comunidade onde se vive, especialmente para a resolução dos seus problemas sociais.

Para Leandro Marins de Souza⁵¹ a análise sobre o espaço jurídico de desenvolvimento do Terceiro Setor repousa, justamente, na evolução histórica das cartas constitucionais pátrias. Em minucioso apanhado, o autor constata que a Constituição Política do Império de 1824, voltada para assuntos de natureza eminentemente política, pouco contribuiu para a proliferação de instituições ligadas ao Terceiro Setor, não trazendo qualquer previsão de regulamentação para tais atividades. Já a Constituição da República de 1891 trazia em seu bojo dois dispositivos considerados de relevância para o estudo do desenvolvimento constitucional do Terceiro Setor, posto que elevavam a liberdade de associação ao patamar constitucional, abrindo espaço para a participação popular. A Constituição da República 1934 reconheceu as questões sociais e manteve a liberdade de associação. Trouxe inovações no que concerne ao reconhecimento da influência da participação popular, porquanto incluiu os sindicatos e associações profissionais no texto constitucional, bem como a consciência de solidariedade

⁵⁰ Antonio Saenz de Miera, “A Organização das Fundações Europeias” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Págs. 60 e 61.

⁵¹ SOUZA, Leandro Marins. *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*. São Paulo: Dialética, 2004.

humana na sociedade brasileira e isentou de qualquer tributo os estabelecimentos particulares de educação gratuita primária ou profissional.

A Constituição de 1937 estabeleceu alguns dispositivos bastante interessantes para a análise da evolução constitucional do Terceiro Setor, eis que atribui ao texto a iniciativa privada, particular ou coletiva, na forma de associações, para o desenvolvimento das artes, da ciência e do ensino, abrindo oportunidade para a participação de instituições privadas no auxílio às associações particulares de educação. Neste texto constitucional, portanto, incipiente a idéia de *responsabilidade social corporativa*. A Constituição de 1946 representou a transição entre o Estado Liberal e o Estado Social, trazendo elementos de ambas as ideologias. Reconheceu a importância da atuação das instituições frente às questões sociais no país, incentivando seu desenvolvimento pelo benefício da imunidade tributária. A Constituição 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 trouxeram a lume o dispositivo que vedava a parcialidade religiosa dos poderes públicos, abrindo a possibilidade de colaboração da União, dos Estados, dos Territórios, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante alianças voltadas ao interesse público, nos setores educacional, assistencial e hospitalar. A Constituição 1988, a Constituição Cidadã consolidou as possibilidades de atuação da iniciativa privada em matéria social como coadjuvante à atuação estatal. “(...) o termo ‘ONG’ no Brasil está mais associado a um tipo particular de organização, surgida aqui a partir da década de 1970, no âmbito do sistema internacional de cooperação para o desenvolvimento.”⁵²

O conceito de Terceiro Setor, como fenômeno de unidade social, ainda é recém-chegado no Brasil, mas nos Estados Unidos e na Europa já faz parte da tradição e cultura dos países, em que pesem suas formas de atuação serem bastante variadas e, em alguns aspectos, até díspares.

O termo “Terceiro Setor” foi utilizado pela primeira vez por pesquisadores norte-americanos na década de 70⁵³ e passou a ser adotado pelos europeus em meados

⁵² Rubem César Fernandes, “O que é o Terceiro Setor?” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 26.

⁵³ Amitai Etzioni (1973) é quem fez a primeira referência ao termo.

de 80, quando também chegou ao Brasil. Importado dos Estados Unidos, onde o termo original “third sector” se refere precipuamente ao voluntariado, eis que as práticas associativas voluntárias fazem parte da cultura e do próprio fenômeno constitutivo daquela nação, além de serem impulsionadas pelos benefícios fiscais das doações a obras sociais. O Terceiro Setor representa metade dos leitos hospitalares norte-americanos.⁵⁴

Para Augusto de Franco⁵⁵, o Terceiro Setor abarca todas as entidades que atendem a necessidades coletivas e públicas, sendo certo que as primeiras, perseguem objetivos próprios de um determinado grupo, enquanto as segundas produzem bens e serviços ou advogam direitos de interesse geral da sociedade.

Mario Aquino Alves afirma que o “Terceiro Setor é um termo ‘guarda-chuva’ que inclui vários tipos de organizações e no qual, ao mesmo tempo, incluem-se também diferentes marcos teóricos.”⁵⁶ “É necessário acabar com os paradigmas políticos e compreender que cada país tem três setores e não dois. Uma vez que se compreenda isso, abrir-se-á a possibilidade de um novo contrato social para a civilização; trata-se de uma nova visão e de uma nova missão para o século XXI.”⁵⁷

Ruth Cardoso afirma que “São vários os termos que temos utilizado para caracterizar este espaço que não é Estado nem mercado e cujas ações visam ao interesse público: iniciativas sem fins lucrativos, filantrópicas, voluntárias.” Pode ser que no futuro essa designação não sirva como conceito unificador e identificador, mas “estamos ainda na etapa de afirmação de uma novidade, o que implica enfatizar sua autonomia e relevância.” A socióloga descreve o Terceiro

⁵⁴ A expressão Terceiro Setor foi “trazida do inglês (*third sector*) e faz parte do vocabulário sociológico corrente nos Estados Unidos. (...) costuma ser usada paralelamente a outras expressões, entre as quais (...) ‘*organizações sem fins lucrativos*’ (*non profit organizations*), significando um tipo de instituição cujos benefícios financeiros não podem ser distribuídos entre seus diretores e associados;” Rubem César Fernandes, “O que é o Terceiro Setor?” in IOSCHPE, Evelyn Berg. 3º Setor: desenvolvimento social sustentado. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 25.

⁵⁵ DE FRANCO, Augusto. *A Questão do Fim Público das Organizações do Terceiro Setor*. Relatório sobre o desenvolvimento humano no Brasil. São Paulo: PNUD/IPEA, 1997.

⁵⁶ ALVES, Mário Aquino. *Terceiro Setor: as origens do conceito*. São Paulo: FGV/SP, 2005. Pág. 01.

⁵⁷ Jeremy Rifkin (Identidade e natureza do Terceiro Setor) in IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). 3º Setor: desenvolvimento social sustentado. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 20.

Setor como um espaço de participação e experimentação de novos modos de pensar e agir sobre a realidade social. Destaca o surgimento de uma esfera pública não-estatal e de iniciativas privadas de sentimento público.⁵⁸

Rubem César Fernandes afirma que “O Terceiro Setor é um conceito, uma expressão de linguagem entre outras. Existe, portanto, no âmbito do discurso e na medida em que as pessoas reconheçam o seu sentido num texto ou numa conversação.”⁵⁹

Para Andrés Thompson “Numa definição simplista, diria que se trata de todas aquelas instituições sem fins lucrativos que, a partir do âmbito privado, perseguem propósitos de interesse público.”⁶⁰

Já Roberto César Andrade entende que o Estado foi a grande vedete do século. Mas diante dos desastres que causou, imputa-se-lhe uma dimensão, o mínimo indispensável com a magnitude necessária ou tolerável. Assim, “o mito do Estado dá lugar ao mito do mercado: o bem comum seria um produto automático dos ajustamentos de mercado, cujo resultado final seria sempre positivo. Diante do fracasso das economias dirigidas e do atraso comparativo do padrão de vida das sociedades por ela criadas, originou-se uma expectativa otimista no Ocidente, (...) A verdade é que o mercado não transcende o econômico: é incapaz de suprir as necessidades humanas no imenso campo da busca da liberdade, da criatividade, do amor e da felicidade.”⁶¹ O autor conclui que o “Estado democrático de âmbito reduzido ao essencial, que não se enquadra na esfera de ação dos dois outros setores: economia de mercado, globalizada o mais possível, e um Terceiro Setor forte, eticamente estruturado, abrangente mediante a participação do maior número possível de cidadãos – essa parece ser a fórmula capaz de permitir ao

⁵⁸ Ruth Cardoso, “O Fortalecimento da Sociedade Civil” in IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 9

⁵⁹ Rubem César Fernandes, “O que é o Terceiro Setor?” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 25.

⁶⁰ Andrés A. Thompson, “Do Compromisso à Eficiência? Os caminhos do Terceiro Setor na América Latina” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 41.

⁶¹ Roberto Paulo César de Andrade, “Considerações de Fim de Século” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 75.

século XXI escapar das mazelas daquele que passou entre tantos desastres e tragédias.”⁶²

O Terceiro Setor é, em primeiro lugar, uma idéia, ou melhor, um ideal. É a aspiração da sociedade por um mundo mais justo, livre e solidário. Esse ideal motiva, enaltece, emancipa o cidadão, que imbuído de valores democráticos toma consciência de que é membro de um povo e que, enquanto povo, é senhor de todo poder. Esse ideal serve de *vis atrativa* para despertar o interesse, a iniciativa individual e congregar a participação de todos na tomada das rédeas do futuro das nações.

Esse ideal pode ser espiritual, religioso, altruístico, moral ou político. “A tendência comum, entretanto, será encontrada no reino dos valores”, afirmam Miguel Darcy e Rajesh Tandon, por ocasião da publicação do “Civicus World Report”⁶³. Os valores a que se referem os mencionados autores são a iniciativa individual em prol do bem comum, ou seja, agir por autoridade própria, assumindo a responsabilidade de fomentar o bem-estar geral e, em decorrência, o valor da solidariedade, a preocupação com o próximo.

Ademais, o Terceiro Setor é fenômeno político-econômico, constituído por um conjunto de atores sociais e de organizações que realizam as ações sociais propostas no plano da idealidade. Esses atores são indivíduos empoderados, membros de coletividades e de redes sociais de comunicação, constituindo-se de grande força de mobilização política. Essas organizações não integram o aparelho estatal, mas com ele podem manter parceiras, não distribuem lucros, são autônomas, autogerenciadas, constituindo-se de grande força econômica.

Finalmente, o Terceiro Setor é uma realidade social, uma nova forma de pensar, de agir, de se relacionar e de participar⁶⁴ da sociedade.

⁶² Roberto Paulo César de Andrade, “Considerações de Fim de Século” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Págs. 77 e 78.

⁶³ “An Emerging Global Civil Society” in OLIVEIRA, Miguel Darcy e TANDON, Rajesh (coords.) *Citizens: Strengthening Global Civil Society*. Washington: Civicus, 1994. Pág. 02.

⁶⁴ “Essa participação difere da participação política manifestada através da democracia representativa. É direta e concerne a matérias com as quais o cidadão tem contato imediato e conhecimento direto. É também, por sua natureza, gratuita por não buscar o lucro, finalidade da

Não há conflitos, mas interdependência entre os três setores, pois o Estado, a comunidade empresarial e o Terceiro Setor reconhecem que nenhum deles, isoladamente, pode resolver os problemas econômicos e sociais das sociedades mundiais. “Entre as leis que regem a sociedade, uma há que me parece mais precisa e definida que todas as outras. Se os homens pretenderem continuar civilizados, ou tornar-se tais a arte de associar-se deve crescer e aperfeiçoar-se na mesma razão da igualdade de condição. A ciência da associação é a ciência-mãe. O progresso de tudo o mais depende do progresso que ela fizer.”⁶⁵

1.3. APRESENTAÇÃO DE UM CONCEITO

O crescente protagonismo dos cidadãos e o aumento quantitativo nas mais diversas áreas de atuação das organizações do Terceiro Setor são fenômenos mundiais. Mobilizados pelas lutas de cunho emancipatório e democratizante, pela busca de novas soluções para as mazelas sociais, pela dominação econômica irrefreável e pela crise estatal, estava pronto o terreno a se desenvolverem exponencialmente novas formas de diálogo na sociedade entre o Estado, o Mercado sob o ponto de vista do bem-estar social.

Dessa forma, foi sendo construído um novo modelo de relacionamento entre os governos, as corporações, por meio das iniciativas sem fins lucrativos, modificando as tradicionais intervenções assistencialistas. Então, o Terceiro Setor se expandiu, ficou mais complexo e heterogêneo, com atuação em diferentes áreas e com métodos distintos de organização. Instituições sociais voltadas ao bem público sempre existiram, mormente ligadas às igrejas, associações beneficentes e de mecenato. Mas o Terceiro Setor se espalhou para além do assistencialismo e da filantropia. Nesse sentido, infere-se que o Terceiro Setor só floresce em ambiente

atividade econômica. Nesse caso, a remuneração, quando existente, contempla apenas as atividades-meio, ou quando a atividade-fim, apenas para cobrir seus custos de manutenção e desenvolvimento. Por isso, as atividades de cidadania participativa enquadram-se entre as chamadas atividades ‘não-lucrativas’, que hoje em dia se reúnem sob o nome genérico de ‘Terceiro Setor’, em contraposição aos dois outros: o Estado e o setor empresarial.” Roberto Paulo César de Andrade, “Considerações de Fim de Século” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 75.

⁶⁵ TOCQUEVILLE, Alexis. *A Democracia Na América*. Vol 2. São Paulo/Belo Horizonte: Edusp/Itatiaia, 1977.

democrático, suas instituições não sobrevivem sem transparência e credibilidade, porque dependem da legitimidade que lhes confere a sociedade.

Seguindo a concepção da economia, que divide a sociedade em setores de acordo com suas finalidades econômicas, o “Primeiro Setor” corresponde ao Mercado, formado por agentes privados que praticam ações com fins privados; o “Segundo Setor” corresponde ao Estado, composto por agentes públicos que visam a fins públicos; ficando o “Terceiro Setor” com os agentes privados que praticam atividades públicas⁶⁶, conforme quadro ilustrativo proposto por Rubem César Fernandes:

“Com efeito, (...), a idéia de um terceiro setor deriva da abertura de uma alternativa lógica. Ela pode ser concebida como uma entre as quatro combinações resultantes da conjunção entre o ‘público’ e o ‘privado’:⁶⁷”

AGENTES		FINS		SETOR
Privados	Para	Privados	=	Mercado
Públicos	Para	Públicos	=	Estado
Privados	Para	Públicos	=	Terceiro setor
Públicos	Para	Privados	=	(corrupção)

Destarte, o conceito contemporâneo de Terceiro Setor perpassa as discussões isoladas dos bancos acadêmicos da Política, da Economia, da Administração ou do

⁶⁶ Adil Najam, citado por Mário Aquino Alves serve-se de “três metáforas – do Príncipe, do Mercador e do Cidadão – para demarcar três conjuntos de organizações. O primeiro desses conjuntos é formado de organismos estatais; Najam o identifica com o Príncipe, uma vez que cabe às organizações estatais manter a ordem social. Para atingir seus objetivos, o Príncipe representa os interesses da maioria (ou de grupos dominantes) e opera na esfera do sistema político. O segundo conjunto de organizações é identificado à figura do Mercador e corresponde ao mercado; as organizações, nesse conjunto, estão envolvidas nas atividades de produção de bens e serviços. O Mercador cumpre seus propósitos por meio de trocas econômicas negociadas e visa a maximizar lucros; representa os interesses individuais e opera na esfera do mercado. O terceiro conjunto de organizações corresponde ao Cidadão – o setor associativo voluntário; as organizações classificadas nesse conjunto são as que mais ocupam com articular e realizar visões sociais. As organizações do conjunto que o autor identifica com o Cidadão atingem seus objetivos por meio de valores normativos partilhados entre os patronos, membros e beneficiários; nesse conjunto representam-se interesses marginalizados e o conjunto Cidadão opera na esfera da Sociedade Civil.”

⁶⁷ FERNANDES, Rubem César. *PRIVADO PORÉM PÚBLICO*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002. Pág. 21

Direito, se sobrepõe às questões sociológicas e antropológicas, transpõe as reflexões filosóficas, exigindo um exame interdisciplinar, devido à sua característica polissêmica e multifacetada.

“No Brasil, como de resto em toda a América Latina, o Terceiro Setor existe, está em processo de fortalecimento e tem um papel insubstituível na mobilização de recursos humanos e materiais para o enfrentamento de desafios (...) Tenho convicção de que o conceito de Terceiro setor descreve um espaço de participação e experimentação de novos modos de pensar e agir sobre a realidade social. Sua afirmação tem o grande mérito de romper a dicotomia entre público e privado, na qual público era sinônimo de estatal e privado de empresarial. Estamos vendo o surgimento de uma esfera pública não estatal e de iniciativas privadas com sentido público.”⁶⁸

Para Ruth Cardoso o Terceiro Setor começou a delinear essa nova roupagem com a atuação dos movimentos sociais nas décadas de 60 e 70, que evoluíram para a articulação política das ONGs na década de 80. Depois da proliferação e fortalecimento das instituições filantrópicas dedicadas à prestação de serviços públicos, para colaborar e cobrir as deficiências do Estado brotaram, quase como decorrência natural, as organizações voltadas para a defesa de direitos, incentivadoras do seu exercício e da construção e proteção das novas demandas sociais, além de apoiarem o voluntariado e exigirem práticas empresariais socialmente responsáveis.

Na visão de Stephen Kanitz “O primeiro setor é o governo, que é responsável pelas questões sociais. O segundo setor é o privado, responsável pelas questões individuais. Com a falência do Estado, o setor privado começou a *ajudar* nas questões sociais, através das inúmeras instituições que compõem o chamado terceiro setor. Ou seja, o terceiro setor é constituído por organizações sem fins lucrativos e não governamentais que têm como objetivo gerar serviços de caráter público.”⁶⁹

⁶⁸ Ruth Cardoso, “O Fortalecimento da Sociedade Civil” in IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 8.

⁶⁹ Conceito publicado no website da Revista Filantropia: www.filantropia.org

O conceito proposto por Kanitz prioriza a prestação de serviços de caráter público, decorrentes da obrigação estatal de provisão, pelo setor privado. Desconsidera o citado autor as várias formas de fomento que o próprio Estado pode dar às organizações do Terceiro Setor, por meio, por exemplo, de repasses, auxílios, subvenções ou benefícios fiscais. Dita conceituação também induz ao questionamento sobre a substituição do Estado pelo Terceiro Setor, o qual, em verdade, seria o Segundo Setor exercendo as funções de Primeiro Setor. Insta observar que é pacífico o entendimento no sentido de que não há que se falar em substituição, mas em colaboração, co-participação, co-responsabilidade.

Já para Rubem César Fernandes 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.”⁷⁰

Fernandes se apóia na acepção do Terceiro Setor que valoriza o caráter assistencialista e voluntário das ações sociais. O citado autor não considera as influências modernas sofridas por essas instituições, que buscam, na atualidade, a profissionalização⁷¹ de seus colaboradores e o planejamento estratégico de suas ações para, justamente, atingirem solidez e perenidade administrativa.⁷²

⁷⁰ Rubem César Fernandes, “O que é o Terceiro Setor?” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 27.

⁷¹ O ideal generoso e altruísta presente na criação das organizações do Terceiro Setor “deve ser acompanhado pela visão gerencial e por rigor financeiro. (...) O receio da burocratização é compreensível, já que ela sufoca a inovação, mas a ausência de procedimentos para a ação atomiza o sistema de valores humanos que sustentou o nascimento da iniciativa.” Jacques Marcovitch, “Da Exclusão à Coesão Social: Profissionalização do Terceiro Setor” in IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 122.

⁷² Sobre essa profissionalização afirma Maria da Glória Gohn que: “estas organizações, situadas no âmbito não-governamental, reestruturam o velho modelo das associações voluntárias filantrópicas para um novo modelo onde combinam o trabalho voluntário com o trabalho assalariado, remunerando profissionais contratados segundo projetos específicos. As novidades não se limitam à forma de organizar a divisão do processo de trabalho nas ONGs, mas incluem também a articulação que as novas organizações passaram a ter com a reestruturação do Estado, na economia e na sociedade, e com as políticas públicas para as áreas do social, gerando um novo tipo de associativismo, de natureza mista: filantrópico-empresarial-cidadão. (...) A palavra de ordem passou a ser eficiência e produtividade na gestão dos projetos sociais, para gerir recursos que

A influência dos ditames corporativos nas organizações do Terceiro Setor é inegável e salutar, especialmente no que tange, de um lado, à crescente necessidade de comprometimento às causas pelos atores sociais, e de outro, à conscientização e empoderamento dos seus beneficiários, para que se tornem “protagonistas de seus próprios interesses, de seu próprio destino”.⁷³ Portanto, aliado ao trabalho voluntário, reconhecidamente imprescindível para o desenvolvimento das ações sociais, exsurge a profissionalização do setor, com a migração de profissionais advindos de diversas áreas empresariais ou públicas, com conhecimentos técnicos específicos, capazes de auxiliar as organizações do Terceiro Setor, por meio de remuneração e com dedicação exclusiva.

Para Jacques Marcovitch “A profissionalização decorre de três condições: reconhecimento social, mercado de trabalho e oportunidades de formação. O reconhecimento social concede aos responsáveis legitimidade. O mercado de trabalho permite fazer do exercício profissional um meio de subsistência remunerada. (...) Quanto à formação, cabe a ela oferecer conhecimentos e habilidades para aqueles que ambicionem tornar-se profissionais na área.”⁷⁴

Outra influência relevante a ser destacada é a utilização, pelo Terceiro Setor, das mais eficientes técnicas de planejamento de suas ações de curto e longo prazo, de captação de recursos, de administração de suas receitas e controle de suas despesas e a divulgação de sua imagem. “...o terceiro setor incorpora critérios da economia de mercado do capitalismo para a busca de qualidade e eficácia de suas ações, atua segundo estratégias de marketing e utiliza a mídia para divulgar suas ações e desenvolver uma cultura política favorável ao trabalho voluntário nesses projetos.”⁷⁵

garantam a sobrevivência das próprias entidades.” *Educação Não-Formal e Cultura Política. Questões da nossa época*. São Paulo: Cortez, 1999. Pág. 16/17 e 78.

⁷³ Cezar Busatto “Porque uma Lei de Responsabilidade Social” in OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord.). *Terceiros Setor Empresas e Estado. Novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. Pág. 49.

⁷⁴ Jacques Marcovitch, “Da Exclusão à Coesão Social: Profissionalização do Terceiro Setor” in IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 122.

⁷⁵ GOHN, Maria da Glória. *Educação Não-Formal e Cultura Política. Questões da nossa época*. São Paulo: Cortez, 1999. Pág. 19.

José Eduardo Sabo Paes entende o “Terceiro Setor como o conjunto de organismos, organizações ou instituições sem fins lucrativos dotados de autonomia e administração própria que apresentam como função e objetivo principal atuar voluntariamente junto à sociedade civil visando ao seu aperfeiçoamento.”⁷⁶ Comunga da mesma opinião sobre a autonomia José Bernardo Toro “A liberdade e a autonomia supõem uma ordem, mas a única ordem que produz a liberdade e a autonomia é a ordem autofundada e reformada. (...) Segundo essa tese, é função do Terceiro Setor fortalecer uma pedagogia social democrática (uma ‘paidéia’ democrática), através de todas as intervenções sociais.”⁷⁷ Sabo Paes faz interessante aproximação e aperfeiçoamento do Estado à sociedade para que sejam supridas as carências do Poder Público, criando-se novos espaços públicos de comunicação e livre discussão entre os setores.

Outra aproximação importante trazida à baila pelo membro do *Parquet* é “(...), a conceituação do Terceiro Setor como aquele que representa o conjunto de iniciativas da sociedade civil organizada, visando ao desenvolvimento social, e que no Direito positivo brasileiro engloba as mencionadas espécies de pessoas jurídicas, as quais, com solidariedade, ética e responsabilidade social, amparadas no amor ao próximo e na perseverança das pessoas naturais que as integram e administram, crescem e se apresentam hoje como fator indissociável para o desenvolvimento do País.”⁷⁸ Nessa esteira Gustavo Justino de Oliveira descreve o Terceiro Setor como o “conjunto de atividades voluntárias, desenvolvidas por organizações privadas não-governamentais e sem ânimo de lucro (associações ou fundações), realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora com eles possa firmar parcerias e deles possa receber investimentos (públicos e privados)”⁷⁹

⁷⁶ SABO PAES, José Eduardo. *Fundações e Entidades de Interesse Social*. 5ª edição. Brasília: Brasília Jurídica.

⁷⁷ José Bernardo Toro, “O Papel do Terceiro Setor em Sociedades de Baixa Participação” in IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 37.

⁷⁸ SABO PAES, José Eduardo. *Funções e Entidades de Interesse Social*. 3ª edição. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2001. Pág. 19

⁷⁹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. *Estado Contratual, Direito ao Desenvolvimento de Parceria Público-Privada* citado por Fernando Borges Mânica, “Panorama histórico-legislativo do Terceiro Setor no Brasil: do conceito de Terceiro Setor à Lei das OSCIP” in OLIVEIRA, Gustavo

Assim, ainda que os nomes das organizações⁸⁰ do Terceiro Setor variem, as formas jurídicas no direito positivo brasileiro, para o autor, são apenas aquelas previstas no Código Civil, quais sejam as associações e as fundações. Destacamos que a maioria dos autores que adota do critério legal para a classificação das organizações do Terceiro Setor não inclui os partidos políticos e as organizações religiosas no rol de entidades do setor, por possuírem, ambos, legislação específica. Com relação às cooperativas sociais criadas pela Lei 9.867/99 – que diferem das sociedades cooperativas previstas no Código Civil (Arts. 1093 a 1096), cuja natureza jurídica é de empresa, posto que exercem atividade econômica organizada para um fim de produção de bens ou serviços – vê-mo-las, acompanhando ensinamentos de Fernando Borges Mânica⁸¹, como parte integrante do Terceiro Setor, haja vista serem constituídas com o objetivo de inserir pessoas em situação de desvantagem no mercado de trabalho. Já as associações públicas, objeto de severas críticas pelo Professor Miguel Reale, serão abordadas quando da análise da Lei de Consórcios Públicos.

Ruth Cardoso chama atenção para a independência em relação aos dois mundos já claramente estabelecidos. Para a autora “... a idéia de independência é também o

Justino (coord.). *Terceiro Setor Empresas e Estado. Novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. Pág. 172.

⁸⁰ NGO: sigla para ONG em inglês

GONGO: ONG governamental ou organizada pelo governo; (sigla em inglês)

AO: organizações de afiliação (sigla em inglês);

CB: organizações comunitárias de base;

OG: organização governamental;

ONGDS: organização não governamental de desenvolvimento social;

PBO: organização de benefício público; (sigla em inglês)

QUANGO: organização quase não governamental; (sigla em inglês)

OBC: organização de base;

OPNE: organização pública não-estatal;

OSPNE: organização de serviços pública não-estatal;

OVP: organizações voluntárias privadas;

OSC: organização da sociedade civil, “conjunto que, por suas características, distingue-se não apenas do Estado mas também do mercado.” Rubem César Fernandes, “O que é o Terceiro Setor?” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 27.

CSRO: organização de recursos da sociedade civil, “um tipo de organização que está se tornando bastante comum em várias partes do mundo ...” Peggy Dulany, “Tendências Emergentes em Parcerias Intersetoriais: Processos e Mecanismos para Colaboração” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 68.

⁸¹ Fernando Borges Mânica, “Panorama histórico-legislativo do Terceiro Setor no Brasil: do conceito de Terceiro Setor à Lei das OSCIP” in OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord.). *Terceiro Setor Empresas e Estado. Novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. Pág. 174.

que caracteriza esta realidade nova constituída pela emergência dos cidadãos e de suas organizações como atores do processo de consolidação da democracia e do desenvolvimento social. Recorremos hoje à expressão Terceiro Setor para distingui-lo do primeiro, que é o setor público, e do segundo, representado pelas atividades lucrativas. Com essa denominação, queremos também enfatizar o caráter autônomo e inédito desse algo novo que está mudando a sociedade e que se define por não ser nem governo nem empresa, por não querer submeter-se nem à lógica do mercado nem à lógica governamental.”⁸²

Para Luis Carlos Merege “A denominação de terceiro setor para as atividades da sociedade civil surge de uma análise mais profunda das atividades organizadas por iniciativa da sociedade civil que as distingue das outras atividades econômicas. Recebeu esta denominação por englobar atividades que não estão dentro da órbita de atividades governamentais e muito menos se identificam com as atividades privadas, sejam do setor agrícola, industrial ou do setor de serviços, como tradicionalmente definidas pela metodologia das contas nacionais.”⁸³ A iniciativa a que se refere o Professor advém do indivíduo empoderado, da sua emancipação, da conscientização e interiorização dos valores da cidadania, da participação das decisões democráticas tomadas pelo Estado, pertencente a redes sociais.

Um aspecto relevante na adoção da expressão Terceiro Setor é não confundi-la com a terminologia utilizada para designar o setor terciário da economia, que engloba tudo aquilo que não é indústria nem agricultura, isto é, serviços, transporte e comunicação, segundo a classificação adotada pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.⁸⁴

Sílvio Luís Ferreira da Rocha atesta que “O nome ‘Terceiro Setor’ indica os entes que estão situados entre os setores empresarial e estatal. (...) são entes privados, não vinculados à organização centralizada ou descentralizada da Administração

⁸² Ruth Cardoso, “O Fortalecimento da Sociedade Civil” in IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 8

⁸³ Texto da FGV/SP, 2005.

⁸⁴ Sobre essa distinção entre Terceiro Setor e setor terciário da economia, bem assevera Maria da Glória Gohn: “Atualmente não se trata mais do terciário que se contrapunha às atividades da agricultura e da indústria, mas de uma nova ordem social, que se coloca ao lado do Estado – o primeiro setor – , e do mercado – tido como segundo setor.” GOHN, Maria da Glória. *Educação Não-Formal e Cultura Política. Questões da nossa época*. São Paulo: Cortez, 1999. Pág. 73.

Pública, mas que não almejam, entretanto, entre seus objetivos sociais, o lucro e que prestam serviços em áreas de relevante interesse social público.”⁸⁵

Para o autor, a proliferação das entidades do Terceiro Setor se deve ao redescobrimto do princípio da subsidiariedade, porquanto protege a autonomia dos indivíduos e da coletividade contra intervenções públicas injustificadas, ao mesmo tempo em que contesta os excessos do liberalismo. Para o magistrado, “A grande virtude do princípio está em que a partir dele se dá primazia ao grupo social e ao indivíduo, com a devolução à sociedade civil de matérias de interesse geral que possam ser eficazmente por ela realizadas. A subsidiariedade eleva a sociedade civil a primeiro plano na estrutura organizacional do Estado e concebe a cidadania ativa como pressuposto básico para sua realização, colocando a instância privada a serviço do interesse geral a partir, também, da idéia de solidariedade, que se funda, principalmente, na maior eficiência da ação social sobre a ação estatal junto a grupos menores.”⁸⁶

Acrescentaríamos ao conceito proposto por Silvio Rocha a possibilidade da auto-sustentabilidade das organizações do Terceiro Setor, característica essencial para a sua existência e perpetuação, bem como para a realização e multiplicação de suas ações. Acaloradas discussões sobre a possibilidade e legitimidade do exercício de atividades lucrativas, para a geração de receita própria, pelas entidades de Terceiro Setor ocorreram durante o período de promulgação do novo Código Civil brasileiro. Isto porque, o texto do art. 53⁸⁷ trouxe à baila o novo termo “para fins não econômicos”, substituindo a já consagrada expressão “sem fins lucrativos”.

Com efeito, assentou-se o entendimento de que esse novo termo autoriza as organizações do Terceiro Setor a praticarem atividade-meio com intuito de lucro, desde que suas atividades-fim sejam exercidas gratuitamente. Esta é, inclusive, uma prática incentivada às organizações constituídas para fins não econômicos, posto que facilita seu planejamento financeiro e viabiliza a realização de suas ações, evitando descontinuidade e risco de interrupção por falta de subsídios.

⁸⁵ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. *TERCEIRO SETOR*. São Paulo: Malheiros, 2003. Pág. 13.

⁸⁶ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros, 2003. Pág. 16.

⁸⁷ “Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem **para fins não econômicos**.”

Boaventura de Souza Santos leciona que o Terceiro Setor é formado por um “conjunto de organizações sociais que não são nem estatais nem mercantis, ou seja, organizações sociais que, por um lado não são privadas, não visam a fins lucrativos, e, por outro, sendo animadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos, não são estatais.”⁸⁸ Há que se enfatizar que são os objetivos sociais, a busca do bem comum, a eleição dos interesses públicos pelos cidadãos empoderados que destaca a importância e justifica a existência do Terceiro Setor.

Lester Salamon e Helmut Anheier afirmam que “Embora a terminologia utilizada e os propósitos específicos a serem perseguidos variem de lugar para lugar, a realidade social subjacente é bem singular: uma virtual revolução associativa está em curso no mundo, a qual faz emergir um expressivo ‘terceiro setor’ global, que é composto de (a) organizações estruturadas; (b) localizadas fora do aparato formal do Estado; (c) que não são destinadas a distribuir lucros aferidos com suas atividades entre os seus diretores ou entre um conjunto de acionistas; (d) autogovernadas; (e) envolvendo indivíduos num significativo esforço voluntário”⁸⁹

Miguel Darcy de Oliveira traz observação interessante sobre a opção de alguns autores de propor definição do Terceiro Setor pela negação. “A caracterização das ONGs como ‘aquilo que não é governo’ revela a dificuldade dos Estados em apreender a verdadeira natureza de um fenômeno que tem suas raízes em ‘outro lugar’ que não a esfera estatal, com uma história, valores e modos de atuação originais.”⁹⁰ “As novas entidades se autodenominam como terceiro setor, pois procuram definir-se pelo que são e não pelo que não são.”⁹¹

Contudo, há definições de Terceiro Setor e interpretações da razão de seu ressurgimento em sentido diametralmente oposto aos conceitos colacionado

⁸⁸ SOUZA SANTOS, Boaventura. *A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado* citado por ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. *TERCEIRO SETOR*. São Paulo: Malheiros, 2003. Pág. 14.

⁸⁹ Lester Salamon (1993) citado por Rubem César Fernandes em *PRIVADO PORÉM PÚBLICO*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002. Pág. 18.

⁹⁰ OLIVEIRA, Miguel Darcy. *Cidadania e globalização: a política externa brasileira e as ONGs*. Brasília: CAE, 1997.

⁹¹ GOHN, Maria da Glória. *Educação Não-Formal e Cultura Política. Questões da nossa época*. São Paulo: Cortez, 1999. Pág. 78.

acima, como, por exemplo, o da argentina Maria Julia Alsogaray, que acusa as organizações do Terceiro Setor defensoras do meio ambiente de serem o novo campo de luta da esquerda, depois que a ideologia marxista foi derrotada com a queda do Muro de Berlim. Acompanhando essa posição, o professor nova-iorquino James Petras argumenta que a proliferação das entidades do Terceiro Setor se deve às ações dos pós-marxistas. Instrumentos do neoliberalismo que são, opina o professor que essas entidades estão encarregadas de mitigar possíveis explosões sociais, pois incentivam um novo colonialismo por dependência cultural e econômica, uma vez que seus projetos são planejados de acordo com normas prioritárias dos centros imperialistas ou suas respectivas instituições.”⁹²

Carlos Montaña encorpa e dá vazão a essa corrente crítica do Terceiro Setor, ao afirmar que o fenômeno real por trás do conceito ideológico é a ofensiva estratégica neoliberal para a reforma do capital. Uma falsa promessa, carente de rigor teórico e desarticulador do social.⁹³ O Professor faz um contraponto interessante ao afirmar que o termo Terceiro Setor “antes confunde do que esclarece. (...) Este conceito, mais do que uma ‘categoria’ ontologicamente constatável na realidade, representa um construto social que, antes de esclarecer sobre um ‘setor’ da sociedade, mescla diversos sujeitos com aparentes igualdades nas atividades, porém com interesses, espaços e significados sociais diversos, contrários e até contraditórios”⁹⁴

Ruth Cardoso demonstra preocupação ao afirmar que “se olharmos objetivamente para as contribuições resultantes de parcerias entre múltiplos atores – ONGs, fundações, empresas, universidades, vários níveis de governo –, vamos ter que admitir que, no campo da saúde, da preservação do meio ambiente, do apoio a grupos em situação de risco (especialmente crianças e adolescentes), da defesa dos direitos humanos, temos muitos exemplos positivos para citar. Então, por que a

⁹² Citados por Andrés A. Thompson, “Do Compromisso à Eficiência? Os caminhos do Terceiro Setor na América Latina” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Págs 41 e 42.

⁹³ MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. São Paulo: Cortez, 2002. Pág. 181.

⁹⁴ MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. São Paulo: Cortez, 2002. Pág. 27.

desconfiança? Porque sempre que se toma a parte pelo todo corre-se o risco de julgamentos apressados. Por um lado podemos generalizar defeitos de algumas experiências mal sucedidas e, por outro não levar em consideração os fatores externos que desvirtuam os objetivos pretendidos. Por exemplo: as relações entre governos, empresas e associações civis são antigas e, seus vícios têm mais raízes no passado que no presente. Quando velhas práticas voltam a ganhar força, significa que o clientelismo partidário foi reinstalado nas agências governamentais.”⁹⁵

Dos vários conceitos expostos depreende-se que os métodos adotados tendem a enfatizar um aspecto considerado mais relevante, ou a caracterização estrutural/operacional, seja pela negação ou definição residual, descrevendo-se o que ele não é, as atividades que não abarca, as funções que não abrange, a outorgar-se-lhe, com precisão, um conceito completo. Desta feita, a coleção dos conceitos propostos deve ser analisada com parcimônia, aproveitando-se seus conteúdos, examinando-se o contexto histórico, geográfico e científico sob influência dos quais foram elaborados, para, só então, verificar-se a real necessidade e relevância da propositura de um novo conceito para o Terceiro Setor, juridicamente considerado.

Temos que a qualidade da vida social resulta da interação entre os fatores provenientes do próprio indivíduo e das condições sociais em que está inserido. O desenvolvimento social individual decorre da transformação do seu pensar, julgar e agir com base nas forças sociais do interesse, da aceitação, do reconhecimento e da responsabilidade coletiva. De outro lado, o desenvolvimento social coletivo nasce da criação de melhores condições sociais, da promoção do bem estar da totalidade das pessoas envolvidas. É o que Jos Schoenmaker⁹⁶ denomina “círculo virtuoso regenerativo”, porquanto haja atuação frutífera tanto no desenvolvimento individual, quanto evolução das condições sociais.

⁹⁵ Ruth Cardoso, em artigo foi publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, em 27 de setembro de 2004.

⁹⁶ Texto da FGV/SP, 2005.

Para o citado autor, todo ser humano tem necessidades de cuja satisfação depende o seu bem estar físico, anímico e espiritual. Na condição de portadores de necessidades, os indivíduos se colocam na posição de clientes, consumidores, beneficiários, carentes. A satisfação das sobreditas necessidades advém das capacidades, desenvolvidas ou potenciais, desses mesmos indivíduos, que lhes permite realizar, produzir, atuar em benefício próprio ou de outrem. Na condição de portadores de capacidades, os indivíduos se colocam na posição de profissionais, colaboradores, empreendedores. A mobilização das capacidades para a satisfação das necessidades humanas é viabilizada por meio do estabelecimento de relações sociais. As relações sociais são acordos implícitos ou explícitos que regulam os direitos e deveres entre todos os indivíduos considerados isoladamente ou em grupo. E é na condição de envolvidos em tais acordos, que os indivíduos se colocam na vida social como membros, associados, partícipes, cidadãos.

Assim sendo, só haverá “círculo virtuoso regenerativo” quando as necessidades de todos forem satisfeitas sob orientação da solidariedade, quando as capacidades de todos forem mobilizadas e exercidas com liberdade e pró-atividade e quando as relações sociais forem estruturadas de forma eqüitativa e igualitária. Neste diapasão a pesquisa interdisciplinar do Terceiro Setor é imprescindível para a sua correta conceituação e inserção no âmbito jurídico.

Resta claro, portanto, que o Terceiro Setor é a força motriz para que o “círculo virtuoso regenerativo” não se torne um “círculo vicioso degenerativo”, em que os indivíduos busquem tão somente a satisfação de suas próprias necessidades, mitigando as capacidades individuais e coletivas, impossibilitando a construção eqüitativa das relações sociais.

Neste diapasão, tendo em conta que o Terceiro Setor tem múltiplos significados ele é, ao mesmo tempo, fenômeno ideológico, na medida em que valoriza a solidariedade, a liberdade, a justiça social e a busca pelo bem comum; é realidade social, eis que desempenha funções de interesses públicos atrelados ao

dinamismo; é agente dinâmico e transformador das demandas sociais⁹⁷, ao promover a conscientização dos direitos, a interiorização da cidadania, a participação democrática, o empoderamento e o redimensionamento dos espaços públicos, incentivador das redes sociais.

Para Leilah Landim, as organizações do Terceiro Setor se estruturam como empresas, se autodenominam cidadãs, sem fins econômicos e atuam onde em espaços públicos onde o braço do Estado não chega, são as “organizações mais modernas e recentes na história, profissionalizadas e secularizadas, onde ideários e atividades vão no sentido da promoção da cidadania, igualdade, democracia”⁹⁸

Seguindo os ensinamento de Jeremy Rifkin, para quem “o caminho a ser seguido deve ser o estabelecimento de uma parceria institucional oficial entre governo e Terceiro Setor”⁹⁹, Rubem César Fernandes enfatiza, sobretudo, o caráter de complementaridade que deve existir entre as ações públicas e privadas. “Sem o Estado, as ações do Terceiro Setor sucumbiriam na anarquia”¹⁰⁰, afirma e vai além, “(...) o Terceiro Setor não é capaz de regulamentar-se segundo normas de aceitação universal. Constituído pela multiplicidade dos indivíduos, grupos e instituições, carece de mecanismos de representação geral. Não há, em seu interior, quem possa falar e agir em nome de todos. É pelos mecanismos e pela simbologia da representação política que a autoridade legal se faz valer. Mais ainda, vocacionado que é para os objetivos coletivos, interessa ao Terceiro Setor, em princípio, que o Estado seja o mais eficaz possível na execução dos serviços públicos. A cobrança de ações do governo é uma das atividades características (...) De igual modo o Terceiro Setor não teria as características que lhe valem o nome sem o mercado. É (e pode ser) sem fins lucrativos porque supõe a existência do

⁹⁷ “O terceiro setor procura se firmar pela positividade, com ações propositivas e afirmativas.” GOHN, Maria da Glória. *Educação Não-Formal e Cultura Política. Questões da nossa época*. São Paulo: Cortez, 1999. Pág. 79.

⁹⁸ Landim, Leilah (org.). *Ações em sociedade. Militância, caridade, assistência etc.* Rio de Janeiro: Nau, 1998. Pág. 19.

⁹⁹ Jeremy Rifkin, “Identidade e natureza do Terceiro Setor” in IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 21.

¹⁰⁰ Rubem César Fernandes, “O que é o Terceiro Setor?” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 31.

lucro em outro plano. Não houvesse a autonomia do mercado, não haveria a autonomia das organizações sem fins lucrativos.”¹⁰¹

Em suma, o Terceiro Setor é toda e qualquer forma de exteriorização da soberania social, é a voz e a vez da supremacia do povo, seja formal ou informalmente organizado, seja para o desempenho de funções de benefício e interesse público auto-sustentadas ou em parceria (*lato sensu*) com o Estado, seja para a defesa de direitos ou para o controle social dos interesses públicos frente ao Estado ou ao Mercado.

CAPÍTULO 2 – O TERCEIRO SETOR NO PLANO DA INTERDISCIPLINARIDADE

2.1 FENÔMENO POLÍTICO-ECONÔMICO

Os agrupamentos humanos se caracterizam como sociedades quando têm finalidade própria e, para tanto, promovem manifestações de conjunto ordenadas, sempre submetidas a um poder comum, a quem cabe disciplinar os conflitos de interesse, harmonizando-os, e reconciliando os grupos sociais em função do fim geral. “Analisando essa tendência associativa e procurando explicá-la, GOFFREDO TELLES JR. expõe o que denomina *processo de integração*, tendo como ponto de partida o fato de que as sociedades primitivas se apresentam com uma organização simples e homogênea. Aos poucos, todavia, o grupo vai evoluindo e se torna mais complexo, notando-se, então, que os indivíduos de mesma tendência e com as mesmas aptidões, preferem construir um grupo à parte, num *movimento de diferenciação*. Mas os grupos assim diferenciados necessitam dos demais para sua própria sobrevivência, sendo indispensável, por isso, que as partes se solidarizem e se conjuguem num todo harmônico, para que cada grupo se beneficie das atividades desenvolvidas pelos demais. Isto se consegue por um *movimento de coordenação*.”¹⁰²

¹⁰¹ Rubem César Fernandes, “O que é o Terceiro Setor?” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 31.

¹⁰² Goffredo Telles Junior, “Criação do Direito” citado por DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. Pág. 46.

Considerando a finalidade social perseguida, as sociedades podem ser caracterizadas como sociedades de fins particulares, com fins definidos voluntariamente por seus membros e sociedades de fins gerais, com o objetivo genérico de criar condições para os indivíduos e as demais sociedades particulares, independente da suas vontades, nela se integrem e atinjam seus objetivos. Essas são as sociedades políticas, cuja modalidade mais simples é a família e a mais complexa é o Estado.

A investigação das sociedades políticas complexas divide-se na filosofia política e na ciência política. A filosofia política pesquisa a melhor forma de governo, o fundamento e justificação do poder político e a distinção entre ética e política. Já a ciência política foca seus estudos na verificação e aceitação dos resultados, no uso de técnicas da razão que permitam explicar o fenômeno e a abstenção de valores.

É Georg Jellinek¹⁰³ que distingue a doutrina sociológica da doutrina jurídica do Estado. De um lado, reconhece que o Estado é órgão de produção jurídica, ordenamento, que o direito público é corolário do Estado de Direito. De outro lado, afirma ser o Estado, por meio do direito, uma forma de organização social, indissociável da sociedade. Essa distinção é reconhecida e acreditada posteriormente por Max Weber, fundador da sociologia jurídica, que diferenciou a validade ideal das normas, de que se ocupam os juristas, da validade empírica, de que se ocupam os sociólogos. Com isso, resgatou o estudo da sociologia política, cujo objeto é o Estado como forma de organização social, da qual o direito é apenas um dos elementos. Neste contexto, Hans Kelsen se torna voz única, ao repudiar a divisão de Jellinek e defender que o Estado é resolvido apenas no ordenamento jurídico.

Com a crise econômica mundial dos anos 70, após os choques do petróleo e o rompimento do sistema de equilíbrio cambial firmado no Acordo de Bretton-Woods¹⁰⁴, que uniformizou o cenário político-econômico internacional, encerrou-

¹⁰³ JELLINEK, Georg. *Doutrina Geral do Estado* publicada em 1910.

¹⁰⁴ No ano de 1944 reuniram-se 730 delegados de 44 países do mundo em Bretton Woods, New Hampshire, Estados Unidos da América, com o objetivo de definirem a nova ordem econômica mundial. Foi uma antecipação da Organização das Nações Unidas fundada em 1945, mas para tratar especificamente das finanças mundiais. Em documento firmado em 22 de julho de 1944

se a era do lastro ouro e o período das Grandes Guerras. O Estado Liberal, ou Estado mínimo, concebido nos moldes de Adam Smith se mostrava ineficiente aos anseios sociais, não mais correspondia à realidade econômica e se revelava inviável politicamente. Implantou-se, então, o Estado do Bem-Estar Social (Estado Provedor ou “Welfare State”), que recebeu, dentre outras funções econômicas, sociais e políticas, a de restabelecer a igualdade entre os homens, tal qual ditada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹⁰⁵. Financiado pelos excedentes de produção, numa fase de crescimento da economia capitalista em escala mundial, de afirmação da liberdade, da propriedade e da segurança individual, bem como da garantia dos direitos sociais, não sem razão leciona Eric Hobsbawn que “o período de 1950 a 1975 assistiu à mudança social mais espetacular, rápida e abrangente, profunda e global já registrada na história mundial”¹⁰⁶, situação que persistiu por cerca de trinta anos. O Estado passou a preocupar-se com o bem comum, com os interesses públicos representativos dos vários setores da sociedade, dada à passagem do Estado monoclasa Liberal para o Estado pluriclasa Social.

O Estado do Bem-Estar Social recebeu diversas atribuições até então exercidas somente pela iniciativa privada, sem sua incursão ou intervenção. Assumiu a prestação de serviços públicos comerciais, industriais e sociais, criando, para tanto, empresas estatais, fundações¹⁰⁷ e sociedades de economia mista, as quais, juntamente com as estatais e com outras empresas sob controle acionário do Estado, serviam de instrumento para a intervenção no domínio econômico, nova função estatal. Além dessas atribuições, o Estado também passou a fomentar

criou-se um fundo encarregado de dar estabilidade ao sistema financeiro internacional e um banco responsável pelo financiamento da reconstrução dos países atingidos pela destruição e pela ocupação da guerra: o FMI (Fundo Monetário Internacional) e o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) que, posteriormente, deu origem ao Banco Mundial.

¹⁰⁵ “Artigo 1º- Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.”

¹⁰⁶ HOBBSAWN, Eric. *Globalização, Democracia e Terrorismo*. 2006.

¹⁰⁷ Segundo o Dec-lei 200/67, art. 5º, IV, fundação pública é a “entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa par o desenvolvimento de atividades que não exijam execução pro órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.” Odete Medauar adverte que são “dotadas de personalidade jurídica de direito privado, segundo preceito acima, embora possa haver fundação pública criada como pessoa jurídica de direito público, ...” MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. Pág. 91.

atividades de interesse público, incentivando a iniciativa privada a desempenhá-las. Teve ampliado, também, seu poder de polícia, passando a atuar em setores não relacionados diretamente com a segurança, pois a ordem pública abrangia a ordem econômica e social e a impor obrigações de fazer.

Mas passados os Trinta Gloriosos, as dimensões econômica, política e social se distanciaram. Atualmente, não é mais possível manter uma equação política-econômica equilibrada, tamanhas as transformações globais ocorridas. Florescem discussões sobre a redefinição do Estado, sobre a readequação de suas funções em todas as partes do mundo. Em geral, concorda-se com a redução da máquina estatal, outorgando-se-lhe novo papel de gestão e regulação nos moldes corporativos, tanto no provimento de direitos sociais, seja pela prestação de serviços públicos ou pelo fomento, seja pelas imposições de obrigações de fazer, como na intervenção econômica. Ao Estado cabe assumir posição de “verdadeiro cérebro do organismo social – a triagem de uma massa crescente de informações, em vista do acréscimo extraordinário de decisões e atividades, em todos os níveis. Ora, essa ativação incessante dos órgãos estatais engendra fatalmente o caos e a confusão de atribuições, se não organizada no quadro de um planejamento estratégico, com a eleição prioritária de fins ou objetivos comuns e a escolha dos meios ou instrumentos mais adequados à sua consecução.”¹⁰⁸

Importante lembrar, todavia, que há problemas específicos do Estado que a gestão empresarial, seja qual for a técnica de planejamento estratégico adotada, não soluciona. Outrossim, as transformações político-econômicas e seus efeitos sociais variam de Estado para Estado, exatamente pela especificidade das conformações de cada um, pelo histórico das políticas sociais e econômicas adotadas e pelas influências decorrentes da globalização, especialmente o esmaecimento da soberania e as imposições financeiras do novo cenário mundial. Maria Sylvia Zanella Di Pietro alerta que “a globalização está levando os governantes, principalmente na esfera federal, a buscar modelos no direito estrangeiro, sem levar em conta a diversidade de regimes jurídicos, especialmente no âmbito

¹⁰⁸ COMPARATO, Fabio Konder. *Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas*. São Paulo: RT-737, ano 86, 1997. Pág. 16.

constitucional.”¹⁰⁹ Sobre o respeito à realidade de cada Estado afirma Maria Paula Dallari Bucci que “a simples cópia de modelos jurídicos ou a importação de soluções prontas, sem a ponderação das circunstâncias históricas, políticas e econômicas que nos fazem peculiares, não é suficiente para sanar os problemas ...”.¹¹⁰ Por outro lado, a rejeição ou ignorância a modelos estrangeiros também é nociva, na medida em que as experiências alheias, se absorvidas com critério e parcimônia, podem trazer relevantes ensinamentos e aprimorar outras tentativas internas.

A realidade do Direito Público brasileiro demonstra uma miscigenação de conceitos e influências. O Brasil adotou partes de modelos europeus, cobriu lacunas com sistemas anglo-saxões, tudo com interpretações, traduções e respeito aos limites da realidade jurídica pátria pré-existente. Esse é o momento de reestruturar-se: desestatizando, ou privatizando, empresas nas quais tem participação; desmonopolizando as atividades econômicas e desregulando, ou diminuindo o regramento da atividade privada, a intervenção nas liberdades dos cidadãos, no domínio econômico e o poder de polícia; e terceirizando, celebrando acordos variados com o setor privado. A Administração Pública, executora dos ditames estatais nas funções de fomento¹¹¹, ordenação¹¹², gestão¹¹³ e intervenção¹¹⁴, deve, portanto, ter suas atividades enxugadas e revistos seus

¹⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública. Concessão, remissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1996. Pág. 40

¹¹⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. Pág. 09.

¹¹¹ A atividade administrativa de fomento consiste no incentivo, pelo Poder Público à iniciativa privada, ao desenvolvimento de ações de interesse da coletividade, investidas privadas de interesse público. O fomento pode ser honorífico, jurídico ou econômico, sendo a primeira modalidade consubstanciada em prêmios, recompensas, títulos e menções honrosas; a segunda exercida por meio da outorga de títulos, qualificações ou privilégios próprios do Poder Público; a terceira consiste em auxílios, subvenções, financiamentos, isenções fiscais, desapropriações por interesse social. ¹¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública. Concessão, remissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 1996. Pág. 22.

¹¹² “Em essência, o poder de polícia é a atividade da Administração que impõe limites ao exercício de direitos e liberdades. É uma das atividades em que mais se expressa sua face autoridade, sua face imperativa. Onde existe um ordenamento, este não pode deixar de adotar medidas para disciplinar o exercício de direitos fundamentais de indivíduos e grupos. (...) Outras denominações vêm sendo utilizadas para designar essa atividade da Administração: poder ordenador, atividade interventora.” MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. Pág. 385.

¹¹³ Serviços públicos.

¹¹⁴ A intervenção estatal deu-se, num primeiro momento, por meio das empresas, ligadas ao Estado, mas posteriormente, os incursos estatais intervencionistas ampliaram-se para todas as áreas ou atividades de interesse comum, pro exemplo, os sucessivos planos econômicos no fim da

regimes de delegação, concessão e permissão de serviços públicos. Além disso, deve transferir algumas atividades à iniciativa privada, assim como descentralizar e a desconcentrar algumas atividades estatais. Reunidas genericamente sob o nome de parcerias¹¹⁵, surge uma proposta interessante de compartilhamento das funções do Estado e, por consequência, das respectivas responsabilidades.

O Estado deve assumir postura empreendedora, invertendo-se o paradigma de transformação de “fora para dentro”, ou seja, da submissão do país à conjuntura política econômica internacional, para uma real afirmação da cidadania pelos brasileiros, de “dentro para fora”, por meio do empoderamento cívico, do controle e da governança estatal coletiva, com a participação efetiva e emancipada de todos sobre os rumos econômicos, sociais e políticos, sobre as decisões quanto ao bem-estar social e qualidade de vida da sociedade brasileira. “Fazer do setor público um bem de igual qualidade para todos é a forma de reinstitucionalizar o Estado e uma das funções mais relevantes do Terceiro Setor.”¹¹⁶

2.2 FENÔMENO SÓCIO-JURÍDICO-FILOSÓFICO

O Direito a ser estudado e aplicado na sociedade contemporânea, não necessita de uma nova organização metodológica, de novas leis – reiterando-se o caráter excessivo das que já estão positivadas no ordenamento –, tampouco se desenvolve em um cenário cujos fenômenos, de natureza social ou jurídica, devam ser estudados separadamente.

Seguindo o modelo que vimos adotando no desenvolvimento deste trabalho até então, a inserção do fenômeno do Terceiro Setor na seara do Direito, cingido ao aspecto transindividual desta Ciência, deve ocorrer interdisciplinarmente¹¹⁷,

década de 80, início de 90. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública. Concessão, remissão, franquias, terceirização e outras formas*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 1996. Pág. 23.

¹¹⁵ Diverso da expressão “gestão associada” utilizada no art. 241 da Constituição Federal, que se formaliza por meio de convênios ou consórcios.

¹¹⁶ André Urani e Mônica de Roure. “O setor privado na promoção do desenvolvimento do Brasil.” in PORTO, Marta (org.). *Investimento privado e desenvolvimento: balanço e desafios*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Senac, 2005. Pág. 31.

¹¹⁷ “... propostas interdisciplinares devem procurar respeitar as opiniões prévias que estão subjacentes à legitimação de sua narrativa. Inevitavelmente, os cuidados metodológicos são

incorporando elementos da Sociologia, da Filosofia, da Antropologia, da Economia, da Administração Pública e da Teoria Geral do Direito.

A justificar a escolha deste método está a característica mais marcante do Direito: ser um sistema dinâmico, em construção, reflexo do conteúdo ético e moral de um povo, sujeito às oscilações axiológicas de seu tempo, e a certeza de que o conhecimento é uno, porque produzido pelo homem e para o homem, em resposta aos fatos sociais, cindindo-se-o, apenas, para efeito didático.

O Direito somente realizará seu fim, e a produção normativa somente atenderá àqueles aos quais se destina, se a Justiça¹¹⁸ for aplicada com isonomia e equidade, sendo imprescindível, para tanto, o diálogo entre os diversos campos da Ciência. Do contrário haveria um lapso cognitivo entre o fato social, a norma jurídica e o valor que se atribui àquele, com vistas à materialização desta. “Como afirma Radbruch, os elementos universalmente válidos da idéia de direito são só a justiça e a segurança. Assim, se a legalidade busca a realização da justiça através da vontade popular, e realiza a segurança através da previsibilidade, podemos dizer que realmente é uma regra, ou princípio da maior importância no Direito.”¹¹⁹

Em face da complexidade fenomênica que permeia o cenário social, não há como esquivar do Direito a análise fático-jurídico-sociológica para o atingimento de seu fim precípuo, qual seja, o bem comum, que podemos caracterizar como uma materialização do justo. Em última análise, o Direito existe porque existe o homem, e não há unicidade e completude suficientes em apenas uma Ciência para permitir, justificar, manter ou restaurar a Justiça, pois ela não é apenas um valor, mas uma condição que valorada remete à idéia do equilíbrio.

importantes no que diz respeito ao encontro entre diversidades de fundamentos.” BAIRON, Sérgio. *Interdisciplinaridade*. São Paulo: Editora Futura, 2002. Pág. 141.

¹¹⁸ Interessa-nos a noção aristotélica da justiça, segundo a qual, “... o justo ... significa aquilo que é legal e aquilo que é igual ou equitativo ...” ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Bauru: Edipro, 2002. Pág. 136.

¹¹⁹ MACHADO, Hugo de Brito. *O Princípio da Legalidade e a Regulação de Serviços Públicos Delegados*. Revista Regulação no Brasil nº 1. Porto Alegre: ABAR, 2005. Pág. 96.

Nesta linha é a posição realiana, segundo a qual “ ... o Direito é a ordenação bilateral atributiva das relações sociais, na medida do bem comum.”¹²⁰

As sociedades são sistemas que, por seus membros e estruturas, sinergicamente, no exercício das funções que lhes competem, atuam para o atingimento de um fim. Este fim, ou objetivo, há de ser satisfatório¹²¹, para todos indivíduos e estruturas despersonalizadas¹²².

A lei¹²³ é a face materialmente mais visível do Direito, e reflete o conteúdo ético-moral de um povo em determinado tempo. Ela não contém uma cláusula definitiva, atemporal e fechada, pronta a solucionar cada situação da vida real e a abraçar em seu conteúdo a cada um dos casos concretos da vida cotidiana.

Lei é regra de ocasião submetida a um critério de vigência circunstancial, segundo sua efetividade como resposta à reprovação social ou ainda como balizamento social preventivo. A norma contida na lei deve atender à sociedade do seu tempo¹²⁴. Sua importância é, ao mesmo tempo, absoluta e relativa. Absoluta na medida em que sujeita a sociedade coletivamente considerada, ou os indivíduos aos quais se referem os seus preceitos.

¹²⁰ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 22ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1995. Pág. 59.

¹²¹ A idéia de satisfação que trazemos respeita à possibilidade do atingimento pleno de uma finalidade. No emprego do termo não há um conteúdo subjetivo, ou valorativo. Uma vez que toda causa visa a um efeito singular e previsível que a caracteriza, também o exercício sinérgico das funções adstritas aos elementos caracterizadores do sistema social deve atingir em toda sua inteireza uma finalidade em razão de sua criação (estrutura) e decisão (membros).

¹²² Talvez possamos nos referir a estas estruturas como “desumanizadas”, na medida em que são organizações, ou mesmo, na linguagem técnico-jurídica, pessoas jurídicas. A verdade é que nos referimos a estruturas em cujo processo existencial permeia a vontade humana, na medida em que são instrumentos indiretos ou mediatos da realização social. Desta forma, é que as entendemos como intermediários na relação sujeito/objeto.

¹²³ Adotamos o conceito de Washington de Barros Monteiro, para quem “lei é preceito comum e obrigatório, emanado de poder competente e provido de sanção.” BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*. 32ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 1994. Pág. 13.

¹²⁴ “... a interpretação e a aplicação das regras exigem uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte ...” ÁVILLA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. Pág. 181.

Não obstante a sujeição à lei seja absoluta, sempre caberá ao Poder Judiciário¹²⁵, ao Ministério Público¹²⁶ e às partes¹²⁷, mediante o exercício dialético¹²⁸ que exsurge do aspecto argumentativo do Direito, a exegese legislativa.

Interessante consideração nos traz John Rawls ao afirmar que “... mesmo numa sociedade justa, é razoável admitir certas ordenações restritivas para assegurar a obediência, mas o seu principal propósito é ratificar a confiança mútua entre os indivíduos.”¹²⁹

Por outro lado, é relativa a sujeição à lei, porque eivada de caráter transitório. Sua vigência se relaciona com a efetividade e concretude que possa oferecer para a sociedade. Trata-se de uma relativização que particulariza um lapso temporal.

Ana Lúcia Sabadell, ao tecer elucidações sobre Emile Durkheim, ensina que o liame inter-relacional no seio da sociedade se explica pelo que o autor nomeia de “solidariedade social”, produto e consequência da característica gregária do indivíduo.

Para tanto, há que se ter regras que orientem a convivência social, e quanto a estas, outras regras que inibam o desrespeito aos parâmetros de controle social. Estes

¹²⁵ Art. 5º, XXXV, CF: A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹²⁶ Art. 127, CF: O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

¹²⁷ O exercício do direito de ação amparado no princípio da ação, que no entendimento de Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco, “... indica a atribuição à parte da iniciativa de provocar o exercício da função jurisdicional.”, ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. Pág. 57, sob a ótica que nos aproveita permitirá, uma vez instaurada a lide, a dialética entre direitos, que culminará com a apreciação de um juiz ou ainda arbitral, sendo inarredável que em ambos os casos, a atuação judicial ou mediadora têm por escopo o (re) estabelecimento do equilíbrio (justo).

¹²⁸ “A decisão ... é ato de comunicação. É ação de alguém para alguém. Na decisão jurídica temos um discurso racional. Quem decide ou quem colabora par a tomada de decisão apela ao atendimento de outrem. O fato de decidir juridicamente é um discurso racional, pois dele se exige fundamentação. Na deve apenas ser provado, mas com-provado. Essa comprovação não significa necessariamente consenso, acordo, mas sim que são obedecidas regras sobre a obtenção do consenso que aliás nem precisa ocorrer. Por isso, uma decisão que não conquiste a adesão dos destinatários pode ser, apesar do desacordo, um discurso fundamentante (racional). FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Editora Atlas, 2003. Pág. 323.

¹²⁹ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002. Coleção Justiça e Direito, Pág. 642.

parâmetros, segundo Durkheim, se referem a uma espécie de consciência comum a todos e por isso a necessidade cogente de respeitá-los, com vistas a possibilitar uma convivência plural tendente a realizar um fim singular: o bem comum.

O Direito, segundo esta concepção, é um reflexo da mencionada solidariedade social. A natureza das regras e o grau de verticalização do valor dos objetos que protege há de ser um eco audível, porém inconstante, na medida em que o interesse dos indivíduos e dos grupos (consciência comum) é dinâmico. Daí surge o conceito de “solidariedade orgânica”, que, caracteriza a sociedade moderna: “... trata-se de uma sociedade complexa, fundamentada na divisão do trabalho, segundo o princípio da especialização. O indivíduo não se vincula diretamente a valores sociais, não está submetido a liames tradicionais, a obrigações religiosas ou comunitárias. A solidariedade cria-se através de redes de relacionamento entre indivíduos e grupos, onde cada um deve respeitar as obrigações assumidas por contrato. O próprio indivíduo se autopolicia, porque sabe que se não atuar de uma determinada forma (estudar, trabalhar, ganhar salário, investir), não poderá sobreviver nesta sociedade fundamentada na propriedade privada, na concorrência e no intercâmbio de bens de valores equivalentes.”¹³⁰

A modernidade é a época que se caracteriza pelo aumento das desigualdades sociais, que se perfaz na concentração do capital a núcleos distinguíveis de poder e da maciça difusão da pobreza; da deterioração do meio ambiente natural e artificial, sendo que, quanto a este segundo, há um subfator que o acarreta, a ocupação desorganizada das zonas urbanas seja pela falta de planejamento urbanístico, seja pelo contingente populacional migrante das áreas menos favorecidas para aquelas em que o fluxo de capital ocorre de maneira mais palpável. Em nenhum momento, no entanto, há a participação deste grupo desprivilegiado que alinhava ao sonho da ascensão econômica a panacéia ebuliente dos grandes centros citadinos; há a desvalorização da pessoa humana, que tem sua individualidade desprezada em detrimento da massificação cultural, que deixa de ser cidadão para ser consumidor, cliente, pura e simplesmente, servindo como meio de manutenção das grandes corporações, que por sua vez

¹³⁰ SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

atingem, em razão de seu poder econômico, *status* diferenciado, tendo em conta que não são raros os casos de empresas cujo faturamento sobrepuja o produto interno bruto de muitos países.

A pós-modernidade compreende os tempos da revolução tecnológica, do formato comunicacional bastante ágil, das novas formas de relacionamento, das redes sociais. Vivemos o redimensionamento do espaço público, lugar de ocupação democrática para discussões democráticas sempre pautadas na efetiva participação de todos, não por qualquer regra obrigacional ou imperativa, mas pela vontade, pela iniciativa, pelas mãos empoderadas da cidadania.

Informações são transmitidas aos seus receptores, muitas vezes, em tempo real. Antes que o indivíduo possa tecer um juízo valorativo acerca dos fatos e dos acontecimentos, o que se dá por meio de um processo crítico-reflexivo, outras informações lhe são transmitidas. Por essa razão, há que se cuidado com a celeridade sem profundidade, com os conteúdos efêmeros eivados de subjetivismos, sob pena de comprometer a segurança jurídica.

Ademais, não se pode olvidar que a informação é um produto e os veículos comunicacionais do presente permitem uma abrangência completamente diferenciada, na medida, e que um público muito maior pode ser atingido por ela. Por sua vez, tratando-se de receptores de formação cultural heterogênea, o aprofundamento do conteúdo informacional há que ser, de outra feita, homogêneo.

Esboçando preocupação congruente com o que aqui procuramos delinear são os estudos sobre a comunicação de massa de Robert K. Merton e Paul F. Lazarsfeld, para quem “Muitos temem a ubiqüidade e o poder em potencial desses meios. Temos sugerido que isto se assemelha ao medo indiscriminado de um fantasma, e provém de uma posição social insegura e de valores tenuamente mantidos (...) em segundo lugar, a preocupação com os atuais efeitos dos ‘mass media’¹³¹ sobre seu enorme público e, mais especificamente, com a possibilidade de que seu contínuo assalto leva à entrega incondicional da capacidade crítica do público a seu

¹³¹ Comunicação de massa.

inconsciente conformismo (...) – por fim – o perigo de que esses instrumentos de comunicação de massa, tecnicamente avançados, levem a séria deterioração dos gostos estéticos e dos padrões culturais populares.”¹³²

Na pós-modernidade ocorrem os fenômenos de retirada da substância valorativa do passado e da desmistificação do futuro, uma vez que o imediatismo pode corromper a perspectiva vindoura, transformando-a em uma antevisão do agora.

É o vislumbre do arremedo fetichista das possibilidades presentes que se sustentam assimetricamente, existentes sempre no plano da idéia, pois a grandeza espaço é redimensionada e perde importância em relação ao tempo. Senão, o que nos ensina Willis Santiago Guerra Filho, “... com essa redução das distâncias, do espaço, pela redução do tempo necessário para percorrê-lo, cada vez mais, o que se passa conosco se passa agora, mas não aqui. O presente se eterniza, impondo-se ao passado, destruindo-o, e ao futuro, incorporando-o, já que ambos só são enquanto são agora.”¹³³

Não é possível construir um elenco exauriente e taxativo de características da sociedade pós-moderna. Cada aspecto remete a outro, em um exercício dinâmico-linear que leva ao infinito. No entanto, para o fim ao qual nos propomos, de demonstrar o cenário de existência do indivíduo, ou ainda, o de co-existência dos indivíduos, chamando atenção para os seus perigos e peculiaridades, cremos serem suficientes os elementos caracterizadores acima suscitados. Nosso intento se reserva a demonstrar que vivemos um tempo desafiador, de questionamento do modo de vida humano, da sua organização estrutural, das suas ações e relações entre si e interações com o ambiente, da quebra de paradigmas, da confluência de princípios paradoxais.

Trata-se de uma época que delineia uma tendência de descaracterização do contrato social. Não se erra ao afirmar que todo o trabalho desenvolvido pelo homem ao longo do tempo, desde as mais remotas épocas, e que objetivava a

¹³² Robert K. Merton e Paul F. Lazarsfeld. “Comunicação de massa, gosto popular e a organização da ação social”. Traduzido por Carmen Dora Guimarães. LIMA, Luiz Costa org. *Teoria da Cultura de Massa*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2000. Pág. 109 e 131.

¹³³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Globalização e Teoria dos Sistemas Autopoiéticos*. 2007.

construção de um sistema seguro, colocou, de um lado, contratantes abrindo mão de parcela de sua liberdade e de outro lado, o contratante Estado, agregando todas essas parcelas de liberdade para criar uma só parte, que personificava o bem comum. A partir daí, o Estado substituíu-se no indivíduo e ao seu subjetivismo para decidir o interesse público, o bom para o grupo. Essa modalidade de contrato corre o risco de ter sua importância questionada pelos novos personagens e efeitos que advêm dos modelos relacionais da pós-modernidade.

Mas este processo pode ser redesenhado, se adotada uma mudança jurídico-paradigmática, amparada na formação das redes sociais e no cultivo de uma cidadania consciente e solidária, respaldada nos princípios constitucionais da liberdade, da justiça, da solidariedade, da dignidade da pessoa humana, e desenvolvida sobre valores sociais imanentes à noção de responsabilidade social. Todos estes elementos integram o Terceiro Setor.

Não existe um Direito do Terceiro Setor. Terceiro Setor é um fenômeno social que encontra sua causa nas modificações político-econômicas da sociedade, consequência de uma nova forma de organização e de gestão do Estado.

Os conceitos importados da Economia, da Administração de Empresas, da Sociologia e da Filosofia são originariamente dispersos quanto ao seu nascedouro, mas equidistantes ao agente do fato social, o indivíduo, o que, segundo o entendimento interdisciplinar, permite uma organização teórica homogênea, uma vez que ontologicamente guardam relação com o fenômeno do Terceiro Setor.

Quanto a este último, por sua vez, foi objeto de uma epistemologia que buscou conferir expressão transindividual ao rearranjo social necessário à manutenção, prestação e assunção de funções do Poder Público, impossíveis de serem executadas, por este, por quaisquer razões. Trata-se mesmo da inviabilidade do Estado Democrático de Direito prestar, em toda sua inteireza, os serviços que tornam a vida digna por excelência. O processo é racional e finalístico.

Isto significa afirmar que o Terceiro Setor é resposta natural, não dogmática, às necessidades organizacionais da sociedade e dos Estados contemporâneos,

principalmente das economias ditas emergentes, e mesmo daqueles países que gozam de certa estabilidade. Por essa razão, vemo-lo como fonte do Direito.

2.3 MARCO LEGAL DO TERCEIRO SETOR?

Ruth Cardoso, voz ativa e atuante do Terceiro Setor acredita que “No Brasil, a legislação que se aplica ao setor não lucrativo é antiquada e inadequada. Ela não dá conta de fenômenos novos como a responsabilidade social do setor privado empresarial e as relações crescentes de parceria, em todos os níveis, entre órgãos públicos e organizações não-governamentais.”¹³⁴ Será mesmo?

Concordamos que o Brasil vive um momento de questionamento da superdimensão do Estado, das suas truncadas estruturas, sempre morosas, ineficientes e burocráticas; das suas excessivas regulações, limitantes às liberdades econômicas e sociais; dos seus monopólios e privilégios legais; da sua invasiva participação no mercado, com a conseqüente carga financeira que recai pesadamente sobre os cidadãos.

No entanto, acreditamos que o problema brasileiro não repousa no fato de ser antiquada a legislação, mas, sim, excessiva. Sobram leis, regulamentos, medidas provisórias, portarias e resoluções recentes e atualizadas atinentes ao Terceiro Setor, o que acarreta confusão e prejuízos a todos os envolvidos, direta ou indiretamente, nas ações do setor.

Muitos autores defendem que somente um novo ordenamento jurídico específico para o Terceiro Setor trará o reconhecimento e a valorização necessários para a consolidação das iniciativas desse setor junto à sociedade. Muito pelo contrário! A valorização do setor, sua importância e consolidação deve iniciar nas pessoas, na mudança de mentalidade, de cultura, de hábitos. Os indivíduos precisam passar a ser e se sentir cidadãos, se assenhorar de seus direitos e ocupar os novos espaços públicos para a realização de diálogos, de debates e de tomada de decisões junto ao Estado e ao Mercado, como iguais. Não há que se falar mais em delegação,

¹³⁴ Ruth Cardoso, “O Fortalecimento da Sociedade Civil” in IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 11.

outorga, concessão, mas em empoderamento individual e engajamento coletivo. O povo deve tomar consciência do seu poder e influência sobre o Estado e sobre os efeitos sociais sobre os direcionamentos econômicos. Não é a lei que muda o comportamento do povo, mas o povo é que deve ditar o conteúdo das leis, de acordo com os seus anseios, com as suas necessidades e capacidades.

A Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público¹³⁵ de 1999, ou simplesmente OSCIP, por exemplo, é diploma legal recente, cuja promulgação contou com empenho e forte apoio da própria socióloga. Basta um breve sobrevôo sobre o arcabouço legislativo relativo ao Terceiro Setor¹³⁶, que será analisado com mais vagar a seguir, para constatar que a maioria das normas data de 1965 para cá, havendo intensificação nos anos 90. O que ocorre é que, muitas vezes, seus regramentos são conflitantes entre si, causando dúvidas nos atores sociais, inaplicabilidade pelo Estado, ou seja, sem qualquer efetividade para a sociedade.

Tivemos oportunidade de opinar junto ao Diário do Comércio e da Indústria de São Paulo¹³⁷ sobre a incorreção terminológica das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, tema que até hoje suscita desentendimentos. Demonstramos que essa lei instituiu uma qualificação para algumas organizações do Terceiro Setor que preenchem todos os seus requisitos. Ou seja, OSCIP é um título de outorga vinculante e vitalícia pelo Ministério da Justiça. Batizá-la como Marco Legal do Terceiro Setor foi um exagero, uma impropriedade técnica, cremos, uma manobra de marketing para chamar a atenção para o setor. Deveras, a Lei das Organizações Sociais¹³⁸ ou das Agências Executivas¹³⁹, ambas datadas de

¹³⁵ Lei nº 9.798/99.

¹³⁶ Colecionamos as principais normas relativas apenas ao setor em nível federal, sem pretender esgotá-las, pois cada área de atuação conta com extensa legislação e regramento infra-legal específico em todas as esferas de governo: Código Civil de 1916 Lei nº 91/35 (Título de Utilidade Pública); Constituição Federal de 1988 (Direitos Sociais); Lei nº 4.717/65 (Lei de Ação Popular – LAP); Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública – LACP) IN/STN nº 01/97 (Convênios); Lei nº 9.637/98 (Lei das Organizações Sociais - OS); Lei nº 9.649/98 (Agências Executivas); Lei nº 9.790/99 (Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP); Código Civil de 2002; Lei 11.079/04 (Lei das Parcerias Público-Privadas - PPP); Lei 11.107/05 (Lei dos Consórcios Públicos); Resoluções do Conselho Nacional de Assistência Social do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (CNAS).

¹³⁷ Caderno Opinião. *Diário do Comércio e da Indústria (DCI)*. Fev 2007.

¹³⁸ Lei nº 9.637/98.

¹³⁹ Lei nº 9.649/98.

1998, trouxeram em seu bojo mudanças mais substanciais em termos de inovação institucional do que a própria Lei das OSCIP, além de serem anteriores.

Demais disso, não houve preocupação com a capacitação dos funcionários públicos para essa nova realidade ou da estruturação de um órgão de intermediação e controle das ações do setor. Verdade que os Tribunais de Contas e o Ministério Público tem responsabilidades na fiscalização, mas numa faceta mais repressiva, tendo em conta que como Curador, o MP atua somente junto as fundações que representam apenas uma parcela de todo o setor. Por isso defendemos a criação de uma Agencia Reguladora de Participação e Controle social, com o objetivo de intermediar e promover as discussões e rumos da sociedade. Um mesmo palco, para que todos os protagonistas sociais desempenhem seus diferentes papéis.

A absorção de funções transformou Estado Social brasileiro em prestador de serviços, em empresário, em financiador, em investidor, em mantenedor, o que fortaleceu sobremaneira o Poder Executivo, em detrimento da supremacia sempre existente do Poder Legislativo sobre os demais poderes, por conta de ser, este, o Poder de representação da vontade popular por excelência¹⁴⁰. Como consequência, o Poder Executivo passou a assumir a função normativa regulamentar, até então atribuição atípica e excepcional, como regra geral de exercício de seu poder. Entrou em “...colapso o modelo de Estado moderno, ao menos na configuração do Estado nacional. O arcabouço institucional e jurídico vinculados a eles não poderia restar incólume.”¹⁴¹

¹⁴⁰ “Temos, pois, que se a grande finalidade do ingresso dos homens em sociedade é a preservação de sua esfera de vida individual, e se o grande instrumento para tal são as leis editadas em cada sociedade, segue-se que ‘o primeiro e fundamental direito positivo de todas as comunidades humanas é o estabelecimento do Poder Legislativo’. Este, além de ser ‘o poder supremo da comunidade’, é também ‘um poder sagrado e inalterável nas mãos daquele a quem a comunidade o confiou; nem pode edito algum de qualquer outro órgão, seja qual for a forma em que é concebido, ou o poder em que se funde, ter a força e obrigatoriedade de uma lei, não sancionada pelo Legislativo que o público escolhe e elegeu’.” COMPARATO, Fabio Konder. *Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas*. São Paulo: RT-737, ano 86, 1997. Pág. 13.

¹⁴¹ AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano Peixoto. *A Republicização do Estado e os Interesses Públicos*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1999. Pág. 203.

Assim, o princípio da legalidade fora duplamente ferido, de um lado, pelos atos normativos editados indiscriminada e irrefreavelmente pelo Poder Executivo, e de outro pelo excessivo positivismo jurídico, que acabou por transformar a lei em instrumento formal, sem qualquer conteúdo de justiça social.

Perdido seu caráter de abstração, generalidade e impessoalidade, a lei se politizou e, por isso mesmo, induziu o hiperpositivismo, eis que seus ditames não buscam o bem comum ou a justiça, mas somente o atendimento de interesses parciais da sociedade.¹⁴² O princípio da legalidade vinculou-se, originariamente, à separação dos poderes, à oposição das práticas absolutistas e despóticas, que implicou na supremacia da lei, no governo das leis (government by laws) e não mais no governo dos homens (government by men). Mas a mudança na conformação do Estado, especialmente com a predominância do Executivo sobre o Legislativo e a heterogeneidade de classes da sociedade moderna questionam, hoje, essa “sacralização da legalidade” que produziu um desvirtuamento, um “legalismo” excessivo, em que é o que é lei é considerado justo, independentemente de seu conteúdo.

As limitações e insuficiências do direito tradicional deram margem à busca de novas formas jurídicas para a moderna configuração dos institutos jurídicos, bem como de suas interdisciplinares relações e interações, seja as de origem exógena, denominadas genericamente por parcerias com ou sem natureza econômica, que preenchem as lacunas abertas pelas demandas sociais hodiernas; seja as concebidas endogenamente, a fonte normativa do sistema que reconhece a necessidade de adequação ao novo perfil do Estado.

O resgate axiológico do princípio da legalidade, da segurança jurídica, da racionalidade legal e da estabilidade do Direito reside na nova roupagem adotada pelo princípio do interesse público. Diferentemente da sua conotação no Estado

¹⁴² “É evidente que uma reforma processada por essa forma gera insegurança jurídica, consideravelmente agravada pelo fato de muitas alterações e inovações serem introduzidas por meio de atos do Poder Executivo, em especial decretos e medidas provisórias. Sem falar na imensa quantidade de resoluções e portarias e outros atos normativos baixados por órgãos públicos e entidades da Administração indireta, com inobservância do princípio da legalidade e criando uma miscelânea legislativa difícil, senão impossível de ser conhecida e cumprida pelos destinatários das normas.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública. Concessão, remissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1996. Pág. 41.

Liberal, cuja finalidade eminentemente contratualista e utilitarista era a de proteger as liberdades materiais individuais, a feição do interesse público no Estado Social é humanista, na medida em que se preocupa com a liberdade moral, cuida para a existência digna, com igualdade, busca o bem comum.

E o reexame do princípio do interesse público implica em nova leitura dos Poderes estatais tradicionais. O Poder Legislativo, estrela da representação e da vontade popular, tem seu brilho ofuscado pelas incursões do Poder Executivo na função normativa. Ou seja, quando a legitimidade Estado “passa e fundar-se, não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem concretizadas programadamente, o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental.”¹⁴³

O termo “parceria” advém do direito privado, das relações empresariais ou civis de cooperação, co-participação, co-responsabilidade. É o direito público bebendo das fontes de direito privado, sorvendo informações, renovando posicionamentos.

Os Convênios de Cooperação¹⁴⁴ instrumentos que o poder público utiliza para associar-se a outras entidades públicas ou privadas são exemplos atuais de parceria. São acordos de vontade, tal qual um contrato, mas deste diferem pois os objetivos dos partícipes são comuns, buscando, todos, um mesmo resultado. Nos convênios entre entidades públicas e particulares, a natureza da relação é de fomento, pois o Estado incentiva o particular a desempenhar função pública de benefício coletivo, por meio de transferências financeiras.

Outro exemplo é o título de Organização Social, ou abreviadamente OS (Lei 9.637/98), qualificação outorgada a pessoas jurídicas de direito privado (associações ou fundações - discorrer sobre as associações), sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, pesquisa científica e tecnológica, preservação do ambiente, cultura, saúde, emprego e renda, atendidos certos

¹⁴³ COMPARATO, Fabio Konder. *Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas*. São Paulo: RT-737, ano 86, 1997. Pág. 17.

¹⁴⁴ Arts. 23 e 241 da Constituição Federal, o art. 116 da Lei nº 8.666/93 e a IN/STN nº 1/97.

requisitos impostos pela lei, tais como: ter a participação de representantes do poder públicos, membros da comunidade, indivíduos de renome intelectual ou de notoriedade profissional e idoneidade moral em seus órgãos deliberativos. As organizações qualificadas como organizações sociais são declaradas de interesse social e utilidade pública para todos os efeitos legais, podendo receber recursos orçamentários e bens públicos para cumprimento dos objetivos do contrato de gestão. O contrato de gestão é o documento que formaliza a celebração de parceria com o poder público no fomento e execução das atividades da OS. Alvos de severas críticas “A intenção do Governo é a de transferir para entidades qualificadas como organizações sociais atividades hoje desempenhadas por órgãos públicos. Só que a entidade prestará o mesmo serviço, não mais como serviço público (daí excluir-se a idéia de descentralização) e sim como atividade privada de interesse público, a ser fomentada pelo Estado mediante a celebração do contrato de gestão. Exatamente por isso é curioso falar-se em Programa Nacional de Publicização quando, na realidade, o que está sendo idealizado é exatamente a privatização ...”¹⁴⁵,

Agência Executiva (Lei 9.649/98), é outra possibilidade de qualificação outorgada pelo Chefe do Poder Executivo Federal a autarquias ou fundações que tenham cumprido requisitos elencados na lei, quais sejam: ter planejamento estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento; ter celebrado contrato de gestão com o respectivo Ministério supervisor. “Quanto ao primeiro requisito para receber a qualificação de ‘agência executiva’, já se vê que não passa de um conjunto de expressões sonoras, retumbantes e vazias. Quanto ao segundo, é preciso esclarecer em que consiste. Infelizmente também leva ao vazio. ‘Contrato de gestão’ (com o Ministério supervisor) é, pelo menos, até que se edite a lei prevista no art. 37, §8º, da Constituição, uma figuração juridicamente incoseqüente, um *nada* perante o Direito”¹⁴⁶, afirma Celso Antonio Bandeira de Mello. Também é o Poder Executivo que “tem a atribuição de editar medidas de organização administrativa específicas para as Agências Executivas, visando a assegurar a sua autonomia de gestão e fixará a disponibilidade de recursos

¹⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública. Concessão, remissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 1996. Pág. 213.

¹⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª edição. São Paulo: Editara Malheiros, 2005. Pág.166.

orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas previstos no contrato de gestão. Os contratos de gestão serão celebrados por períodos mínimos de um ano e fixarão os objetivos, metas, indicadores de desempenho da entidade, os recursos necessários, os critérios e instrumentos para a avaliação do seu cumprimento.”¹⁴⁷. Esta titulação, aparentemente, não leva a nada. Em rigor, a consequência única de relevo decorrente da qualificação de uma autarquia ou fundação como agência executiva é a que aparece não na lei própria, mas em outra lei, da mesma data dela, (n. 9.648 de 27.5.98); a saber: a *ampliação dos limites de isenção ao dever de licitar* para as agências executivas.”¹⁴⁸

Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, ou abreviadamente OSCIP (Lei 9.790/99) é uma qualificação outorgada pelo poder público (Ministério da Justiça) a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais sejam, sob o espectro do princípio da universalização dos serviços públicos, a promoção da assistência social, da cultura, defesa e conservação do ambiente e do patrimônio histórico, artístico, promoção da educação, da saúde, do voluntariado, de novos modelos socioprodutivos e de tecnologias alternativas, segurança alimentar e nutricional, combate à pobreza, promoção de direitos, da ética, paz, cidadania, democrática e outros valores universais. A pessoa jurídica portadora do título de OSCIP celebra Termo de Parceria com o poder público, destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público desenvolvidas pela entidade assim qualificada.

As Parcerias Público-Privadas instituídas pela Lei nº 11.079/04 são uma modalidade de contrato administrativo de concessão, específico para obras ou serviços públicos de valor superior a R\$ 20 milhões de reais. O contrato é firmado entre sociedades da iniciativa privada e órgãos da Administração Pública direta, indireta em todos os níveis de governo. A diferença entre as PPPs e as concessões

¹⁴⁷ “Vê-se que uma nova terminologia surgiu no panorama organizacional da Administração Federal: Agência Executiva. Trata-se de uma qualificação que é dada a uma autarquia (ou fundação), por ato do Presidente da República, se forem atendidos os requisitos acima indicados. Segundo se depreende, a qualificação como Agência Executiva confere tratamento diferenciado à autarquia, sobretudo no tocante à autonomia de gestão.” MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. Pág. 85.

¹⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. Pág. 167.

de serviços ou de obras públicas é a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. para implantar e gerir o objeto da parceria, além constituição de uma sociedade de propósito específico. Acresça-se a tais obrigações a obediência às regras dispostas na Lei de Responsabilidade Fiscal¹⁴⁹, previsão na Lei Orçamentária Anual¹⁵⁰ e no Plano Plurianual e a compatibilidade com a Lei de Diretrizes Orçamentárias¹⁵¹.

A Lei de Consórcios Públicos¹⁵² regula a cooperação entre entes da Federação para a gestão compartilhada de serviços públicos por meio dos consórcios públicos ou convênios de cooperação. A Emenda Constitucional nº 19/98 deu nova redação ao art. 241¹⁵³ criando a gestão associada para o planejamento, a regulação e a fiscalização dos serviços públicos. Estabeleceu o contrato de programa e o contrato de rateio instrumentos válido para constituir e regular as obrigações da gestão associada firmada entre entes da Federação e entre eles e o consórcio público. O Professor Miguel Reale, em parecer datado de 2005 sobre o então projeto da Lei dos Consórcios Públicos constatou inconstitucionalidades, tais como a invasão da competência privativa dos Estados membros para, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações e micro-regiões, (§ 3º do Art. 25 da CF), o poder outorgado aos consórcios de cobrar e arrecadar tarifas e outros preços públicos (Art. 2º, § 2º) e o poder de promover desapropriações ou instituir servidões consideradas necessárias ao desempenho das finalidades do consorcio. “O Projeto de Lei, que pretende instituir ‘consórcios públicos’, fê-lo extrapolando do Art. 241 da Constituição federal, visto criar uma instituição jurídica anômala, à qual é conferida competência equiparável à dos três entes que compõem nosso sistema federativo, o que conflita com as diretrizes de nossa Carta Magna.”¹⁵⁴

¹⁴⁹ Lei Complementar nº 101/2000.

¹⁵⁰ Lei nº 11.178/05.

¹⁵¹ Lei nº 11.439/06.

¹⁵² Lei nº 11.107/05.

¹⁵³ “Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.”

¹⁵⁴ <http://www.miguelreale.com.br/parecer>

Fundações de Apoio (Lei 4.024/61), “de modo mais completo, *fundações de apoio a instituições oficiais de ensino superior*. Destinam-se, em geral, a colaborar com tais instituições no ensino e pesquisa.”¹⁵⁵ Instituto jurídico diverso das fundações públicas, as fundações de apoio são entes dotados de personalidade jurídica privada que mantém convênios, ajustes ou contratos com universidades ou faculdades, mas que não integram a Administração indireta, tampouco a estrutura das universidades ou faculdades a que propiciam apoio. São constituídas e regidas pelo Código Civil e de Processo Civil.

As fundações de apoio são muito criticadas, pois ainda que reconhecidas pelo direito positivo e por ele parcialmente disciplinadas, não abarcam “as normas toda a complexidade do fenômeno fundacional, de tal modo que uma série de aspectos desse relacionamento se desenvolve segundo procedimentos peculiares, como se houvesse um regramento espontâneo, orientado a satisfazer demandas concretas e imediatas, muitas das quais (ainda que nem todas) voltadas às necessidades de funcionamento das instituições apoiadas.(...) sistema paralelo de normas de conduta ...”¹⁵⁶

Outro fator distintivo deste fim de século é o reforço normativo das constituições. O direito constitucional se rejuridicizou, seus artigos receberam a devida interpretação e imediata aplicação. Os valores constitucionais passaram a ser normas de exigência social. Mas a Constituição brasileira, ao disciplinar a Administração Pública, burocratizou e engessou, criando procedimentos complexos, impeditivos da flexibilidade e agilidade. Normas infraconstitucionais como a Lei 8666 seguiram essa linha. “Toda a sistemática burocratizante acabou, indiretamente, por incentivar a procura por novos caminhos, alguns lícitos, outro ilícitos, mas, quase como regra geral, colocando o administrador público muitos passos adiante do legislador e fazendo com que se coloque em xeque o próprio princípio da legalidade, ...”¹⁵⁷

¹⁵⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. Pág. 110.

¹⁵⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. Pág. 21.

¹⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública. Concessão, remissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1996. Pág. 38.

Possibilidade e viabilidade de propor uma nova organização do direito público vinculando a ação estatal aos fins decididos de forma política devidamente qualificada pelo direito: as políticas públicas. Reproduzir a comunicação entre política e direito, que já existe no nível constitucional para a esfera infraconstitucional, realizando, sob formas jurídicas, o interesse público, a vontade geral e o bem comum.

A complexidade das tarefas do Estado moderno corrobora essa possibilidade, uma vez que um dos grandes problemas atuais que revela a distância entre as leis e as ações estatais é a intensificação de atividades normativas infralegais e atípicas, como as excepcionais, porém abundantes, medidas provisórias emanadas pelo Poder Executivo, os regulamentos das Agências Reguladoras, as Instruções Normativas da Receita Federal, os Pareceres do Conselho de Auto-Regulação Publicitária, cujas sanções são, muitas vezes, mais temidas do que a própria previsão coercitiva decorrente de lei.¹⁵⁸

Sobre as criações decorrentes dessas novas modalidades de parceira, aponta Maria Sylvia Zanella Di Pietro que “(...) a própria existência desse tipo de entidade e seu funcionamento ostensivo junto à Administração Pública, com a tolerância dos órgãos de controle, constitui a prova viva da necessidade de rever-se o regime jurídico administrativo pela forma como vem sendo estabelecido no direito brasileiro (...)”. Para a autora, as “... regras que ‘atrapalham’ são simplesmente afastadas e substituídas por institutos paralelos, sem fundamento no direito positivo, ainda que por vezes com uma roupagem que assegura uma aparência de legalidade.”¹⁵⁹

¹⁵⁸ “Há que se lembrar, contudo, que inúmeros ‘órgãos administrativos e entidades da Administração indireta editam atos normativos por meio especialmente de Resoluções e Portarias, muitas inovando na ordem jurídica, em grande parte dos casos pro expressa delegação feita por lei. (...) E baixam normas – muitas delas inovadoras na ordem jurídica – em uma quantidade assustadora, absolutamente incompreensível e contraditória com a política governamental de Reforma do Estado, em que se insere ou deveria inserir-se a desregulação, se se pretende prestigiar a liberdade do cidadão.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública. Concessão, remissão, franquias, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1996. Pág. 153.

¹⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública. Concessão, remissão, franquias, terceirização e outras formas*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 1996. Pág. 123.

A professora vai além ao afirmar que o direito brasileiro procura meios privados de atuação pública, porque entende que o regime jurídico imposto ao Estado pelo direito positivo pátrio impede seu funcionamento adequado. Enfatiza-se a modernização e a eficiência para impingir ao Estado caráter antiquado e ultrapassado na consecução de seus fins. “No entanto, paradoxalmente, ao invés de procurar flexibilizar os meios de atuação da Administração Pública, pela alteração dos dispositivos legais e constitucionais que a emperram, prefere-se manter a rigidez do direito positivo. Por outras palavras, o direito positivo é bom de fachada, como norma escrita, como direito posto, mas ruim como direito aplicado.”¹⁶⁰ conclui a Maria Sylvia.

Mas também essa flexibilidade pode ensejar arbitrariedade, infração à legalidade como bem prescreve Odete Medauar. “O princípio da eficiência vem suscitando entendimento errôneo no sentido de que, em nome da eficiência, a legalidade será sacrificada. Os dois princípios constitucionais da Administração devem conciliar-se, buscando esta atuar com eficiência, dentro da legalidade.”¹⁶¹ A professora leciona que “Se considerado, de modo rigoroso, o sentido desses vocábulos, o *poder discricionário* seria a atribuição legal de decidir com possibilidade de escolha; *atividade discricionária* refere-se ao exercício de funções com utilização do poder discricionário, enquanto *discricionariedade* é a própria possibilidade de escolha. No entanto, o uso indistinto das expressões não implica erro, facilitando a exposição do tema, que em essência, é o mesmo nas citadas denominações.”¹⁶² E vai além ao afirmar que “A autoridade, ao exercer o poder discricionário, deve atender ao interesse público referente à competência que lhe foi conferida; por isso, a escolha que realiza é finalística.”¹⁶³ “Além dos requisitos de competência, forma, motivo, fim, em geral verificados depois da edição de medidas, a doutrina contemporânea volta seu interesse para o processo formativo da decisão. Daí resulta o cuidado com normas organizacionais e instrumentos pelos quais a autoridade possa conhecer e ponderar os diversos interesses envolvidos em cada

¹⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública. Concessão, remissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1996. Pág. 164.

¹⁶¹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. Pág. 153.

¹⁶² MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. Pág. 127.

¹⁶³ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. Pág. 129.

situação. E também a preocupação com os meios de assegurar informação ao público, ou seja, o acesso da população às decisões administrativas. A discricionariedade vista como liberdade-vínculo e a atenção dada aos mecanismos decisoriais correspondem à idéia de que o processo eleitoral ou a nomeação para um cargo de confiança na cúpula do Executivo não configuram passaporte para o absoluto, que dota os administradores de poderes incondicionados. Isso porque, a democracia não se exaure na eleição, na existência de vários partidos políticos e no funcionamento do legislativo e do Judiciário; deve transpor o limiar da Administração e aí vigorar. Daí decorre o elenco de *parâmetros do poder discricionário* também denominados *limites*, que incidem não somente sobre a edição de atos administrativos, mas também sobre as demais atuações.¹⁶⁴

A teoria liberal legou à contemporaneidade um modo de governar que se caracteriza pela falta de canais de expressão de escolhas políticas que deveriam alimentar as alternativas discricionárias, deixando a conceituação do interesse público à burocracia. Além de limitar a discricionariedade, é preciso capacitar a burocracia para que ela determine os parâmetros referenciais para as escolhas governamentais. Em contraponto à delimitação negativa do Estado, das barreiras ao exercício discricionário, caberia às políticas públicas a delimitação positiva das ações estatais, escolhidas e decididas pelos cidadãos, fonte única do interesse público.

CAPÍTULO 3 – A SOCIEDADE NO PLANO DA POSSIBILIDADE E DA IDEALIDADE

3.1. A SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA

A natureza da vida em sociedade dividiu opiniões ao longo da história, pois, se de um lado a sociedade é vista como benéfica ao homem, de outro, parece criar limitações à liberdade humana. Ademais, a origem da sociedade (*societas civilis sine imperio*), em muitos aspectos, se confunde com a origem do Estado (*societas civilis cum imperio*), bem como com a clara separação deste último da Igreja (*societas fidelium*).

¹⁶⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. Pág. 133.

Neste contexto, despontaram duas grandes teorias para explicar o fenômeno da manutenção da vida em sociedade: a teoria da sociedade natural, ou seja, a união dos homens como fruto da própria natureza humana; e a teoria da sociedade contratual, amparada, nesta mesma união, mas agora como fruto de um ato de escolha.

É Aristóteles em “A Política”, o primeiro a afirmar que o homem é um ser naturalmente social, entre todos os animais o único que possui razão e sentimento, capazes de distinguir o bem do mal, o justo do injusto. Na Roma do século I a.C., Cícero, em sua “Da República”, acompanhou o pensamento do filósofo grego ao defender que a causa de agregação dos homens é seu instinto de sociabilidade. Na mesma esteira, Santo Tomás de Aquino¹⁶⁵ afirmou ser exceção a vida solitária ou a busca do homem por isolamento.

Oposta à teoria da sociedade natural, a teoria contratualista sustenta que a sociedade é produto de um acordo de vontades hipotético celebrado entre os homens.

A primeira referência ao acordo social vem de Platão em “A República”, que tratou da organização social construída racionalmente. Os utopistas do século XVI como Thomas More, ao descreverem a organização ideal, submetendo a vida social à razão e à vontade, se aproximaram da teoria contratualista. Mas foi Thomas Hobbes que sistematizou o contratualismo ao defender que o homem em estado de natureza vive situação de desordem, que ameaça a vida de todos, pois não há limites impostos pela razão ou por instituições políticas eficientes, podendo irromper a guerra a qualquer momento.

Além dos capítulos tradicionais sobre família e sociedade patronal, Hobbes fez inserções em “Leviatã” sobre sociedades parciais (*systems* do grego) apresentadas com exemplos e tipologias. É nesse ponto, segundo o pensador, que interfere a razão humana, levando à celebração do contrato social composto por princípios de

¹⁶⁵ *Summa Theologica I, XCVI, 4.*

convivência pacífica a serem respeitados por todos, superando o estado de natureza e estabelecendo o estado social.

A reação às idéias contratualistas absolutistas de Hobbes vieram do inglês John Locke e dos pensadores franceses, especialmente Montesquieu e Rousseau, que negavam a ligação entre a existência da sociedade e a necessidade de conter a guerra de todos contra todos. Para Montesquieu, em “O Espírito das Leis” existiam leis naturais que levavam o homem a escolher a vida em sociedade, tais como o desejo de paz, a identificação de necessidades, a atração de sexos opostos e o desejo consciente de viver em sociedade, pois, juntos, os homens se sentiam fortes.

“O Contrato Social” de Rousseau, obra que inspirou a Revolução Francesa e doutrina do contratualismo, elevou a ordem social a direito sagrado e base de todos os demais: da soberania do povo, da igualdade, da defesa dos direitos naturais, da separação entre interesses coletivos e individuais. Por meio do contrato social o homem combinava liberdade e força, associando-se na produção de um corpo moral e coletivo. Mas é a Maquiavel que se deve atribuir a separação entre sociedade e Estado, Estado-máquina, assim entendido pelo autor de “O Príncipe”. Hegel, idealizador da monarquia constitucional, criou, em 1821, sua teoria política, colocando o Estado como momento culminante do espírito objetivo, superando, definitivamente, a dicotomia família – sociedade civil, para tratar, de forma definitiva, das sociedades parciais com fins particulares.

Dos estudos colecionados depreende-se que os pensadores políticos sempre tenderam a ver no Estado o ente dominante, englobante, e a sociedade o componente dominado. Entretanto, com a emancipação da sociedade civil burguesa decorrente das Revoluções¹⁶⁶, inverteu-se a relação entre o Estado e a sociedade, passando, esta última, a ser o todo liberto e o primeiro a ser a parte coativa. Como sistema político, o Estado passou a ser um subsistema do grande sistema social. Dessa inversão floresceu o pensamento dominante do século XIX,

¹⁶⁶ “A burguesia moderna é o resultado de um longo processo de desenvolvimento de toda uma série de revoluções sobrevindas nos modos de produção e de troca.” MARX, Karl. *Mistère de la philosophie*. Paris Editions Sociales, 1947. Pág. 67 citado por BAYRON, Sergio. *Interdisciplinaridade*. São Paulo: Editora Futura, 2002. Pág. 39.

a redução do Estado ao mínimo necessário. Nessa conjuntura, Augusto Comte propôs, em 1830, a teoria geral da sociedade, ou sociologia, da qual o Estado era apenas um tema.

O ápice e a consolidação dessa inversão de valores, que colocou a sociedade no centro de atenção foram as Declarações de Direitos americana e francesa, considerando-se a Magna Carta da Inglaterra de 1215 o primeiro documento de afirmação dos direitos fundamentais¹⁶⁷. A primeira Declaração de Direitos foi a da Virgínia, em 1776, ainda na condição de colônia americana da Coroa inglesa. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão aprovada pela Assembléia Nacional francesa em 1789 priorizava fortemente a divisão entre público e privado e atribuía ao Estado a finalidade de conservar os direitos individuais. Já a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão aprovada em 1793 trouxe à baila caráter eminentemente social, contendo a expressão “sociedade” e não “Estado” no artigo XXI, sustentáculo do Estado do Bem-Estar Social.

Ademais, Robespierre, em seu discurso sobre “Princípios de Moral e Política” em 1794, defendeu a construção da sociedade baseada em valores, ao enaltecer a moral, a probidade, as boas pessoas, o império da razão, a verdade. O medo das classes dominantes do questionamento de seu poder no período das revoluções burguesas do século XVIII propiciou o movimento associativista dos trabalhadores. Os temas sociais se tornaram uma necessidade para garantir a saúde do sistema e a sobrevivência dos mercados a médio e longo prazo. Diante deste cenário, o mercado se viu obrigado a agir em prol da inclusão social, investir em qualidade de vida e estimular o desenvolvimento sustentável. Este é um dado histórico, mas cabe perfeitamente na descrição da realidade atual.

Neste diapasão, muitos autores passaram a defender a teoria da sociedade como “um fato natural determinado pela necessidade que o homem tem da cooperação

¹⁶⁷ “No ano de 1689 o Parlamento Britânico aprovou um documento que passou a ser conhecido como Bill of Rights e que para muitos teve o sentido de uma nova Magna Carta. Na realidade, esse documento, cujo título oficial era ‘Um ato declarando os direitos e as liberdades da pessoa e ajustando a sucessão da coroa’, veio em seguida a uma declaração que visava dar legitimidade aos sucessores do rei que havia fugido, bem como afirmar a legitimidade do próprio Parlamento. O novo texto aprovado por esse Parlamento foi promulgado como declaração com força de lei, razão pela qual passou a ser conhecido como Bill of Rights.” DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. Pág. 209.

de seus semelhantes para a consecução dos fins de sua existência.”¹⁶⁸ Insta considerar, entretanto, que esse impulso associativo natural não elimina a manifestação da vontade humana guiada pela consciência da necessidade da vida social.

Nos dias de hoje predomina a idéia de que a sociedade é resultado de uma necessidade natural do homem, sem excluir a participação da consciência e da vontade humanas. Com a crescente complexidade da sociedade moderna, cujos grupos, subgrupos, ferramentas e finalidades são diversas, e tendo em conta que nem todo interesse social relevante é suficiente para a constituição de uma sociedade, chega-se ao pluralismo social, marcado pela capilaridade das relações sociais e interações com o meio de convívio.

Assim, para a caracterização de uma sociedade são necessárias, concomitantemente, finalidade ou valor social, manifestações de conjunto ordenadas e poder social. Sem a presença de todas essas características não há que se falar em sociedade.

A finalidade social está diretamente ligada à liberdade humana, uma vez que o objetivo conscientemente eleito pressupõe ação livre. Duas correntes justificam o valor social. A primeira, determinista, acredita que o homem está submetido a leis naturais sujeitas à causalidade, havendo possibilidade de interferência humana somente em pormenores ou minúcias da vida social. Para os deterministas, o homem tem sua vida social condicionada por certos fatores, inexistindo possibilidade de orientá-la ou dirigi-la.

Já para a segunda corrente, a finalidade social resulta da livre escolha do homem, da sua inteligência e vontade. Para os finalistas, o homem tem consciência de que vive em sociedade e, para tanto, elege os objetivos sociais de acordo com valores fundamentais. Para a teoria finalista, a finalidade social é o bem comum, cuja melhor definição é trazida pelo Papa JOÃO XXIII: “O bem comum consiste no

¹⁶⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. Pág. 11.

conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”¹⁶⁹

Agrupadas as pessoas com o objetivo do bem comum, necessário se faz ordenar suas manifestações de conjunto num determinado sentido, garantindo harmonia e preservando as liberdades. Resta indispensável que tais manifestações sejam práticas habituais, reiteradas, que reflitam a finalidade de todo o grupo. Assim, os atos praticados devem ser conjugados e integrados para formarem um todo harmônico, assegurando rumo certo. Para tanto, normas de comportamento social para garantirem as liberdades e regerem as manifestações são imperativas. A adequação dessas manifestações, ou seja, o equilíbrio entre as exigências e possibilidades da realidade social para a realização do bem comum, dependem de uma mesma ordenação respeitada por todos.

Como em toda sociedade, mais ou menos próspera, ocorrem conflitos de interesses, a intervenção de uma vontade preponderante, de um poder social, é inevitável e benéfica para a própria existência e manutenção dessa mesma sociedade. O poder, inicialmente, é um fenômeno social, não podendo ser baseado em fatores individuais. Em segundo lugar é bilateral, sempre balizando a correlação e predominância de vontades. Finalmente, há que se considerar o poder uma relação, para uma análise fenomênica isolada e por isso artificial, e um processo, quando se estuda a sua dinâmica.

Importante destacar que a separação entre poder e direito induz à diferenciação entre legitimidade e legalidade. Max Weber¹⁷⁰ indica três hipóteses para a legitimidade do poder: o poder tradicional, monárquico, que independe da legalidade; o poder carismático, dos líderes, baseado somente em sentimentos e aspirações; e o poder racional, exercido pelas autoridades, investido por lei, coincidindo a legitimidade com a legalidade. Críticas quanto a essa caracterização afirmam que o poder legítimo é aquele consentido, outorgado pelo anseio popular.

¹⁶⁹ *Pacem in Terris (Encíclica, II, 58)*. São Paulo: Editora Vozes, 1963 citado por DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. Pág. 24.

¹⁷⁰ WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. 4º vol.

Para Joaquim Falcão¹⁷¹ a legitimidade se assenta em três aspectos: na universalização do valor que define seus objetivos, pois comunidades que se comportam, perseguem e se comprometem com valores de aceitação universal se beneficiam da legitimidade que decorre desse compromisso; na transparência e publicidade das atividades, nos moldes do que asseverara John Stuart Mill que sem salário, leitura e informação, nenhuma democracia participativa se viabiliza; e na eficiência das ações.

Não há fórmula pronta e acabada para a democracia. A sociedade é dinâmica e as relações sociais estão sujeitas a transformações, logo, democracia assume diversos papéis, características e funções que refletem os anseios dessa sociedade. Da análise das posições ideológicas e experiências práticas ao longo da história, temos que para o exercício efetivo da democracia será necessário ampliar a participação popular no governo, em todos os níveis e procedimentos governamentais, aumentando-se, de um lado as instituições democráticas e de outro conscientizando e estimulando a apropriação e interiorização dos princípios da cidadania pelos indivíduos, isoladamente considerados ou reunidos em grupos mais ou menos organizados. É o empoderamento, engajamento cívico que permitirá esse exercício efetivo, o surgimento de novas ideologias, de novos rumos, de novas ações em prol da emancipação e da própria democracia.

Joaquim Falcão ensina que, “quando a Constituição prevê plebiscitos e referendos, adota a democracia direta. Quando prevê partidos políticos e eleições, adota a democracia representativa. Quando estimula e cria conselhos, e leis (...) adota a democracia participativa. Ou seja, os modelos de democracia nem são seqüenciais e excedentes, mas complementares e concomitantes. O ideal político moderno aponta para uma democracia concomitante.”¹⁷²

Quanto à formação, as sociedades podem ser de “cima para baixo” ou “de baixo para cima”. A maioria dos Estados contemporâneos se formou de “cima para baixo”, com procedência da autoridade sobre o surgimento da consciência

¹⁷¹ FALCÃO, Joaquim. *Democracia, Direito e Terceiro Setor*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2004.

¹⁷² FALCÃO, Joaquim. *Democracia, Direito e Terceiro Setor*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2004. Pág. 87.

nacional no seio da população. O primado do poder na formação do Estado se reproduz no curso da sua existência, é fator de coesão da sociedade política.

O Brasil representa um exemplo radical de preexistência do poder ao Estado e ao próprio povo, pois quando o governador-geral português Tomé de Souza desembarcou nas Terras do Brasil em 1549, trazia consigo a máquina estatal completa, não havendo, nesse primeiro momento, ninguém a ser governado. Portugal, embora pobre em recursos humanos, territoriais e econômicos, havia se tornado um Estado moderno.

O poder preexistente formou, até 1750, nosso território (com poucas variações advindas do Tratado de Madrid ou do movimento Bandeirante) e nosso povo, pelo estímulo à miscigenação e pela presença de uma só autoridade, lançando as bases para a consciência nacional que iria se revelar na sua totalidade em 1822. É esse poder estatal, formado e legitimamente representado pelo Príncipe Dom Pedro que, somado à vontade do povo, construiu a sociedade política brasileira. Regulá-lo juridicamente foi também atribuição do então Imperador, que se arvorou em Poder Constituinte.

Sendo assim, a força política brasileira não se enraizou no povo, mas na autoridade, no poder preexistente do Estado, o que torna o povo politicamente fraco, dependente do seu criador. Até 1930 a população brasileira, majoritariamente rural, viveu dividida e imersa em grandes extensões de terra, dificultando formas associativas de aproximação e convívio social fora dos limites dos latifúndios. Os grandes movimentos de transformação política e social também nasceram da cúpula do Estado, para depois chegarem às bases sociais. Por esta razão, o povo brasileiro via no Estado um pai, um criador, um protetor. Esperava tudo do Estado, apoio, obras, empregos, soluções.

Os anos 80 foram a década perdida para o crescimento econômico. A sociedade civil¹⁷³, mais precisamente as associações civis, as associações profissionais e os

¹⁷³ “Recuperada no contexto das lutas pela democratização, a idéia de sociedade civil serviu para destacar um espaço próprio, não-governamental, de participação nas causas coletivas. Nela e por ela, indivíduos e instituições particulares exerceriam a sua cidadania, de forma direta e autônoma.”

grupos de ativistas, passou a adotar uma postura mais ativa. Com o posto de guardião dos direitos civis, participou dos movimentos pela redemocratização do país e pelo reconhecimento e garantia dos direitos sociais. Durante o período da Assembléia Constituinte propôs leis e estimulou a proteção das minorias, sobretudo para garantir o direito à igualdade. Constituiu-se em protagonista político responsável por manifestar seus anseios e interesses.

Com o avanço da redemocratização esses novos atores sociais ganharam importância, por constituírem a força motriz da cidadania participante e responsável. É justamente dessa ampliação de atuação e dos reclamos por exercício efetivo de direitos, pela sacramentação de garantias e prestação de serviços que se fortalece o Terceiro Setor da sociedade.

A democracia e a abertura de possibilidades de participação social no âmbito estatal aproxima o Estado da sociedade e esta do Mercado, criando as condições necessárias para que o Terceiro Setor espraie suas idéias e multiplique suas ações, auxiliando na reestruturação da máquina estatal pela gestão de qualidade total e exigindo das empresas que assumam sua parte na responsabilidade social pela reconstrução da dinâmica social na busca do bem comum.

Observamos no cenário brasileiro dos anos 90 a construção de uma nova concepção de sociedade civil, resultado das lutas sociais empreendidas pelos movimentos e organizações sociais nas décadas anteriores, reivindicando direitos e espaços de participação social. Essa nova concepção viabiliza a construção de uma visão ampliada da relação Estado-sociedade, um novo enfoque entre o público e o privado surgindo como ponte para articular essas duas esferas. O Terceiro Setor assume posição de porta-voz dos anseios sociais, agente de transformação pela otimização do Estado e limitador, se necessário for, do Mercado.

Feitas essas considerações acerca das origens da sociedade, importa-nos pesquisar de onde veio o termo sociedade civil, sua proximidade terminológica e ideológica com o conceito de Estado, de sociedade civilizada e com o Terceiro Setor.

Para Luiz Carlos Bresser Pereira a “‘Sociedade Civil’ até o século dezoito era praticamente sinônimo de sociedade política, opondo-se ao ‘estado de natureza’. A partir da consolidação do Estado capitalista, Hegel passa a utilizar ‘sociedade civil’ em oposição ao Estado ou à sociedade política. (...) ‘Sociedade civil’ como constituída das entidades sem fins lucrativos é uma tendência recente, e, a meu ver, um uso pouco feliz da expressão, que já tem um conceito consagrado há quase dois séculos.”¹⁷⁴

O termo sociedade civil com a conotação de relações sociais distintas das relações políticas se deve, em especial à escola alemã, mais detidamente, Marx e Hegel. O uso hegeliano de sociedade civil como Estado (interior) corresponde ao significado tradicional de “*societas civilis*, onde *civilis* de *civitas* corresponde exatamente a *politikós* de *pólis*”¹⁷⁵, noção presente em Aristóteles. Seu significado se deve ao fato de ter nascido da contraposição entre as esferas política e não política.

Norberto Bobbio distingue acepções da sociedade civil pela identificação do não-estatal com o pré-estatal, que corresponde à doutrina jusnaturalista, ou seja, antes do Estado existem várias formas de associação, num sentido marxista em que a sociedade civil é a infra-estrutura (base material) e o Estado a superestrutura (ideologias e instituições); com o anti-estatal, conotação axiológica, colocando a sociedade civil como lugar onde se manifestam todas as instâncias de modificação das relações de dominação; e com o pós-estatal, que significa o ideal de uma sociedade sem Estado, presente no pensamento de Gramsci de reabsorção da sociedade política, ou melhor a extinção do Estado e sua substituição pela

¹⁷⁴ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania*. 1ª Edição. Brasília: ENAP, 2002. Pág. 238.

¹⁷⁵ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade. Para uma teoria geral da política*. 7ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Pág. 41.

sociedade civil (ideológica e superestrutural). Gramsci¹⁷⁶ considera a sociedade civil como sede da superestrutura, ou seja, é em seu âmbito que nasce a idéia de uma nova ordem e de novos valores que implicam uma nova estrutura, um novo Estado. O Estado, neste sentido, vive o paradoxo de ser a representação de uma tese que congrega, ao mesmo tempo, atores e setores que tendem a se aliar à sociedade civil na transformação cultural e social e na função de estimular a transformação do próprio Estado em novas direções.

Para Bobbio “na linguagem política de hoje, a expressão ‘sociedade civil’ é geralmente empregada como um dos termos da grande dicotomia sociedade civil/Estado. O que quer dizer que não se pode determinar seu significado e delimitar sua extensão senão redefinindo simultaneamente o termo ‘Estado’ e delimitando a sua extensão. Negativamente, por ‘sociedade civil’ entende-se a esfera das relações sociais não reguladas pelo Estado, ...”¹⁷⁷

Temos que a sociedade civil é, ao mesmo tempo, agente transformador e lugar onde surgem e se desenvolvem as relações sociais, as interações com o meio e os conflitos econômicos, ideológicos, religiosos, políticos, culturais, os quais levam às transformações. O Estado tem o dever de regular e reprimir as relações sociais, o Mercado participa positiva ou negativamente dessas relações, cabendo ao Terceiro Setor ser porta-voz dos anseios sociais, não só para divulgá-los e disseminá-los, como para contribuir na sua execução e solução empírica, bem como dar vazão aos novos valores ideológicos.

Interpretando-se a crise da governabilidade sob a ótica da dicotomia sociedade civil/Estado, verifica-se que “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 responder, ou melhor, com a capacidade de resposta do Estado alcançando limites talvez não mais

¹⁷⁶ GRAMSCI, A. 1930/32 é citado por BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade. Para uma teoria geral da política*. 7ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

¹⁷⁷ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade. Para uma teoria geral da política*. 7ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Pág. 33.

superáveis.”¹⁷⁸ O autor italiano lembra que a sociedade civil é o lugar onde se formam os poderes de fato que tendem a obter legitimação, podendo-se afirmar que a ingovernabilidade está estreitamente ligada aos processos de “deslegitimação e de relegitimação”, pois as soluções para as crises, fontes de legitimação, podem ser encontradas nas novas acepções de consenso. Por fim, o filósofo político destaca estar na esfera da sociedade civil o fenômeno da opinião pública¹⁷⁹, “entendida como a pública expressão de consenso e de dissenso com respeito às instituições, transmitida através da imprensa, do rádio, da televisão, etc.”¹⁸⁰

Discordando da doutrina alemã, Adam Ferguson conferiu à sociedade civil o significado de sociedade civilizada, donde a “civil society” é civil porque se contrapõe às sociedades primitivas, demonstrando o progresso humano de socialização. Para o autor do “Ensaio sobre a História da Sociedade Civil” publicado em 1767, o termo *civilis* não denota *civitas*, mas *civilitas*, sinônimo de “polished”, significando “civilized” expressão usada por Adam Smith.

Atualmente a sociedade civil é um anteato do Estado. “O século XXI começa sob um novo signo de esperança: as sociedades não mais concebem um modelo de desenvolvimento que não garanta a equidade social e a longevidade do planeta.”¹⁸¹

¹⁷⁸ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade. Para uma teoria geral da política*. 7ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Pág. 36.

¹⁷⁹ “Por *opinio* ou *doxa*, a tradição filosófica, da Antiguidade à Idade Média, entendia a *opinião* como uma crença ou ponto de vista sem garantia de validade, um concepção incerta e mutável, um juízo ou convicção não demonstrável e, portanto, sempre distinta e até oposta à *verdade* ao alcance da filosofia e da ciência (*scientia* ou *episteme*).”¹⁷⁹ O Estado Liberal coroou a expressão *vox populi* como a via de comunicação da sociedade com as classes sociais. Jeremy Bentham¹⁷⁹ foi o primeiro cientista político a tratar do assunto com minudência. Destacou a importância da opinião pública como meio de controle social. Não é um conceito uníssono, expressão do avanço da democracia ou agente democratizante, é fruto da autonomia e liberdade de comunicação dos indivíduos. Para Bobbio¹⁷⁹ a opinião pública tem duplo sentido: opinião expressa juízo de valor e não de fato, e pública pertencente ao universo político. Para Alberto Zvirblis “A opinião pública é um fenômeno da era moderna, pressupondo uma sociedade livre distinta do Estado onde existam órgãos de formação de opinião, como jornais, revistas, clubes, associações, partidos políticos e indivíduos interessados em controlar a política do governo.” ZVIRBLIS, Alberto Antonio. *Democracia Participativa e Opinião Pública. Cidadania e desobediência civil*. São Paulo: RCS Editora, 2006. Pág. 107.

¹⁸⁰ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade. Para uma teoria geral da política*. 7ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Pág. 37.

¹⁸¹ Cláudio Bruzzi Boechat e Luisa Valentim Barros “O desafio da responsabilidade social empresarial: um novo projeto de desenvolvimento sustentável” in OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord.). *Terceiro Setor Empresas e Estado. Novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. Pág. 113.

Assim, temos a esfera estatal e a esfera particular, e hoje, acresce-se a elas esfera do social, campo dos interesses comuns do povo, interesses públicos e dos bens ou valores coletivos, o bem comum, insuscetíveis de apropriação excludente. Com a desconstrução de referências unívocas, prepondera a idéia da superação daquela dicotomia, ao mesmo tempo em que, paradoxalmente, surge um estreitamento dos laços entre Estado, Mercado e Terceiro Setor, em uma acentuada interseção e comunicação horizontal entre o poder político e os centros de poder social, cada vez mais presentes e atuantes na sociedade pluriclasse.

3.2 OS NOVOS PROTAGONISTAS SOCIAIS

Maria da Glória Gohn, afirma que considera “a participação dos atores sociais nas políticas sociais um elemento vivo e atuante nas sociedades modernas. Sua presença é elemento crucial para a consolidação do processo democrático, principalmente no que se refere às estruturas locais. Certamente as formas de manifestação e o modo de mobilização das pessoas têm se transformado (...) Inaugura-se uma nova era de fazer política na gerência dos negócios públicos, à medida que surge, a partir de novas formas de representação política popular, exemplos da nova era da participação, agora ativa e institucionalizada.”¹⁸²

Atores Sociais são indivíduos ou grupos de indivíduos formalmente organizados ou não, que participam de programas ou atividades sociais de interesse público, seja na atuação contínua, como líderes de projetos, controladores de recursos, cuidadores ou como beneficiários, seja na atuação esporádica e pontual, como voluntários ou profissionais contratados. Todo ator social é um centro criativo de práticas sociais e um disseminador de idéias concordes ou divergentes do âmbito social no qual atua.

O dinamismo e a capacidade de adaptação são essenciais aos atores sociais, para que os rumos dos programas nos quais atuam possam acompanhar as demandas, mudando de direção, se necessário for, com agilidade suficiente para não comprometer os resultados almejados. A função dos atores sociais é a

¹⁸² GOHN, Maria da Glória. Educação Não-Formal e Cultura Política. Questões da nossa época. São Paulo: Cortez, 1999. Pág. 83 e 90.

multiplicação de idéias, de ações e mesmo de outros atores, sempre visando impactos positivos, devendo, para tanto, aprender e ensinar uns aos outros tanto no plano das idéias como na implantação das ações, tanto entre si, como entre atores e beneficiários, transformando-se, estes, em atores capazes de multiplicar idéias, ações e compartilhar experiências.

Pode ser ator social todo e qualquer cidadão engajado, ou de alguma forma envolvido em um projeto social, assim como o Poder Público, seus órgãos de Administração direta e indireta em todos os níveis, municipal, estadual e federal; a iniciativa privada, as sociedades comerciais e industriais, financeiras ou agroindustriais; as organizações do Terceiro Setor; os sindicatos, as cooperativas, as associações étnicas, religiosas ou culturais; os centros de pesquisa, a rede formal, informal e complementar de ensino, os meios de comunicação, as instituições de pesquisa e estatística, e os organismos internacionais, dentre outros.

Ator social é diferente de ator político, este último, indivíduo, empresa, organização ou grupo social que ocupa uma posição no sistema de decisões e de veto. Outro fator importante para caracterizar os atores políticos são suas capacidades, recursos de que dispõem para tomar decisões e defender seus interesses. Nada obsta, entretanto, que o ator político seja ator social e vice-versa.

Quanto à capacidade de influenciar políticas públicas pode-se classificar os atores em públicos (de dentro do Estado ou do Governo) e privados (Não-Estatais ou da Sociedade Civil).¹⁸³

Os atores públicos compõem o sistema político, ou seja, exercem funções públicas. São funcionários eleitos diretamente ou nomeados (atores políticos) ou que ingressaram no Estado por meio de concurso de provas e títulos para exercerem uma carreira pública (p.ex., a burocracia). Em ambos os casos, ocupam postos no governo.

¹⁸³ Classificação baseada na tipologia proposta por HOWLETT, M. & RAMESH, M.

Entre os atores públicos, destacam-se:

a) Os políticos - o corpo político do governo, cuja posição se distingue do corpo burocrático por resultar de mandatos eletivos e não de concursos de provas e títulos ou nomeações *ad nutum*.

b) O Poder Executivo - responsável pela liderança e gerência do país, dispondo, para tanto, de poder discricionário e de funções legislativas atípicas, porém corriqueiras e crescentes, em especial a regulatória, sobre a qual já nos debruçaremos mais detidamente.

c) O Poder Legislativo - responsável pela representação do povo, pela articulação e acomodação de interesses públicos, pelo auxílio na elaboração e controle do Executivo na formulação de políticas públicas.

d) O Poder Judiciário - responsável pela aplicação das leis, na busca pela justiça efetiva.

e) Corpo burocrático e tecnocrático.

Os atores privados, por sua vez, não possuem os cargos ou as nomeações políticas. São líderes, protagonistas, executores e controladores de projetos sociais, bem como agentes de pesquisa acadêmica ou de pressão social.

Entre os atores privados mais importantes, cabe destacar:

a) A imprensa - em razão do efeito multiplicador e difusor de informações pelos veículos comunicacionais e pelas demais ferramentas de disseminação da opinião pública. Os meios de comunicação de massa atuam como importante veículo de irradiação de informação, sendo responsáveis pelas fontes de quem colhem os relatos e pela comprovação de sua veracidade, para constatar se fidedignas, antes de qualquer exposição pública, dado o seu poder de penetração.

b) As organizações de interesse público - aquelas que desempenham funções de interesse geral da coletividade e de benefício mútuo, instituições com fins coletivos privados, de interesse e participação para um número limitado de pessoas.

d) As empresas nacionais e transnacionais - responsáveis por grande parte dos fluxos comerciais e produtivos da economia.

e) Os centros de pesquisa acadêmica.

De todos os atores sociais o mais relevante é o cidadão. O indivíduo consciente dos seus direitos e cumpridor dos seus deveres, o agente de transformação social, o doador e o donatário, o cuidador e o beneficiário, o demandante de um Estado e de um Mercado que lhe sirvam de forma justa aos seus interesses.

Chamamos atenção para um aspecto inquietante acerca dos protagonistas do Terceiro Setor, os chamados “formadores de opinião”. Essas lideranças, comparadas a figuras visionárias, credoras de devoção segundo a ótica ordinária, são aceitas como as ditadoras das regras e decisoras dos rumos do Terceiro Setor, numa expressão verticalizada completamente incongruente com a estrutura horizontal que respeita ao Terceiro Setor. Os formadores de opinião não encontram espaço nas redes sociais de participação democrática e igualitária, tampouco no empoderamento dos indivíduos e grupos de indivíduos que atuam em parceria e em pé de igualdade com o Estado e o Mercado. Formador de opinião é, portanto, cada um de nós, ao se engajar num projeto social, ao manifestar opinião de interesse coletivo, ao cumprir obrigações ou reclamar direitos, ao exercer a cidadania.

3.3 POR UM EXERCÍCIO EFETIVO DA DEMOCRACIA

A democratização da sociedade contemporânea deve ser entendida para além da democratização política. “... as formas hodiernas de desenvolvimento da democracia não podem ser interpretadas como a afirmação de um novo tipo de democracia, mas devem ser bem mais entendidas como a ocupação, por parte de

formas até tradicionais de democracia, de novos espaços, isto é, de espaços até então dominados por organizações de tipo hierárquico ou burocrático.”¹⁸⁴

Vale a máxima: “governo do povo, pelo povo, para o povo”. Esta é, sem dúvida, a definição de democracia mais difundida no mundo ocidental. É a harmonização do enunciado Aristotélico (“Governo do povo para o povo”) com a compreensão política de Abraham Lincoln (“pelo povo”).¹⁸⁵

Porém, o povo não governa a si mesmo, isso nunca ocorreu na Grécia antiga, tampouco nos regimes democráticos da atualidade, pois o governo implica poder, e poder implica na obediência de uns aos mandamentos de outros. O governo do povo, pelo povo e para o povo denota a participação dos cidadãos no governo da sociedade política (exercício dos direitos políticos), tanto no fundamento do poder estabelecido, como no funcionamento desse poder. Mas o governo também é “do povo para o povo” quando busca realizar o bem comum, proporcionando que os membros da comunidade tenham suas necessidades básicas (direitos fundamentais, liberdades públicas e direitos econômicos e sociais) respeitadas e atendidas. O axioma da democracia, preconizado por Giovanni Sartori¹⁸⁶, converge para este entendimento pois reza sobre o sistema em que ninguém pode selecionar-se a si mesmo, ninguém pode investir-se a si mesmo com o poder de governar e, portanto, ninguém pode arrogar-se poder incondicional e ilimitado.

Daí se conclui que o ideal democrático repousa sobre a noção de pessoa humana: substancial (constituição material, força e engenho), individual (a natureza do homem é solidária, isto é, ao mesmo tempo individual e social) e racional (possui consciência e é capaz de refletir sobre o mundo que a cerca; sendo racional é livre e responsável). Grandeza da dignidade, o homem é material e espiritual; individual e social; racional e livre. Se a democracia é um ideal, há que se reconhecer que se aperfeiçoa a todo tempo, acompanhando a evolução da sociedade, mas sua perfeição é inatingível.

¹⁸⁴ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade. Para uma teoria geral da política*. 7ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Pág. 156.

¹⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Rio de Janeiro: FGV, 1972.

¹⁸⁶ SARTORI, Giovanni. *Teoria de la Democracia: el debate contemporâneo*. 3ª edição. Madrid: Alianza Editorial, tomo 1, 2001.

Por isso, não se pode sacrificar a democracia possível em nome da busca utópica e irreal da democracia perfeita que jamais será atingida. “Daí porque todos os bens da natureza e todas as estruturas sejam econômicas, sociais ou políticas, só têm sentido na medida em que estiverem ordenados ao bem da Pessoa Humana.”¹⁸⁷

A razão de ser do Estado é a realização integral da Pessoa Humana, sua finalidade é “servir à Pessoa, isto é, voltar-se totalmente (absolutamente) à realização da sua dignidade e de seus direitos fundamentais (fim último ou mediato), proporcionando as condições sociais necessárias – o bem comum (fim próximo ou imediato).”¹⁸⁸

Democracia é, também, um regime de governo, edificado na civilização ocidental como ideal de justiça, de constante e perene aperfeiçoamento do convívio político baseado no respeito à pessoa (seu valor fundamental, princípio e fim da organização política); é um valor político que conforma o dinamismo do Estado aos seus fins. A idéia moderna de Estado Democrático tem raízes no século XVIII, época de afirmação dos valores fundamentais da pessoa humana, exigência de organização e funcionamento do Estado, tendo em vista a proteção daqueles valores. As grandes transformações estatais e os grandes debates sobre elas indicam que os sistemas políticos do século XIX e da primeira metade do século XX foram tentativas de realizar as aspirações e ideais do século XVIII.

Como regime de governo, a democracia pode ser vista sob uma concepção filosófica, pela qual o Estado é concebido para servir ao homem, ou como processo político, como organização dos instrumentos políticos pelos quais os cidadãos participam, por consentimento, do funcionamento e fundamento do poder.

A democracia nasceu na Grécia antiga (*demos*), como processo político pelo qual os cidadãos participavam diretamente do governo da cidade-Estado. Tratava-se de

¹⁸⁷ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A Crise da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978. Pág. 18.

¹⁸⁸ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A Crise da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978. Pág. 19.

uma democracia instrumental, pois não havia consciência da existência de direitos fundamentais entre os gregos, muito menos que a função do Estado fosse promover e realizar tais direitos.

Em 1215 os nobres ingleses obrigam o Rei João Sem Terra a assinar a Magna Carta e a obedecê-la. Daí decorreram os grandes movimentos político-sociais para a condução ao Estado Democrático, quais sejam, a Revolução Inglesa, influenciada por John Locke e expressada na “Bill of Rights” de 1689; a Revolução Americana expressada na Declaração de Independência das treze colônias em 1776; e a Revolução Francesa, que deu universalidade aos princípios expressos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e 1793, influenciadas por Rousseau, assumindo-se que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos.

Várias das idéias que constituem a base do pensamento de Rousseau são fundamentos da democracia: a predominância da liberdade e da vontade popular, o reconhecimento da liberdade natural, a busca pela igualdade e a aceitação da vontade da maioria. O ato de associação ao contrato social produz um corpo moral e coletivo que é o Estado, executor de decisões, soberano, quando exercita o poder de decisão. As vontades individuais são preservadas e cria-se a vontade geral à qual todos se submetem.

Deve-se a Alexis de Tocqueville o reconhecimento e a consagração do novo Estado como forma autêntica da democracia: “há sessenta anos o princípio da soberania do povo, que tínhamos introduzido ontem em nosso país, reina soberano na América, posto em prática do modo mais direto, mais ilimitado, mais absoluto. (...) O povo reina sobre o mundo político americano, como Deus sobre o universo. Ele é a causa e o fim de tudo: tudo dele deriva e tudo para ele é reconduzido.”¹⁸⁹

Assim, a estruturação da democracia moderna no mundo ocidental ocorreu a partir do século XVII, quando ganhou conotação filosófica (democracia substancial). A passagem do Estado Liberal para o Estado Social implicou transformações na

¹⁸⁹ TOCQUEVILLE, Alexis. *Da Democracia na América*. 1835 e 1840. Págs. 10 e 77.

acepção democrática. Esse foi um dos pilares da fundação da sociedade política brasileira, consagrado nas nossas Constituições desde 1824. Mas a democracia¹⁹⁰ brasileira vive em constante crise, na medida em que não consegue conciliar a liberdade com a segurança que a comunidade aspira.

No Brasil, a intervenção governamental sobre o quadro de grave desigualdade social foi desperdiçada, durante décadas, em ações paliativas, de forte cunho clientelista, populista, corporativista e assistencialista, que, ao invés de erradicar, acentuavam a pobreza, prejudicando e retardando importantes transformações sociais no sentido da conquista da democracia, da cidadania e de condições dignas de existência.

O que se pode verificar é que, com a redemocratização vivenciada pelo Brasil, sobretudo a partir dos anos 80, a emergência de novos atores sociais no cenário político brasileiro, comprometidos com a democracia e com o resgate da cidadania, fizeram brotar um novo ideário de gestão pública, onde são contemplados aspectos como a descentralização do poder, a democratização, as parcerias entre público e privado, as articulações entre global e local, enfim uma série de novos parâmetros de gestão que se propõe eficiente.

A magnitude dos problemas sociais é um tema que desafia a capacidade de resolução do Brasil. A desvalorização social impõe à Administração Pública a adoção conjunta de soluções emergenciais precipuamente assistencialistas, atenuantes dos seus efeitos perversos e de soluções estratégicas e perenes, comprometidas com a transformação definitiva de um quadro marcado pela exclusão social.

Entretanto, esse panorama vem-se modificando a partir do processo de consolidação dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito. Por

¹⁹⁰ Paulo Bonavides classifica a democracia em instrumental de representação (da soberania nacional, do sufrágio restrito e da independência do representante), que evoluiu para a democracia dos partidos (da soberania popular, do sufrágio universal e da vinculação dos representantes aos seus eleitores); e democracia substancial, definida pelas liberdades públicas, que ampliou seu conteúdo para os novos direitos fundamentais no campo econômico e social, sob a influência da nova sociedade industrial. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Saraiva, 1961.

um lado, vemos o Estado reconhecer sua incapacidade de assumir a responsabilidade exclusiva e isolada pela formulação de políticas públicas e pela tomada de decisões sobre temas e questões que, na verdade, pertencem ao conjunto da sociedade. Por outro, a sociedade busca encontrar seu porta-voz no novo espaço público de influência, desenvolvendo, para tanto, novas formas de organização social, de canais de participação efetiva, de incremento na horizontalização e aproximação das relações entre os setores estatal e mercadológico, respeitando e apreendendo suas dinâmicas.

Junto ao Estado, a sociedade busca influenciar nas decisões e participar dos instrumentos e técnicas de gestão, de modo a tornar as ações mais eficientes e eficazes. Essa parceria ganha mais adeptos tanto na busca por valores democráticos e participativos e na conquista da cidadania plena, como na busca de soluções para transpor os obstáculos burocrático-estruturais e funcionais que emperram o bom funcionamento da máquina estatal.

Joaquim Falcão, ao tratar das modalidades de democracia assevera que “a crise da democracia representativa parece ser de excesso de demanda. Enquanto a representação dos cidadãos era mais homogênea, os interesses menos diversificados, e menor o número de direitos a defender, menores eram os problemas a enfrentar, a democracia representativa funcionou a contento. Mas quando surgiu a comunicação global com os novos atores, novos grupos, novas classes, novos direitos, novos interesse difusos, novos países com novos problemas, as demandas cresceram e a situação se inverteu. Novas formas de participação tornaram-se necessárias, urgentes. A democracia representativa não está sabendo lidar com esta nova situação.”¹⁹¹ Com ele, Evelyn Iochpe “... a democracia latino-americana é tão certa quanto a primavera de Praga e precisa, sim, ser produzida e assegurada pelo cidadão.”¹⁹²

A crise da democracia se deve, portanto, a fatores políticos, instrumentais, históricos, geográficos, demográficos, econômicos, religiosos, intelectuais, etc. É

¹⁹¹ FALCÃO, Joaquim. *Democracia, Direito e Terceiro Setor*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2004. Pág. 55.

¹⁹² IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. III.

a sociedade em transformação, cada vez mais complexa, ativa e heterogênea. A estrutura do Estado, e o desempenho de suas funções é ineficiente; as práticas de Mercado são globalizadas, questionando a soberania e os valores sócio-culturais dos Estados-nação.

Chamamos atenção para a reelaboração da identidade municipal e da cultura política local ocorrida em razão da crise. As iniciativas locais para o desenvolvimento regional crescem espantosamente, por meio da construção de redes de solidariedade, articulações com as demais esferas do governo, a proliferação de formas democráticas de participação popular, certificados e órgãos de responsabilidade social, assunto que será tratado com mais vagar em capítulo subsequente.

Como sistema político, a democracia difere do sistema social, individualista, socialista ou solidarista; e do sistema econômico, tanto da economia de mercado, do capitalismo, do afastamento do Estado; quanto da economia coletivista, que vê na sociedade um todo comum representado pelo Estado; e do solidarismo econômico, que procura uma organização da economia que assegure a ação privada individual e comunitária, reservando ao Estado função arbitral, supletiva e substantiva, quando o bem comum assim o exigir. É o que afirma César Saldanha Souza Junior, “... a democracia política se torna necessária à efetivação do solidarismo, eis que passa a funcionar como o instrumento legítimo, capaz de permitir à própria comunidade encontrar a forma mais justa de conciliação entre o interesse individual e o interesse coletivo, entre ação particular e a estatal, das quais a integração harmônica constitui a essência do ideal solidarista.”¹⁹³

Ainda sob ponto de vista político, Odete Medauar acredita que “hoje, embora na maioria dos ordenamentos se mantenha o princípio da separação dos poderes, a fórmula originária não se ajusta totalmente à realidade político-institucional dos Estados. (...) Com o advento do Executivo eleito diretamente, não mais se justificaria a supremacia do Legislativo, pois haveria a situação de opor representantes do povo contra representantes do povo. Por outro lado, a ampliação

¹⁹³ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A Crise da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978. Pág. 10.

das funções do Estado e a exigência contínua de adoção de medidas no âmbito econômico e social impõem atuação mais rápida, portanto, incompatível com a lentidão do processo legislativo. Daí a supremacia real do Executivo em todos os países na atualidade; o executivo passou a ter atividade legislativa intensa, inclusive por atribuição constitucional ...”¹⁹⁴

Luis Carlos Bresser Pereira comenta que “Ainda que possamos falar na democracia grega, a afirmação dos direitos políticos de votar e ser votado é um fenômeno do século vinte, assim como a afirmação dos direitos civis – de liberdade e propriedade – só se tornou dominante no século dezenove. O século vinte foi marcado por guerras e genocídios atrozes, mas, em compensação foi o século da democracia. (...) Só neste século a democracia generalizou-se como regime político...”¹⁹⁵ A legitimação da democracia não é mais baseada no poder puro e simples, ela passa a ser balizada na ética e no apoio popular. A reforma gerencial pressupõe a existência da democracia. “Ainda que a democracia parta do pressuposto de que todos temos interesses diferentes, é no público que podemos construir a igualdade e ter interesses compartilhados.”¹⁹⁶

Com relação ao aspecto econômico, na opinião de Roberto Paulo César Andrade “a democracia representativa, especialmente em megapaíses como nosso, tem também uma incapacidade comprovada para a boa administração da microeconomia. É necessário, portanto, buscar o equilíbrio através de uma aliança construtiva e bem compreendida entre o mercado, o Estado democrático e o próprio cidadão atuando diretamente em benefício de sua comunidade – no sentido mais abrangente da palavra.”¹⁹⁷

Da mesma opinião, Lester Salamon diz que “em anos recentes, tornou-se óbvio que tais normas e hábitos são vitais não apenas para a democracia, mas também

¹⁹⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. Pág. 26.

¹⁹⁵ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania*. 1ª Edição. Brasília: ENAP, 2002. Pág. 153.

¹⁹⁶ TORO, José Bernardo. “O Papel do Terceiro Setor em Sociedades de Baixa Participação” in IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 38.

¹⁹⁷ ANDRADE, Roberto Paulo César de. “Considerações de Fim de Século” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 77.

para o desenvolvimento econômico. Sem a confiança, os contratos são impossíveis; e sem os contratos, a atividade econômica se estiola. Eis por que o economista Kenneth Arrow, laureado com o Prêmio Nobel, concluía há mais de 25 anos: ‘grande parte do atraso econômico no mundo pode ser explicado pela falta de confiança mútua.’¹⁹⁸

Sobre a relação dos valores democráticos com o Terceiro Setor, José Bernardo Toro diz que “tomando uma imagem de N. Lechner, é função do Terceiro Setor conseguir, com todas as intervenções sociais, ‘passar de uma ordem recebida a uma ordem produzida’. Passar de uma ordem social imposta a uma ordem refundada e autofundada, ou seja, a uma ordem democrática.”¹⁹⁹ “... o Terceiro Setor tem impacto ainda mais decisivo nas perspectivas da democracia e do progresso. Deve-se isso à contribuição ímpar que o setor dá para a construção daquilo que o sociólogo James Coleman chamou de ‘capital social’, isto é, as normas de confiança e reciprocidade, graças às quais as sociedades funcionam eficientemente.”²⁰⁰

Em estudo sobre Direito e democracia, Celso Campilongo analisa o conceito de direito responsivo concebido por Selznik e Nonet²⁰¹, que definem o direito responsivo como dotado de grande componente de participação popular conjugado à produção de um direito que responda aos anseios sociais.

Os autores postulam uma nova legalidade, pois, para eles, a história do direito tem sido a de instituições legais que buscam maior legitimidade (princípios, fórmulas capazes de justificar a obediência e obter consenso, regras que limitam o poder). Em escala evolutiva o direito tem três fases: 1ª) o direito repressivo, fruto da consolidação do Estado moderno; 2ª) o direito autônomo, cujo modelo jurídico

¹⁹⁸ Lester Salamon, “Estratégias para o Fortalecimento do Terceiro Setor” in IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 99

¹⁹⁹ José Bernardo Toro, “O Papel do Terceiro Setor em Sociedades de Baixa Participação” in IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 37.

²⁰⁰ Lester Salamon, “Estratégias para o Fortalecimento do Terceiro Setor” in IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 98.

²⁰¹ NONET, Philippe e SELZNICK, Philip. *Law and Society in Transition: toward responsive law citados por CAMPILONGO, Celso Fernandes. Direito e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

liberal tem quatro atributos: a) separa o direito da política, o governo das leis; b) centra atenção nas características da norma jurídica, na legalidade; c) valoriza a racionalidade formal e a regularidade procedimental; e d) a legitimidade e legalidade convertem-se em sinônimos, a fidelidade ao direito é considerada fidelidade à lei. Mas o formalismo se torna obstáculo às transformações sociais e as tensões tendem a romper essa autonomia formal, reintegrando o direito à política, proliferando regras em decorrência das novas demandas e problemas de aplicação e eficácia, e 3ª) o direito responsivo, transição para ao modelo atual, em resposta à autonomia engessada, com formas mais abertas às influências sociais, um direito que busca dar respostas condizentes com o contexto social, em adaptação discriminada e seletiva, mas um sistema fechado, que percebe a pressão social como fonte de conhecimento e autocorreção.

São características do direito responsivo a soberania dos propósitos ou intenções sociais, a sensibilidade para os reclamos, que implica em instituições aptas a conciliar racionalidade formal e material, captando e executando as intenções sociais, necessárias à análise jurídica mais apurada tanto teórica quanto empírica. Acresça-se a elas o aumento da integração comunitária, que exige responsabilidade, cálculo de resultados das ações considerando os múltiplos valores, respeito e presunção de legitimidade de todos os que dividem o espaço social, reconhecendo direitos das minorias e estimulando técnicas de negociação, discussão e compromisso.

Para os autores, as fontes do direito são múltiplas, aumentando a participação social na criação do direito. Essa visão sofre críticas no sentido de que, na ânsia de produzir um direito eficiente que proteja o interesse público e realize justiça substantiva corre-se o risco de a ordem legal desperdiçar aptidão para controlar o governo e perder capacidade de persuadir à obediência, aumentando-se a margem de discricionariedade e flexibilidade, num sistema que perde sua competência de autocontrole e autoprodução, gerando uma adaptação desorientada e oportunista às pressões. Outra crítica é que o direito deve buscar decisões de soma positiva, em que todas as partes envolvidas tenham ganhos. A ênfase na participação tem, por isso, dois desafios, resgatar a legalidade para atingir justiça substantiva e valorizar

a regulação, não a produção legislativa, mas novos procedimentos decisórios, novas estruturas de autoridade, regulação como clarificação do interesse público.

Ao tratar da concepção sistêmica do direito por Teubner e Luhman, o Professor Campilongo ressalta a preocupação de referidos autores com a restauração da integridade sistêmica do direito. Temas como a crise regulatória, a ingovernabilidade e as sobrecargas da democracia fazem com eles defendam uma restrição da arena política, capaz de facilitar a redução da complexidade social.

Boaventura de Souza Santos entende impossível que as sociedades atuais, particularistas e complexas, instrumentalizem o direito para a redução imaginada por Luhman. Para Boaventura é necessária uma radical democratização dos múltiplos modos e formas de produção do direito para um “novo senso comum jurídico”. Boaventura defende a transformação do poder em autoridade compartilhada; o direito despótico em democrático; o conhecimento-regulação em conhecimento emancipação.

Em complemento, Lijphart²⁰² propõe interessante esquema de classificação das democracias contemporâneas em dois diferentes modelos: o majoritário e o consensual. O modelo majoritário é desenhado a partir da lógica da concentração de poderes nas mãos de maiorias governantes, enquanto o modelo consensual se pauta pela dispersão de poderes e pela garantia da expressão político-institucional de todos igualmente. Outra distinção importante é que o modelo majoritário é exclusivo, competitivo e combativo, enquanto o modelo consensual se caracteriza pela abrangência, pela negociação.

São fundamentos da democracia que garantem a legitimidade do poder: a soberania popular ativa e o respeito integral aos direitos humanos, como compromisso com ética e política enérgica de inclusão social. Cabe ao povo dizer como se organiza o Estado e quais os objetivos da ação estatal.

3.4 POR UM NOVO CONCEITO DE CIDADANIA

²⁰² Em *Modelos de democracia*. 2003

O conceito contemporâneo de cidadania deve ser aquele que permite que nossos desejos, “nosso querer e nosso saber viajem para fora de nós mesmos e aterrissem no outro, abastecendo-se para a viagem de volta, com o sonho, o desejo, o querer e o saber que povoam o seu mundo pessoal.”²⁰³

Sobre esse querer, afirma Bader Burihan Sawaia que “Cidadania não é uma questão de persuasão ou opção puramente racional entre virtude e pecado. Ela é vivida como necessidade do eu, como desejo. Mesmo quando agimos em nome do bem comum, a atividade implica em motivação individual...”²⁰⁴ Para o autor, a cidadania é a consciência dos direitos iguais, não apenas o conhecimento da legislação e o acesso à justiça, mas o sentimento de ser igual aos outros, de comungar dos mesmos direitos, para agir em defesa destes direitos. E a consciência cidadã exige cultura igualitária, aberta à mobilidade e prática efetiva de direitos sociais, não bastando apenas sua positivação.

Alexis de Tocqueville já afirmava sobre o associativismo que “Recrutam-se sentimentos e opiniões, abre-se o coração, desenvolve-se o espírito humano apenas pela influência recíproca das pessoas...”²⁰⁵ Assim também a motivação pela participação íntegra denota o desejo de pertencer ativamente a grupos e atividades.

A consciência cidadã se forma a partir do contexto histórico no qual está inserida uma dada sociedade, das experiências da vida quotidiana e da relação entre as pessoas, individual e coletivamente organizadas, bem como das suas interações com o meio de convívio, acrescidas das ações e realidades políticas vividas nessa mesma sociedade.

²⁰³ CALMON DE PASSOS, J.J. *Cidadania Tutelada*. Revista Eletrônica de Direito do Estado nº 5: Salvador, 2006.

²⁰⁴ Bader Burihan Sawaia. “Cidadania, Diversidade e Comunidade: uma reflexão psicossocial” em PARIS SPINK, Mary Jane(org.). *A Cidadania em Construção. Uma reflexão transdisciplinar*. São Paulo: Editora Cortez, 1994. Pág. 153.

²⁰⁵ TOCQUEVILLE, Alexis. *Democracia na América*. 1835.

Por essa razão, diz-se que a plena conscientização da cidadania no Brasil ainda não se desenvolveu completamente. Isto se deve ao fato de que o Brasil não viveu uma história de lutas e de emancipação popular. Ao contrário, vimos alhures que as Terras do Brasil receberam seu primeiro governante, o Governador Tomé de Souza e toda a máquina estatal antes mesmo de ter os governados. Acredita-se que a cidadania brasileira não decorreu da consciência²⁰⁶ popular da apropriação, construção e bem-estar de seu país, mas sim da ausência de espírito cívico, herança dos tempos de colônia, época em que a cidadania era apenas uma idéia distante ou quase inatingível para a quase totalidade da população brasileira.

A Constituição de 1824 implantou, de uma só vez, tanto os direitos civis como os políticos. Todavia, a outorga desses direitos políticos sem o prévio desenvolvimento, conscientização e exercício de direitos civis acarreta falsa apreensão e interiorização da cidadania. Adicione-se a isso o fato de os direitos sociais brasileiros terem sido implantados antes dos direitos políticos. Ou seja, inverteu-se a ordem natural das coisas, o que facilitou sobremaneira a caracterização do Estado patrimonialista.

No Brasil, até 1930, a questão social era um caso de polícia. Nos anos 40 houve implantação e reconhecimento estatal de alguns direitos, por iniciativa do Estado. O espaço se abriu, mas por nova iniciativa estatal, já num regime abertamente tutelar, ditatorial. Passado o modelo autocrático, a base democrática do pós-64 se tornou muito diferente da democracia vivida no período anterior.

O interregno democrático compreendido entre 1946 e 1964 criou as maiores possibilidades de ampliação da cidadania, mas não só pela presença do regime democrático, como também pelo crescimento econômico. Posteriormente, durante

²⁰⁶ Para Alain Touraine a consciência social é composta por três dimensões: a identidade, que compreende as percepções de identificação e características de cada classe social; a oposição, que identifica os obstáculos e conflitos de interesse entre classes; e a totalidade, percepção da dinâmica social, interpretação da ordem social à luz das relações entre classes. TOURAINE, Alain. *La Conscience Ouvrière*. Paris: Seuil, 1966 citado por Salvador A.M. Sandoval “Algumas reflexões sobre cidadania e formação da consciência política no Brasil” em PARIS SPINK, Mary Jane (org.). *A Cidadania em Construção. Uma reflexão transdisciplinar*. São Paulo: Editora Cortez, 1994.

o regime autoritário, reduziram-se as expectativas de cidadania. Nos anos 80 e 90 o Brasil assistiu a um processo de mudança na Administração Pública, com nova afirmação da cidadania e dos valores democráticos. Algumas causas podem ser atribuídas a este movimento, tais como a superação do regime populista, que provocou o movimento pela redemocratização, a instalação de uma crise²⁰⁷ internacional no campo econômico que afetou as dimensões social e política, o que acabou por incitar os governos locais a buscarem alternativas à Administração Pública tradicional. Com isso, a sociedade passou a exigir uma reforma estrutural e funcional do Estado como um todo.

A participação social e a nova cidadania se referem, portanto, à conscientização do direito de construção democrática pelos indivíduos e pela coletividade, de organização dos participantes nos espaços públicos de discussão e decisão das prioridades, além da elaboração de estratégias e execução das ações, bem como o controle dos resultados.

Salvador Sandoval leciona que “tipicamente, quatro modalidades de consciência política parecem prevalecer entre segmentos significativos da população urbana brasileira, as quais servem para ilustrar a complexidade da formação de uma consciência de cidadania democrática entre indivíduos que vivenciaram o seu cotidiano e suas experiências institucionais em sociedades predominantemente não-democráticas,” São elas, “*consciência de senso comum*, que é aquela forma de percepção social limitada pelo ‘universo’ da vida rotineira”, a “*consciência populista*” que “se volta para figuras políticas numa submissão clientelística para obter benefícios pessoais como substituto para o estabelecimento de direitos próprios de cidadania”, a “*consciência de conflito* na medida em que encara a sociedade como estratificada por classes que detêm interesses opostos.”, e,

²⁰⁷ “Mas todo período de crise resulta não apenas em catástrofes, cataclismas, desilusão e desesperança. A crise produz e/ou estimula também reações, resistências, oportunidades e inovações. Dentre estas destacamos as que vêm ocorrendo na área do associativismo e da organização popular, onde podemos afirmar que um novo cenário tem sido construído, a partir de três frentes básicas de ações coletivas, a saber: novas formas de gestão dos negócios públicos, em políticas de parceria entre entidades da sociedade civil e governos; novas formas de fazer política (...) e novas articulações entre ONGs, governos e empresários, no chamado terceiro setor da economia, que têm gerado novas modalidades de trabalho (...)“Ou seja, os movimentos populares estariam apontando para uma modernidade na política, no sentido de redefinir a noção de cidadania, em seu aspecto público-privado.”GOHN, Maria da Glória. Educação Não-Formal e Cultura Política. Questões da nossa época. São Paulo: Cortez, 1999. Págs. 15 e 59.

finalmente, a “*consciência revolucionária*” que “percebe a sociedade como se fora composta de classes com interesses antagonísticos *irreconciliáveis* e em que um número reduzido de classes ou uma única classe alcançou posição econômica e política dominantes através da exploração de outras classes.”²⁰⁸

Ousamos inserir uma quinta dimensão na classificação proposta pelo autor, cujas características denotam o momento atual vivido pela sociedade brasileira. É a consciência cidadã. Não se trata de utopia²⁰⁹ – atribuindo-se o devido reconhecimento à contribuição das idéias utópicas para a evolução das sociedades – mas de inegável constatação. Os brasileiros vêm tomando consciência da sua cidadania, bem entendido, do conceito ideológico de cidadania. Há um claro movimento de apropriação democrática, de empoderamento, de expansão das redes sociais, de conscientização popular da cidadania. O crescimento do Terceiro Setor no país, cujas idéias são o motor que impulsiona a proliferação de ações e organizações nas mais diversas áreas de atuação, é fato incontestável, que demonstra claramente essa mudança de mentalidade. Na medida em que as forças decorrentes do processo de interação e emancipação individual e coletiva surgem na sociedade brasileira, desprendemo-nos das amarras das nossas origens histórico-culturais clientelistas, populistas e corporativistas, e da visão política vertical assistencialista e paternalista, para revê-las com crítica, aprendendo com os erros do passado e a enaltecendo os acertos para sua multiplicação no presente e no futuro. Novos espaços públicos de discussão e decisão horizontal são criados, cabendo a ressalva de que esses novos espaços acenados para a cidadania somente

²⁰⁸ Salvador A.M. Sandoval “Algumas reflexões sobre cidadania e formação da consciência política no Brasil” em PARIS SPINK, Mary Jane(org.). *A Cidadania em Construção. Uma reflexão transdisciplinar*. São Paulo: Editora Cortez, 1994. Págs. 69 a 72.

²⁰⁹ “E neste abrir caminhos, que acene para a Utopia, a cidadania continua a ser uma categoria estratégica, principalmente na possibilidade de seus novos conteúdos, agilizados no desenvolvimento das frágeis formas fragmentárias que advêm dos movimentos populares. Recriada na modernidade sob a razão do Iluminismo (‘Carta de Direitos’), mas mais acionada sob a razão técnica (com o ‘Estado do Bem-Estar’), esta cidadania recomposta pode ser atravessada também por valores recobrados do canto das sereias: a amizade, a solidariedade, a competição de quem faz o melhor pelo coletivo, o gastar o seu tempo livre com a liberdade, e norтеada pelo desejo, que parece ser o suporte da felicidade humana.” Maria de Lourdes Manzini-Covre “Cidadania, Cultura e Sujeitos” em PARIS SPINK, Mary Jane (org.). *A Cidadania em Construção. Uma reflexão transdisciplinar*. São Paulo: Editora Cortez, 1994. Pág. 141.

serão efetivamente dos cidadãos brasileiros “se estes, como sujeitos, souberem se apropriar disto.”²¹⁰

A mudança tem sido gradual e lenta, resultado da reação à supressão e do exercício de direitos de forma ativa, por via da crescente participação, interferindo, interagindo e influenciando na afirmação de valores, na eleição de interesses públicos, na construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito balizado em princípios da equidade e justiça social, positivados na Constituição Federal como princípios fundamentais.

Da perspectiva unilateral Estado-Súdito passa-se à perspectiva bilateral Estado-Cidadão. No entanto, a cidadania continua a ser objeto de transformações, razão do contínuo alargamento e aprofundamento de seu conteúdo e extensão de seu alcance. Esse dinamismo e evolucionismo são orientados, principalmente, pelo valor democrático, tornando claro que a cidadania é a concretização do exercício da democracia.

A palavra cidadania foi utilizada na Roma Antiga para indicar a situação política das pessoas e os direitos que podiam exercer, pois havia discriminações entre as classes sociais (romanos e estrangeiros, livres e escravos, patrícios e plebeus), criando-se, desta forma categorias formadas por indivíduos que não eram considerados cidadãos e, por isso mesmo, não podiam ocupar cargos políticos, participar das atividades políticas. Fazia-se uma distinção entre cidadania e cidadania ativa.

Nos séculos XVII e XVIII, já em tempos de absolutismo, havia também a divisão de sociedades em classes (nobreza e burguesia) e a limitação à ocupação de cargos políticos, similar à existente na Roma Antiga. Eclodiram as Revoluções Burguesas e com elas a moderna concepção de cidadania, surgida da eliminação de privilégios do reconhecimento de direitos dos cidadãos.

²¹⁰ Maria de Lourdes Manzini-Covre “Cidadania, Cultura e Sujeitos” em PARIS SPINK, Mary Jane (org.). *A Cidadania em Construção. Uma reflexão transdisciplinar*. São Paulo: Editora Cortez, 1994. Pág. 123.

A palavra cidadão era largamente utilizada para simbolizar a igualdade de todos, além de estar presente em discursos demagógicos, em pregação cívica, no uso quotidiano e nas Declarações de Direitos. Mas palavras e princípios não são realidades sociais, ainda que dotadas de forte carga emocional discursiva, podendo surtir efeito inverso, se imbuídas de carácter obrigatório e vinculante, vierem desacompanhadas da mudança de mentalidade, de cultura do povo.

O Bill of Rights de 1668, a Carta de direito da Virgínia de 1776, seguidas pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão publicada em 1789 e 1793 afirmaram a liberdade e a igualdade como direito de todos e enumeraram outros direitos considerados universais. No século XIX firmou-se a idéia de que direitos específicos da cidadania são aqueles relacionados com o governo e a vida pública, dada a sua aproximação ao conceito de nacionalidade.

A visão moderna sobre cidadania foi colocada por T.H. Marshall, tomando por base os países onde se desenvolveu a democracia de uma forma mais completa, mais especificamente a Inglaterra. Em sua interpretação, que corresponde aos fatos da história, os direitos surgiram de uma maneira seqüencial: iniciou-se com os direitos civis implantados durante o século XVIII. Assegurados estes, o passo seguinte foi a conquista dos direitos políticos, já no século XIX, os quais consolidados, foram seguidos pelos direitos sociais, agora no século XX, no bojo da social-democracia. Como se pode observar a construção da cidadania foi um processo lento, tanto na maioria dos países da Europa Ocidental como nos Estados Unidos.

No Brasil, repisamos, os direitos são fruto da iniciativa do Estado, mais do que da própria sociedade. O risco da “precariedade” da cidadania brasileira se assenta no frágil desenvolvimento dos direitos civis, base para a colocação dos direitos políticos, mitigando o poder da sociedade, de alto a baixo, de fazer frente ao poder estatal.

Para Jaime Pinsky cidadania é participação, é ter direitos e obrigações e, ao contrário do que muitos pensam, deve ser ensinada no período escolar. A educação é a ferramenta mais eficaz para implantar e fazer funcionar formas mais avançadas de democracia participativa e conscientização da cidadania. Educação política, entendida como educação para a cidadania, isto é, por um efetivo exercício dos direitos e garantias individuais e coletivos, pela consolidação das instituições e aproximação de suas relações, pela ampla participação democrática, pela liberdade com igualdade. “Urge que os brasileiros eduquem-se para a cidadania, porque os problemas mais fundamentais que o país acumula não serão solucionados sem a efetiva participação da sociedade, (...) É necessário que haja um grande esforço de multiplicação do espírito e postura de cidadania”²¹¹

Para tanto, o trabalho educacional deve ser sistemático, para que o povo adquira poder político efetivo, participando diretamente das grandes decisões públicas, ao invés de ter sua vontade manipulada eleitoralmente, suscitando em todos a importância dos direitos humanos de caráter social, a começar pelo direito à educação.

A cultura política revela a ação política dos indivíduos exteriorizada nos grupos sociais, seu comportamento político como seres políticos, como membros da *polis*, não apenas em relação às instituições políticas ou aos agentes políticos. Com isso a ênfase se desloca das atitudes e opiniões dos indivíduos isoladamente considerados para os indivíduos como membros participantes da coletividade, com identidade e objetivos comuns.

A cidadania é exercida em sua plenitude quando os cidadãos se mobilizam para propor formas de aperfeiçoamento das instituições, e uma das formas mais adequadas para tal participação é o próprio envolvimento dos grupos sociais na fiscalização dos atos do Estado e na fiscalização e coibição de atos desleais do Mercado. É nesse contexto que desponta o Terceiro Setor, para intermediar e motivar essa participação e conseqüente fiscalização.

²¹¹ RESENDE, Ênio. *Cidadania. O remédio para as doenças culturais brasileiras*. 2ª edição. São Paulo: SUMMUS EDITORIAL, 1992. Pág. 68.

Na terminologia legal da atualidade, cidadão é um indivíduo vinculado à ordem jurídica de um Estado. Essa vinculação pode ser determinada pelo nascimento ou pela descendência, bem como por outros fatores. Essa vinculação significa que o cidadão terá todos os direitos que a lei daquele Estado lhe asseguram, tendo também o direito de receber a proteção de seu Estado se estiver em território estrangeiro.

A cidadania expressa, portanto, um conjunto de direitos para que a pessoa participe ativamente da vida e do governo de seu povo.

Para Maria da Glória Gohn, “a cidadania se cria com uma presença ativa, crítica, decidida, de todos nós com relação à coisa pública.”²¹² Já Leilah Landin entende que “... a noção de cidadania é atribuída de conotações morais, pois implica no compromisso com valores (...) perda da referência fundamental ao Estado. Tradicionalmente, cidadania é algo que, embora atinja e beneficie a sociedade civil em todos os seus agentes, envolve, necessariamente o Estado, seja enquanto interlocutor privilegiado, seja enquanto garantidor de certas condições materiais e direitos básicos. (...) imputa aos indivíduos a responsabilidade pela sua construção e continuidade. É neles que residem os atributos morais capazes de fundamentar o exercício da cidadania.”²¹³

Como cidadãos de uma nova ordem social, devemos ser capazes de, conjuntamente, construir, cumprir e proteger, os novos valores da sociedade. Vem de Dalmo de Abreu Dallari a lição segundo a qual, “o povo é o elemento essencial que dá condições ao Estado para formar e externar uma vontade. Deve-se compreender como povo o conjunto dos indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente, participando da formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano. Esta participação e este exercício podem ser subordinados, por motivos de ordem prática, ao atendimento de certas condições objetivas, que assegurem a plena aptidão do indivíduo. Todos os que se integram

²¹² GOHN, Maria da Glória. Educação Não-Formal e Cultura Política. Questões da nossa época. São Paulo: Cortez, 1999. Pág. 64.

²¹³ Landim, Leilah (org.). *Ações em sociedade. Militância, caridade, assistência etc.* Rio de Janeiro: Nau, 1998. Pág. 140/141.

no estado, através da vinculação jurídica permanente, fixada no momento jurídico da unificação e da constituição do Estado, adquirem a condição de *cidadãos*, podendo-se, assim, conceituar o *povo* como o *conjunto dos cidadãos do Estado*. (...) A aquisição da cidadania depende sempre das condições fixadas pelo próprio Estado, ... A condição de cidadão implica direitos e deveres que acompanham o indivíduo mesmo quando se ache fora do território do Estado. A cidadania ativa, por sua vez, pressupõe a condição de cidadão, mas exige que, além disso, o indivíduo atenda a outros requisitos exigidos pelo Estado.²¹⁴

Ser cidadão é, portanto, ser capaz de criar ou modificar, em cooperação com outros, para a construção e manutenção da ordem social. A busca da cidadania é mais do que simplesmente o conceito fechado advindo da Constituição interpretada²¹⁵ junto com a Lei de Ação Popular de que cidadão é aquele que tem direito de votar. Aqui, procuramos entender o significado do termo cidadania em sentido lato e aberto, sob ótica da valorização do cidadão e da conscientização para o exercício efetivo da cidadania.

A Constituição Brasileira de 1988 além assegurar aos cidadãos os direitos tradicionalmente reconhecidos, como o de votar, de escolher representantes para o Legislativo e para o Executivo, e de se candidatar para cargos, ampliou bastante os direitos da cidadania, conferindo, por exemplo, o direito de o cidadão apresentar projetos de lei, por meio de iniciativa popular, o direito de participar de plebiscito e de referendo, direito de propor certas ações judiciais para a garantia dos direitos

²¹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. Pág.100.

²¹⁵ Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos. ... § 3º A prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda. (Lei 4.717/65 – Lei de Ação Popular); 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: ... II - a cidadania (CF/88);

fundamentais (ex. ação popular e mandado de segurança), a representação obrigatória de representantes da comunidade em órgãos de consulta e decisão sobre o direito da criança e do adolescente, bem como na área da educação e da saúde. A legislação brasileira estabelece exigências mínimas para que um cidadão exerça os direitos relacionados com a vida pública.

Segundo o entendimento de Fabio Konder Comparato, a chamada nova cidadania no Estado Social reside em: “fazer com que o povo se torne parte principal do processo de seu desenvolvimento e promoção: é a idéia de participação.” Para o Professor, essa participação deve ocorrer tanto na distribuição de bens indispensáveis à existência socialmente digna e administração da coisa pública como na proteção dos interesses difusos e transnacionais, e no controle do poder político.

Para Mario Nigro “Eis a figura do cidadão que manifesta sua vontade em fazer parte dos procedimentos passíveis de culminar em decisões estatais que afetem direitos seus, não somente de natureza individual, mas de ordem coletiva ou difusa. É o cidadão consciente de seus direitos civis, políticos e sociais (porque bem informado), e que deseja tomar a palavra e expressar sua opinião nos assuntos relativos à condução das atividades públicas. É o cidadão responsável, conhecedor de seu compromisso social de intervir na esfera estatal, visando com que as decisões dela emanadas possam ajustar-se o mais possível a realidade social. É o cidadão cooperador, que almeja não ser visto como intruso ou estranho na organização administrativa, mas como o seu principal colaborador. Enfim, é o cidadão participador, que assume posturas pró-ativas perante uma Administração pública que deve agir em proveito dos cidadãos e de toda a sociedade.”²¹⁶

A construção da cidadania é processo lento, mesmo nos países de democracia consolidada. Em outras palavras, a democracia se enraizou no Brasil nos últimos anos, e mostra uma possibilidade concreta de afirmação e evolução. E a democracia como valor maior é pré-requisito fundamental para a cidadania. Se cidadãos são os que se organizam, os que têm capacidade de se organizar, a

²¹⁶ NIGRO, Mario. *Il modo della partecipazione. Rivista de Diritto e Procedura Civile*. Milão, 1980.

sociedade brasileira parece exibir uma capacidade maior de organização, de exercer pressão sobre seus dirigentes, de participar mais da vida política. Sendo uma questão cultural fundamentalmente de mentalidade e de hábito, a prática sistemática de cidadania só se tornara uma realidade com ênfase e estímulo reiterado.²¹⁷

3.5 PARTICIPAÇÃO E REDES SOCIAIS

“Só o cidadão sabe o que quer para si, para sua família e para a sua comunidade. É ele que deve decidir sobre suas prioridades e, portanto, sobre a maneira como devem ser conduzidos os negócios da nação para permitir que elas se realizem. Quando dizemos ‘cidadão’, é evidente que queremos nos referir ao produto da interação entre os cidadãos da mesma comunidade, através do diálogo, do convencimento e de decisões conscientes que, mesmo erradas, podem ser corrigidas livremente no tempo.”²¹⁸

A participação requer, em primeiro lugar, consciência²¹⁹ sobre os próprios atos. Logo, participação consciente é aquela em que os envolvidos possuem a compreensão sobre o processo que estão vivenciando. Quando uma pessoa ou grupo de pessoas age sem o entendimento das razões e conseqüências dos próprios atos, a participação é restrita, estabelecida em função de alguma espécie de relação de dominação, a partir de algum tipo de poder persuasivo. Nestes casos, impõe-se aos demais as decisões e os passos que devem ser seguidos. A falta de senso crítico faz a participação pouco se distinguir do adestramento e mantém as pessoas alijadas do acesso à informação e à educação, instrumentos fundamentais para a equalização das oportunidades e eliminação das injustiças. Somente a participação

²¹⁷ “Cidadania é um estado de espírito e uma postura permanente que leva pessoas a agirem, individualmente ou em grupo, com objetivos de defesa de direitos e de cumprimento de deveres civis, sociais e profissionais. Cidadania é para ser praticada todos os dias, em todos os lugares, em diferentes situações, com variadas finalidades.” RESENDE, Ênio. *Cidadania. O remédio para as doenças culturais brasileiras*. 2ª edição. São Paulo: SUMMUS EDITORIAL, 1992. Pág. 67.

²¹⁸ Roberto Paulo César de Andrade, “Considerações de Fim de Século” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 77.

²¹⁹ “Sob o impacto de um Estado que vem diminuindo sua ação social e de uma sociedade com necessidades cada vez maiores, cresce a consciência nas pessoas – tanto físicas quanto jurídicas – de que é necessário posicionar-se proativamente no espaço público, se o que se deseja é o desenvolvimento social sustentado.” IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. II.

consciente possibilita o reconhecimento das relações de interesse e poder, as motivações que inspiram o comportamento humano, evitando manipulações ou desvirtuamentos dos anseios sociais.

Uma segunda característica da participação está na forma de assegurá-la. Não há participação imposta, concedida ou doada, sua legitimidade repousa na conscientização dos valores, na negociação e na fixação de regras democráticas. Trataremos dos mecanismos de e dos espaços participativos mais detidamente quando do tema das agências reguladoras.

Um outro aspecto que ratifica o valor da participação é sua conquista pela sociedade, não sua mera concessão ou outorga pelo Poder Público. Nesses casos, não há internalização e absorção de direitos, fragilizando o exercício participativo, que pode ser suprimido a qualquer tempo ou reduzido, sem que dele sintam falta os cidadãos.

A voluntariedade é outro aspecto que contribui para a sua legitimidade. Seria contraditório impor-se-lhe obrigatoriedade, quando o que se deseja é a participação culturalmente consciente e politicamente geradora de indivíduos comprometidos. O engajamento popular, o envolvimento da comunidade, suas necessidades e capacidades, seu conhecimento e sua criatividade fazem do inconformismo o ímpeto pela participação efetiva nas decisões sobre o futuro da comunidade.

“Participação significa (...) sensibilizar as pessoas e assim aumentar a receptividade e habilidade delas com relação aos programas de desenvolvimento, assim como encorajar as iniciativas locais. Com referência a (...) participação, ela inclui o envolvimento das pessoas nos processos de tomada de decisão, na implementação de programas (...), na repartição dos benefícios dos programas de desenvolvimento e seu envolvimento nos esforços para avaliar tais programas. Participação envolve (...) esforços organizados para aumentar o controle sobre os recursos e instituições reguladoras em situações sociais dos grupos ou movimentos

excluídos daquele controle. A participação deve ser vista como um meio de se conseguir um objetivo ou propósito fixado. Em outras palavras, é um modo de usar a comunidade para propósitos estabelecidos fora da comunidade. Os resultados da participação são mais importantes que o ato da participação. É um modo de ver a participação como uma técnica de gerência que pretende cooptar cada indivíduo, ou toda comunidade para com sua participação facilitar o sucesso de uma ação. Não é obrigatório que ao final os resultados não tragam benefícios ao participante. A participação também pode ser vista como um fim em si mesmo. A ênfase é então colocada na participação como um processo no qual a confiança e a solidariedade entre as pessoas são estabelecidas. Não é vista meramente como uma técnica de gerência, mas, pelo contrário, como um meio de capacitar as pessoas a se tornarem mais diretamente envolvidas no desenvolvimento.”²²⁰

A participação começa marginal, limitada e transitória, passando a ser de ordem estrutural, com papel ativo e opiniões no processo decisório. A participação efetiva, com controle de acontecimentos e direcionamento da qualidade de vida é a expressão máxima da participação, a possibilidade de criar a ordem em que se quer viver: fundar para si as normas e leis que se quer cumprir para a dignidade de todos.

A Constituição brasileira de 1988 incorporou uma combinação de formas de representação e de participação²²¹ no processo de elaboração das políticas públicas. Duas formas principais foram criadas, a participação direta, por meio da expressão da soberania popular, os plebiscitos²²², referendos²²³ e iniciativas populares²²⁴, e a forma de participação centrada no nível local²²⁵, que proliferou como decorrência da incorporação de políticas sociais. É interessante notar que a exigência de participação não se esgota nos níveis do Poder Executivo, mas

²²⁰ Marcos Kisil, “Organização Social e Desenvolvimento Sustentável: Projetos de Base Comunitária” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 149.

²²¹ Formas de participação popular: conselhos comunitários, audiência pública, consulta pública, legitimidade processual coletiva, iniciativa popular na legislação, orçamento participativo, órgãos criados pelas Leis de Responsabilidade Social e Consórcios Públicos.

²²² Art. 14, I, CF.

²²³ Art. 14, II, CF.

²²⁴ Art. 14, I, II, III, CF.

²²⁵ Art. 27 e 29, CF.

abrange também o Legislativo²²⁶. Há formas de participação local, em que atores sociais ou organizações do Terceiro Setor participam na deliberação sobre políticas públicas²²⁷, em relação à sua gestão²²⁸.

A constatação de que a idéia de participação se multiplicou no Brasil, ao menos em nível legislativo faz-se nos conselhos de políticas e nos orçamentos participativos. Os conselhos de política são resultado das legislações específicas que regulamentam a Constituição no que tange à saúde, assistência social, criança e adolescente e políticas urbanas. As principais legislações participativas surgiram a partir da Lei Orgânica da Saúde (LOS), da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e do Estatuto da Cidade. Cada uma dessas legislações estabeleceu a participação de uma forma diferente, mas a partir dos anos 90, todas essas formas de participação ficaram conhecidas como conselhos.

A principal experiência de orçamento participativo ocorreu na cidade de Porto Alegre a partir de 1990. Belo Horizonte, São Paulo e Recife são outras capitais de porte que também têm o orçamento participativo.

No entanto, o fato de combinar representação e participação não quer dizer que as duas formas de soberania foram combinadas na proporção correta. As observações que podem ser feitas sobre essa combinação no Brasil democrático são, em primeiro lugar, a vinculação do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular ao funcionamento do Congresso Nacional ou dos poderes legislativos estaduais. As experiências de iniciativa de lei foram prejudicadas por um procedimento pouco claro de tramitação.

As formas de participação no nível local parecem apontar na direção contrária. Os orçamentos participativos e os conselhos se tornaram formas de participação conhecidas e difundidas no Brasil democrático.

²²⁶ Art. 61, CF

²²⁷ Nos Capítulos da Seguridade Social e Reforma Urbana

²²⁸ Art. 194, parágrafo único, inciso VII, (Seguridade Social); art. 204, inciso II, (Assistência Social) art. 227, parágrafo 1º, (Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso), CF.

Manuel Arango²²⁹ afirma que o objetivo do Terceiro Setor vai além da caridade, salientando seu papel na promoção da participação efetiva dos cidadãos nos processos de planejamento e decisão social. “ora, a democracia é o processo de criação, circulação e distribuição igualitária do bem social. Ou melhor, é justamente a institucionalização da participação igualitária dos cidadãos no processo de decisão sobre sua cidade, sobre seu país. Sobre os *public goods*, diriam os anglo-saxões. Sobre a *polis*, diriam os gregos. (...) Quem faz parte desse processo decisório? Todos.”²³⁰ Joaquim Falcão concorda que é “... oportunidade que as pessoas têm de poderem decidir sobre seus próprios destinos, influenciar as decisões públicas e, assim, poder participar de atividades que afetam seu desenvolvimento e qualidade de vida.”²³¹

Conceituados os novos contornos dos atores sociais e do contrato social no panorama da sociedade civil contemporânea e destacada a importância da participação democrática nas ações comunitárias, da conscientização da cidadania, impende pesquisar, em lógica decorrência, o espaço em que atuam e a forma de desenvolvimento de suas funções sociais.

Partimos da afirmação de que o Terceiro Setor é fenômeno de quebra de paradigmas, de nova conformação social, fenômeno de voz e vez da sociedade, dos questionamentos sociais acerca da atuação e estrutura organizacional do Estado e da exigência social de humanização das práticas de Mercado e constatamos, como causa e consequência desse questionamento, uma sociedade em transformação sob os aspectos sociológicos, político-econômicos e jurídicos. Torna-se salutar e inafastável, portanto, o redimensionamento do espaço público para a articulação dessas novas acepções e relações sociais.

²²⁹ ARANGO, Manuel. *Philantropy in México*. Boston: Harvard Review of Latin America, 2002.

²³⁰ FALCÃO, Joaquim. *Democracia, Direito e Terceiro Setor*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2004. Pág. 50.

²³¹ Marcos Kisil, “Organização Social e Desenvolvimento Sustentável: Projetos de Base Comunitária” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 131.

É o que sugere Boaventura de Souza Santos na conceituação do seu Estado-como-novíssimo-movimento-social²³², ao defender que os espaços públicos devem ser reconstruídos para a fundação de um novo acordo social inspirado na participação pró-ativa e na solidariedade dos cidadãos. Nessa esteira, Ruth Cardoso assevera que “... estamos experimentando processo de construção de novos espaços e canais de interlocução entre o governo e a sociedade civil.”²³³

Nesse contexto, surgem as redes sociais, novo canal dinâmico de relacionamento horizontal e de compartilhamento descentralizado entre os diversos atores sociais, num espaço público aberto à participação de todos. As redes podem ser bem representadas por uma “malha de múltiplos fios que pode se espalhar indefinidamente para todos os lados, sem que nenhum dos seus nós possa ser considerado principal ou central, nem representante dos demais”²³⁴.

A palavra rede, de origem latina (*rete*) significa tecido entrelaçado por fios com aberturas regulares. A partir dessa noção de malha entrelaçada é que a palavra adquiriu novos significados ao longo do tempo, passando a ser empregada em diferentes situações.

O conceito de rede no campo acadêmico surgiu na Biologia como sistema de laços realimentados que podem ser encontrados em toda forma de organização de sistemas vivos. O termo foi apresentado por ecologistas na década de 20, quando do estudo das teias alimentares e dos ciclos da vida.

Baseado nesta definição o físico Fritjof Capra²³⁵ leciona que o reconhecimento das redes como padrão básico de organização da vida é a pedra fundamental para a compreensão sistêmica de toda e qualquer forma vivente. O dinamismo das redes permite-lhes criar e recriar a si próprias, impingindo aos seus componentes um permanente exercício de autogeração.

²³² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado*. Citado Luis Carlos Bresser Pereira e outros. *Sociedade e Estado em transformação*. (RICCI, Rudá. *Por uma Lei de Responsabilidade ou ... para se contrapor ao Estado- Facilitador*)

²³³ Ruth Cardoso, “O Fortalecimento da Sociedade Civil” in IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 9.

²³⁴ WITHAKER, Francisco. *Redes: Uma estrutura Alternativa de Organização*. 1998.

²³⁵ CAPRA, Fritjof. *Na Teria da Vida*. São Paulo: Cultrix, 2005.

No campo social, a ligação entre todos os nós da rede social, viabilizadora da autogeração, é a comunicação. Cada troca de comunicação entre os nós da rede cria pensamentos e significados refletidos, tanto nestes, como em vários outros nós, já que todos estão interconectados, dando lugar a comunicações posteriores e, assim, uma rede inteira gera a si própria.

Para o sociólogo Manuel Castells “redes são estruturas abertas capazes de expandir de forma ilimitada, integrando novos nós desde que consigam comunicar-se dentro da rede, ou seja, desde que compartilhem os mesmos códigos de comunicação (por exemplo, valores ou objetivos de desempenho). Uma estrutura social com base em redes é um sistema aberto altamente dinâmico suscetível de inovação sem ameaças ao seu equilíbrio”²³⁶.

Espraiado o conceito de rede para das demais Ciências, as redes sociais, assim recepcionadas pelas Ciências Sociais²³⁷, são estruturas capazes de reunir indivíduos e organizações, de forma democrática e participativa, em torno de objetivos comuns. Esse conjunto de nós interligados horizontalmente revela uma intercomunicação maleável e cadenciada entre as multilideranças, que supõe afinidade e colaboração de todos os participantes.

Além de possibilitar a problematização de temas de interesse comum, as redes dão azo a discussões, virtuais ou presenciais, para o seu correto entendimento e sugestões de caminhos ou soluções. A identificação dos indivíduos com as idéias colocadas em rede é fundamental para a participação efetiva e democrática de todos e primordial para o estabelecimento de laços e pactos sociais ou padrões de relacionamento. Esse sentimento de fazer parte, de pertencer a uma rede é

²³⁶ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Paz e Terra. São Paulo, 1999. Pág. 499.

²³⁷ As redes, segundo Alvin Toffler, são o resultado de mudanças sociais, morais, institucionais e políticas profundas, que ultrapassam os limites da economia e da tecnologia. Para Toffler, “a primeira onda’ teria surgido há mais de dez mil anos, com a revolução agrícola, que transformou o homem nômade e caçador em agricultor, fixado na terra; a ‘segunda’ teria mais ou menos trezentos anos e foi dada pela Revolução Industrial, originando a civilização urbana centrada nas fábricas. A ‘terceira onda’ é um fenômeno real contemporâneo e se baseia na substituição da força muscular pela força mental como fator de produção. (...) Trata-se da sociedade informacional, relaciona, onde tudo passa pela organização de redes, predominando o conhecimento e a informação ...” *The Third Wave*. New York. Bantam Books. 1971.

essencial para a própria existência da rede, que só se mantém pela movimentação, pelo dinamismo, pela troca sinérgica de comunicação entre os participantes.

Por serem estruturas flexíveis, as redes possibilitam a aproximação horizontal de todos os participantes, constituindo-se em poderosa ferramenta de compartilhamento de informações e fluxo de idéias. De forma igualitária, todos os componentes, desde o mais alto escalão do Estado até o hipossuficiente indivíduo beneficiário de um programa social de uma organização de Terceiro Setor, ocupam, cada qual, um nó da rede, permeados, distante ou proximamente, por outros nós, todos ocupados equitativamente. São “aspectos cognitivos do processo interativo que se estabelece entre os participantes dos novos espaços públicos não-estatais, ao discutirem as propostas e idéias, ao estabelecerem prioridades, etc. num processo pedagógico de aprendizado via exercícios da democracia.”²³⁸

O Terceiro Setor tem se revelado terreno fértil para a proliferação das redes sociais em razão de seu caráter colaborativo como facilitador da comunhão de esforços e ideais dos diversos atores sociais em prol do bem comum. Por mais diversas, todas as organizações de Terceiro Setor têm em comum o propósito de disseminar seus ideais e multiplicar suas ações, seja em nível local, regional, nacional ou internacional, a um universo cada vez mais amplo de interlocutores contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa, democrática e participante.

O risco de falência das redes é a descrença, a apatia: “se examinarmos atentamente esses últimos 20, 30 anos, o processo democrático foi fantástico, o avanço da participação popular foi fantástico, mas a qualidade de vida do nosso povo não teve melhorias correspondentes. E portanto, fica fácil compreender porque o cidadão comum, que luta por sua sobrevivência, começa a colocar em dúvida se vale a pena continuar acreditando no processo democrático, se não é bom, de repente, esperar que venha um novo salvador da pátria, uma liderança, mesmo que

²³⁸ GOHN, Maria da Glória. Educação Não-Formal e Cultura Política. Questões da nossa época. São Paulo: Cortez, 1999. Pág. 90.

autoritária e que acabe tomando decisões de melhoria de qualidade de vida sem ter que respeitar as regras processuais do processo democrático.”²³⁹

CAPÍTULO 4 – OS NOVOS CONTORNOS DO ESTADO EMPREENDEDOR

4.1 ESTADO E GOVERNO

A conceituação de Estado é das mais complexas e desafiadoras às ciências, sendo, via de consequência, inúmeras as teorias sobre a época do seu aparecimento.²⁴⁰ Resguardadas as teorias que vêem no Estado um elemento universal na organização social, um princípio organizador e unificador em toda sociedade humana, bem como as que só admitem como Estado a sociedade política dotada de certas características bem definidas, a maioria dos autores admite a existência da sociedade humana sem o Estado durante certo tempo, até que as necessidades e conveniências dos diversos grupos sociais levaram à formação do Estado, que tomou contornos específicos de acordo com as condições concretas de cada realidade.

A forma mais remota de Estado de que se tem notícia é Estado Antigo, Oriental ou Teocrático, originado das antigas civilizações orientais do Mediterrâneo. Família, religião, Estado e organização econômica formavam um conjunto unitário confuso, sem diferenciação perceptível. O Estado Grego, formado pelos povos helênicos, caracterizava-se pela cidade-Estado (*polis*), sociedade política cujos ideais eram a auto-suficiência, a autarquia e a integração dos povos dominados a uma ordem comum. Aristóteles foi dos primeiros a pensar sobre a criação e transformação do Estado. O filósofo grego considerava a família a forma embrionária e imperfeita da *polis* e a relação entre a sociedade política e as sociedades particulares era uma relação entre o todo e as partes, sendo a *polis* o ente englobador e as partes englobadas a família e as associações. A sociedade

²³⁹ Cézar Busatto “Porque uma Lei de Responsabilidade Social” in OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord.). *Terceiros Setor Empresas e Estado. Novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. Pág. 46.

²⁴⁰ Ressaltamos a dificuldade de conceituação do Estado, pois “o conceito de Estado é um dos mais plurívocos, se não o mais, dentre os termos utilizados pelos cientistas sociais na formulação de suas teorias.” AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano Peixoto. *A Republicização do Estado e os Interesses Públicos*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1999. Pág. 16.

política aristotélica estava fortemente ligada aos valores morais. A virtude cívica e a virtude pessoal eram uma coisa só.

O Estado Romano, Roma, manteve as características básicas de cidade-Estado desde a sua fundação em 754 a.C., quando ainda era um pequeno agrupamento humano, até a morte de Justiniano em 565 d.C., época de aspiração à constituição de um império mundial, dadas as extraordinárias conquistas. Uma das peculiaridades do Estado Romano é a base familiar da organização (*gens*) que resultou no Estado primitivo (*civitas*). Assim como no Estado Grego, no Estado Romano o povo participava diretamente do governo, sendo certo que o povo era uma faixa restrita da população. Os cargos das magistraturas (governo) e outros privilégios eram concedidos apenas às famílias patrícias, descendentes dos fundadores do Estado. A grande extensão territorial e o cristianismo – a liberdade religiosa assegurada por Constantino em 313 d.C. – foram determinantes na superação da cidade-Estado e transposição para novas formas de sociedade política, o Estado Medieval.

O Estado Medieval surge em período instável e heterogêneo, caracterizado precipuamente pelo cristianismo, pelas invasões bárbaras e pelo feudalismo. As invasões bárbaras ocorreram entre os séculos III e IV. Eram investidas armadas de hordas germânicas, eslavas, norte-africanas e do Oriente Médio que introduziam novos costumes e estimulavam a independência dos povos sob seu domínio. O feudalismo compreendia a valorização da terra em detrimento do desenvolvimento do comércio, dificultado, principalmente, pelas invasões e guerras internas. A organização feudal não possibilitava uma distinção clara entre público e privado, já que seus principais institutos eram: a vassalagem, em que os vassalos (proprietários menos poderosos) se colocavam a serviço do suserano (senhor feudal) em troca de proteção; o benefício, contrato entre o senhor feudal e o chefe de família que não possuía terras, para que este cultivasse certa gleba e entregasse parte da produção àquele; e a imunidade, concessão de isenção de tributos às terras concedidas em benefício.

O cristianismo foi a base da aspiração pela universalidade, meio pelo qual a Igreja se afirmou como unidade e propagou a igualdade a todos os homens, para que

fossem guiados pelos mesmos princípios e normas de comportamento público e particular. Com isso, a Igreja estimulou a unidade política e a consagração do Império. A luta pelo poder entre Papas e Imperadores e a multiplicidade de centros de poder (reinos, senhorios, comunas, corporações, etc.) nos últimos séculos da Idade Média culminou no nascimento do Estado Moderno, com a supremacia absoluta da monarquia.

O Estado Moderno refletia o desejo pela unidade estatal, tal qual ocorrera no Estado Romano em período progressivo. A crise administrativa e jurídica das organizações feudais, aliada às intermináveis exigências dos monarcas despertou a consciência pela busca de unidade, pela necessidade de um poder soberano dentro de uma limitação territorial precisa.

Em 1513, Nicolau de Bernardo Maquiavel introduziu o pensamento político moderno, ao defender que as instituições políticas não podiam depender da virtude para se regerem ou consolidarem. O autor de “O Príncipe” valorizou a habilidade sobre as virtudes e separou a virtude pessoal da cívica. Propôs um novo modo para enfrentar problemas antigos, abandonando as idéias ético-políticas da filosofia clássica e colocando o Estado como necessário para assegurar a paz interior e a defesa exterior. É Maquiavel quem utiliza, pela primeira vez, a denominação Estado (*status* do latim) para significar a situação permanente de convivência.

Em 1516 Sir Thomas More propôs em sua “Utopia” o desenho da república ideal, sob forte influência de Platão. Entretanto, foi o “Leviatã” de Thomas Hobbes, obra publicada em 1651, que da análise dos homens em suas relações sociais concebeu o Estado absoluto, baseado na certeza de que o homem é mal e por isso deve ser dominado. A segurança no absolutismo era garantida pela autoridade, sendo necessário um pacto de sujeição, justificativa racional e universal para a existência do Estado absoluto.

O desafio dos pensadores do século XVII era conceber o Estado como organização necessariamente rígida e estática, para abolir o absolutismo monárquico e substituir a vontade individual soberana, que fundamentou a sociedade política de Hobbes, pela norma geral e abstrata.

Influenciado pelos ideais iluministas radicalmente opostos aos de Hobbes, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de Montesquieu teve sua “O Espírito das Leis” publicada em 1748, obra na qual defendeu a tripartição dos poderes, corolário da limitação do Estado, e a soberania das normas. Montesquieu separou o Direito das Gentes, conjunto de leis que regiam as relações entre os povos; do Direito Político, regente das relações entre governantes e governados; do Direito Civil, responsável pelas leis que regiam as relações dos cidadãos entre si. Seus pensamentos políticos ultrapassaram os limites geográficos de França e influenciaram a concepção de Estado de vários países, a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 e, até mesmo, as análises da “Democracia na América” por Alexis-Charles-Henri Clérel de Tocqueville, datadas de 1835 e 1840.

Precursor das idéias que iluminaram o século XVIII e suscitaram a Revolução Francesa, Jean-Jacques Rousseau é o teórico da democracia e de “O Contrato Social” obra publicada em 1762²⁴¹ inspirada nas idéias do filósofo inglês John Locke, que defendia a delegação de poder aos governantes, pois o governo assegurava a liberdade e a propriedade aos homens, a democracia e o poder representativo. Rousseau defendia a supremacia da vontade geral, em oposição à vontade particular que significava a ordem consubstanciada no acordo de vontades objetivas tendente a um fim, cujo objeto era indeterminado e abstrato, ou seja, o respeito à lei.

O Estado Moderno caracterizou-se, então, pela substituição da vontade individual dos governantes pela autoridade da norma legal, superior e permanente. O sistema normativo organizava a convivência humana delimitando fronteiras entre o permitido e o proibido, estabelecendo sanção ao que não deveria ser feito, deixando o fazer na abstração dos comportamentos. Como enfatizara Locke, o abandono do poder individual de autodefesa e de castigo dos agressores provocou

²⁴³ Atualmente, “o contrato social é um acordo sobre regras e normas que nos indica desde onde julga uma sociedade, o que está bem e o que está mal, o admissível e o inadmissível, o justo e o injusto. O contrato social é como o *a priori* da cultura política de uma época, o sentido comum da gente comum que se sente parte de algo comum.” TORO, José Bernardo. *Construção do Público, Cidadania, Democracia e Participação*. 1ª edição. São Paulo: SENAC, 2005.

a instituição de um poder geral da comunidade, encarregado de estabelecer regras de conduta e de punir as transgressões.

Destarte, como bem adverte Norberto Bobbio²⁴², a posição adotada pelos diversos escritores políticos sobre o Estado é geralmente tomada com relação aos governantes: a arte de bem governar, virtudes e habilidades do bom governante, seus direitos, deveres e prerrogativas, formas de governo, funções de Estado, exercício de poder.

A reviravolta ocorreu na Idade Moderna, com a doutrina dos direitos naturais, pela qual o relevo maior é dado à liberdade dos cidadãos e não ao poder dos governantes; o bem-estar dos indivíduos e não a potência do Estado; o direito de resistência às leis injustas e não apenas o dever de obediência. A mais alta inversão dessa visão foram as Declarações de Direitos inglesa, americana e francesa.

Concluída essa apertada síntese histórica, impende ressaltar que a concepção estática, de permanente repouso ou inação da concepção estatal liberal sofreu duro golpe com as mudanças provocadas pelas Revoluções Burguesas, mormente pela Revolução Industrial.

As inovações tecnológicas, a produção e o consumo em massa, a comunicação global em tempo real passaram a exigir uma nova conformação do Estado, muito além daquela clássica organização de um povo sobre um determinado território, sob um poder soberano, um ordenamento jurídico que tem por fim o bem comum. Leciona Dalmo de Abreu Dallari que, “... o Estado como sociedade política, tem um fim geral, constituindo-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares. Assim, pois, pode-se concluir que o fim do Estado é o bem comum, entendido este como o conceituou o

²⁴² BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade. Para uma teoria geral da política*. 7ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

Papa JOÃO XXIII, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consistam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana.”²⁴³

O Estado brasileiro, Estado Democrático de Direito, caracteriza-se pela soberania constitucional, ordem suprema à qual todos devem obediência; pela democracia representativa e participativa, realizada por meio de eleições periódicas diretas para a escolha dos exercentes do poder de comando do Estado; pelos direitos e garantias individuais e coletivos, pelo princípio da legalidade e pela tripartição dos poderes, submetendo-os a um controle mútuo.

São princípios fundamentais do Estado brasileiro a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais, a livre iniciativa e o pluralismo político. São objetivos precípuos do Estado brasileiro a construção de sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem-estar de todos eqüitativamente.

Fixada a conformação constitucional do Estado brasileiro, interessa-nos aprofundar nossa pesquisa na estruturação da nova gestão político-econômica do país frente ao cenário mundial, vez que a conformação do Estado atual preconiza a submissão dos investimentos sociais à lógica da estabilidade fiscal, subjugando-os à capacidade de atração de poupança externa e ao rígido controle dos gastos públicos, o que rompe com qualquer possibilidade de diálogo entre a dimensão econômica e a dimensão social.

Merece consideração, nesse trecho, a distinção entre Estado e Governo. Estado, segundo Dalmo de Abreu Dallari, é “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo, situado em determinado território”²⁴⁴, sendo o governo o núcleo decisório do Estado, formado por membros da política e encarregado da

²⁴³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. Pág. 108.

²⁴⁴ “Nesse conceito se acham todos os elementos que compõem o Estado. A noção de poder está implícita na de soberania, que, no entanto, é referida como característica da própria ordem jurídica. A politicidade do Estado é afirmada na referência expressa ao bem comum, com a vinculação deste a um certo povo e, finalmente, a territorialidade, limitadora da ação jurídica e política do Estado, está presente na menção a determinado território.” DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. Pág. 119.

administração da coisa pública. Enquanto o Estado é permanente, o governo é transitório, ao menos nas democracias, na medida em que os atores políticos que ocupam cargos governamentais são substituídos periodicamente de acordo com as escolhas de seus pares. Nesta linha, “Estado não é o mesmo que governo. Enquanto o primeiro é a sociedade política global – o todo – o governo é um dos elementos do Estado, ou seja, o elemento diretor ou o conjunto de órgãos que detêm o poder na sociedade política.”²⁴⁵

Não há que se confundir, contudo, governo com governabilidade²⁴⁶ ou com a moderna “governança”²⁴⁷, esta acompanhada de forte carga social. A

²⁴⁵ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A Crise da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978. Pág. 81.

²⁴⁶ As discussões sobre governabilidade tomam vulto com a queda do Estado Liberal, após as Grandes Guerras Mundiais e a Grande Depressão, paralelamente à sua antítese, a ingovernabilidade. Destacaram-se três hipóteses teórico-conceituais para a ingovernabilidade, a primeira, atribuída a James O’Connor, (“Fiscal Crisis of Capitalist State” 1973) autor norte-americano de orientação marxista funcionalista, para quem a ingovernabilidade decorria da crise fiscal, da ampliação do déficit público, da balança comercial, do aumento da inflação e dos juros, devido à sobrecarga de demandas dirigidas ao Estado; a segunda e a terceira hipóteses foram ancoradas na Teoria Geral de Sistemas do alemão Ludwig Von Bertalanffy idealizada na década de 40, sendo a segunda encabeçada pelo norte-americano Samuel Huntington (“Political Order in Changing Societies” 1968), responsável pela primeira referência textual ao termo “governability” ou governabilidade, que junto com o francês Michel Crozier e o japonês Joji Watanuki elaboraram um relatório sobre as causas da ingovernabilidade, no qual listaram a erosão da autoridade política do Estado em função do excesso de democracia, a sobrecarga do governo, a burocratização da vida pública, a politização das relações sociais, o provincianismo da política externa; e a terceira hipótese foi demonstrada pelo alemão Jürgen Habermas (“A Crise de Legitimação no Capitalismo Tardio” 1973), que numa releitura de Karl Marx propõe, em abordagem integradora que abrange toda a formação sócio-econômica e não apenas a crise do Estado e do sistema político, quatro tendências para a crise da governabilidade: (a) o sistema econômico não cria a medida necessária de valores para o consumo, (b) o sistema administrativo não produz a medida necessária para decisões racionais, (c) o sistema legitimador não produz a medida necessária de motivações generalizadas e (d) o sistema sócio-cultural não cria a medida necessária que motive a ação. ARAÚJO, Vinícius de Carvalho. *A Governança como Superlativo Conceitual da Reforma do Estado*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado nº 3. Salvador, 2005.

²⁴⁷ A noção tradicional de governança foi elaborada por HOLLINGSWORTH, J.R., SCHMITTER, P.C., STREEK, W. (“Capitalism, Sectors, Institutions, and Performance” em *Governing Capitalist Economies*. New York: Oxford University Press, 1994.) para significar a totalidade de arranjos institucionais – incluindo regras e agentes que assegurem o cumprimento dessas regras – que coordenam e regulam transações dentro e fora dos limites de um sistema econômico. O modelo atual de governança concebido por OSBORNE D. & GAEBLER T. (*Reinventing Government. How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*. New York: Addison-Wesley Publ. Co., 1992) propõe a reinvenção do Estado com base na produção de bens e serviços de alta qualidade orientada para os clientes, tendo em vista a competição global, a integração da comunicação, a economia centrada na tecnologia e em nichos de mercado, cuja lógica operacional é incompatível com a burocracia tradicional. MELO, Marcus André. *Governança e Reforma do Estado: o Paradigma Agente x Principal*. RSP nº 1, ano 47, vol. 120, 1996. Governança, segundo o Centro Latino Americano de Administração para o Desenvolvimento (CLAD), é a capacidade do Estado de transformar em realidade, de forma eficiente e efetiva, as decisões politicamente tomadas. Para atingir uma governança forte é preciso ter um Estado sadio nos planos fiscal e financeiro e competente no âmbito administrativo. Essa competência administrativa resultará da

“governabilidade é uma capacidade política de governar derivada da relação de legitimidade do Estado e do seu Governo com a sociedade; governança é a capacidade financeira e administrativa, em sentido amplo, de um governo implementar políticas. Sem governabilidade é impossível governança, mas esta pode ser muito deficiente em situações satisfatórias de governabilidade, como a presente no Brasil.”²⁴⁸

Para André Carvalho Ramos há um direito fundamental à ‘boa governança’²⁴⁹, ou melhor, ao funcionamento adequado do Poder Público, “direito de todos a uma administração proba, que bem utilize os escassos recursos da sociedade para o bem comum e não para a obtenção de vantagens e privilégios de uma minoria.”²⁵⁰ A ‘boa governança’, segundo Walter Claudius Rothenburg, “e o combate à corrupção são preocupação principal no âmbito público, extensível a todos os relacionamentos do Estado, e projetam-se no âmbito privado, onde as relações de poder (mas não só essas) devem ser democráticas e morais, ...”²⁵¹ É o direito que todo cidadão tem a padrões mínimos de dignidade humana, a um Poder Público honesto, democrático e eficiente, assentado na responsabilidade e vinculação teleológica dos exercentes desse mesmo Poder Público.

Para esses autores, os direitos fundamentais deixam de ser meros limites para a atuação do Estado, fronteiras protetivas contra abusos, excessos e violações, assumindo características ativas e funcionais, na medida em que viabilizam e asseguram condições materiais mínimas para o efetivo exercício das liberdades individuais e coletivas, da dignidade plena da pessoa humana, para que o indivíduo se desenvolva plenamente e com igualdade de condições. Nesse sentido,

boa implementação do modelo gerencial, sustentado por um núcleo estratégico formado por uma elite burocrática tecnicamente capaz e motivada.

²⁴⁸ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania*. 1ª Edição. Brasília: ENAP, 2002. Pág. 33.

²⁴⁹ Anglicismo “good governance”. Segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), a boa governança tem oito características principais: é participativa, orientada para o interesse público, prestadora de contas, transparente, responsável, eficaz e eficiente, e sempre de acordo com a lei.

²⁵⁰ RAMOS, André Carvalho. *O Combate Internacional à Corrupção e a Lei da Improbidade*. Belo Horizonte: Del Rei, 2002.

²⁵¹ Walter Claudius Rothenburg “Algumas considerações sobre a incidência de direitos fundamentais nas relações do Estado com empresas e Organizações Sociais” in OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord.). *Terceiros Setor Empresas e Estado. Novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. Pág. 101.

o direito ao adequado e correto funcionamento do Estado tem uma dimensão positiva, pois cabe ao cidadão exigir o melhor governo possível; e uma dimensão negativa, na medida em que o Estado tem obrigação de conferir proteção contra possíveis infrações e contra a corrupção no sistema. A corrupção macula o desenvolvimento, contamina os programas de governo, as políticas públicas e afasta os investimentos no capital social.

Outra distinção importante é “que o público não se confunde com o estatal. O espaço público é mais amplo do que o estatal, uma vez que pode ser estatal ou não-estatal. (...) É público o espaço que é de todos e para todos. É estatal uma forma específica de espaço ou de propriedade pública: aquela que faz parte do Estado.”²⁵²

Finalmente, faz-se necessário diferenciar os conceitos de administração e gestão, comumente usados como sinônimos para descrever as funções estatais. Administrar significa intermediar as ações do Estado com os administrados, sempre com o objetivo de atender o interesse geral. Gerir, nessa conjuntura, é mais do que administrar, implicando mudanças conceituais, teóricas e pragmáticas.

O advento da Gestão Pública trouxe consigo uma nova mentalidade na Administração Pública, novos papéis, inéditos critérios funcionais. O administrador era um instrumento de realização da vontade do legislador, um executor sem espaço para liberdades, fruto das estruturas burocráticas de dominação legal weberianas, caracterizando a administração pelo apego às formas, pela obediência aos processos e procedimentos sem preocupação com resultados. Com a reforma do Estado, os administradores são capacitados e encorajados a se tornarem gestores voltados para os resultados, dotados, para tanto, de poder decisório, autonomia, independência e responsabilidade²⁵³, devendo igual respeito à legalidade e ao comportamento ético nas condutas, bem como lealdade aos

²⁵² BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania*. 1ª Edição. Brasília: ENAP, 2002. Pág. 237.

²⁵³ “Estamos aprendendo, governo e sociedade, a pensar e agir juntos, a identificar o que cada um faz melhor, sem que isso implique confusão de papéis ou abdicação da autonomia e responsabilidade inerente a cada parceiro.” Ruth Cardoso, “O Fortalecimento da Sociedade Civil” in IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 9.

novos valores e comprometimento com a cidadania. O administrador acostumado à verticalidade e à burocracia estática e morosa é conscientizado da sua posição no universo globalizado para assumir posturas mais horizontais e manejar a burocracia de modo ágil e célere em prol do atendimento aos cidadãos, dos interesses públicos.²⁵⁴

É nesse sentido que César Busatto defende “... um compromisso de país com uma nova gestão pública, com um novo arranjo estatal. Um arranjo estatal que seja mais público. Um governo que dialogue com a sociedade, que estabeleça laços de cooperação público-privados, que compartilhe responsabilidades entre os diferentes atores sociais e que estabeleça laços de solidariedade social cada vez mais reforçados, dando origem aos que temos chamado de novas arquiteturas públicas, mais horizontais, mais integradas, mais descentralizadas, mais democráticas, ou seja, um governo que governe ao lado e junto com a sociedade e não de costas para a sociedade, como tantas vezes temos observado.”²⁵⁵

E o princípio da subsidiariedade é fundamental na definição do novo papel do governo, eis que é a própria afirmação da centralidade da pessoa humana no ordenamento social. Se, de uma parte, esse princípio prioriza o respeito aos direitos individuais e impõe ao Estado abster-se das atividades que o particular tem condições de exercer, limitando a intervenção estatal; de outra parte, exige que o Estado fomente as atividades da iniciativa privada para atendimento de fins públicos, motivando e garantindo seu sucesso.

Ora, se a função das organizações do Terceiro Setor é impulsionar a evolução das pessoas, individual e coletivamente consideradas, é empoderá-las, motivando-as a participar efetivamente das decisões governamentais, a ditar os interesses públicos, a influenciar e controlar os resultados das políticas públicas e informar espontaneamente seus impactos, então o Estado só deve vir em socorro dessas

²⁵⁴ “Embora o crescimento do aparelho do Estado tenha gerado uma burocracia muitas vezes ineficaz e incompetente, não necessariamente ela solapou a democracia política. Frequentemente, inclusive, ela tem sido necessária para garantir direitos universais e a defesa de minorias sociais.” COELHO, Simone de Castro Tavares. *Terceiro Setor*. 2ª edição. São Paulo: Senac, 2000. Pág. 42.

²⁵⁵ César Busatto “Porque uma Lei de Responsabilidade Social” in OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord.). *Terceiros Setor Empresas e Estado. Novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. Pág. 48.

pessoas quando elas não possam realizar seus objetivos por suas próprias forças. A nova ordem social encara o princípio da subsidiariedade como limite e como impulso em medidas igualmente necessárias.

Como sucedâneo à nova geração de gestores empoderados e com novo papel de protagonistas, também a estrutura organizacional e funcional do Estado vêm sendo questionada e sujeita a mudanças. O maior grau de autonomia e flexibilidade na gestão estatal deve ocorrer em paralelo a um fortalecimento institucional, para que a redução do formalismo e a independência atinjam o objetivo de tornar as atividades estatais mais dinâmicas e próximas dos anseios sociais, sem convolverem desvios de finalidade ou configurarem convite à corrupção. Uma das principais inovações nessa seara são as Agências Reguladoras, que serão pesquisadas com mais vagar a seguir.

4.2 GESTÃO PÚBLICA E EMPREENDEDORISMO

Emprestando mais uma vez os ensinamentos de Norberto Bobbio²⁵⁶, temos que, além de seu desenvolvimento histórico, o Estado deve ser estudado em si mesmo, em suas estruturas, funções, elementos constitutivos, mecanismos, órgãos, bem como nas suas relações e influências com os demais sistemas. Esse será nosso enfoque ao Estado brasileiro no presente estudo.

Nos anos 30 o Brasil viveu a Reforma Burocrática, que ocorreu nos quadros do regime autoritário. A Administração Pública que Max Weber descreveu como tipo de dominação racional-legal, caracterizada pela superioridade técnica e pela eficiência²⁵⁷, foi adotada em diversos países do mundo e também aqui, para substituir a administração patrimonialista da Idade Média. Mas foi entre os séculos XV ao XVIII, época hegemônica das monarquias absolutistas, que a Reforma Burocrática ganhou plena caracterização, eis que o patrimônio público e o privado

²⁵⁶ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade. Para uma teoria geral da política*. 7ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

²⁵⁷ “O caráter ‘racional’ seria garantido pela razão instrumental, que implica a adoção dos meios mais adequados para o atingimento dos fins visados. O caráter ‘legal’, pela definição dos objetivos a serem alcançados e dos meios a serem adotados na lei e nos regulamentos.” BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania*. 1ª Edição. Brasília: ENAP, 2002. Pág. 49.

eram frequentemente confundidos, o Estado era propriedade do rei e os cargos públicos eram propriedade da nobreza, no exercício de uma burocracia dinástica, dependente e a serviço do rei.

O século XIX iniciou, então, com as sobreditas Reformas Burocráticas em diversos Estados, trazendo uma administração moderna, racional-legal, balizada em decisões centralizadas, em hierarquia, em uma estrutura piramidal de poder, em rotinas rígidas e controle minucioso dos muitos procedimentos. No entanto, a eficiência da racionalidade instrumental não ocorreu. Ao tomar o lugar do Estado Liberal, o alargado Estado Social do século XX viu a administração burocrática revelar-se morosa, ineficiente, de altos custos e de baixa qualidade nos serviços prestados.

Neste contexto irrompeu a Reforma gerencial brasileira, a partir dos anos 80, com o objetivo de reafirmar a cidadania, adotar formas modernas de gestão de resultados, atender as demandas da sociedade com eficiência, garantir direitos sociais. A democracia é o grande valor dessa Reforma, consubstanciada na recuperação da legitimidade dos governos e na colocação dos administradores a serviço dos cidadãos e da cidadania. Constatou-se que o regime democrático só é efetivo quando, de um lado, fortalece as instituições estatais, dando-lhes mais autonomia, liberdade e capacidade empreendedora, e, de outro lado, quando há efetiva participação popular nas decisões políticas e no controle público dos resultados. Portanto, três dimensões foram alvo simultâneo da onda reformista, ainda em curso: a dimensão institucional-legal, uma reforma de ordem normativa, organizacional e estrutural dos órgãos de poder para maior autonomia e independência; a dimensão cultural, baseada na mudança dos valores políticos, econômicos e sociais; e a dimensão da gestão, inclinada à adoção de práticas e estratégias típicas da administração privada.²⁵⁸

²⁵⁸ “O crescente recurso do Estado a mecanismos de direito privado de modo a fazer frente à sua ação em searas antes exclusivas à iniciativa privada irá, ao longo do tempo, se apresentar de formas bastante diversas. De início, tínhamos a utilização do instrumento contratual, que ensejava enormes polêmicas quanto à sua natureza. Ao depois, veio a se somar a utilização de fórmulas empresariais – empresas públicas e sociedades de economia mista – para a realização não só de serviços públicos como também de atividades econômicas. Hoje assiste-se tal cruzamento se dar pela adoção de sofisticados mecanismos, como as participações societárias em empresas privadas ou a montagem de projetos financeiros para fomento de atividades empresariais privadas.”²⁵⁸
AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano Peixoto. *A Republicização do Estado e os Interesses*

A Reforma gerencial²⁵⁹ veio em resposta ao processo de globalização, à crise da soberania²⁶⁰ dos Estado-Nação²⁶¹, à fragmentação social e aos questionamentos do “welfare state”. A soberania tem dupla face: interna, na medida em que o poder do Estado não é compartilhado com qualquer outro pólo de emanção de determinações dotadas de efetividade dentro das lindes do território estatal; e externa, porquanto os demais Estados acatam e respeitam os limites territoriais e a subordinação de um determinado conjunto de indivíduos ao poder do Estado. O conceito de soberania alicerçou-se sobre unidade absoluta e perpétua, “hoje, porém, nós vivemos em sociedades pluralistas que se afastam muito do formato de um Estado-Nação fundado numa população relativamente homogênea em termos culturais. Já é enorme a diversidade das formas culturais de vida, dos grupos étnicos, de visões de mundo e das religiões, ou no mínimo em franca expansão”²⁶², leciona Jürgen Habermas sobre a transformação da sociedade monoclasa para a moderna sociedade pluriclasa. “De fato, porém, apesar do progresso verificado, a soberania continua a ser concebida de duas maneiras

Públicas. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1999. Pág. 191.

²⁵⁹ “A reforma é gerencial porque busca inspiração na administração das empresas privadas, e porque visa dar ao administrador público profissional condições efetivas de gerenciar com eficiência as agências públicas. É democrática porque pressupõe a existência de um regime democrático, porque deixa claro o caráter específico, político, da administração pública, e principalmente porque nela os mecanismos de controle, de caráter democrático, são essenciais para que possa haver delegação de autoridade e controle *a posterior* dos resultados. É social-democrática porque afirma o papel do Estado de garantir os direitos sociais e lhe fornece os instrumentos gerenciais para fazê-lo, de forma não apenas mais democrática, mas, também, mais eficiente do que faria o setor privado. É social-liberal porque acredita no mercado como um ótimo, mas imperfeito, alocador de recursos; (...) não é paternalista, não subestimando a capacidade de cada indivíduo de defender seus próprios direitos de cidadania, nem sua capacidade de trabalhar, desde que se lhe ofereçam os devidos incentivos e oportunidades.(...) está muito longe de ser neoliberal.” BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania*. 1ª Edição. Brasília: ENAP, 2002. Pág. 18.

²⁶⁰ O conceito teórico de soberania foi desenvolvido pela primeira vez por Jean Bodin em “Os Seis Livros da República” em 1576 para quem soberania é o poder absoluto perpétuo do Estado. “Uma concepção puramente jurídica leva ao conceito de soberania como *o poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas*, vale dizer, sobre a eficácia do direito. (...) MIGUEL REALE prefere denominá-la política, (...) como *o poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência*.” DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. Pág. 80.

²⁶¹ “Nação”, expressão usada inicialmente para indicar origem comum, ou comunidade de nascimento” não se confunde com Estado, pois é “segundo MIGUEL REALE, uma comunhão formada por laços históricos e culturais e assentada sobre um sistema de relações de ordem objetiva.” DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. Pág. 96.

²⁶² HABERMAS, Jürgen. *O Estado-Nação Europeu Frente aos Desafios da Globalização*. Novos Estudos CEBRAP, nº 43, 1995.

distintas: como sinônimo de *independência*, e assim tem sido invocada pelos dirigentes dos Estados que desejam formar, sobretudo ao seu próprio povo, não serem mais submissos a qualquer potência estrangeira; ou como expressão de *poder jurídico mais alto*, significando que, dentro dos limites da jurisdição do Estado, este é que tem o poder de decisão em última instância, sobre a eficácia de qualquer norma jurídica.”²⁶³

Sobre a globalização e a readequação da soberania dos Estados-Nação atesta Celso Campilongo que “juristas e politicólogos, até bem pouco tempo, não divergiam em definir a soberania como o poder de dizer, monopolisticamente, o direito válido em determinado território. Hoje, entre essa esfera formal da autoridade política e as práticas e estruturas reais do Estado existe uma enorme diferença. A internacionalização da produção e das operações financeiras impossibilita a fixação autóctone das diretrizes econômicas nacionais. As decisões racionais não podem ignorar a interconexão das economias, os demais Estados, as organizações intergovernamentais e os grupos de pressão transnacionais. O direito internacional crescentemente retira do Estado a liberdade de tratar seus cidadãos como lhe pareça melhor. (...) Tudo isso modifica substancialmente o modelo jurídico concebido de Estado-Nação a partir das diferentes instâncias que interferem no processo decisório do direito territorial.”²⁶⁴

Para Floriano de Azevedo Marques Neto²⁶⁵ se o fenômeno de interpenetração entre as esferas pública e privada tem início na assunção de funções pelo Estado, seu aprofundamento se deve à internacionalização e fragmentação social. Essa fragmentação social leva à destruição da noção de espaço público, tanto na construção liberal (contratualista ou utilitarista) quanto na concepção de Hegel (o público como parte de um ente superior transcendente aos indivíduos), e põe em questão o monopólio do poder decisório estatal, deslocando-o para as instituições sociais. A globalização e a fragmentação social têm como consequência o

²⁶³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. Pág. 84.

²⁶⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997. Pág. 100.

²⁶⁵ AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano Peixoto. *A Republicização do Estado e os Interesses Públicos*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1999.

fracionamento do poder decisório estatal em sua manifestação normativa, culminando na necessidade de novas formas de regulação que atendam às dinâmicas demandas da sociedade, sem desrespeitar o princípio da legalidade ou afetar a segurança jurídica.

Diante das fragmentações e transformações enfrentadas, surge importante pergunta: Qual o novo papel do Estado diante de tantas mudanças? As respostas e sugestões não são uníssonas na forma ou no conteúdo, mas prevalece a visão que prioriza os aspectos sociais sobre os econômicos.

Alan Touraine²⁶⁶ defende uma mudança de paradigma na gestão pública, em razão da crise na legitimidade da representação social decorrente da dissociação entre a dimensão cultural - caracterizada pelas referências comunitárias, pelas tradições e rituais morais, pela afetividade e identidade locais – e a dimensão econômica globalizada – caracterizada pelo aumento da competitividade intersetorial, pela fluidez do tempo e do espaço, pela baixa valorização da memória, do passado, dos valores sociais. Para o autor francês, a mudança de paradigma da gestão pública é reflexo de uma crise de legitimidade das instituições públicas, fundada na diluição da representação social, bem como da globalização econômica. O enfoque de seu trabalho se dá tendo o sujeito e a vida social, e não o indivíduo e seu ego, como referências, já que é o sujeito e não o indivíduo quem é capaz de criar não só um campo de ação social, mas um espaço de liberdade pública.

Orlando Alves dos Santos Junior²⁶⁷ entende que a articulação do setor público com o privado é necessária para ampliar os recursos, como alternativa de desenvolvimento no contexto das transformações políticas e institucionais em curso, e para a superação das ações estatais tutelares altamente centralizadas.

A descentralização administrativa está vinculada a um novo modelo gerencial baseado em parcerias público-privadas. É o que o autor chama de

²⁶⁶ TOURAINÉ, Alan. *Poderemos viver juntos? Iguais e diferentes*. Petrópolis, Vozes, 1999. A resposta contida no livro é que sim, poderemos viver juntos por meio da criação de leis e de instituições que estimulem e protejam o sujeito na busca de autonomia à sua existência.

²⁶⁷ SANTOS JÚNIOR, Orlando Alves. *Democracia e governo local. Dilemas da reforma municipal no Brasil*. Rio de Janeiro: REVAN, 2001.

neocorporativismo²⁶⁸, modelo empresarial da ação pública em que interesses empresariais são alçados à condição de demandas públicas, havendo uma apropriação privada dos fundos públicos e dos espaços estatais. As organizações com traços corporativos se formam espontaneamente, mas são bem mais institucionalizadas que os movimentos sociais e os grupos segregados formam a fragmentação social. Resta abalado o processo de homogeneidade social que permitia a construção das formas generalizantes do bem comum ou da vontade geral.

Boaventura Souza Santos²⁶⁹ é o autor da “tríplice aliança”, envolvendo o frágil equilíbrio entre a burguesia estatal, as multinacionais e o capital local, o que impediria avanços no tratamento de políticas redistributivas. O autor português propõe a refundação democrática da Administração como fundamento da orientação de uma luta política, que objetiva transformar a cidadania abstrata num exercício de reciprocidade concreta. O Estado-como-novíssimo-movimento-social decorre da relação virtuosa entre a lógica da reciprocidade, própria do princípio da comunidade, e a lógica da cidadania, própria do princípio do Estado.

Rudá Ricci²⁷⁰ afirma que o Estado deve induzir o desenvolvimento a partir de instrumentos de informação e adequação do ambiente econômico e do fluxo de capital internacional. É o denominado Estado-facilitador, que determina uma nova cultura política, extremamente pragmática e uma nova engenharia estatal, mais porosa à sociedade civil. O autor defende a existência de uma política progressista de radicalização da democracia participativa, para atingir justiça social e equilíbrio dos gastos públicos. Rudá Ricci é árduo defensor das Leis de Responsabilidade Social, que, para ele são “uma ousadia política, portanto, filiada às inovações

²⁶⁸ Para o Celso Campilongo o neocorporativismo (corporativismo societal) é aquele em que agrupamentos sociais, em regra originados de alguma agregação profissional, passam a se autonomizar frente ao Estado, transformando-se em permanente elemento de pressão e contraposição, pois, “no modelo neocorporativista essa representação dos interesse particulares funciona independentemente da definição estatal de seu papel.” CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Representação Política e Ordem Jurídica: Os Dilemas da Democracia Liberal*. Dissertação de Mestrado em Direito apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1988. Pág. 105.

²⁶⁹ Boaventura de Sousa Santos, “A reinvenção solidária e participativa do Estado” in BRESSER PEREIRA, LUIS Carlos, WILHEIM, Jorge e SOLA, Lourdes (orgs.). *Sociedade e Estado em Transformação*. Brasília: ENAP, 1999.

²⁷⁰ RICCI, Rudá. Por uma Lei de Responsabilidade Social ou... Para se contrapor ao Estado-Facilitador. Fórum Social Mundial realizado em Belo Horizonte, 2003.

políticas construídas pela sociedade brasileira no processo de democratização do país dos últimos vinte anos.”

Para Henrique Rattner²⁷¹ não é o Estado que funda a cidadania, mas sim, é da cidadania que resulta o Estado, que o coloca a seu serviço. Com esse enfoque, o autor analisa a experiência em andamento sob a ótica de uma sociedade sustentável e identifica alguns princípios orientadores da nova conformação estatal: visão integradora, encarando a função das atividades econômicas não somente em seus aspectos materiais, mas também as necessidades sociais e espirituais, tendo a qualidade de vida como parâmetro básico de desempenho da economia além de valorizar a identidade, a transparência, a criatividade e a solidariedade; visão participativa no processo decisório, com controle comunitário de resultados e responsabilidade pública dos cidadãos; visão articuladora, com permanente troca de informações do local com o nacional e global, enfatizando a diversidade ecológica, social e cultural, como critério de avaliação.

No mesmo caminho segue Manuel Castells²⁷², para quem o papel essencial do Estado-Rede é receber e processar os sinais do sistema global interconectado e adequá-los às possibilidades de cada país, por meio da autoridade compartilhada por uma série de instituições. O autor espanhol se apóia nos seguintes princípios: subsidiariedade, flexibilidade, coordenação, participação cidadã, transparência, modernização tecnológica para garantir sua eficiência, profissionalização e retroação na gestão, para assegurar os efeitos da aprendizagem e a correção de erros.

Ainda que os nomes cunhados pelos pensadores da nova conformação do Estado variem²⁷³, e também variem as denominações para o fenômeno que encerra essa nova formação estatal, publicação²⁷⁴, privatização²⁷⁵ ou publiscização²⁷⁶, para

²⁷¹ RATTNER, Henrique. *Liderança para uma sociedade sustentável*. São Paulo: Nobel, 1999.

²⁷² CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

²⁷³ Colecionamos alguns, em lista que é meramente exemplificativa: Estado-Facilitador, Estado-Rede, Estado-novíssimo-movimento-social, Estado Dirigente, Estado Gerente, Estado Inteligente, Estado Neocorporativo, Estado propulsivo, Estado reflexivo, Estado incitador.

²⁷⁴ Necessidade de se combater a captura do Estado pelos interesses privados.

²⁷⁵ Transferência definitiva de entidades e funções estatais à iniciativa privada.

²⁷⁶ Transformação de entidades estatais em entidades públicas não-estatais; ou transferência de funções estatais a entidades não-estatais.

nós, sem pretender rebatizá-lo, o Estado alicerçado nos valores da cidadania que compõe eficiência e segurança, participação e controle, legitimidade e liberdade é um Estado-empendedor.

O Estado-Empendedor é aquele que sai da condição de mediador e de garante, para assumir posição ativa no novo contexto social. É um Estado que envida todos os seus esforços para garantir efetivamente os direitos sociais; é um Estado essencialmente democrático, que motiva a participação dos seus cidadãos, apoiando-se em um espaço público redimensionado, fortalecido e articulado em redes junto à sociedade; é um Estado que treina e capacita seu corpo de administradores públicos, qualificado, e dá autonomia aos seus órgãos, e que busca, na fiscalização e no controle coletivo, encorajar o empoderamento de seus cidadãos, propiciando a co-responsabilidade por todas as ações estatais; é um Estado que dá preferência às parcerias e ao voluntarismo no atendimento e na busca de resultados mais eficientes, diagnóstico de necessidades, estabelecimento de prioridades, planejamento e programação sobre a intervenção desejada, seleção de estratégias e táticas para conduzi-las e a formulação de planos para estabelecer o uso dos recursos e processos para implementar as atividades; gerência de conflitos envolvendo diferentes grupos ou segmentos de uma comunidade ou entre as diferentes organizações envolvidas no processo de desenvolvimento; mobilização de recursos, reunião de recursos da comunidade para o esforço de desenvolvimento e busca de fontes externas; gerência de recursos, busca de eficiência e correção no uso dos recursos, incluindo a gerência de recursos financeiros, organizacionais e naturais; provisão e prestação de serviços que atendam às necessidade básicas; integração de serviços, para que sejam mais eficientes e eficazes; controle da burocracia; garantia de participação total dos membros da comunidade no processo de desenvolvimento; participação nas políticas públicas par mudar o sistema; criação de ambiente favorável e sustentável.

Humberto Martins Falcão²⁷⁷ questiona o empreendedorismo do Estado, ressaltando o relativismo dos limites entre autonomia, participação e responsabilidade; entre competição e paralelismo; entre liberdade e suspeita; entre cidadãos e consumidores; entre direitos e escolha; entre interesse público e viabilidade, dado o elevado risco de ‘empresarização’ da Administração Pública.

Contudo, cremos que a reestruturação organizacional, mais permeável, porosa e dinâmica, a diminuição de gastos e a redução de formalismos, com procedimentos e princípios próprios de uma burocracia positiva e necessária à segurança institucional, aumentam a transparência, incrementam a prestação de contas e de atividades, garantem excelência e qualidade aos serviços, na medida em que atendem aos interesses públicos. A nova forma de regular, mais autônoma e independente, e as novas modalidades de parcerias com os outros setores da economia, com as virtudes da concorrência, da competição ou do concurso deixam para trás as estruturas estáticas.

Aos administradores, antes vistos como peças de uma engrenagem sem vida, é estimulado o pleno desenvolvimento de suas capacidades profissionais, sua emancipação como cidadãos do Estado a serviço dos demais cidadãos, num contínuo exercício de conscientização coletiva.

Muda a ideologia, a cultura, a forma de ver e de conceber o Estado, que sai da sua estrutura piramidal e hierárquica para se enredar na realidade social, estimular e conter, ajudar e ser ajudado na democratização, na participação, tanto na consulta como na tomada de decisões e responsabilização dos resultados no controle político permeado de mecanismos de deliberação e checagem pela sociedade, em suma, transparente, dinâmico e eficiente na consagração dos interesses públicos, no atingimento do bem comum.

Localizamos o empreendedorismo estatal em experiências crescentes e bem sucedidas em Municípios brasileiros, os quais, afetados pela crise estrutural dos

²⁷⁷ FALCÃO, Humberto Martins. *Burocracia e a Revolução Gerencial – A persistência da dicotomia entre política e administração*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado nº 6. Salvador, 2006.

modelos de desenvolvimento que assola o mundo²⁷⁸, reorientaram-se para construir uma agenda política local contendo questões relativas ao desenvolvimento econômico e social. As posturas foram assumidas em resposta e pela necessidade de enfrentamento da crise. Segundo Regina Silva Pacheco²⁷⁹, o enfoque gerencial das cidades, característico dos anos 60, cede espaço às ações empreendedoras locais, responsáveis pela promoção do desenvolvimento econômico municipal. A autora vê o empreendedorismo local como uma articulação ampla de atores sociais na utilização de novas formas de parceria entre os setores públicos e privados.

Com a redemocratização do país, a Constituição de 1988 reforçou esse processo, ao criar mecanismos que além de regulamentarem a descentralização e a autonomia municipal, fortaleceram os municípios concedendo-lhes maiores responsabilidades na gerência de questões econômicas, políticas, sociais, culturais e ambientais. No cenário mundial, há uma reestruturação da economia em curso, com o processo de globalização e de fragmentação dos territórios, o que impõe aos governantes locais ações estratégicas de desenvolvimento econômico e social.

4.3 AGÊNCIA REGULADORA DE PARTICIPAÇÃO E CONTROLE SOCIAL

A proliferação de agências reguladoras em diversos países do mundo se deve ao New Deal instaurado na década de 30, pelo então Presidente dos Estados Unidos da América, Franklin Delano Roosevelt. O “Administrative Procedure Act” de 1946 atribuiu a toda autoridade do Governo norte-americano a qualidade de agência, excluídos, apenas, o Congresso Nacional e os Tribunais. Há referências históricas anteriores, como a Marinha Real Britânica criada em 1546 pelo Rei

²⁷⁸ Os anos 70 marcaram, no Brasil e no mundo, a emergência de uma crise estrutural de modelos de desenvolvimento, internacionalmente, a crise do modelo fordista; entre nós, a crise do nacional-desenvolvimentismo dos 30. (nota da autora).

E dentro desta perspectiva é que ele apresenta a busca de novos modelos de desenvolvimento expressos no Brasil nos anos 80 e início dos anos 90 pela presença do paradigma neoliberal, defensor do Estado mínimo e a tentativa de esboço de um paradigma calcado no princípio da democracia e da cidadania.

²⁷⁹ PACHECO, Regina Silva. *Iniciativa Econômica Local: A Experiência do ABC Paulista*. Anais 17º ENANPAD. Salvador: 1993. Págs. 195-208 citada por PINHO, José Antonio Gomes, SANTANA, Mercejane Wanderley e CERQUEIRA, Sonia Margarida Bandeira. *Gestão Pública em Busca de Cidadania. Experiências de inovação em Salvador*. CADERNOS GESTÃO PÚBLICA E CIDADANIA, vol 5. Sao Paulo: FGV, 1997.

Henrique VIII e a Biblioteca Nacional dos Estados Unidos fundada em 1800, mas foi mesmo o programa norte-americano de combate aos males da Grande Depressão que deu mote ao fenômeno da agência global.

No Brasil, as agências reguladoras²⁸⁰ surgiram com ênfase em meados dos anos 90. Num primeiro momento, elas foram criadas para assumir o papel de Administração Pública direta nas concessões, permissões ou autorizações de serviços públicos²⁸¹, ou seja, para desempenhar função de poder concedente. Cabia às agências gerir os contratos ou atos objeto de delegação, realizar procedimentos licitatórios para a escolha dos delegatários, celebrar contratos, praticar outorgas unilaterais, encampar ou decretar caducidade, definir valor de tarifa ou reajustes, controlar a execução dos serviços e aplicar sanções, intervir, rescindir ou reverter bens, enfim, cuidar da execução dos atos ou contratos de serviços públicos delegados e de todas as implicações deles decorrentes.

A reforma administrativa do Estado brasileiro iniciada com a promulgação da Constituição de 1988 e transcorrida durante toda a década de 90 refletiu a crise de legitimidade democrática vivida no país, decorrente, especialmente, do longo período progresso de regime centralizado e autoritário, típico do Estado novo getulista.²⁸²

²⁸⁰ Agências reguladoras são “autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à Administração centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo senado Federal, vedada a exoneração *ad nutum*.” ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. Pág. 275.

²⁸¹ Os serviços públicos podem ser: (a) administrativos, atividades-meio necessárias para que o Estado desenvolva suas atividades-fim; (b) comerciais e industriais, que podem ser prestados diretamente pelo Estado ou por meio de concessão ou permissão (Art. 175, CF/88); ou como atividade econômica, típica da iniciativa privada, mas que o Estado assume como monopólio (Art. 177, CF/88) ou como concorrente do mercado, em razão de segurança nacional ou relevante interesse coletivo (Art. 173, CF/88) – idéia de subsidiariedade expressa por vocábulos indeterminados que geram discricionariedade; e (c) sociais, que atendem a necessidades coletivas em áreas de atuação do Estado, mas que podem ser livremente exercidos pela iniciativa privada tais como: saúde, educação, previdência, cultura, ambiente. (TÍTULO VIII - Da Ordem Social, CF/88). PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública. Concessão, remissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 1996.

²⁸² “As garantias de direitos de associação, de livre acesso à informação e de participação previstas na Constituição somam-se novos mecanismos institucionalizados de participação pública nos processos decisórios sobre a formulação de políticas públicas e novas formas de controle democrático da ação regulatória do Estado.” LESSA MATTOS, Paulo Todescan. *Regulação Econômica e Social e Participação Pública no Brasil*. Revista Regulação no Brasil nº 1. Porto Alegre: ABAR, 2005. Pág. 112.

Atualmente, as agências reguladoras brasileiras extrapolaram os limites da delegação de serviços públicos, passando a atuar ativamente em todo o “processo de contratação, que abrange quatro etapas, quais sejam, o planejamento, a licitação, o contrato (formação do vínculo contratual) e a execução”²⁸³. Como bem afirma Hugo de Brito Machado, “Assistimos na verdade à construção de um Estado que não é empresário, nem pratica intervenções nas atividades propriamente econômicas, mas persiste vigilante quanto às atividades que, embora entregues ao setor privado, revelam-se essenciais aos interesses da coletividade.”²⁸⁴

Além dos serviços públicos delegados (concessão, permissão e autorização), as agências vêm espraiando suas atividades no fomento e na fiscalização de atividades privadas, bem como nos serviços públicos de prestação obrigatória ou não obrigatória pelo Estado, cujo exercício é facultado à iniciativa privada, paralelamente à atividade estatal.

Juridicamente, as agências são autarquias²⁸⁵ de regime especial, sujeitando-se, como autarquias, aos preceitos de direito público que informam a atuação dos órgãos da Administração²⁸⁶; e com papel definido nas respectivas leis instituidoras, em razão do regime especial. A previsão constitucional utiliza a expressão órgão regulador²⁸⁷ especificamente para as atividades de telecomunicações e de petróleo.

²⁸³ CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *As Agências Reguladoras de Serviço Público no Brasil*. Revista Regulação no Brasil nº 1. Porto Alegre: ABAR, 2005. Pág. 12

²⁸⁴ MACHADO, Hugo de Brito. *O Princípio da Legalidade e a Regulação de Serviços Públicos Delegados*. Revista Regulação no Brasil nº 1. Porto Alegre: ABAR, 2005. Pág. 90.

²⁸⁵ “Na atualidade, o delineamento essencial da figura da autarquia é dado pelo inc. I do art. 5º, do Dec.–lei 200/67. Segundo esse dispositivo a autarquia é um serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica (pública), patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.” MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. Pág. 77.

²⁸⁶ Art. 37 da CF/88.

²⁸⁷ “Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um **órgão regulador** e outros aspectos institucionais;” (Redação dada pela Emenda nº 8, de 1995)

“Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

As demais agências brasileiras encontram seu fundamento nas leis que as criaram, havendo certa padronização, não obrigatória mas consuetudinária, nos respectivos diplomas legais instituidores.

“Não havendo lei alguma que defina genericamente o que se deva entender por tal regime, cumpre investigar, em cada caso, o que se pretende com isto. A idéia subjacente continua a ser a de que desfrutariam de uma liberdade maior do que as demais autarquias”²⁸⁸, adverte Celso Antonio Bandeira de Mello, em vista dessa ampliação de atuação que, na visão do autor, eleva o poder das agências brasileiras ao das norte-americanas, sendo, para ele, incompatível tal proposição com o ordenamento pátrio.

As agências reguladoras brasileiras gozam de certa autonomia²⁸⁹ e independência²⁹⁰ em relação aos Poderes do Estado²⁹¹ sem desafiar a tripartição,

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

III - a estrutura e atribuições do **órgão regulador** do monopólio da União;” (Redação dada pela Emenda nº 9 de 1995)

²⁸⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª edição. São Paulo: Editara Malheiros, 2005. Pág. 154.

²⁸⁹ “... autonomia designa genericamente o espaço de liberdade de conduta de um ente face a outro. Concretamente no âmbito das pessoas colectivas públicas ela exprime a liberdade dos entes infra-estaduais face ao Estado, ou seja, a relativa independência em relação ao poder central. (...) autonomia é uma questão de grau: pode ir de quase nada até à independência quase total.” MOREIRA, Vital. *Administração Autônoma e Associações Públicas*. Coimbra: Editora Coimbra, 1997. Pág. 69.

²⁹⁰ “No fundo, a questão é definir se a independência conferida às agências reguladoras se realiza nos dois níveis: a independência legal, conferida pela lei de sua criação, e a independência real, que depende de outros fatores, além das disposições legislativas, como, por exemplo, o relacionamento entre a agência, o governo e a indústria regulada, a qualidade de seu corpo técnico, a disponibilidade de recursos para o seu funcionamento e até mesmo as personalidades de seus diretores”. WALD, Arnold e MORAES, Luiza Rangel. Brasília: Revista de Informação Legislativa nº 141, 1999. Pág. 146.

²⁹¹ “O modelo não representa, em sustância, um apequenamento do Legislativo ou da política pública por ele traçada para o setor a ser regulado pela agência independente. Implica, ao contrário, em uma certa perenização das finalidades públicas traçadas pela lei do setor, que não mais ficam – ou não deveriam ficar – variando de acordo com o momento político fugaz. (...) A insurgência de espaços administrativos efetivamente autônomos frente ao Poder Executivo central, do que as agências reguladoras independentes constituem o exemplo mais relevante em nosso Direito Positivo, é uma exigência da eficaz regulação estatal de uma sociedade também diferenciada e

uma vez que dispõem de função normativa²⁹², sendo certo que suas normas não podem ser revistas por autoridades estranhas ao próprio órgão; resolvem litígios no âmbito das atividades reguladas, tanto entre os delegatários dos serviços públicos, como entre estes e seus usuários; e seus dirigentes gozam de certa estabilidade, ocorrência incomum nos órgãos de Administração indireta, mas bem vinda na estrutura organizacional das agências, porque garante imparcialidade político-administrativa, fundamental no cumprimento de suas funções.²⁹³

Com relação à função normativa das agências, sua impropriedade terminológica não pode ser desprezada.

“Norma jurídica é um preceito, abstrato e genérico, que se integra no ordenamento jurídico, *inovando-o*.”²⁹⁴ Segundo essa assertiva, importante destacar que as agências não detém competência legislativa para emitir normas jurídicas, pois suas emanções estão adstritas aos limites legais impostos pela lei que as instituiu e pelo ordenamento jurídico pátrio. A função normativa ou reguladora (essa também imprópria) a que aludem os autores se refere à edição de atos que disciplinam determinadas matérias dentro da esfera de atuação de cada agência.

complexa. Todavia, a adoção de um modelo multiorganizativo ou pluricêntrico de Administração Pública traz riscos à legitimidade democrática da sua atuação. (...) a distância dos critério político-partidários de decisão, assegurada, sobretudo, pela impossibilidade do Chefe do Poder Executivo (eleito) exonerar livremente os seus dirigentes (nomeados) – é também um dos maiores riscos. Para evitar o déficit democrático destas instituições devemos ter sempre clara a sua vinculação às pautas estabelecidas pelo Legislador para as políticas públicas cuja implementação lhes é atribuída, assim como a necessária coordenação que devem possuir com o restante da Administração Pública, com o Poder Executivo central e com a rede composta do conjunto das demais instituições independentes.” ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. Pág. 219.

²⁹² “Todavia, a possibilidade do poder normativo ser conferido em termos amplos às vezes implícitos, não pode isentá-lo dos parâmetros suficientes o bastante para que a legalidade e/ou a constitucionalidade dos regulamentos seja aferida.(...) Ocorre que também estes parâmetros podem ser extraídos, tanto da letra de alguma disposição legal, com, de forma implícita, da lei dos espírito ou do sistema jurídico como um todo.” ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. Pág. 411.

²⁹³ “Em primeiro lugar as agências reguladoras estão adstritas, naturalmente, às políticas públicas traçadas na Constituição. Em segundo lugar devem observar as políticas preconizadas nas respectivas leis setoriais. Por derradeiro, devem atender às políticas do Governo para o setor.” ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. Pág. 362.

²⁹⁴ GRAU, Eros Roberto. *Direito Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. Pág. 154.

Das agências emanam, portanto, decisões expressas por atos administrativos ou por contratos administrativos, que devem obediência aos preceitos de Direito Público. Esse poder regulador das agências nada tem que ver com os atos normativos, (portarias, resoluções, instruções, circulares, etc.) de caráter técnico, praticados pelos órgãos da Administração Pública ou com os atos de competência dos Ministros de Estado²⁹⁵, todos diversos, em sua natureza, dos regulamentos (propriamente denominados) de leis baixados pelo Chefe do Poder Executivo²⁹⁶, frise-se, de competência privativa e indelegável.

Também as atividades de “regular” e “regulamentar” são distintas, tanto no direito brasileiro como no direito norte-americano, onde a “função reguladora das agências só pode ser exercida se expressamente delegada pelo Poder Legislativo. No exercício dessa função, a agência não se limita a exercer o poder regulamentar, tal como entendido no direito brasileiro, no sentido de baixar normas para fiel execução da lei; nos Estados Unidos, as leis se limitam a estabelecer parâmetros, princípios, conceitos indeterminados, ‘standards’, ficando para as agências a função de baixar normas reguladoras, observados os parâmetros genéricos contidos na lei.”²⁹⁷ Assim, o termo regular abarca o regulamentar, eis que o primeiro inova a ordem jurídica, enquanto o segundo está limitado a disciplinar, com o devido detalhamento, o que já está juridicamente posto.

Conclui-se que as agências reguladoras brasileiras nada regulam, nem regulamentam. Elas detém poder normativo que, segundo entendimento de Maria Sylvania Zanella Di Pietro²⁹⁸, só pode ser efetivado pelas agências criadas com fundamento constitucional, por meio de regulamentos executivos, hierarquicamente subordinados a lei prévia e adstritos aos limites impostos pelas suas respectivas áreas de atuação. Às demais agências criadas por lei

²⁹⁵ “Art. 87. *caput*

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e **regulamentos**;

²⁹⁶ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e **regulamentos** para sua fiel execução;”

²⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública. Concessão, remissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 1996. Pág.144.

²⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública. Concessão, remissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 1996.

infraconstitucional cabe, segundo a autora, apenas baixar regras de ordem interna, sempre baseadas em leis previamente existentes e em respeito a todo o arcabouço legal vigente. Baseando-se nos dizeres da própria professora, mais acertado, talvez, chamá-las agências desreguladoras, pois “a desregulação é uma forma de regulação que substitui a regulação anterior”²⁹⁹, seguindo a tendência de reforma estatal que instituiu as agências³⁰⁰.

Porém, Floriano de Azevedo Marques Neto critica o termo “desregulação”, pois para o autor a noção de regulação deve ser vista “como o instrumento pelo qual se mantém o equilíbrio dentro de um dado sistema a partir do balanceamento entre sua racionalidade interna e a racionalidade externa ao seu ambiente, sem que isso inviabilize ou destrua o setor regulado. Esta concepção de regulação é notadamente mais ampla do que a atribuída pelas escolas liberais, as quais a identificam com os processos de desregulação, reduzindo-as a mero instrumento para correção das ‘falhas de mercado’.”³⁰¹

Assim, também seu nome “agência”, manifestamente importado do Direito norte-americano, que lá cuidou para ligar o melhor vocábulo à denominação da instituição, entre nós nada acrescenta de útil ou prejudicial, outrossim, só demonstra uma importação de nomenclatura estrangeira, que cedeu a um modismo próprio da globalização.³⁰²

Em que pesem as rígidas lições sobre a inadequação terminológica, a incongruência jurídico-conceitual das agências reguladoras ao direito público

²⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública. Concessão, remissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 1996. Pág. 32.

³⁰⁰ “... de nossa parte preferimos utilizar o termo Autoridades Reguladoras Independentes para designar estes entes reguladores de nova geração. E isso por um singelo motivo. Essa designação (constante na doutrina européia, portuguesa em particular) tem o mérito de nela embutir os três aspectos centrais para a caracterização das Agências: serem elas i) órgãos públicos, dotados de autoridade; ii) voltados ao exercício da função de regulação e iii) caracterizados pela independência.” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras. Instrumentos do Fortalecimento do Estado*. São Paulo: ABAR, 2003. Pág. 23.

³⁰¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras. Instrumentos do Fortalecimento do Estado*. São Paulo: ABAR, 2003. Pág. 54.

³⁰² “Muito se tem falado na figura da ‘agência’ como um instrumento de modernização da Administração Pública. O termo, no entanto, em si, é vazio de conteúdo, e a mera denominação de um órgão ou entidade como tal, sem que a medida venha acompanhada de disciplina jurídica que lhe assegure efetiva autonomia nada significa.” ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. Pág. 270.

pátrio ou o questionamento da sua eficácia no país de origem, não se pode olvidar que este fenômeno se espalhou pelo mundo e vem sendo adotado por diferentes países. Ademais, a limitação ao poder normatizador³⁰³ das agências está bastante arrefecida, eis que suas normas vêm sendo editadas, respeitadas e cumpridas, seguindo os moldes norte-americanos, com base em parâmetros, “standards”, conceitos indeterminados.

Os conceitos jurídicos indeterminados são “fórmulas amplas, muito utilizadas no direito público e no direito privado” cujos termos que trazem em seu bojo não são, *per se*, indeterminados, “pois é possível expressar verbalmente o seu significado. O que ocorre é a impossibilidade de identificar ‘*a priori*’ todas as situações que se enquadram na fórmula.”³⁰⁴ Eros Roberto Grau ensina que a indeterminação não está nos conceitos, mas nos termos que os expressam, preferindo chamá-los conceitos abertos. “Neste sentido, talvez pudéssemos referi-los como conceitos carentes de preenchimento com dados extraídos da realidade. Daí a afirmação, que introduzo, de que os parâmetros para tal preenchimento – quando se trate de conceito aberto por imprecisão – devem ser buscados na realidade, inclusive na consideração das concepções políticas predominantes, concepções essas que variam conforme a atuação das forças sociais.”³⁰⁵

Portanto, a atividade normativa por meio de conceitos indeterminados não gera insegurança jurídica, ao contrário, dá certa margem de liberdade (vinculada aos limites impostos pela lei) que possibilita às agências aproximar seus atos à realidade social que pretendem normatizar. Ademais, os conceitos indeterminados não devem ser confundidos com normas vagas, fluidas ou imprecisas, eis que seu conteúdo é determinável – materialmente bem delineado e formalmente seguro

³⁰³ Para Carlos Ari Sundfeld “... os novos padrões da sociedade exigem normas mais diretas para tratar das especificidades de cada setor e garantir a efetividade da atuação do Estado. É isso que justificou a atribuição de poder normativo para as agências, o qual não exclui o poder de legislar que conhecemos, mas significa, sim, o aprofundamento da atuação normativa do Estado.” “Serviços Públicos e Regulação Estatal, Introdução às Agências Reguladoras” in SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

³⁰⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. Pág. 134.

³⁰⁵ GRAU, Eros Roberto. *Direito Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. Pág. 72

por limites legais – e está sujeito a controle administrativo interno e externo, além do controle judicial.³⁰⁶

A independência das agências encontra limites na unidade de jurisdição ditada pela Constituição Federal que preceitua que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (Art. 5º, XXXV), bem como na própria lei que instituiu a agência, assim como no ordenamento jurídico nacional ao qual deve obediência. Além disso, o poder normativo das agências está adstrito aos princípios constitucionais, ao controle³⁰⁷ pelo Congresso Nacional³⁰⁸ e ao controle contábil, financeiro e orçamentário exercido pelo Poder Legislativo e pelo Tribunal de Contas³⁰⁹.

Também não há que se confundir a normatização por conceitos indeterminados com o poder discricionário conferido ao administrador nas hipóteses em que “... a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito.”³¹⁰

Eduardo Garcia de Enterría³¹¹, baseado na doutrina alemã, expôs que os conceitos indeterminados não conduzem a uma situação de indeterminação na sua aplicação, pois só há uma solução justa, enquanto o exercício discricionário admite várias soluções possíveis, todas igualmente justas. Concordamos com Eros Roberto Grau para quem “o que se deve perquirir são soluções *corretas*, visto que inexistem

³⁰⁶ “..., ainda que ambíguas ou imprecisas, as palavras e expressões jurídicas expressam significações determináveis.” GRAU, Eros Roberto. *Direito Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. Pág. 73.

³⁰⁷ “Sobre as autarquias incide *controle administrativo*, denominado classicamente *tutela*, realizado por órgãos da cúpula da Administração direta ...” MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. Pág. 80.

³⁰⁸ “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;”

³⁰⁹ “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.”

³¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. Pág. 93.

³¹¹ ENTERRÍA, Eduardo García. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1988.

reais ‘unidades de soluções justas’³¹². Para o citado autor, “No exercício da discricionariedade o sujeito cuida da emissão de *juízos de oportunidade*, na eleição entre indiferentes jurídicos; na aplicação de conceitos indeterminados, o sujeito cuida da emissão de *juízos de legalidade*. Por isso é que – e não porque o número de ‘soluções justas’ varia de uma outra hipótese – são distintas as duas técnicas ...”³¹³

Assim, atos discricionários são “os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de *avaliação* ou *decisão* segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, *ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles*.”³¹⁴ A escolha discricionária deve ser sempre aquela que atende mais adequadamente à finalidade legal, a mais justa, conveniente, razoável e oportuna atinente ao interesse público. O momento da discricionariedade é aquele em que se confrontam vários interesses igualmente legítimos, porém concorrentes.

A circunscrição dos conceitos indeterminados ou da atividade discricionária das agências, os limites ao seu poder regulador, provém da necessidade de se restringir seu âmbito normativo àquelas relações que se estabelecem entre a o Estado e a coletividade atendida por determinados serviços estatais, e cuja disciplina, pelas peculiaridades que se apresentam, exige regramento específico, “assim, normas de regulação, para serem válidas e conviverem com o princípio da legalidade, submetem-se a limites subjetivos e objetivos, que são decorrência da própria razão de ser dessas normas, (...) Os limites subjetivos são definidos pelas situações especiais que justificam a existência de tais normas. Em outras palavras, elas só podem atingir aquelas pessoas que voluntariamente se ligam ao Estado, mantendo com este relações especiais que justificam as normas de regulação, (...) Os limites

³¹² “..., no Direito, para cada problema podem se discernidas inúmeras soluções, nenhuma delas exata, porém todas corretas. O dinamismo e a complexidade da realidade social reclamam a disponibilidade de um arsenal de soluções corretas a serem adotadas pelo aplicado do Direito” seja a Administração Pública ou o Poder Judiciário. GRAU, Eros Roberto. *Direito Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. Pág. 78.

³¹³ GRAU, Eros Roberto. *Direito Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. Pág. 74.

³¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª edição. São Paulo: Editara Malheiros, 2005. Pág. 401.

que dizem respeito aos direitos, vale dizer, limites que sejam estabelecidos em função dos direitos, devem ser considerados limites objetivos.”³¹⁵

Feitas essas considerações e apontamentos críticos com relação às agências, tendo em conta os seus aspectos positivos e agregadores à nova organização do Estado para atender à nova conformação da sociedade, e, porque não, às práticas sociais do Mercado, temos que uma Agência Reguladora é a melhor forma de normatização e uniformização para o fomento, a disciplina, a fiscalização, o controle e a reprimenda administrativa das atividades das organizações do Terceiro Setor, tanto junto aos setores públicos como em suas relações com o setor privado.

Em contraposição às atribuições do Ministério Público, curador das fundações e repressor de desvios e transgressões, vemos na Agência Reguladora de Participação e Controle Social, o melhor instituto jurídico para sistematizar preventivamente todas as organizações nacionais componentes do Terceiro Setor, dando azo às demandas por eficiência, sem suprimir a legalidade; à transparência, sem desrespeitar a necessária confidencialidade; à permeabilidade na inter-relação entre Estado, Mercado e Terceiro Setor, sem ultrapassar os limites e peculiaridades de cada uma dessas estruturas.

A Agência Reguladora de Participação e Controle Social irá compor os interesses públicos ao dinamismo característico da nova realidade social, irá adequar o poder discricionário e a normatização por conceitos indeterminados de sorte a prover soluções satisfatórias com tempestividade, sem ameaçar a segurança jurídica.

Se as “agências reguladoras se transformaram em um novo *locus* de circulação de poder político”, como afirma Paulo Todescan Lessa Mattos, então “as agências teriam o potencial de serem assumidas como uma nova arena política de participação de atores da sociedade civil na elaboração de políticas públicas.”³¹⁶. Segundo o citado autor, o modelo das agências reguladoras introduziu novos

³¹⁵ MACHADO, Hugo de Brito. *O Princípio da Legalidade e a Regulação de Serviços Públicos Delegados*. Revista Regulação no Brasil nº 1. Porto Alegre: ABAR, 2005. Pág. 103.

³¹⁶ LESSA MATTOS, Paulo Todescan. *Regulação Econômica e Social e Participação Pública no Brasil*. Revista Regulação no Brasil nº 1. Porto Alegre: ABAR, 2005. Pág. 113.

mecanismos de controle democrático da atuação do Estado, sendo ferramentas principais as consultas e audiências públicas, realizadas antes da edição de normas pelas agências, garantindo legitimidade ao conteúdo da norma e o atendimento dos interesses públicos da coletividade afetada por ela. Há participação, também, na “escolha de pessoas da sociedade para compor os órgãos consultivos das agências, pois estes órgãos podem se manifestar durante o processo de elaboração das normas, ...” e “no princípio de publicidade, que, interpretado em conjunto com o direito de petição, possibilita aos interessados a manifestação, ...”³¹⁷

As justificativas para a criação da Agência Reguladora de Participação e Controle Social são plúrimas e se devem a diversos fatores políticos, sociais, culturais e econômicos, bem como à interpenetração entre eles.³¹⁸

Sobre a nova estruturação e atuação técnico-institucional do Estado, sugere Maria Paula Dallari Bucci, solução “simples na medida em que permita a interação dos atores sociais sem a mediação de um aparato institucional suscetível de apropriação pelas camadas mais preparadas da sociedade. E complexa enquanto possibilite, ao mesmo tempo, que esse aparelho institucional efetue a promoção equalizadora da comunicação, necessária para que se complete o processo de relacionamento entre as várias partes do mosaico social – indivíduos de classes sociais opostas, grupos sociais com interesses divergentes, partidos competidores, organizações concorrentes – e desse relacionamento resulte uma ação politicamente coordenada e socialmente útil.”³¹⁹

³¹⁷ Cristiane Catarina de Oliveira Ferreira “Participação social na elaboração de normas das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos da América do Norte in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Direito Regulatório. Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003. Pág. 598.

³¹⁸ “Sendo assim, podemos constatar que, passados alguns anos da criação das primeiras agências reguladoras, revela-se que a busca deste modelo organizativo destina-se a regular, antes do que especificamente serviços públicos desestatizados, as atividades que em geral possuem uma especial sensibilidade para a coletividade; atividades a respeito das quais os interesses são fortes, múltiplos e conflitantes, notadamente as que possuem elevado potencial de comoção da opinião pública, entre as quais incluem-se, obviamente, os serviços públicos.” ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. Pág. 268.

³¹⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. Pág. 244.

O Sistema de Contas Nacionais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) utiliza, ainda, apenas três indicadores para a composição dos índices do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, qual seja, agropecuária, indústria e serviços. Contudo, em parceria firmada com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), com a colaboração da Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais (ABONG) e do Grupo de Institutos, Fundações e Empresas (GIFE), foi realizado estudo sobre as instituições privadas sem fins lucrativos atuantes no Brasil, com base nos dados do Cadastro Central de Empresas (CEMPRE) do IBGE, que cobre o universo das organizações inscritas no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), baseado na metodologia internacional “Handbook on Non-profit Institutions in the System of National Accounts” das Nações Unidas.

A proposta pioneira de classificação das “Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos”, assim denominadas pelo IBGE as instituições privadas, sem fins lucrativos, institucionalizadas, auto-administradas e voluntárias, compilou dados acerca dos números e estatísticas dos assalariados das fundações e associações cadastradas.

De acordo com o estudo, cuja publicação mais recente data de 2002, o setor movimentava aproximadamente R\$ 33 bilhões no Brasil, valor que representa 1,5% na formação do Produto Interno Bruto Brasileiro (PIB). O número de instituições privadas sem fins lucrativos (fundações e associações) cresceu 157% entre 1996 e 2002, sendo que só as entidades voltadas para a promoção do desenvolvimento e defesa de direitos representam 16% do total e a maior parte delas (76%) foi criada depois de 1990.

O impressionante salto de 105 para 276 mil instituições do Terceiro Setor oficialmente cadastradas encoraja analistas a afirmar ser esse número próximo de 400 mil, se somadas as instituições de fato, ainda pendentes de constituição jurídica formal. A maior parte das organizações cadastradas está concentrada na Região Sudeste (44%), sendo que somente os Estados de São Paulo (21%) e Minas Gerais (13%), reúnem um terço das organizações existentes em todo o país.

Entre 1996 e 2002, o número de pessoas ocupadas no setor teve um aumento expressivo. A quantidade de empregados assalariados passou de 1,5 milhão de pessoas, representando 5,5% do total de pessoas empregadas em todas as organizações formalmente registradas no país, com média salarial mensal de 4,5 salários mínimos. Importante destacar que esse valor supera a média geral dos assalariados de todas as organizações integrantes do CEMPRE (empresas públicas e privadas lucrativas e não-lucrativas), que totalizava cerca de 4,3 salários mínimos.³²⁰

Dados divulgados no início de 2006 sobre uma pesquisa realizada pelo Programa de Voluntários das Nações Unidas (UNV) em parceria com The Johns Hopkins Center for Civil Society Studies, instituição norte-americana que estuda as organizações sem fins lucrativos no mundo, revelaram um crescimento de 71% das organizações componentes do Terceiro Setor no Brasil entre os anos de 1995 e 2002, passando de 190 mil para 326 mil instituições.³²¹

Note-se que o primeiro censo de organizações do Terceiro Setor do Brasil ainda está em andamento, sob o comando da Fundação Getúlio Vargas. Os dados e estatísticas disponíveis até a presente data são parciais e enfocam apenas alguns aspectos do setor. Portanto, a própria dificuldade de fontes de dados quantitativos, seja de censos de organizações do Terceiro Setor, seja de montantes efetivamente movimentados ou número de pessoas beneficiadas, por si só, justifica a criação de uma Agência Reguladora.

Por serem diversas áreas de atuação, congêneres ou díspares³²², justifica-se a unificação dessas iniciativas em uma única Agência, de modo a promover o encontro de atores sociais e beneficiários, captadores de recursos e investidores; ou aproximar projetos complementares, trocas de experiências, parcerias, até, fusões de programas ou de organizações. A aplicação dos recursos públicos e particulares, nacionais ou internacionais torna-se mais democrática, possibilitando

³²⁰ Fonte: IBGE

³²¹ Fonte: The Johns Hopkins Center for Civil Society Studies

³²² Dimensões: habitação, cultura, saúde e recreação, educação e pesquisa, assistência social, religião, associações patronais e profissionais, meio ambiente e proteção animal, desenvolvimento e defesa de direitos, outras entidades não especificadas. Fonte: IBGE

melhores e maiores resultados e a antecipação de impactos, minimizando externalidades.

Outra justificativa é a prevenção de corrupção, em vista dos vultosos volumes financeiros repassados por diversos órgãos do setor público às iniciativas privadas sem a devida publicidade e sem procedimento licitatório.

A criação, manutenção e atualização de um banco de projetos, de tecnologias sociais renováveis e de voluntários pela Agência facilita, sobremaneira, o mapeamento geográfico das demandas, aprimora os diagnósticos, incrementa o planejamento estratégico orçamentário e viabiliza planos de ação concatenados, além da ampla divulgação de seus resultados e impactos.

A independência da Agência em relação aos demais poderes, especialmente a estabilidade de seus dirigentes minimiza o risco de descontinuidade administrativa, que tanto aflige os atores sociais e beneficiários de projetos em andamento. Todavia, importante lembrar que o prazo dos mandatos dos dirigentes das agências cessa findo o período governamental que o instituiu. Caso contrário, com assevera Celso Antonio Bandeira de Mello, “isto seria o mesmo que engessar a liberdade administrativa do futuro Governo. Ora, é da essência da República a temporariedade dos mandatos, para que o povo, se o desejar, possa eleger novos governantes com orientações políticas e administrativas diversas do Governo precedente.”³²³

A atuação da Agência com ampla e isonômica participação social, acesso a informações, interatividade e controle de resultados incentiva a criação e o fortalecimento de redes sociais, além de dar grande visibilidade aos projetos e ampla divulgação de denúncias de irregularidades.

A Agência cuidaria da padronização ou do estabelecimento de mínimos necessários aos relatórios de atividades, balanços sociais, ambientais, além de unificar procedimentos, documentos, controles de prazos de certificados, benefícios fiscais, auxílios, subvenções.

³²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª edição. São Paulo: Editara Malheiros, 2005. Pág. 160.

Por derradeiro, a Agência exerceria um papel pedagógico, pois auxiliaria na uniformização dos entendimentos acerca do Terceiro Setor e incentivaria trabalhos acadêmicos, aproximando os estudos teóricos das experiências empíricas, disseminando e aprimorando conhecimento.

Floriano de Azevedo Marques Neto pondera que, “deste modo, a estrutura institucional pelas quais as Agências foram e são concebidas refletem a necessidade de municiá-las com os instrumentos necessários para a consecução dos seus fins. Daí sua competência ampla sobre o setor que regula; a concentração de funções adjudicatórias, normativas e administrativas; a especialização técnica – instrumento indispensável para que as agências possam ‘filtrar’ as demandas internas e externas ao sistema regulado e detenham capacidade para processar as mesmas, respondendo à sociedade em tempo real e de modo pragmático; a sua independência orgânica e administrativa, o que permite insulá-las de políticas conjunturais; e sua autonomia de gestão, autonomia financeira e liberdade para se auto-organizarem (serviços, regime de pessoal, etc.). Por fim, se por um lado a criação de Agências de regulação em nosso país é produto da mudança de paradigma pelo qual se reestrutura a relação entre Estado e sociedade, por outro, tal mudança não fere o modelo de Estado Democrático de Direito. A legitimidade democrática das Agências está no processo de sua criação, cujos foros são o Poder Executivo e Legislativo, poderes pelos quais se manifesta a soberania do povo; na sua afirmação, cujo foro são as decisões proferidas no âmbito do Poder Judiciário, especialmente nos Tribunais Superiores; e na sua confirmação, cujo foro é a própria sociedade, a qual participa do processo de produção das decisões no âmbito das Agências, sejam estas decisões normativas ou adjudicatórias, dando eficácia social ao instituto. Neste momento, as Agências se confirmam como instrumentos pelos quais, em última instância, consagram políticas de Estado.”³²⁴

As agências reguladoras precisam de autonomia normativa, financeira e de gestão, para que possam atuar com independência política e imparcialidade administrativa. Os modelos estruturais adotados pelas agências devem balancear a

³²⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras. Instrumentos do Fortalecimento do Estado*. São Paulo: ABAR, 2003. Pág. 54.

intensa participação popular nos atos decisórios com o conhecimento técnico de profissionais especializados para traçar diretrizes, gerir e intermediar as relações internas e externas do setor, sempre em atendimento aos interesses públicos perquiridos, às políticas públicas adotadas e sob rígido controle social, jurídico-institucional.

Para Alexandre Santos Aragão, “a regulação estatal da economia deve, no atual momento histórico, sem perder de vista os valores humanos e sociais do Estado Democrático de Direito, ser eficiente em relação às dificuldades postas pela crise que sobre ele se abateu. A conjugação destes fatores há de levar, e tem levado, à formulação de novas técnicas regulatórias, que, sem excluir as anteriores, a elas se somam para tornar mais eficiente e menos onerosa a regulação estatal. É nesta perspectiva, que o jurista tem que estar cada vez mais atento para fenômenos regulatórios como a sua crescente administrativização, fluidez, consensualidade, reflexividade, consensualismo, valorização dos resultados em relação aos meios, permeabilidade aos demais subsistemas sociais, ...”³²⁵

A nova perspectiva da regulação prima pela emancipação dos sujeitos como partícipes comprometidos com o atingimento dos interesses públicos, pelo alargamento dos espaços públicos inspirado na inclusão social, na legitimação da cidadania, no controle dos resultados na busca do bem comum.

Há limites claros ao poder normativo, à autonomia e independência das agências no direito brasileiro, as quais “têm liberdade de agir – para realizar os objetivos fixados na lei e as políticas públicas estabelecidas pela Administração central”³²⁶. Segundo Maria da Gloria Gohn, “tudo depende da correlação de forças políticas ao redor daqueles que coordenam tais políticas e do aproveitamento, por parte dos atores sociais envolvidos no processo de gestão, da estrutura de oportunidades políticas que a conjuntura mais ampla do país desenha. E quem passa a gerenciar

³²⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. Pág. 81.

³²⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. Pág.219.

essas políticas? São as novas parcerias entre o Estado e a comunidade organizada, no setor público não-estatal, *locus* dos novos espaços de negociação...”³²⁷

Traz-no Fabio Konder Comparato que “quando, porém, a legitimidade do Estado passa a fundar-se, não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem concretizadas programadamente, o critério classificatório das funções e, portanto, dos poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental. E aí, à falta de uma conseqüente reorganização constitucional de Poderes, a qual dê preeminência à função planejadora, que ordena estrategicamente as múltiplas atividades estatais, é ao Governo, impropriamente chamado agora Poder Executivo, que incumbe o papel hegemônico.”³²⁸

Por fim, concordamos com a crítica de que “tornar-se-á mediata a participação do povo, enfraquecida a soberania popular, se a realização das atividades mais importantes ficar completamente entregue a instâncias intermediárias, tendencialmente mais técnicas e menos suscetíveis à pressão democrática.”³²⁹ Porém, num contexto de ampla participação popular desde a discussão até o controle dos resultados e impactos, a democracia esta garantia, exercida e assegurada.

4.4 O ADVENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A vida política é um sistema de atividades inter-relacionadas. As decisões políticas conduzem à implantação de valores para toda a sociedade. O Estado e suas instituições têm o poder formal de decretar as políticas públicas, e a sociedade ou ainda, os cidadãos detém, progressivamente, o poder real sobre essas políticas. A sociedade tem papel importante numa democracia participativa, nas decisões e influências sobre as políticas públicas.

³²⁷ GOHN, Maria da Glória. Educação Não-Formal e Cultura Política. Questões da nossa época. São Paulo: Cortez, 1999. Pág. 12

³²⁸ COMPARATO, Fabio Konder. *Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas*. São Paulo: RT-737, ano 86, 1997. Pág. 17

³²⁹ Walter Claudius Rothenburg “Algumas considerações sobre a incidência de direitos fundamentais nas relações do Estado com empresas e Organizações Sociais” in OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord.). *Terceiros Setor Empresas e Estado. Novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. Pág. 106.

Assistimos, desde o final do século XX, à crise do Estado Provedor (ou Estado do Bem Estar Social) e, em resposta, aos clamores da sociedade moderna por uma reforma do modo de ser e de atuar do Estado. Objetiva-se sua transformação, para redefinir seus fins e seu modo de executar as funções estatais. Trata-se, mesmo, de uma quebra de paradigmas, que propõe que o Estado passe do modelo tutelar ao participativo, do modelo burocrático ao gerencial; do processualizado ao de resultados.

Propostas de reforma surgem em todas as áreas, desde ajustes fiscais, privatizações, regulamentação, busca da qualidade nos serviços públicos e combate à corrupção até a desconcentração³³⁰ e descentralização³³¹ administrativa, a maior participação da sociedade (coletivamente) ou dos cidadãos (individualmente) na tomada de decisões e na gestão dos serviços e a tentativa de redução do hiperpositivismo jurídico. Em nossa exposição, nos deteremos nessas últimas vertentes.

O Estado, já nessa nova concepção de co-direção ou gestão compartilhada, mantém consigo o dever de sustentação do sistema. Dentre outras formas, pela elaboração e execução das políticas públicas.

Mas, afinal, o que são políticas públicas? Como são criadas e executadas sem ferir o princípio a isonomia dos seus beneficiários? Há mecanismo de controle no que tange à descontinuidade administrativa? Em nosso estudo buscamos respostas a essas perguntas, com o objetivo de aferir a efetividade e concretude de tal expressão e seus efeitos práticos na vida dos cidadãos considerados individual e coletivamente.

³³⁰ “... significa repartição de funções entre os vários órgãos (despersonalizados) de uma mesma Administração, sem quebra de hierarquia. A desconcentração administrativa opera desde logo pela distinção entre os níveis de direção e execução.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores. 2001. 26ª Edição. Pág. 699/700)

³³¹ “... em sentido jurídico-administrativo, é atribuir a outrem poderes da Administração. ... pressupõe, portanto, a existência de uma pessoa, distinta da do Estado, a qual, investida dos necessários poderes de administração, exercita atividade pública ou utilidade pública. O ente descentralizado age por outorga do serviço ou atividade, ou por delegação de sua execução, mas sempre em nome próprio.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores. 2001. 26ª Edição. Pág. 699/700)

Maria Paula Dallari Bucci afirma que políticas públicas são: “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”³³²

As políticas públicas passam a interessar ao direito na medida em que o universo jurídico se alarga, que os direitos sociais deixam de ser meras declarações retóricas e passam a ser direitos (positivados ou não) em busca de efetividade.

O estudo de políticas públicas exige pesquisa interdisciplinar, uma vez que há a necessidade de uma maior aceitação da interpenetração entre as esferas jurídica e política (política aqui entendida como atividade de conhecimento e organização de poder).

Para Maria Paula a locução é polissêmica, cuja conceituação só pode ser estipulativa, porque toda política pública tem componentes aleatórios, isto é, atores sociais pertencentes a organizações múltiplas, privadas ou públicas, que intervém em diversos níveis. Além disso, as políticas públicas têm caráter intrinsecamente contraditório, pois, de um lado denotam a racionalidade da ação governamental, de outro trazem consigo o questionamento quanto à coerência e eficácia dessa mesma ação.

“A função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social – é o núcleo da idéia de política pública, redirecionando o eixo de organização do governo da lei para as políticas. As políticas são uma evolução à idéia de lei em sentido formal, assim como esta foi uma evolução em relação ao governo dos homens anterior ao constitucionalismo. E é por isso que se entende que o aspecto funcional inovador de qualquer modelo de estruturação do poder político caberá justamente às políticas públicas.”³³³

³³² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. Saraiva: São Paulo, 2002. Pág. 241.

³³³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. Saraiva: São Paulo, 2002.

Neste diapasão, os princípios tenderiam a estabelecer um direito individual, enquanto as políticas visariam a estabelecer uma meta coletiva. Este, segundo Maria Paula, seria o caminho para a superação da concepção de norma geral e abstrata como referência central do aparelho burocrático do Estado, sobrepondo-se o conceito de política pública como programa de ação.

Desse raciocínio surge a inevitável pergunta: As políticas públicas são um substituto às leis? Não, o modelo das políticas públicas não exclui o da legalidade, mas convive com ele. Para Charles Albert-Mourand³³⁴ as políticas públicas podem ser incorporadas à lei, serem superiores a elas ou se pôr a seu serviço. A realização das políticas deve-se dar dentro dos parâmetros da legalidade, da constitucionalidade, para que possam ser reconhecidas pelo direito.

Para Fabio Konder Comparato a política não é norma nem ato jurídico, embora esses sejam elementos integrantes daquela, que, para o professor, é “o conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado.”³³⁵

Em que pese o esclarecimento acima, permanece a questão sobre qual seria a expressão jurídica da política pública. Atividade governamental ou administrativa? Norma? Ato? Plano? Programa?

Resta claro que não há padrão jurídico uniforme e claramente apreensível para a exteriorização das políticas públicas. Isto se reflete diretamente em dúvidas quanto ao caráter vinculativo dos instrumentos de expressão das políticas em face da descontinuidade administrativa e da possibilidade de exigir seu cumprimento ou questionar seu escopo em juízo.

Na esteira das agências reguladoras, as políticas públicas fazem parte dessa nova onda de institutos jurídicos, conceitos e terminologias advindas do movimento

³³⁴ ALBERT-MOURAND, Charles. *Le droit neo-moderne de politiques publiques*. LGDJ, Paris, 1999 citado por BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. Saraiva: São Paulo, 2002.

³³⁵ COMPARATO, Fabio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade*. Malheiros, São Paulo, 1997.

pela reforma estatal. Muitas vezes são “apenas vocábulos novos que surgem para designar fórmulas antigas que voltam impregnadas de nova ideologia. Fala-se em transparência na Administração Pública para designar o velho princípio da publicidade e afastar a atuação sigilosa. (...) Fala-se em flexibilização da Administração Pública, quando se quer descentralizar mais, diversificar o regime jurídico dos servidores, simplificar os procedimentos licitatórios e os procedimentos de controle”³³⁶.

De maneira geral, os doutrinadores concordam que a lei e o Poder Legislativo perderam sua majestade de expressão da soberania popular, essencialmente porque a lei, por vezes, transmuda-se em instrumento de governo.

Em muitos países do mundo globalizado há forte tendência de alargamento da competência normativa de todas as esferas do governo. A grande maioria das leis se insere, atualmente, nos quadros das políticas governamentais, em nome do dinamismo, da flexibilidade, da efetividade.

Fábio Konder Comparato afirma que “a primeira distinção a ser feita, no que diz respeito à política como programa de ação, é de ordem negativa. Ela não é uma norma nem um ato, ou seja, ela se distingue nitidamente dos elementos da realidade jurídica, sobre os quais os juristas desenvolveram a maior parte de suas reflexões. (...) Mas se a política deve ser claramente distinguida das normas e dos atos, é preciso reconhecer que ela acaba por englobá-los como seus componentes. É que a política aparece, antes de tudo, como uma *atividade*, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado. O conceito de atividade, que é também recente na ciência jurídica, (...) constitui o cerne da moderna noção de serviço público, de procedimento administrativo e de direção estatal da economia. A política, como conjunto de normas e atos, é unificada pela sua finalidade. Os atos, decisões ou normas que a compõem,

³³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública. Concessão, remissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 1996. Pág. 15.

tomados isoladamente, são de natureza heterogênea e submetem-se a um regime jurídico que lhes é próprio.”³³⁷

Para Karl Loewenstein a lei é tida como instrumento de políticas públicas. Com base nessa assertiva, são três, para o autor, as funções do Estado: “policy determination” planejamento, “policy execution” atividade normativa e “policy control” fiscalização, cabendo aos entes reguladores apenas as duas últimas. Ronald Dworkin define política (ou “policy”) como uma “espécie de padrão de conduta (*standard*) que assinala uma meta a alcançar, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade, ainda que certas metas sejam negativas, pelo fato de implicarem que determinada característica deve ser protegida contra uma mudança hostil.”³³⁸ Dessa conceituação depreende-se que para o autor os princípios estabelecem direitos individuais enquanto as políticas delineiam metas coletivas.

Política, portanto, é o conjunto de ações adequadas dirigidas racionalmente para a obtenção de determinados resultados em uma comunidade. Quando ditas ações são de interesse público e os sobreditos resultados objetivam o bem comum, a política é pública. Note-se, entretanto, que resguardada a importância das ações, planos ou programas de governo – que, aliás, sempre existiram desde a instauração da democracia – a locução política pública detém, somente, forte carga emotiva, clamor público, pois sua conotação jurídica se assemelha à das agências reguladoras, é puro modismo globalizado.

Para que abordagem das políticas públicas seja profícua, dois conceitos merecem aprofundamento neste ensejo: bem comum e interesse público.

A noção de interesse público perdeu sua forte ligação com o princípio da legalidade (o interesse público como expressão da locução legal) e se esgarçou a partir da crescente necessidade de sua interpretação mais aberta. É o trilema

³³⁷ COMPARATO, Fabio Konder. *Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas*. São Paulo: RT-737, ano 86, 1997. Pág. 18.

³³⁸ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*.

regulatório de que trata Gunter Teubner³³⁹ caracterizado pela incapacidade da atividade regulatória de promover o adequado acoplamento entre direito, política e sociedade. Excessiva legalização das atividades sociais; excessiva socialização da lei (perda do formalismo necessário) e distanciamento entre o direito e a realidade social.

Para Bresser Pereira, “evidentemente não é possível identificar o Estado e as políticas do Estado com a racionalidade absoluta, com o interesse público em abstrato, como sugeriu Hegel, da mesma forma que não é possível cair no erro oposto de transformar o Estado em agente exclusivo das classes dominantes, como fizeram Marx e principalmente Engels. A sociedade civilizada e a constituição de um consenso sobre o interesse público são frutos da racionalidade substantiva, orientada para fins. Mesmo, porém, quando a racionalidade instrumental se torna dominante, tornando a busca da eficiência ou do desenvolvimento econômico um valor fundamental do mundo moderno, os valores cívicos que constituem o interesse público e permitem a cooperação, ou a ação coletiva, são essenciais. É por meio deles que se forma um consenso civilizado sobre o interesse público, que, em seguida, se transforma em direito de cada cidadão: transforma-se nos direitos republicanos que merecem tanta proteção quanto mereceram, no passado, e continuam a merecer hoje, os direitos civis, os direitos políticos e os direitos sociais.”³⁴⁰

Para conceituar interesse público “a tendência será, dentro da perspectiva de um Estado Democrático de Direito, dotar a sociedade dos meios de participação plena no processo decisório e permitir que a aferição do interesse público possa ser fruto de um processo contínuo de cotejamento dos valores ou princípios que se embatem na situação concreta e no qual o Estado seja a um só tempo mediador dos interesses sociais relevantes e colidentes, mas também exerça um papel de implementador de interesses metaindividuais hipossuficientes no jogo social.”³⁴¹

³³⁹ TEUBNER, Gunther. “After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-regulatory Law” in *Dilemmas of Law in the Welfare State* (org.)

³⁴⁰ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania*. 1ª Edição. Brasília: ENAP, 2002. Pág. 91.

³⁴¹ AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano Peixoto. *A Republicização do Estado e os Interesses Públicos*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1999. Pág. 208.

Arremata Floriano Peixoto Azevedo Marques Neto que, “não se pode mais entender por interesse público algo tão genérico a ponto de se resumir ou pela negativa – como interesses não privados – ou a partir dos abstratos interesses definidos por um Estado plenipotenciário e distante dos reais interesses existentes no cada vez mais complexo corpo social. Ao nosso ver deve-se hoje focar o interesse público como um elo de mediação dos interesse privados dotados de legalidade.”³⁴²

Diante do colapso da separação entre público e privado, da internacionalização e conseqüente crise da soberania, da heterogeneidade da sociedade, há que rever-se a concepção de Estado, pois “o advento de grupos de interesses elide a exclusividade do poder público como tutor do interesse coletivo ou do bem comum.”³⁴³ Aliás, como bem advertiu Celso Campilongo, “a própria noção de ‘bem comum’, vaga e ambígua, perde por completo o seu significado numa sociedade cada vez mais fragmentada por distintos e incompatíveis interesses setoriais.”³⁴⁴ Bem comum é o conjunto de condições sociais por meio das quais as pessoas se tornam capazes de alcançar a plenitude de seu desenvolvimento. Se o fim do Estado é a busca do bem comum, então cabe a ele criar e assegurar condições para que os particulares supram suas necessidades, descubram suas capacidades e atinjam seu pleno desenvolvimento. Floriano de Azevedo Marques Neto tece comentário sobre esse dever do Estado e afirma que “Quanto mais complexas forem tais ‘necessidades’ (coletivas, do bem comum) ou ‘interesses’ (públicos) tanto mais ter-se-á que complexizar este aparato (estatal).”³⁴⁵

³⁴² AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano Peixoto. *A Republicização do Estado e os Interesses Públicos*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1999. Pág. 210.

³⁴³ AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano Peixoto. *A Republicização do Estado e os Interesses Públicos*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1999. Pág. 212.

³⁴⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A Representação Política e o Direito Moderno*. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil nº 49. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988. Pág. 103.

³⁴⁵ AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano Peixoto. *A Republicização do Estado e os Interesses Públicos*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1999. Pág. 145.

Atualmente, os interesses públicos são as finalidades concretas a serem efetivadas pelo Estado, interesses que numa sociedade pluriclasse existem, tantas quantas forem as finalidades reclamadas pelas classes dessa mesma sociedade. Fica mitigado o princípio da supremacia do interesse público, porque nem a lei (cada vez mais aberta) nem a discricionariedade (que dá margem unilateral de liberdade de escolha ao Administrador) são suficientes para a eleição do que seja interesse público, que exige, necessariamente, a participação da sociedade para ser efetivo.

Afirma José Eduardo Faria que “sem uma avaliação qualitativa dos legítimos interesses individuais por parte do Estado, não há, hoje, como se obter uma definição, no caso concreto, do que seja (ou, diríamos, de onde resida) o interesse público.”³⁴⁶

Para a Professora Odete Medauar, “a atividade de consenso-negociação entre poder público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação e definição de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração.”³⁴⁷

A Administração deixa de deter “exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. (...) Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.”³⁴⁸

É inevitável o reconhecimento dessa nova realidade, o reconhecimento jurídico de uma pluralidade de interesses sociais diversos, tanto em conteúdo como em estrutura. Para Azevedo Marques, “entendemos que, hoje, ambas as classes de

³⁴⁶ FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. Pág. 71

³⁴⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo em Evolução*. Pág. 202.

³⁴⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo em Evolução*. Pág. 202.

interesses transindividuais (especiais e difusos) devem ser entendidas como interesses públicos.”³⁴⁹

Será nos interesses difusos que mais relevante se põe o exercício do poder político. Efetivamente, na tutela dessa classe de interesses públicos é que reside a principal razão de ser do poder político. Cabe a ele mediar conflitos entre interesses públicos, implementar direitos difusos ainda não reclamados; respeitar direitos individuais. Estado permeável para filtrar politicamente os interesses e garantir e proteger. Essa nova concepção de interesses públicos não colide, pelo contrário, coincide com a os interesses públicos primários derivados da clássica definição de Renato Alessi.³⁵⁰

Para Paulo Todescan Lessa Mattos, com o advento das agências reguladoras de controle democrático, ou seja, aquelas nas quais há efetiva participação da sociedade no processo decisório das normas, por meio de consultas públicas, audiências públicas ou quaisquer outras formas de participação popular direta, “o Direito ganha uma nova dimensão no debate sobre a legitimidade da ação regulatória do Estado. Avaliar as condições decisórias sobre a formulação de políticas públicas pode ser uma tarefa realizada a partir do Direito e não apenas da Ciência Política.”³⁵¹ Entretanto, a análise das políticas públicas sob esse enfoque exige uma releitura do desenho institucional do Estado brasileiro e dos seus Poderes, para além da concepção estática das relações entre eles.

Maria Paula Dallari Bucci afirma que quanto maior o grau de articulação entre os Poderes do Estado e os agentes públicos, tanto maior a possibilidade de efetividade dos programas de ação governamental e eficácia das políticas públicas. Ora, a Agência de Participação e Controle Social proposta no presente trabalho vai

³⁴⁹ AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano Peixoto. *A Republicização do Estado e os Interesses Públicos*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1999. Pág. 229. O autor adota a classificação proposta por Norbert Reich (*Intervenção do Estado na Economia*. Revista de Direito Público nº 94. Editora RT, 1990) para quem interesses especiais são aqueles evidenciados por atores sociais que estão bem organizados, como negócios, grupos de pressão ou burocracia; e interesses difusos são aqueles que têm caráter de um bem público, dizem respeito à qualidade de vida global.

³⁵⁰ ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona: Tomo I, 1970.

³⁵¹ LESSA MATTOS, Paulo Todescan. *Regulação Econômica e Social e Participação Pública no Brasil*. Revista Regulação no Brasil nº 1. Porto Alegre: ABAR, 2005. Pág. 115.

ao encontro dessa afirmação, complementando-a, pois a Agência tem o objetivo de conclamar e efetivar a participação popular tanto na iniciativa e elaboração das políticas públicas, na fiscalização da execução, como no controle de seus resultados, sendo o *locus* democrático e imparcial necessário para que os diversos interesses sejam expostos e contrapostos, elegendo-se os interesses públicos com o consenso de todos nos moldes da sociocracia.

Para a autora as políticas públicas “são instrumentos de ação dos governos – o *government by policies* que desenvolve e aprimora o *government by law*. (...) As políticas são uma evolução em relação à idéia de lei em sentido formal, assim como esta foi uma evolução em relação ao *government by men*, anterior ao constitucionalismo.”³⁵²

Interessante notar que ao dar exemplos de políticas públicas, cuja natureza jurídica difere das leis e dos atos, a autora aponta as leis instituidoras das agências reguladoras (ANA, ABIN e ANATEL) e dos fundos públicos (FUNDEF). Para Maria Paula as políticas públicas também diferem dos programas e dos planos, embora muitas políticas se exteriorizem por meio de planos. Nesses casos, como o instrumento normativo do plano é a lei, então a política pública tem natureza jurídica legal. Em geral, todavia, a política pública “é mais ampla que o plano e define-se como o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo, com a participação dos agentes públicos e privados.”³⁵³

Os movimentos sociais “agrupam-se em torno de questões e necessidades específicas, concretas, que afetam a vida dos seus membros. Originalmente, esses movimentos têm baixa institucionalização, são excessivamente centrados nas suas metas e possuem um baixo nível de integração ente seus membros, o que acarreta certa descontinuidade de sua ação.”³⁵⁴ Posteriormente, esses movimentos passam a “pelejar não mais apenas por questões concretas do seu dia a dia, incorporando

³⁵² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. Pág. 252.

³⁵³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. Pág. 259.

³⁵⁴ AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano Peixoto. *A Republicização do Estado e os Interesses Públicos*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1999. Pág. 164.

também pautas de reivindicações ‘pós-materialistas’, como a preservação do meio ambiente, o pacifismo, a condição e gênero e outras tantas.”³⁵⁵

Eros Roberto Grau leciona que dentro dessa nova perspectiva do Direito, as normas jurídicas vêm mudando suas finalidades, deixando de ser meramente de ordenação³⁵⁶ para assumirem papel de realização. “Deixando o Estado – operador último do Direito – de ser um mero produtor de ordem, segurança e paz (isto é, de ordenação) e passando a atuar também como conformador da ordem social e da ordem econômica, surgem, no direito positivo, inúmeros exemplos de normas que não têm o sentido de disciplinar condutas ou de instrumentar a organização de entidades ou atividades, mas sim, tão-somente, de fixar fins (objetivos) a serem alcançados.”³⁵⁷ O Direito deixou de ser instrumento de conservação formal tornando-se verdadeira ferramenta de transformação social. A concepção da *norma-objetivo* como um tipo diferenciado de norma jurídica floresce no bojo dos debates travados a propósito da natureza jurídica do plano e das diretivas, paralelamente ao surgimento de novas técnicas da Administração prospectiva, consubstanciadas em normas de resultado.

Ora, se normas-objetivo são, segundo o autor, o instrumento de governo que dinamiza o Direito, uma modalidade normativa para além da mera ordenação, que expõe tão somente pontos gerais, qualitativos, de finalidade e de resultado, então essa faceta do Direito assume papel político “tendo em vista a *implementação de políticas*, políticas estas referidas a fins múltiplos e específicos”³⁵⁸ ou seja, ações, planos ou programas de governo, bem como as diretivas internacionais, aclarando seu liame com as políticas públicas.

³⁵⁵ AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano Peixoto. *A Republicização do Estado e os Interesses Públicos*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1999. Pág. 165.

³⁵⁶ Miguel Reale define como normas de conduta aquelas cujo objetivo imediato é disciplinar o comportamento dos indivíduos ou as atividades dos grupos e entidades sociais em geral; e normas de organização como aquelas que possuem caráter instrumental de estrutura e funcionamento dos órgãos e seus procedimentos. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 22ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 1995. Pág. 97

³⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. *Direito Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. Pág. 141.

³⁵⁸ GRAU, Eros Roberto. *Direito Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. Pág. 138.

4.5 O MINISTÉRIO PÚBLICO E OS MECANISMOS DE DEFESA SOCIAL

A Constituição Federal de 1988 trata, no capítulo IV das funções essenciais da Justiça. O título I cuida do Ministério Público, como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” (Art. 127, *caput.*), enfim, zelar pelo interesse público primário, decorrente da manifesta vontade social, destinada à solução dos interesses da sociedade, em detrimento dos interesses do Administrador, titular do interesse público secundário.

Nossa carta constitucional conferiu ao Ministério Público autonomia e independência administrativa e funcional. A autogestão do Ministério Público torna o órgão insuscetível de ingerências de ordem política, que poderiam deturpar suas finalidades, levando-o a agir como defensor dos Administradores e não dos administrados.

Discussões acerca da titularidade indeterminada, do objeto indivisível, resultantes dos conflitos de massa, próprios da sociedade moderna, são colocadas a meio caminho entre os interesses públicos e particulares. Conceitos jurídicos estratificados ganham relevância política e, por isso, sofrem transformações. Torna-se clara a dimensão social dos interesses. O interesse interliga uma pessoa a um bem da vida, em virtude de um determinado valor que esse bem possa representar para aquela pessoa. Nesta linha ensina Ada Pellegrini Grinover que “interesse público, entendido como aquele que se faz valer em relação ao Estado, de que todos os cidadãos são partícipes (interesse à ordem pública, à segurança, à educação) e que suscita conflitos entre o indivíduo e o Estado. Interesses privados, de que é titular cada pessoa individualmente considerada, na dimensão clássica dos direitos subjetivos, pelo estabelecimento de uma relação jurídica entre credor e devedor, claramente identificados. (...) os interesses sociais são comuns a um conjunto de pessoas ...”³⁵⁹

³⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos*. Revista de Processo 97. Pág. 09.

A tutela de necessidades coletivas ou difusas decorre, portanto, de interesses espalhados e informais, os chamados interesses de massa, pertencentes a certos grupos, categorias ou classes de pessoas identificadas ou identificáveis, que comungam de um mesmo objetivo indivisível. Aos direitos de primeira geração, compostos pelas liberdades negativas típicas do Estado Liberal, cujo dever de abstenção imperava, acresceram-se os direitos de segunda geração, formados por liberdades positivas protegidas pelo Estado Provedor obrigado a dar, fazer e prestar, conduzindo, finalmente, aos direitos de terceira geração, decorrentes dos interesses sociais, concebendo-se os direitos da solidariedade. “E assim foi que o que aparecia inicialmente como mero interesse elevou-se à dimensão de verdadeiro direito, conduzindo à reestruturação de conceitos jurídicos, que se amoldassem à nova realidade.”³⁶⁰

O art. 129 da nossa Magna Carta impõe ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados pela Constituição, proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos, além de exercer o controle externo da atividade policial. Ao Ministério Público também são afetas funções de supervisão e defesa dos interesses sociais e dos mecanismos existentes para a eficácia da tutela desses interesses. Donde se depreende que o Ministério Público assume papel de *custos legis*, incumbindo-lhe agir como fiscal do exercício das funções estatais, dos Poderes do Estado, bem como da defesa da ordem constitucional. Ademais, a Constituição outorgou ao Ministério Público a titularidade privativa da ação penal pública, a iniciativa legislativa independente daquela peculiar ao Presidente da República, além de legitimidade para propor ação civil pública, além do questionamento da constitucionalidade das leis.

4.6 NOVOS CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE ESTATAL

Historicamente, até a adoção da atual responsabilidade objetiva do Estado, três fases se desenvolveram. Na primeira, que prevaleceu durante a época dos Estados

³⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos*. Revista de Processo 97. Pág. 10.

absolutistas ou despóticos, inexistia qualquer possibilidade de responsabilização do Estado por ação ou omissão.

Na segunda, iniciada na metade do século passado, houve clara influência da responsabilidade de origem civil (baseada nos princípios da responsabilidade por fato de terceiro), inculcando responsabilidade pecuniária do Poder Público por ato lesivo, arbitrário ou ilegal do funcionário público. Estabeleceu-se a diferença entre atos de império, essenciais ou necessários à soberania estatal, e por isso mesmo, incólumes a qualquer julgamento; e atos de gestão, facultativos ou contingentes, realizados para a satisfação de necessidades sociais e, portanto, equiparados aos particulares, passíveis, pois, de responsabilização.³⁶¹

A terceira fase resulta do questionamento do pressuposto da culpa como condição da responsabilidade do Estado aliado à teoria do órgão de Otto Von Gierke³⁶², pela qual o órgão estatal supõe a existência de uma só pessoa, a própria pessoa do Estado. A responsabilidade se desenvolve dentro da seara do direito público, havendo ação direta do prejudicado contra o Estado.

“Realmente, não se pode equiparar o Estado, com seu poder e seus privilégios administrativos, ao particular, despido de autoridade e de prerrogativas públicas. Tornaram-se, por isso, inaplicáveis em sua pureza os princípios subjetivos da culpa civil para a responsabilização da Administração pelos danos causados aos administrados. Princípios de direito público é que devem nortear a fixação dessa responsabilidade.”³⁶³ arremata Hely Lopes Meireles. Assim, proclamada a responsabilidade objetiva do Estado, que se baseia nos princípios da equidade, da igualdade de ônus e encargos sociais, não há mais que se falar em culpa civil.

Yussef Said Cahali ressalta a importância do reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado, demonstrando que as inúmeras teorias do risco ou as

³⁶¹ “... pela atual teoria da responsabilidade objetiva, não há mais fundamento para esta sibilina distinção. Todo ato ou omissão de agente administrativo, desde que lesivo e injusto, é reparável pela Fazenda Pública, sem se indagar se provém de *jus imperii* ou *jus gestionis*, uma vez que ambos são formas de atuação administrativa.” *Direito Administrativo Brasileiro*. MEIRELES, Hely Lopes. São Paulo: RT, 1995. Pág. 562.

³⁶² VON GIERKE, Otto. *La Responsabilidad del Estado*.

³⁶³ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: RT, 1995. Pág. 556.

divergências quanto à presunção de culpa estatal são discussões de fundo: “particularmente no direito brasileiro, aceito o princípio da responsabilidade civil do Estado, ainda não se definiram satisfatoriamente os exatos parâmetros que a determinam, enquanto a chamada responsabilidade objetiva se apresenta como um lençol amorfo sob o qual se acotovelam doutrinas nem sempre conciliáveis como a da presunção absoluta ou relativa da culpa, do risco criado, do risco-proveito, do risco administrativo, do risco integral, da falha administrativa, da socialização do dano e sua degeneração em risco-seguro.”³⁶⁴

Nessa esteira, Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona que, independentemente da teoria do risco ou da presunção da culpa, é no nexo causal que repousa o fundamento da responsabilidade civil do Estado. “Todos parecem concordar em que se trata de *responsabilidade objetiva*, que implica averiguar se o dano teve como *causa* o funcionamento de um serviço público, sem interessar se foi regular ou não. Todos também parecem concordar que algumas circunstâncias excluem ou diminuem a responsabilidade do Estado.”³⁶⁵ Donde se depreende que aos tribunais é permitida a exclusão ou mitigação da responsabilidade objetiva estatal por fatores voluntários ou involuntários (por exemplo, caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva do prejudicado) que tenham causado o dano, inexistindo o nexo, elemento essencial, que junto com a ação ou omissão e o prejuízo, caracterizam a responsabilidade objetiva.

Ainda Yussef Cahali: “ademais, a nossa estrutura estatal, nas pegadas do Direito alienígena decompôs desmensuradamente aquela unidade originária, cometendo certas atividades fundamentais, que lhe são próprias, ao exercício de uma plêiade diversificada de novas entidades criadas por lei, dotando-as o Estado de uma contextura híbrida, pela sujeição concomitante à disciplina das pessoas jurídicas de direito públicos e de direito privado. Assim, se parece tranqüila a sujeição das autarquias ao disposto no art. 37, §6º, da Constituição de 1988, que dizer-se a respeito daquela gama de entidades outras, que compõem o prolixo quadro dos

³⁶⁴ CAHALI, Youssef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1995. Pág. 13.

³⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. nº 14. Pág. 359.

órgãos da Administração indireta e organismos paraestatais,...”³⁶⁶ A doutrina ainda não é uníssona quanto à natureza da responsabilidade dessas instituições.

Eros Roberto Grau, assevera que as normas-objetivo “em verdade, compõem os instrumentos normativos que operam a transformação de fins sociais e econômicos em *jurídicos*”, sendo certo que o desatendimento de seus preceitos pelo Estado implica, para o autor, a nulidade dos atos decorrentes da norma infringida, assim como a “responsabilidade do Estado – seja do Executivo, seja do próprio legislativo, quando o caso – por tanto.”³⁶⁷ Nessa mesma linha de pensamento seguem Fabio Konder Comparato e Celso Antonio Bandeira de Mello.

Algumas questões sobre a responsabilidade do Estado ainda se nos afiguram sem respostas.

A primeira pergunta é no tocante à natureza solidária ou subsidiária da responsabilidade estatal frente às organizações do Terceiro Setor, especialmente as que possuem títulos ou qualificações atribuídas por órgãos do Estado, os quais prevêm, inclusive, formas de contratação específica e sem licitação, bem como aquelas que têm convênios ou contratos firmados com o Poder Público, ou aquelas que recebem algum tipo de auxílio, subvenção ou benefício fiscal para o desempenho de funções de interesse público.

Outra pergunta que nos resta sem resposta é quanto à existência ou inexistência de responsabilidade do Estado pelos Certificados de Responsabilidade Social outorgados pelo Poder Público.

Por derradeiro, questionamo-nos quanto à viabilidade da responsabilidade do Estado pelas políticas públicas frente à participação popular e ao controle pela Agência de Participação e Controle Social.

CAPÍTULO 5 – MERCADO E TERCEIRO SETOR

³⁶⁶ CAHALI, Youssef Saïd. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1995. Pág. 14.

³⁶⁷ GRAU, Eros Roberto. *Direito Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. Pág. 153.

5.1. AS INFLUÊNCIAS DO NEOLIBERALISMO E DA GLOBALIZAÇÃO

Os termos neoliberalismo e globalização são comuns, amplamente repetidos nas mais diversas rodas ou segmentos da sociedade. Nem por isso seus significados são uníssonos, valendo a ressalva do Professor Calmon de Passos, para quem “Nada mais traiçoeiro do que se acreditar saber o exato significado de palavras qualificadas como ‘corriqueiras’, de tão utilizadas no cotidiano. Quando paramos para refletir ou somos questionados, verificamos saber menos sobre elas do que sabemos a respeito das que se mostram raras sofisticadas e esotéricas.”³⁶⁸

A expressão neoliberalismo pode ser empregada de várias formas, por vezes, até, contraditórias. Para uns, neoliberalismo significa uma corrente de pensamento, uma ideologia. Para outros, neoliberalismo é um movimento intelectual organizado, um centro de geração de idéias e de programas de difusão. Finalmente, neoliberalismo pode significar um conjunto de políticas adotadas pelos governos a partir dos anos 70, propagadas pelo mundo por organismos internacionais, essencialmente o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional.

A palavra “liberal” na Europa indica um pensador ou político que defende idéias econômicas do livre mercado, critica a intervenção estatal e o planejamento, se opõe ao socialismo, à social-democracia e ao Estado do Bem-Estar Social. Já nos Estados Unidos da América, “liberal” é o intelectual ou o político alinhado aos pensamentos do Partido Democrata, que apóia a intervenção reguladora do Estado e a adoção de políticas de bem-estar social.

Todos esses significados pregam, em comum, o retorno a um modelo ideal, aos valores dos séculos XVIII e XIX, ao livre-cambismo, fase mais globalizada da economia mundial cujo regime monetário era o padrão ouro. O neoliberalismo é a ideologia do capitalismo na era do capital volátil, da liquidez da riqueza, é um

³⁶⁸ CALMON DE PASSOS, J.J. *Cidadania Tutelada*. Revista Eletrônica de Direito do Estado nº 5: Salvador, 2006.

meio de combate à regulação excessiva, ao socialismo, aos ditames do Estado do Bem-Estar Social.

A compreensão do neoliberalismo, nas suas multifacetadas concepções, exige a compreensão do liberalismo clássico, fonte dos ideários e base das escolas neoliberais. Adam Smith é a maior referência clássica do liberalismo, opositor dos regulamentos feudais, dos monopólios garantidos pelo Estado mercantilista e pelas corporações de ofício, defensor da livre iniciativa como forma de tornar o mundo mais justo, racional, eficiente e produtivo. Para o autor de “A Riqueza das Nações” publicada em 1776, são três as funções de governo: a manutenção da segurança interna e externa, a garantia da propriedade e dos contratos e a responsabilidade por serviços essenciais de utilidade pública, sendo essa última a que exige interpretação quanto à sua abrangência. “Segundo o sistema da liberdade natural, ao soberano cabem apenas três deveres (...): primeiro, o dever de proteger a sociedade contra a violência e a invasão de outros países independentes; segundo, o dever de proteger, na medida do possível, cada membro da sociedade contra a injustiça e a opressão de qualquer outro membro da mesma, ou seja, o dever de implantar uma administração judicial exata; e, terceiro, o dever de criar e manter certas obras e instituições públicas que jamais algum indivíduo ou pequeno contingente de indivíduos poderão ter interesse em criar e manter...”³⁶⁹

A expressão “mão invisível” do mercado cunhada por Adam Smith se tornou a fórmula preferida dos economistas liberais, pela sua simplicidade: uma vez eliminados todos os sistemas, sejam eles preferenciais ou regulatórios, instala-se naturalmente o sistema da liberdade, em que os indivíduos buscam livremente seus próprios interesses, concorrendo, cada qual a seu modo, sempre dentro dos limites da lei e da justiça. A ordem política liberal consolida-se no binômio: o poder político, tanto a intervenção estatal como o acesso ao sufrágio devem ser limitados pela lei; e a liberdade individual na busca dos próprios interesses conduz ao ajustamento e à harmonia coletiva.

³⁶⁹ SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações – investigação sobre sua natureza e suas causas*. Vol. 02. São Paulo: Abril Cultural, 1993. Pág. 147.

David Ricardo³⁷⁰ estendeu a “mão invisível” para o mercado internacional em 1817, propondo a criação de uma divisão natural do capital e do trabalho das diversas sociedades globais, numa doutrina de vantagens recíprocas, que trazida para atualidade, bem poderia traduzir-se na recente previsão de Michael Reid: “Se a China está se tornando a fábrica do mundo e a Índia o escritório mundial de serviços, o Brasil será a fazenda do mundo – e possivelmente o centro de proteção ambiental.”³⁷¹

Mas o livre mercado preconizado por Adam Smith era uma realidade imposta precipuamente pela Inglaterra. Muitos países adotaram políticas de crescimento opostas ao liberalismo no século XIX, como a Alemanha, o Japão e os Estados Unidos da América, que utilizaram o apoio do poder público, a intervenção estatal e o protecionismo na implantação e fortalecimento da indústria e do comércio nacional, além dos serviços financeiros e de transporte público. Demais disso, o século XIX foi marcado por guerras e revoluções, por crises financeiras e de superprodução e pela disputa de grandes potências na corrida neocolonialista.

Nesse conturbado contexto mundial, abriu-se caminho para as filosofias regulatórias de intervenção estatal e as idéias liberais foram substituídas pela filosofia social de John Maynard Keynes, exposta na obra “Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda”, iniciada nos anos 20 e publicada em 1936. Segundo a doutrina keynesiana, cabia ao Estado manejar grandezas macroeconômicas, regulando empregos e investimentos, controlando as oscilações e moderando as crises econômicas e sociais, possibilitando a convivência do capitalismo com um setor público forte, com as negociações sindicais, a seguridade social, as políticas de renda. A filosofia que inspirou o Estado do Bem-Estar Social vigorou por aproximadamente trinta anos, essencialmente durante a reconstrução e desenvolvimento dos países no pós-guerra.

No início dos anos 70 autoridades mundiais anunciaram mudanças, impulsionadas por um período de estagnação e de inflação, em que algumas moedas já não eram

³⁷⁰ RICARDO, David. *Princípios de Economia Política e Tributação*. São Paulo: Abril, 1992.

³⁷¹ REID, Michael. *Forgotten Continent: The Battle for Latin America's Soul*. 1ª edição. New Haven: Yale University Press, 2008. (tradução livre)

mais automaticamente convertidas em ouro e cresciam mercados financeiros paralelos, à margem das regulações, além da sobrecarga do Estado, que levava à ingovernabilidade. E o que parecia improvável aconteceu. As idéias liberais clássicas começam a ser retomadas, redesenhadas e rediscutidas, com o objetivo de dar maior efetividade e operabilidade aos serviços públicos, de privatizar empresas estatais demasiadamente inchadas e engessadas e diminuir a interferência estatal na esfera privada por meio de novo regramento, mais aberto, mais flexível, permeável às dinâmicas do mercado e aos meandros da nova conformação social. O Estado provedor que buscava proteger o cidadão acabou por se tornar ineficaz e demasiadamente assistencialista, argumentavam os neoliberais das três grandes escolas: a escola austríaca, liderada por Friederich August Von Hayek, a escola de Chicago e a escola de Virgínia ou “public choice”, todas balizadas no resgate do ideário liberal, adaptado ao novo cenário mundial globalizado³⁷².

Nessa seara, os Estados mundiais vêm sofrendo inúmeras transformações desde os anos 80, especialmente com o avanço do processo de globalização, com os novos contornos e exigências sociais de democratização, com a falência do modelo do socialismo real, com o crescimento da sociedade de informação e das tecnologias de comunicação mundial, que implicam numa nova concepção de tempo e de espaço. Esse fenômeno, nunca ocorrido na história da humanidade nessa dimensão e nessa velocidade, decorre do célere intercâmbio global de informações e de influências recíprocas, que afetam não só governantes ou grandes líderes, como também os indivíduos, interferem no seu cotidiano, nos níveis de emprego, renda e bem-estar das coletividades.

³⁷² O livro “Caminhos da Servidão” de Friederich August Von Hayek publicado em 1944, tido como a “bíblia” do neoliberalismo, pregava a evolução espontânea das Ciências, em particular da Economia e do Direito; promovia que a liberdade do mercado propiciaria a acomodação dos interesses à conformação da sociedade, resgatando, de certa forma, a ‘mão invisível’ concebida pelo liberal Adam Smith. Entretanto, o modelo adotado foi o de John Maynard Keynes, que entre a Primeira e a Segunda Guerra Mundial, quando do “crack” da Bolsa de Nova York em 1929, formulou sua “Teoria Geral”, cuja conseqüência foi a instituição do *Welfare State* – Estado do Bem-Estar Social, um Estado provedor em todas as áreas, capaz de proporcionar condições básicas para o desenvolvimento da sociedade. Os ditames do neoliberalismo seriam resgatados trinta anos depois, com a falência do “Welfare State” keynesiano, mas com as peculiaridades preconizadas pela escola de Chicago, abraçada por Milton Friedman, pela escola de Virgínia ou “public choice”, capitaneada por James M. Buchanan e Gordon Tullock e pela própria escola austríaca, encabeçada por Hayek, discípulo do antiestatista e anti-socialista Ludwig Von Mises e descendente das reflexões de Carl Menger. (nota da autora)

A globalização se encontra na terceira fase. A primeira, ocorrida durante a expansão mercantilista de 1400 a 1800. A segunda, caracterizada pelo expansionismo imperialista industrial do século XIX. O fim do comunismo, os avanços da tecnologia industrial e da economia digital, a desterritorialização, o envelhecimento da população mundial e os novos contornos da soberania, dada a configuração mundial como espaço político multipolar e sem poder hegemônico contribuem, sobremaneira, para os avanços da globalização, para a transformação do mundo.

Decisões tomadas internacionalmente e fora do controle estatal acabam por influenciar na vida das pessoas, a rotina das comunidades e até os rumos da nação³⁷³. Os “... indivíduos e os demais atores sociais vêm se sentindo co-responsáveis pelas mazelas do mundo globalizado. É esta semente de consciência que alimenta as diversas iniciativas (...) e que, portanto, dá sentido à reflexão (...) a promoção de uma sociedade mais justa e igualitária é um compromisso individual e interdependente de todas as relações sociais. Como cidadãos, assumimos obrigações éticas para com a nossa sociedade. E como seres humanos, indivíduos da mesma espécie, compartilhamos sentidos como sociabilidade, ética, unidade, irmandade. Apesar de serem o fundamento da nossa existência no mundo da perpetuação da nossa espécie, tais valores foram sendo esquecidos ou mesmo anulados pela prevalência da competitividade e individualismo do contrato social moderno.”³⁷⁴

Slavoj Žižek chama os adeptos dessa nova ordem mundial de “liberais comunistas”, parafraseando o jornalista francês Olivier Malnuit. “...liberais comunistas se vêem como verdadeiros cidadãos do mundo, pessoas boas que se

³⁷³ “Uma sociedade vai-se convertendo em nação à medida que é capaz de responder proativamente aos desafios que lhe apresenta a história. (...) Um dos grandes desafios do Terceiro Setor é encontrar um ponto orientador ao conjunto das múltiplas ações institucionais que executa (...) É o projeto de nação o que pode dar sentido, local e nacional às políticas e estratégias do Terceiro Setor.” José Bernardo Toro, “O Papel do Terceiro Setor em Sociedades de Baixa Participação” in IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 36.

³⁷⁴ Cláudio Bruzzi Boechat e Luisa Valentim Barros “O desafio da responsabilidade social empresarial: um novo projeto de desenvolvimento sustentável” in OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord.). *Terceiro Setor Empresas e Estado. Novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. Págs. 114 e 117.

preocupam. (...) Então, seu objetivo não é apenas ganhar dinheiro, mas mudar o mundo (e, dessa forma, como sub-produto, ganhar ainda mais dinheiro).”³⁷⁵, ironiza. As idéias neoliberais trouxeram seu preço em exclusão social, desestrutura da sociedade civil combativa e constrangimento econômico de liberdades individuais. E é por essa razão, segundo o filósofo esloveno, que os neoliberalistas defendem a responsabilidade social empresarial, não por culpa, e por consciência cidadã jamais, mas como forma eminentemente compensatória de reparar os danos causados pelas inescrupulosas práticas corporativas e garantir, assim, a sobrevivência das próprias empresas e a conquista de novos mercados, ávidos consumidores de seus inúmeros produtos e serviços. “A filantropia, atualmente, é a máscara humanitária que esconde a exploração econômica subliminar.”³⁷⁶ afirma.

A crítica ácida de Zizek ao neoliberalismo se baseia na lição de Etienne Balibar, para quem os neoliberalistas que defendem e exercitam práticas de responsabilidade social são, exatamente por essas práticas, os causadores dos danos que pretendem mitigar. A filósofa francesa distingue dois tipos opostos, mas complementares, de violência no mundo atual: a violência objetiva ou estrutural, inerente às condições sociais do sistema capitalista global, advindas, por exemplo, com as exclusões ou marginalizações do próprio sistema; e a violência subjetiva, decorrente de valores morais, religiosos, fanáticos ou fundamentalistas. Em que pese lutarem contra a violência subjetiva, os liberais comunistas são, justamente, os agentes da violência objetiva, que cria as condições para as explosões subjetivas de violência.

5.2 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

A função social da empresa advém da conscientização de que, além de agentes econômicos, responsáveis pela circulação de bens e serviços na sociedade e geradores de lucros, as empresas também são agentes sociais, geradores de receita

³⁷⁵ ZIZEK, Slavoj. *The Liberal Communists of Porto Davos*. Essen: Institute for Advanced Study in the Humanities, 2006. (tradução livre)

³⁷⁶ ZIZEK, Slavoj. *The Liberal Communists of Porto Davos*. Essen: Institute for Advanced Study in the Humanities, 2006. (tradução livre)

fiscal e tributária para o Estado, de emprego e renda, fornecedores de mercadorias ou serviços de primeira necessidade e investidores em tecnologia.

Assim sendo, “conscientes da nossa unidade e da força de nossas ações particulares podemos caminhar no sentido da transformação das atitudes individuais e coletivas em prol da equidade social.”³⁷⁷ E a equidade social preconizada por Amartya Sen³⁷⁸, é o princípio básico para o desenvolvimento, que só será atingido plenamente quando as pessoas tiverem poder e discernimento de fazer escolhas e tomar decisões com liberdade. O premiado Professor repisa que é preciso reconhecer o papel das diferentes formas de liberdade no combate aos males sociais. O desenvolvimento é visto como um processo de expansão das liberdades individuais, eliminação das privações que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer sua condição de agentes sociais.

A equidade social só será alcançada quando os indivíduos empoderados e a coletividade local ou global puderem exercer, plenamente, suas liberdades. Essa é, em nosso entendimento, a função social das empresas, promover o desenvolvimento social com equidade, por meio da livre circulação de riquezas.

A promulgação do novo Código Civil (Lei n° 10.406) em 2002 reacendeu a discussão sobre a função social dos institutos jurídicos, corolário da marcada tendência constitucional³⁷⁹. Sobre o princípio constitucional da função social, assevera Eros Grau constituir “dever de exercê-lo em benefício de outrem, e não apenas de não o exercer em prejuízo de outrem.”³⁸⁰

³⁷⁷ Cláudio Bruzzi Boechat e Luisa Valentim Barros “O Desafio da Responsabilidade Social Empresarial: Um Novo Projeto de Desenvolvimento Sustentável” in OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord.). *Terceiro Setor Empresas e Estado. Novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. Pág. 117.

³⁷⁸ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

³⁷⁹ Colecionamos alguns exemplos dessa tendência na Constituição Federal de 1988: solidariedade (art. 3º, inc. I); promoção da justiça social (art. 170, *caput*), livre iniciativa (art. 170, *caput* e art. 1º, inc. IV), busca de pleno emprego (CF/88, art. 170, inc. VIII), redução das desigualdades sociais (CF/88, art. 170, inc. VII), valor social do trabalho (CF/88, art. 1º, inc. IV), dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, inc. III) manifestação do Estado na intervenção do domínio econômico por direção (CF, art. 173 e 174).

³⁸⁰ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000. Pág. 259.

A função social da empresa surge, portanto, como princípio de um “mercado socialmente socializado”³⁸¹. Os dispositivos desse novo ordenamento ético-jurídico denunciam posição dinâmica pós-positivista, pelas concepções de direito compreensivo³⁸², de aproximação da justiça ao caso concreto, sempre com foco na equidade. É um Código preocupado e aplicável às futuras gerações.

O Código de 1916, de caráter privatista, individual e eminentemente patrimonial foi substituído por um diploma legal que prima pela socialidade ou coletividade, eticidade ou dignidade, pela operabilidade ou efetividade de suas disposições. A antiga predileção pela proteção patrimonial individual foi renovada pela supremacia da pessoa humana, individual e coletivamente considerada, pelo seu valor perante a sociedade. O perfil político-ideológico foi substituído pela preocupação social com o desenvolvimento coletivo, impondo, inclusive, deveres conexos, como cooperação, informação, probidade, correção e colaboração nas relações entre particulares.

Dos três princípios orientadores do novo Código Civil certamente o mais marcante é o princípio da socialidade, que faz “prevaler os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana”³⁸³ que norteia e influi em todas as relações humanas e interações com o meio. Segundo o Professor Miguel Reale, o senso social inserido no novo Código reflete as grandes mudanças ocorridas no século XX, detidamente a repressão militar, os conflitos sociais, as Grandes Guerras, a degradação ambiental e a evolução da tecnológica.

Já o princípio da eticidade atenua o rigorismo normativo, contrastando rigidez e formalidade à aproximação ao caso concreto, à realidade fática. “Não acreditamos na geral plenitude da norma jurídica positiva, sendo preferível, em certos casos, prever o recurso a critérios ético-jurídicos que permita chegar-se à ‘concreção jurídica’, (...)”³⁸⁴ justifica a flexibilização das regras, o autor do Projeto.

³⁸¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Função social da propriedade dos bens de produção*. Artigo publicado na Revista de Direito Mercantil nº 63. São Paulo, 1986. Pág. 76.

³⁸² Direito compreensivo é, para nós, quanto à sua aplicabilidade, direito flexível, juridicamente realizável, eticamente aceitável, socialmente justo.

³⁸³ REALE, Miguel. *Visão geral do projeto de Código Civil*. São Paulo, 2001.

³⁸⁴ REALE, Miguel. *Visão geral do projeto de Código Civil*. São Paulo, 2001.

O princípio da operabilidade, que conclui a tríade principiológica do novo Código, traz em seu bojo a idéia de que o Direito é feito para ser efetivado, para ser exercido, para ser operado. “Concretude, que é? É a obrigação que tem o legislador de não legislar em abstrato, para um indivíduo perdido na estratosfera, mas, quanto possível, legislar para o indivíduo situado (...)”³⁸⁵ quer dizer, atender às situações sociais concretamente pautadas.

Neste contexto, o Código Civil de 2002 deu à empresa o maior alcance social possível. Destacamos, contudo, que essa inserção não é inédita no ordenamento jurídico pátrio, pois a função social da empresa, já contava com previsão expressa desde 1976, no texto da Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76, arts. 116, parágrafo único e 154)³⁸⁶, seguido pela “regra da razão” da Lei Antitruste (arts. 20 e 21 da Lei n° 8.884/94) e pela Lei da Propriedade Industrial (Lei 9.279/96, art. 195), que tipifica crimes de concorrência desleal.

Sobre os ditames da Lei das Sociedades Anônimas comenta o Professor Fabio Konder Comparato que “a lei reconhece que, no exercício da atividade empresarial, há interesses internos e externos que devem ser respeitados: não só os das pessoas que contribuem diretamente para o funcionamento da empresa, como os capitalistas e trabalhadores, mas também os interesses da ‘comunidade’ em que ela atua”³⁸⁷ Ao que complementa Modesto Carvalhosa: “Tem a empresa uma óbvia função social, nela sendo interessados os empregados, os fornecedores, a comunidade em que atua e o próprio Estado, que dela retira contribuições fiscais e parafiscais. Considerando-se principalmente três, as modernas funções sociais da empresa. A primeira refere-se às condições de trabalho e às relações com seus empregados (...) a segunda volta-se ao interesse dos consumidores (...) a terceira volta-se ao interesse dos concorrentes (...). E ainda mais atual é a preocupação

³⁸⁵ REALE, Miguel. *Visão geral do projeto de Código Civil*. São Paulo, 2001.

³⁸⁶ “Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da **função social da empresa**” e “Art. 116, parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua **função social**, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.” (grifamos)

³⁸⁷ COMPARATO, Fabio Konder. *A Reforma da Empresa*. São Paulo: Saraiva, 1990. Pág. 44.

com os interesses de preservação ecológica urbana e ambiental da comunidade em que a empresa atua.”³⁸⁸

No mesmo sentido, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) determinou a responsabilidade empresarial pela prestação de serviços, fornecimento e qualidade dos produtos, reconhecendo a função social da empresa ao estabelecer finalidades sociais e a obrigação de promover a proteção e coibir a degradação ambiental. Fábio Ulhôa Coelho assevera que no conceito de fornecedor está compreendido o de empresário: “O conceito de empresário, núcleo do moderno direito comercial, está compreendido no de fornecedor. Todo empresário é fornecedor. Desse modo, os deveres e responsabilidades previstos pelo CDC para os fornecedores são também pertinentes aos empresários nas suas relações com os consumidores.”³⁸⁹

O Direito do Trabalho também busca a realização da função social da empresa, pois, atualmente, os indivíduos ocupam a maior parte do seu tempo no trabalho, ou seja, no estabelecimento empresarial. Com a valorização do trabalho e a busca do pleno emprego, possibilita-se ao indivíduo o pleno desenvolvimento de sua personalidade, reduzindo-se as desigualdades sociais, elevando-se a dignidade da pessoa humana.³⁹⁰ Além da geração de empregos, as empresas são responsáveis pelo recolhimento de tributos entregues ao Estado para gerir a máquina pública em benefício dos indivíduos e das próprias empresas, movimentando a economia.

David Grayson e Adrian Hodges defendem a idéia de que uma empresa socialmente irresponsável é economicamente inviável. Segundo os autores, as empresas valem cada vez mais pela sua cultura organizacional, pelo seu comportamento corporativo. E os consumidores buscam identificação com a ideologia corporativa, a forma como a empresa trata o ambiente, cuida de seus colaboradores, elege fornecedores, valoriza a comunidade e atende seus consumidores, enfim, suas iniciativas para melhorar a sociedade. Para os autores o

³⁸⁸ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Vol. 03. São Paulo: Saraiva, 1977. Pág. 237.

³⁸⁹ COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999. Pág. 82.

³⁹⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 12ª edição. São Paulo: LTR, 1999.

comportamento empresarial deixou de ser apenas “um diferencial competitivo e se tornou questão de sobrevivência para as empresas”³⁹¹.

Neste diapasão os índices de sustentabilidade empresarial³⁹² contribuem para conscientizar e disseminar práticas corporativas com preocupações ambientais e atenção social, na medida em que abrem novas oportunidades de negócios no mercado financeiro. Também a “governança corporativa”, termo definido pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa - IBGC e pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM como o “sistema pelo qual as sociedades empresárias são dirigidas e monitoradas, envolvendo os relacionamentos entre acionistas/cotistas, conselho de administração, diretoria, auditoria independente e conselho fiscal. As boas práticas de governança corporativa devem ter a finalidade de aumentar o valor da empresa, facilitar seu acesso ao capital e contribuir para a sua perenidade”³⁹³ demonstra essa mudança de cultura dos agentes do mercado. Há, ainda, fundos de investimento socialmente responsável, preocupados com o chamado “risco de ética”, como o Fundo Ethical ou o Excelência Social, em que pese o grande desconhecimento dessa modalidade de investimento financeiro no Brasil. Outra iniciativa social na área financeira é a Bolsa de Valores Sociais (BVS), lançada pela BOVESPA em 2006, cujo objetivo principal é estabelecer um ambiente de criação de valor que propicie o apoio a projetos sociais, por meio da apresentação de programas sociais para o mercado investidor na busca de recursos. Já a Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&F) realizou em setembro de 2007 o primeiro leilão de Reduções Certificadas de Emissões (RCE), créditos de carbono decorrentes de projetos do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), atitude pioneira nessa área.

Sendo assim, a ideologia comportamental da empresa está diretamente ligada à longevidade de seus negócios. A saúde empresarial reside, justamente, nas suas reservas, que devem ser prioritárias em relação aos dividendos. A busca pelo lucro

³⁹¹ GRAYSON, David e HODGES, Adrian. *Compromisso Social E Gestão Empresarial*. São Paulo: PubliFolha, 2002. Pág. 300.

³⁹² Índice de Sustentabilidade Empresarial (ISE) da Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA) lançado em dezembro de 2005 seguindo o Dow Jones Sustainability Indexes criado pela Bolsa de Nova Iorque em 1999. O ISE conta com carteira composta por 40 empresas selecionadas com metodologia da Fundação Getúlio Vargas e apoio financeiro do International Finance Corporation (IFC).

³⁹³ Fonte: Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC – www.ibgc.org.br

é importante para o empresário e essencial para a boa prática corporativa, mas as reservas são imprescindíveis para o trabalho, e para a organização em si mesma, para os demais componentes do mercado.

Para conceituar corretamente a função social da empresa, segmentamos a expressão: definimos, primeiramente, o que é empresa; depois, traçamos o preceito de função social a partir da definição de função, e, só então, apresentamos o conteúdo completo deste princípio norteador do mercado.

O código italiano de 1942 adotou a teoria da empresa, mas não formulou o respectivo conceito jurídico, outorgando tal tarefa aos doutrinadores, sendo de Alberto Asquini³⁹⁴ o mais conhecido e adotado mundialmente. Sua visão multifacetada da empresa propõe uma divisão em quatro perfis: subjetivo (o empresário), funcional (a atividade empresarial), objetivo ou patrimonial (o estabelecimento) e corporativo (colaboradores do exercício da atividade). “Pelo primeiro, a empresa é vista como empresário, isto é, como o exercente da prestação de serviço autônoma, de caráter organizativo e com assunção de risco. Pelo perfil funcional, identifica-se a empresa à própria atividade. O terceiro perfil corresponde ao patrimônio aziedal ou estabelecimento. E, por fim, pelo perfil corporativo, ela é considerada uma instituição, na medida em que reúne pessoas – empresário e seus empregados – com propósitos comuns.”³⁹⁵

Modernamente, Fabio Ulhôa Coelho define que “Empresa é a atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou serviços.”³⁹⁶. Waldírio Bulgarelli defende que “a empresa expressa-se através de três conceitos básicos, o empresário, o estabelecimento e a atividade”³⁹⁷. José Edwaldo Tavares Borba define empresa “como sendo a estrutura fundada na organização dos fatores de

³⁹⁴ ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. Tradução de Fábio Konder Comparato. Artigo publicado na Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro nº 104, vol. 35. São Paulo, 1996. Pág.26.

³⁹⁵ COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. 7ª edição, vol. 01. São Paulo: Saraiva, 2003. Pág. 18.

³⁹⁶ COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. 7ª edição, vol. 01. São Paulo: Saraiva, 2003. Pág.16.

³⁹⁷ BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades Comerciais: Empresa e Estabelecimento*. 5ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 1993. Pág. 28.

produção (natureza, capital e trabalho) para criação ou circulação de bens e serviços”.³⁹⁸

Assentado o conceito de empresa, seguimos para a definição de função e, por consectário, função social. Fábio Konder Comparato ensina que: “Função, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. Algumas vezes, interessados no exercício da função são pessoas indeterminadas e, portanto, não legitimadas a exercer pretensões pessoais e exclusivas contra o titular do poder. É nessas hipóteses, precisamente, que se deve falar em função social ou coletiva. (...) em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos.”³⁹⁹

Essa visão é complementada por Calmon de Passos que leciona: “Eis o que para mim é função - um atuar a serviço de algo que nos ultrapassa. Função social, conseqüentemente, pode ser entendida como o resultado que se pretende obter com determinada atividade do homem ou de suas organizações, tendo em vista interesses que ultrapassam os do agente. Pouco importa traduza essa atividade exercício de direito, dever, poder ou competência. Relevantes serão, para o conceito de função, as conseqüências que ela acarreta para a convivência social. O modo de operar, portanto, não define a função, qualifica-a.”⁴⁰⁰ Ou seja, o direito privado incorpora o condicionamento do poder a uma finalidade, típico do direito público.

Desta forma, a função social da empresa é desempenhar as atividades corporativas, por meio da livre circulação de riquezas, com atenção e promoção do desenvolvimento equitativo da sociedade. Assim, a função social incide na prática empresarial, na medida em que a empresa é vista como órgão gerador de emprego

³⁹⁸ BORBA, José Eduardo Tavares. *Teoria da Empresa - um retorno ao critério subjetivo*. Artigo publicado na Revista dos Tribunais, ano 90, nº 783. São Paulo, 2001. Pág. 26.

³⁹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990.

⁴⁰⁰ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Função social do processo*. Artigo publicado na Revista Forense, vol. 343. Rio de Janeiro, 1998.

e renda, viabilizador da circulação de bens e serviços, contribuinte do Estado e estabilizador da economia, quando busca equilíbrio entre interesses de mercado e atendimento de necessidades sociais.

Destarte, a função social não pode ser encarada como algo exterior à empresa, mas sim, como elemento integrante de sua própria estrutura, não como atividade limitativa, mas como exercício conformativo. Cumpre sua função social a empresa societariamente responsável, aquela que respeita todas as normas positivas e consuetudinárias de mercado. É socialmente responsável a empresa consciente, que além de seguir as regras da boa prática empresarial, age de acordo com o interesse social. E o interesse social, em nosso ver, ultrapassa o simples consenso da maioria, ou seja, a concordância de todos ou quase todos com uma determinada decisão, para traduzir-se no consentimento da maioria, na moderna concepção da sociocracia⁴⁰¹, em que as decisões são tomadas sempre dentro do nível de tolerância de todos, são decisões com as quais todos podem viver e respeitar.

Com bem afirmou Marcos Paulo de Almeida Salles, a “empresa não pode ser corolário de filantropia e nem de selvageria, mas apenas deve ser a contribuição privatista para o desenvolvimento social, mediante a reunião dos fatores produtivos.”⁴⁰²

5.3 RESPONSABILIDADE SOCIAL: MUITO ALÉM DA FILANTROPIA

Toda manifestação humana traz em si uma responsabilidade. A responsabilidade jurídica consiste na constatação de uma transgressão e da respectiva atribuição de uma sanção ao fato causador do dano juridicamente apreciável. Essa sanção, consequência prevista no ordenamento jurídico para a violação ocorrida, pode ser

⁴⁰¹ Sociocracia é um sistema de governança com estruturas e processos. Idealizado pelo professor holandês Kees Boeke, no final na Segunda Guerra Mundial, o sistema sociocrático foi desenvolvido por um de seus alunos, o engenheiro Gerard Endenburg, que se baseou na cibernética, ciência do direcionamento, para estruturá-lo e criar seus processos. Para a sociocracia, as pessoas devem organizar-se de maneira que a dinâmica do poder não esteja concentrada nas mãos de uma ou de algumas delas, mas que o poder seja sempre direcionado para os focos de entendimento comum, eleitos por meio do consentimento de todos e não pelo simples consenso da maioria. É um conceito de renovação contínua, que exige adaptações externas e internas.

⁴⁰² SALLES, Marcos Paulo de Almeida. *A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual*. Artigo publicado na Revista de Direito Mercantil nº 119. São Paulo: Malheiros, 2000. Pág. 107.

de natureza retributiva, isto é, aplicada em caráter punitivo privativo ou restritivo pelo cometimento de ato típico penal; disciplinar, no âmbito administrativo; civil, aplicada com o intuito da reparação do dano. A responsabilidade jurídica é, portanto, gênero do qual a responsabilidade administrativa, civil e penal, são espécies.⁴⁰³ René Savatier conceituava a responsabilidade civil como “a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam.”⁴⁰⁴

A responsabilidade política, igualmente prevista em normas jurídicas, constitucionais e ordinárias, reguladoras dos casos de incidência e procedimento para apuração e julgamento, tem, como sanção principal, a perda do cargo, havendo, também, a possibilidade de interdição do exercício de outra função pública, por tempo determinado. Trata-se de resposta social aos desvios de condutas e transgressão de regras de comportamento público ou particular de pessoa pública.

A responsabilidade social parte da filantropia, perpassa a sustentabilidade, valoriza a ética, prioriza a transparência, fomenta a participação democrática, firma direitos coletivos e políticos, assenta a cidadania.

A prática filantrópica é ação altruísta e desprendida. A palavra vem do grego e significa “amor à humanidade”. A filantropia⁴⁰⁵ difere do “desenvolvimento social”⁴⁰⁶, que significa o conjunto de ações sociais tradicionalmente atribuídas ao Primeiro Setor, o Estado. As ações filantrópicas são conhecidas e exercidas desde sempre pela sociedade, consubstanciadas em atividades individuais, precipuamente assistencialistas e pontuais, sem qualquer continuidade,

⁴⁰³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas*. Artigo publicado na Revista *Ajuris* vol. 24, nº 70. São Paulo, 1997. Págs. 07 a 33.

⁴⁰⁴ SAVATIER, René. *Traité de la responsabilit *. Vol. I, n. 1. Paris: 1939. (tradução livre)

⁴⁰⁵ “... a filantropia – o amor ao próximo leigo, geralmente expresso por donativo pecuniário do rico ao pobre, ou às obras que têm como objetivo beneficiar as chamadas classes menos favorecidas. A filantropia se enquadra certamente no Terceiro Setor, mas não o esgota.” Roberto Paulo César de Andrade, “Considerações de Fim de Século” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 75.

⁴⁰⁶ “José Mindlin, empresário, chega mesmo a afirmar que ‘a empresa não é um fim em si mesma, e sim um instrumento de desenvolvimento social’”. Antonio Carlos Martinelli, “Empresa-Cidadã: Uma Visão Inovadora para uma A o Transformadora” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 81.

planejamento ou análise crítica dos beneficiários ou dos respectivos resultados. Originalmente atreladas às missões religiosas, étnicas, de benemerência ou mecenato, a beneficiária principal dos filantropos são as comunidades carentes, a parcela excluída da sociedade, marginalizada, não alcançada pelo Estado e desinteressante para o mercado, do ponto de vista da obtenção de contrapartidas financeiras. Não obstante, espalharam-se nas empresas manifestações filantrópicas, igualmente circunstanciais e sem qualquer plano de ação, como modo de aliviar os impactos negativos de suas ações corporativas, eis que os efeitos dos negócios empresariais coincidiram com a origem das grandes desigualdades sociais e os danos ambientais⁴⁰⁷.

Entretanto, as transformações econômicas, políticas e sociais dos últimos quarenta anos afetaram o comportamento das empresas, até então acostumadas a priorizar unicamente a busca pelos lucros. Essa mudança ordenou uma reinvenção da conformação corporativa tradicional e uma renovação da sua cultura organizacional, respaldada nos novos anseios da sociedade moderna, atingindo diretamente as práticas de filantropia empresarial.

É importante lembrar que transformações sempre existiram, só que lentas e graduais, dando tempo para adaptações. O que mudou nas últimas décadas foi a velocidade com que as transformações acontecem. As mudanças passaram a ser realidade permanente, ocorrendo dentro de uma mesma geração, em curtíssimos espaços de tempo. Com isso, o novo mundo e as novas perspectivas que se desenham a cada dia não são compreendidas adequadamente pelas organizações, especialmente pelas instituições públicas, cuja característica primordial é a burocracia, não com a conotação pejorativa recente, característica da morosidade e ineficiência da máquina estatal, mas aquele conceito idealizado por Frederick

⁴⁰⁷ O debate sobre o papel das empresas foi motivado pela deterioração dos ecossistemas, pela excessiva poluição, o que estimulou discussões acerca dos benefícios e malefícios da sociedade pós-industrial. A primeira grande mudança no comportamento corporativo ocorreu em 1962, quando a cientista Rachel Carson publicou o livro “Primavera Silenciosa”, que iniciou o movimento ambientalista global. O livro denunciou a depredação do meio ambiente e os males causados à saúde humana pelo uso de pesticidas químicos, com base em provas científicas. HUSNI, Alexandre. *Empresa Socialmente Responsável. Uma abordagem jurídica multidisciplinar*. São Paulo: Editora Quarter Latin, 2007.

Winslow Taylor⁴⁰⁸, que sugeria aplicar conhecimento ao trabalho, prescrever e formatar cada ato para atingir o máximo da eficiência no seu resultado.

Concordamos com César Busatto que as recentes mudanças econômicas, tecnológicas, culturais e comportamentais não têm sido absorvidas e processadas corretamente. Para tanto, é preciso “uma profunda transformação da forma de organização política e institucional das nossas sociedades para dar conta dessa transformação da vida que está acontecendo nesses últimos anos”⁴⁰⁹. Para o economista gaúcho, é da “incapacidade das nossas organizações econômicas e públicas de dar respostas às expectativas da sociedade, que nasce o imperativo da responsabilidade social.”⁴¹⁰ Ao que conclui Marcos Arruda: “(...) eis porque toda mudança institucional tem de ser acompanhada de transformações subjetivas e culturais, das nossas esferas mental, psíquica e espiritual, dos nossos valores, atitudes, comportamentos e modos de relação, pois só haverá novas instituições se houver novos sujeitos para construí-las e geri-las a serviço dos seus fins maiores.”⁴¹¹

Donde se depreende que o capital social, na acepção de Robert Putnam, é valor fundamental da responsabilidade social. Indivíduos conscientes, empoderados, são cidadãos responsáveis, cuja ação individual ou coletiva preza pelo desenvolvimento da humanidade e pelos rumos do planeta. Organizações privadas ou públicas nada mais são do que uma representação de um conjunto de indivíduos unidos por um ideal comum. Por essa razão, as ações de tais instituições devem refletir os objetivos e compromissos das pessoas que os compõem. Não se trata, no entanto, de uma via de mão única, mas de uma troca de atitudes e experiências, em que as organizações agem e os indivíduos reagem e vice-versa.

⁴⁰⁸ TAYLOR, Frederick Winslow. “The Principles of Scientific Management”, obra publicada em 1911.

⁴⁰⁹ César Busatto “Porque uma Lei de Responsabilidade Social” in OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord.). *Terceiro Setor Empresas e Estado. Novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. Págs. 39 e 40.

⁴¹⁰ César Busatto “Porque uma Lei de Responsabilidade Social” in OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord.). *Terceiro Setor Empresas e Estado. Novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. Pág. 45.

⁴¹¹ Marcos Arruda. “A responsabilidade social corporativa e economia solidária” in PORTO, Marta (org.). *Investimento privado e desenvolvimento: balanço e desafios*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Senac, 2005.

Assim, as práticas filantrópicas das empresas sofreram alterações, passando a ser encaradas como ferramenta estratégica de valorização da imagem e de fidelização do público consumidor; passando a ser praticadas com continuidade e planejamento; passando a trazer retornos positivos para os empresários, para seus empregados e para a sociedade.⁴¹²

A resistência à constatação de mudanças efetivas nas práticas empresariais, à “humanização” do mercado, cuja característica primordial sempre foi o desejo voraz por mais lucros, se deve, precipuamente, à aparente incompatibilidade entre a concorrência e o exercício corporativo com preocupações sociais. Mônica Corullon e José Predebon afirmam que a humanidade viveu desde sempre sob o signo da competição. Foi assim com o homem pré-histórico, que se organizava como clã para caçar, competindo com a natureza pela sobrevivência. Foi assim quando os homens passaram a se organizar para as guerras, competindo entre si por conquistas. As grandes navegações e a Companhia das Índias Ocidentais são bons exemplos. Mas ao lado dessa evolução competitiva, há uma outra vertente da história humana, que diz respeito à necessidade de convivência social. E é justamente dessa necessidade que brotam os sentimentos de solidariedade, de companheirismo, de fraternidade, de caridade, de compaixão, que geram doutrinas e pregações pela igualdade entre os homens e, curiosamente, o fim da competição. Foi assim com os cristãos, com os movimentos messiânicos, com os socialistas utópicos do século XVIII, com as correntes anarquistas e, naturalmente, com o socialismo científico, que resultou na mais ampla tentativa de construir uma sociedade planejada, imune às leis do mercado, isenta de competição. O fracasso dessa tentativa acabou por comprovar que a competição é mesmo inerente ao gênero humano, sem que, com isso, deixemos de ser solidários. Conciliar as duas vertentes é uma das grandes tarefas do nosso tempo.⁴¹³

⁴¹² “É preciso, sim, um esforço concentrado de todos os atores sociais para vencer a fragmentação e evitar que o campo social do País seja caracterizado pela soma de projetos bem intencionados, mas que não convergem para estruturar processos maduros e articulados que sejam capazes de superar nossos principais problemas: a enorme concentração de renda e de ativos socioculturais, a melhoria dos serviços ofertados na esfera pública, a qualidade da educação.” PORTO, Marta (org.). *Investimento privado e desenvolvimento: balanço e desafios*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Senac, 2005. Pág. 13.

⁴¹³ CORULLON, Mônica e PREDEBON, José. *Quem precisa do Terceiro Setor?* Artigo publicado no website <http://www.portaldovoluntario.org.br>.

Outro aspecto importante na composição do mercado é o consumidor. Percival Caropreso defende que já foi o tempo em que gerações de consumidores faziam suas escolhas e definiam suas preferências de compra por produtos a partir de atributos de superioridade funcional, de promessas objetivas de desempenho. Segundo o publicitário, isto se devia ao fato de o consumidor ser visto pelo mercado apenas como personagem demográfico, concreto e unidimensional. Sucessoras dos produtos, as marcas passaram a ser apresentadas pelo mercado aos consumidores com outro tipo de promessa, baseada em valores emocionais, o que demonstrou uma visão expandida do consumidor: um ser psicográfico, visto com perspectiva, com vontades e ambições, com medos e angústias. Hoje em dia, nem as promessas concretas dos produtos, tampouco as seduções abstratas das marcas são suficientes para satisfazer o consumidor, que não é mais ser demográfico, nem psicográfico, e ser social, é cidadão. É crescente nas novas gerações de consumidores a exigência por comprometimento social das empresas, por práticas regulares e engajamento de toda a sua cadeia produtiva. E, em nosso ver, a resposta do mercado a essa tendência de comportamento consumerista, incipiente, mas promissora, já começou a despontar. De um lado, algumas empresas, especialmente multinacionais, investindo na consolidação do seu nome empresarial junto ao público, não mais nas pulverizadas marcas de seus inúmeros produtos. Há clara tentativa de aproximação entre a empresa e o consumidor, por meio do estabelecimento da identificação ideológico-comportamental e da comunicação direta entre a corporação e seus clientes, colaboradores e fornecedores.⁴¹⁴ De outro lado, as ações de boicote a certos produtos ou a divulgação maciça de transgressões a direitos humanos e sociais, organizadas coletivamente com a ajuda da rede mundial de computadores, contra empresas

⁴¹⁴ “Agregar traços de responsabilidade social a uma marca não é tarefa para gente apenas de boa-vontade. Não se limita a ações pontuais de boa-fé, beneficentes, mecênicas, assistencialistas. A tarefa não pode ser entendida como um ponto da agenda da Presidência ou da Vice-Presidência Corporativa, uma atividade institucional da empresa. Se não impregnarmos uma marca e sua imagem com ações de responsabilidade social por uma questão de consciência, então que seja por interesses de negócios. Se não for por bom-mocismo, modismo politicamente correto ou incentivos fiscais, que seja por profissionalismo, por critérios e rigor técnicos. De uma forma ou de outra, é irreversível. Prefiro de uma forma do que da outra.” CAROPRESO, Percival. *Responsabilidade Social: se não for por consciência, que seja por rigor técnico*. Artigo publicado no website <http://www.portaldovoluntario.org.br>

que, inadvertidamente, exploram mão-de-obra infantil, escrava ou degradam o ambiente sem precaução ou reparação.

Gradualmente, as ações esporádicas de filantropia empresarial passaram a ser praticadas sob o modo contínuo, planejado e sustentável. O conceito de sustentabilidade, elemento essencial para a definição de responsabilidade social apresentada neste trabalho, foi proposto por pelo ambientalista Lester Brown na década de 90, que definiu comunidade sustentável como aquela que é “capaz de satisfazer às próprias necessidades sem reduzir as oportunidades das gerações futuras.”⁴¹⁵. O termo original, desenvolvimento sustentável⁴¹⁶, fora criado em 1987, durante a elaboração do Relatório Brundtland pela Comissão Mundial de Meio Ambiente e Desenvolvimento (UNCED) da Organização das Nações Unidas (ONU), que se apoiou no tripé (ou “triple bottom line”): “people, planet, profit”, isto é bem-estar social, ambiente saudável e viabilidade econômica. Desenvolvimento sustentável foi definido como o processo político-participativo para o alcance e a manutenção da qualidade de vida, seja nos momentos de presença de recursos, seja nos períodos de escassez ou ausência, por meio da cooperação e da solidariedade entre os povos e gerações.

Sustentabilidade é, portanto, um conceito sistêmico, relacionado à continuidade dos aspectos econômicos, sócio-culturais e ambientais da sociedade. A sustentabilidade provoca uma mudança de consciência das empresas, as quais passam a entender que a longevidade de suas atividades exige uma compreensão das dimensões sociais, ambientais e econômicas, no sentido de atender equilibradamente os interesses das diversas partes envolvidas, proporcionalmente às suas necessidades. O termo sustentabilidade está ligado à gestão empresarial, que consiste no planejamento, na integração e perenidade das atividades sociais. A sustentabilidade impinge às ações filantrópicas uma seqüência organizada e concatenada, um monitoramento e avaliação dos resultados, bem como a análise das externalidades e dos impactos das ações na comunidade para futuras adequações.

⁴¹⁵ TRIGUEIRO, André. *Meio Ambiente no Século XXI*. São Paulo: Paz e Terra, 2005. Pág. 19.

⁴¹⁶ “aquele que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as futuras gerações satisfazerem suas próprias necessidades” Fonte: www.brundtlandnet.com/brundtlandreport.

Neste contexto, o vocábulo “desenvolvimento” significa a permanente manutenção de articulações seletivas, por meio de dinâmicas sinérgicas, ou seja, de adaptações e adequações em relação aos meios de convívio. Não se confunde com o “crescimento”, que lhe é complementar, pois caracteriza a expansão quantitativa das estruturas ou funções, sem apreciar o aspecto qualitativo. Desenvolvimento é o crescimento com igualdade, é o crescimento com distribuição eqüitativa de recursos, na exata medida das necessidades individuais e coletivas desses mesmos recursos. “Crescimento exige material e energia. Desenvolvimento produz e se alimenta de interações, informação”⁴¹⁷ e transformação.

A palavra de ordem na atualidade é “ecodesenvolvimento”, mais um termo do peculiar vocabulário do Terceiro Setor, assim definido como o processo criativo de transformação do ambiente com a ajuda de técnicas ecologicamente prudentes, concebidas em função das potencialidades deste mesmo ambiente, o que faz impedir o desperdício dos recursos e cuida para que estes sejam empregados na satisfação das necessidades de todos os membros da sociedade, seja na geração presente, seja nas gerações futuras. Ressaltamos aqui, conforme ensinamento de um dos precursores da tutela coletiva no Brasil, Édis Milaré, que o conceito de ambiente já inclui o de meio, tornando a expressão meio ambiente redundante, sendo assim, ambiente é “... um conjunto de fatores naturais, sociais e culturais que envolvem um indivíduo e com os quais ele interage, influenciando e sendo influenciado por eles”.⁴¹⁸

Permitimo-nos breve digressão, para demonstrar o trajeto percorrido desde as antigas práticas de filantropia empresarial até o entendimento hodierno de responsabilidade social. Até meados dos anos 30, a responsabilidade social corporativa e o acesso à informação de cunho empresarial das grandes corporações eram desconhecidos, eis que pouco divulgados. A percepção comum era que o

⁴¹⁷ OLIVEIRA, Miguel Darcy. *Desenvolvimento como fortalecimento de capacidades O desenvolvimento a partir da comunidade. Do poço sem fundo das necessidades à valorização das capacidades*. Artigo publicado no website <http://www.comunitas.org.br>.

⁴¹⁸ MILARÉ, Edis. Curadoria do Meio-Ambiente, Cadernos Informativos da Associação Paulista do Ministério Público, São Paulo, 1988. Pág. 20.

desempenho da empresa deveria ser de acesso restrito para proteger os dividendos dos sócios. Grandes fortunas do capitalismo eram sigilosas quanto aos seus negócios e seus dados só eram divulgados por meio de instrumentos compulsórios de prestação de contas. Tal situação permaneceu inalterada até o período pós-guerra, quando o mundo, especialmente a Europa, a Ásia e a África estavam devastadas e uma nova política bipolar (EUA e URSS) surgia. Nem mesmo as tentativas substanciais do início do século XX lideradas pelos norte-americanos Andrew Carnegie, empresário do aço e pelos acadêmicos Charles Eliot, Arthur Hakley e John Clark⁴¹⁹, considerados, à época, “socialistas hereges”, por defenderem a inclusão de preocupações sociais nas atividades empresariais, conseguiram impor a idéia de que: se a sociedade civil levava o mercado à prosperidade, então essa prosperidade deveria se reverter, também, em benefício da sociedade civil, não só da sociedade empresarial.

Precusores da filantropia corporativa, os Estados Unidos⁴²⁰ estenderam suas práticas pelo mundo, especialmente após a publicação, em 1953, da obra “Responsibilities of the Businessman” de autoria de Howard Bowen, considerada o marco inicial do movimento pela responsabilidade social das empresas. Durante os anos 60 as preocupações ambientais começaram a ser levantadas internacionalmente e o Estado Provedor⁴²¹ era o ator principal do desenvolvimento⁴²², responsável pelo estabelecimento das políticas de

⁴¹⁹ Citados por DUARTE, Gleuso e DIAS, José. *Responsabilidade social: a empresa hoje*. Rio de Janeiro: Editora Livros Técnicos e Científicos, 1986. Pág. 41.

⁴²⁰ Concordamos com Ciro Torres, que “esse processo de envolvimento de empresas e empresários (norte-americanos) com ações sociais concretas tem parte das suas origens nas idéias de democracia liberal que buscavam, conforme ‘(...) John Stuart Mill e os liberal-democratas éticos que o acompanharam em fins do século XIX e inícios do século XX, uma sociedade empenhada em garantir que todos os seus membros sejam igualmente livres para concretizar suas capacidades.’ – (MACPHERSON, C. B. “A Democracia Liberal: Origens e Evolução” Rio de Janeiro: Zahar, 1978. Pág. 09). Ciro Torres. “A Responsabilidade Social das Empresas” in FREIRE, Fátima de Souza e TIBÚRCIO SILVA, César Augusto. *Balço Social: Teoria e Prática*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

⁴²¹ “Welfare State ou Estado de Bem-Estar Social pode ser entendido como o conjunto de práticas e instituições compensatórias desenvolvidas a partir da Segunda Guerra Mundial, tendo o Estado como agente principal na garantia da universalidade de direitos, bens e serviços.” Ciro Torres. “A Responsabilidade Social das Empresas” in FREIRE, Fátima de Souza e TIBÚRCIO SILVA, César Augusto. *Balço Social: Teoria e Prática*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

⁴²² O livro “Caminhos da Servidão” de Friederich August Von Hayek publicado em 1944, tido como a “bíblia” do neoliberalismo, pregava a evolução espontânea das Ciências, em particular da Economia e do Direito; promovia que a liberdade do mercado propiciaria a acomodação dos interesses à conformação da sociedade, resgatando, de certa forma, a ‘mão invisível’ concebida pelo liberal Adam Smith. Entretanto, o modelo adotado foi o de John Maynard Keynes, que entre a

crescimento econômico e pela distribuição dos respectivos resultados. Constatou-se, então, que essa distribuição deveria ser equitativa para que o desenvolvimento fosse integrado, uma vez que crescimento sem equidade era crescimento sem desenvolvimento.

Mas a crise do petróleo da década de 70 diminuiu drasticamente a capacidade dos Estados de atender às necessidades do processo de desenvolvimento, o que exigiu que as sociedades providenciassem alternativas. Concomitantemente, nasceram reivindicações pela ampliação da participação social, encorpando os movimentos sindicais e estudantis europeus, bem como as lutas pelos direitos civis norte-americanos e as manifestações contra as armas químicas utilizadas na Guerra do Vietnã. Direcionou-se maior atenção ao comportamento das empresas privadas, tanto comerciais quanto industriais. Com isso, cresceu a demanda por “accountability”, ou transparência empresarial, advinda inicialmente de países europeus, França (“Bilan Social” em 1972) e Reino Unido (“Corporate Report” em 1975), pioneiros na apresentação da “contabilidade social” de empresas, isto é, na publicação de relatórios de atividades socialmente responsáveis. Tal prática, aos poucos, foi sendo adotada mundialmente, paralelamente ao crescimento do interesse e do poder de aferição e cobrança, típicos da sociedade moderna.

O mercado mundial passou a atentar para o papel social que desempenha na comunidade, para sua responsabilidade social perante os públicos que atinge. Aliou à busca pelos lucros para engordar os cofres dos acionistas, ou “shareholders”, a contrapartida social, devida pela empresa aos envolvidos ou “stakeholders”⁴²³. A intervenção dos agentes privados passou a ser vista de outra

Primeira e a Segunda Guerra Mundial, quando do “crack” da Bolsa de Nova York em 1929, formulou a “Teoria Hegemônica do Capitalismo”, cuja consequência foi a instituição do *Welfare State* – Estado do Bem-Estar Social, um Estado provedor em todas as áreas, capaz de proporcionar condições básicas para o desenvolvimento da sociedade. Os ditames do neoliberalismo seriam resgatados trinta anos depois, com a falência do “Welfare State” keynesiano, mas com as peculiaridades preconizadas pela escola de Chicago, abraçada por Milton Friedman, pela escola de Virgínia ou “public choice”, capitaneada por James M. Buchanan e Gordon Tullock e pela própria escola austríaca, encabeçada por Hayek, discípulo do antiestatista e anti-socialista Ludwig Von Mises e descendente das reflexões de Carl Menger. (nota da autora)

⁴²³ Mais um exemplo de anglicismo. Criado em contraponto aos “shareholders” (os sócios ou acionistas das corporações), o termo “stakeholders” surgiu em 1963 em uma consultoria realizada pelo “Stanford Research Institute”, para descrever um grupo de pessoas e organizações que não eram sócios ou acionistas, mas que, de alguma forma, estava envolvido nas atividades empresariais, e cujo suporte era fundamental para a operacionalização e existência dos negócios,

maneira, já que a crise econômica e os altos índices de desemprego na década de 80 mostraram a incapacidade do modelo de Estado assistencial de proporcionar as garantias sociais compensatórias, necessárias para se contrapor aos malefícios causados pelo mercado capitalista. As empresas começaram a ser valorizadas pela sua capacidade de salvaguardar os empregos, valor essencial de socialização na realidade contemporânea. O papel do mercado vai além do econômico, tornando-se agente com preocupação social.

No Brasil o processo foi mais lento. No entanto, com o fim do regime militar e da repressão política, o país verificou uma explosão de organizações civis. O movimento de apoio à responsabilidade social ganhou impulso em nosso país a partir dos anos 80, em consequência da movimentação da sociedade civil, assim como do crescimento econômico não igualitário, diante da deficiência do Estado em suprir as severas demandas sociais. As empresas se envolveram com atividades sociais de maneira mais pró-ativa e passaram a incorporar um comportamento socialmente responsável. Em face disso, também entre nós cresceu a demanda por transparência e ética, não bastando atuar de forma responsável, exigindo-se a demonstração de resultados. Por essa razão, as corporações passaram a divulgar suas atividades sociais em relatórios corporativos das mais diversas formas e modelos.

O exercício da cidadania, até então reprimido, ganhou fôlego e a sociedade civil brasileira passou a exigir políticas de cunho social. A visão sobre desenvolvimento deixou de ser central e globalizante, para fomentar o desenvolvimento local e sem a dependência do Estado. “Pense globalmente, aja localmente” foi o lema que passou a ser seguido⁴²⁴. E dele decorre o forte movimento pela promulgação e

por conta, justamente, da sua participação ativa ou passiva, próxima ou distante, nas ações sociais promovidas pela empresa. Os “stakeholders” são, portanto, grupos de interesse, formados pelo chamado público interno (acionistas, clientes, fornecedores, empregados, prepostos, funcionários, terceirizados ou, mais genericamente, colaboradores da empresa) e pelo público externo, desde as famílias dos colaboradores, passando pela comunidade do entorno da empresa, as organizações de Terceiro Setor, até o próprio Estado, os entes políticos, a sociedade global e o ambiente.

⁴²⁴ “... o que Augusto de Franco chama de uma comunidade de projeto – uma comunidade que se une em favor de um projeto de melhoria da qualidade de vida e da convivência entre os seus humanos.” César Busatto “Porque uma Lei de Responsabilidade Social” in OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord.). *Terceiro Setor Empresas e Estado. Novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. Pág. 47.

implantação das Leis de Responsabilidade Social⁴²⁵, tema que será tratado com a devida especificidade mais adiante.

Presentemente, há o encorajamento à participação espontânea das iniciativas locais, pois a proximidade possibilita um gerenciamento comunitário mais ágil, facilitando a criação de um ambiente favorável ao desenvolvimento com igualdade de oportunidades, para que cada membro participe de seu próprio processo de desenvolvimento, defendendo seus interesses e controlando seu destino. É o cidadão empoderado tomando decisões sobre a sua qualidade de vida.

No mercado essa visão se revela na mudança da cultura organizacional, que também deve ocorrer de dentro para fora, ou seja, horizontalmente, com a participação de todos no diagnóstico dos problemas e nas sugestões de soluções e tomada de decisões. Os líderes devem funcionar como animadores das discussões, nunca como opositores ou instituidores únicos das idéias. Projetos de sucesso são criados em conjunto.

Dentro deste cenário, convivem atualmente no setor empresarial diferentes concepções de empresa: a empresa como negócio, cujo lema único é a obtenção de lucro; a empresa com visão social⁴²⁶, aquela societariamente responsável que pratica ações de investimento social privado⁴²⁷ e a empresa socialmente

⁴²⁵ “A lei é apenas um instrumento desse processo de mudança que a sociedade brasileira está a exigir. Um processo de mudança que fortaleça a dinâmica viva da sociedade, a capacidade da sociedade assumir o comando de um projeto de melhoria da qualidade de vida e dos padrões de convivência de cada comunidade.” Cezar Busatto “Porque uma Lei de Responsabilidade Social” in OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord.). *Terceiro Setor Empresas e Estado. Novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. Pág. 50.

⁴²⁶ “Em muitos casos, as empresas brasileiras acabaram por associar responsabilidade social à ação social, seja pela via do investimento social privado, seja pela via do estímulo ao voluntariado. Esse viés de contribuição, embora relevante, quando tratado de maneira isolada, coloca o foco da ação fora da empresa e não tem alcance para influenciar a comunidade empresarial a um outro tipo de contribuição, extremamente importante para a sociedade: a gestão dos impactos ambientais, econômicos e sociais provocados por decisões estratégicas, práticas de negócio e processos operacionais.” REIS URSINI, Tarcila e ORTEGA BRUNO, Giuliana. *A Gestão para a Responsabilidade Social e o Desenvolvimento Sustentável*. Artigo publicado na Revista da FAT (Fundação de Apoio à Tecnologia). São Paulo: Ed. Jun/Jul/Ago, 2005. Pág. 31.

⁴²⁷ “Investimento social privado é o repasse voluntário de recursos privados de forma planejada, monitorada e sistemática para projetos sociais, ambientais e culturais de interesse público. Incluem-se neste universo as ações sociais protagonizadas por empresas, fundações e institutos de origem empresarial ou instituídos por famílias ou indivíduos. A preocupação com o planejamento, o monitoramento e a avaliação dos projetos é intrínseca ao conceito de investimento social privado e um dos elementos fundamentais na diferenciação entre essa prática e as ações assistencialistas.

responsável, organização consciente, intrinsecamente social, que “opera sob uma concepção estratégica e um compromisso ético, resultando na satisfação das expectativas e respeito aos direitos dos parceiros. Com esse procedimento, acaba por criar uma cadeia de eficácia, e o lucro nada mais é do que o prêmio da eficácia.”⁴²⁸

Importante observar que a maioria dos estudos que tratam da conceituação do termo “responsabilidade social” traz a lume a definição e os elementos da responsabilidade social empresarial ou corporativa. E a explicação é simples: as empresas se consolidaram ao longo do século XX como o setor mais poderoso da sociedade. Das 100 maiores entidades econômicas do mundo, 48 são países e 52 são empresas. É um setor que dispõe de efetivo poder de transformação em contraposição ao modo burocrático de atuação estatal⁴²⁹. “Como agentes com tal poder de manobra, as empresas vêm reconhecendo que suas práticas têm impacto não só econômico financeiro, mas também social e ambiental, o que as impulsiona a minimizar os efeitos negativos de suas práticas, ao mesmo tempo em que procuram promover benefícios para um conjunto diverso de atores não envolvidos diretamente com os resultados financeiros imediatos de suas atividades comerciais.”⁴³⁰

Porém, a responsabilidade social não está limitada à atuação empresarial. Ao contrário, o conceito de responsabilidade social abarca, não só as corporações, mas o Estado e a sociedade, individualmente considerada e na esfera coletiva, bem

Diferentemente do conceito de caridade, que vem carregado da noção de assistencialismo, os investidores sociais privados estão preocupados com os resultados obtidos, as transformações geradas e o envolvimento da comunidade no desenvolvimento da ação.” GIFE Grupo de Institutos Fundações e Empresas <http://www.gife.org.br> criador do conceito de investimento social privado.

⁴²⁸ Antonio Carlos Martinelli, “Empresa-Cidadã: Uma Visão Inovadora para uma Ação Transformadora” in IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 83. Cidadania empresarial é a adaptação brasileira para a expressão “corporate philanthropy”, que denomina a prática usual das empresas norte-americanas de fazer doações caritativas. Ainda que mais comumente utilizada, adotamos o termo “empresa socialmente responsável” em detrimento da expressão “empresa-cidadã”, dada à imprecisão terminológica, em nosso entendimento, da palavra “cidadã” justaposta ao vocábulo “empresa”.

⁴²⁹ “Se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva como elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa.” COMPARATO, Fabio Konder. *A Reforma da Empresa*. São Paulo: Saraiva, 1990. pág. 03.

⁴³⁰ Cláudio Bruzzi Boechat e Luisa Valentim Barros “O desafio da responsabilidade social empresarial: um novo projeto de desenvolvimento sustentável” in OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord.). *Terceiros Setor Empresas e Estado. Novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. Pág. 133.

como, e acima de tudo, as relações entre todas essas partes entre si e suas interações com o meio, sempre de dentro para fora, da localidade convivente à sociedade globalizada. Responsabilidade social implica, portanto, em dinamismo e multilateralidade.

Para delinear o conceito de responsabilidade social com a amplitude que a expressão abarca, partimos da etimologia do vocábulo, cuja origem do verbo latino “responder”, significa responder, pelos atos praticados, pelas palavras proferidas, pelas palavras reduzidas a termo. Soma-se a definição de sustentabilidade, assim entendida como o dever de atender às dimensões sócio-culturais, econômicas e ambientais nas relações humanas entre si e interações com o ambiente, e à busca pelo equilíbrio entre interesses aparentemente contrapostos: “shareholders” e “stakeholders”, produção e conservação ambiental, competição e solidariedade. Adiciona-se a exigência de condutas pautadas na ética, manifestadas com transparência comportamental e documental por toda a cadeia produtiva, bem como com o envolvimento de todos os interessados ou participantes, característica do conceito de “responsabilidade social empresarial ou corporativa”⁴³¹. Alinhavamos o empoderamento social e político ao estímulo ao desenvolvimento de capacidades individuais e coletivas para a satisfação das necessidades gerais, para concluir que a responsabilidade social é a conscientização e o exercício pleno da cidadania pelos indivíduos nas suas multifacetadas relações com o mercado, o Estado ou o Terceiro Setor, na exata medida em que atuam e interagem uns com os outros, tanto na geração dos resultados desejados, como na administração dos impactos e das externalidades.

5.4 RECURSOS, CAPTAÇÃO OU REAPROVEITAMENTO?

Importante destacar que a responsabilidade social não reduz o mercado a uma fonte de recursos financeiros para obras sociais. Ao contrário, ainda que algumas

⁴³¹ “Responsabilidade social empresarial (ou corporativa) é a forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais ela se relaciona e pelo estabelecimento de metas empresariais compatíveis com o desenvolvimento sustentável da sociedade, preservando recursos ambientais e culturais para as gerações futuras, respeitando a diversidade e promovendo a redução das desigualdades sociais.” *A Gestão para a Responsabilidade Social e o Desenvolvimento Sustentável*. REIS URSINI, Tarcila e ORTEGA BRUNO, Giuliana. Artigo publicado na Revista da FAT (Fundação de Apoio à Tecnologia). São Paulo: Ed. Jun/Jul/Ago, 2005. Pág. 32.

empresas e instituições do Terceiro Setor preferam, equivocadamente, dar e receber contribuições financeiras como forma de praticar conduta socialmente responsável, doações em dinheiro não traduzem a complexidade do conceito de responsabilidade social. Recursos não significam somente dinheiro, proventos financeiros. São também recursos, as capacidades e energias individuais, bem como as relações e conexões coletivas que os indivíduos estabelecem entre si. O capital social, as relações de confiança e colaboração entre as pessoas, sua capacidade de associação e cooperação, as redes sociais, a solidariedade, a proteção e ajuda mútua existentes no interior da comunidade são recursos de suma importância para as ações sociais empreendidas tanto pelo Estado, como pelo mercado ou pelo Terceiro Setor conjunta e isoladamente.

Isto não quer dizer que os recursos financeiros, as doações ou competências externas não sejam necessárias às entidades do Terceiro Setor, porque o são, e muito. Contudo, a condição para sua boa utilização é a motivação e a mobilização da comunidade. Para isto, o ponto de partida deve ser sempre o levantamento das capacidades, dos recursos sociais existentes na comunidade, seja individualmente, seja transindividualmente. Quando as capacidades são enaltecidas, a influência sobre instituições para a escolha e implantação de programas sociais contribui efetivamente para o desenvolvimento da sociedade, fortalecendo-a, valorizando-a. O empoderamento fomenta as capacidades, viabiliza a satisfação das necessidades individuais e coletivas, gera efeitos positivos, impulsiona transformações e multiplica o aprendizado metaindividual.

Variadas e aprimoradíssimas técnicas de captação, temos que fontes públicas e privadas para recursos existem e que o volume é suficiente para patrocinar por completo importantes projetos sociais. A dificuldade reside no aproveitamento desses recursos, no seu investimento em experiências de sucesso que trarão um retorno à sociedade em volume maior, tanto econômico, quanto social. “Quando discutimos, portanto, nossas dificuldades de recursos para o social, de honrar compromissos, a não execução do orçamento, se olhamos esses números começamos a compreender que não é uma questão de falta de recursos, de

escassez de recursos. É uma questão de como esses recursos ao longo do tempo passaram a ser utilizados ...”⁴³²

5.5 O ADVENTO DAS LEIS DE RESPONSABILIDADE SOCIAL

As Leis de Responsabilidade Social ganham cada vez mais municípios brasileiros adeptos. Tidos como ousadia política mesmo pelos seus mais árdios defensores, o objetivo principal desses novos diplomas legais, que despontam de norte a sul do país desde 2003⁴³³, é regram o direcionamento dos gastos públicos para a área social, quebrando o paradigma da conformação dos investimentos sociais à lógica da estabilidade econômica, para subordinar o funcionamento da economia ao atendimento das necessidades socialmente relevantes.

A globalização, a liberalização financeira da economia mundial, a internacionalização das atividades econômicas limitaram sobremaneira as possibilidades de ação dos Estados, incitando uma nova conformação da soberania, erodindo o poder intervencionista em duas direções: para cima, na medida em que os Estados nacionais passaram a dividir competências ou internalizam determinações supranacionais como Pactos, Protocolos e Acordos Internacionais, diretrizes do G8, normas de Organizações Mundiais setorializadas, submetendo-se, inclusive, a julgamentos e decisões desses organismos internacionais, na tentativa de imunizar a parcialidade e eventuais corrupções nacionais; e para baixo, na medida em que competências foram transferidas às comunidades locais.

Miguel Darcy de Oliveira traz importante lição sobre o desenvolvimento como fortalecimento das capacidades locais e não como simples satisfação de necessidades, o que tem sido objeto de aprofundado estudo e sistematização pelo *Instituto de Desenvolvimento Comunitário com base em Ativos* da Universidade Northwestern dos Estados Unidos. A compilação de experiências bem sucedidas

⁴³² César Busatto “Porque uma Lei de Responsabilidade Social” in OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord.). *Terceiro Setor Empresas e Estado. Novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. Págs. 43 e 44.

⁴³³ A primeira Lei de Responsabilidade Social a estabelecer normas voltadas à responsabilidade social na gestão pública foi a Lei Municipal nº 2.567, de 12 de dezembro de 2003, do Município de São Sepé, Estado do Rio Grande do Sul, sancionada pela prefeita Júlia Maria Wegner Vargas.

de desenvolvimento local levou John McKnight e John Kretzmann, autores da obra *Construindo Comunidades de Dentro para Fora*⁴³⁴, a observar que há duas maneiras radicalmente diferentes de se olhar uma comunidade: a primeira, é a partir do que lhe falta, do que precisa ser feito, ou seja, enfatizando as deficiências e problemas que afetam a localidade; a segunda, e diametralmente oposta, é a partir do que existe nela, do que é capaz de fazer, ou seja, valorizando as pontecialidades dessa mesma comunidade. O olhar centrado nos problemas é habitual, quase automático; já a visão focada nas capacidades é exceção, mas muito mais viável a produzir solidariedade social e trazer melhorias na qualidade de vida. A partir do investimento nas capacidades das pessoas individualmente e coletivamente consideradas, exsurtem, espontânea e quase naturalmente, as soluções e o fortalecimento da comunidade. As necessidades e carências são reais, mas não são toda a realidade; a comunidade tem problemas, mas não é o problema. “Toda e qualquer pessoa tem capacidades, habilidades, dons. Uma vida feliz depende em boa medida da oportunidade que cada um tem de usar plenamente suas capacidades, desenvolver suas habilidades, compartilhar seus dons. Quando isso acontece, a pessoa se sente valorizada, confiante em si e capaz de um bom relacionamento com os outros. Comunidades vibrantes e empreendedoras são aquelas nas quais as capacidades dos seus integrantes são identificadas, valorizadas e utilizadas. Comunidades débeis, sem poder e iniciativa, são ambientes em que os talentos e aptidões de seus membros não são aproveitados.”⁴³⁵

As novas políticas de parceria entre o Poder Público municipal e o setor privado, Mercado ou Terceiro Setor, respondem às necessidades de reorientação do papel do Estado na atualidade. Transfere-se para as comunidades, em geral com a intermediação de organizações civis, atividades até então assumidas como de responsabilidade exclusiva estatal, particularmente na área social. A participação dessas organizações e de lideranças comunitárias em conselhos ou órgãos municipais de cooperação possibilita acesso a informações, e a colaboração

⁴³⁴ KRETZMANN, John P. e MCKNIGHT, John L. *Building Communities from the Inside Out: A Path Toward Finding and Mobilizing a Community's Assets*. Institute for Policy Research, Northwestern University: ACTA Publications, 1997.

⁴³⁵ OLIVEIRA, Miguel Darcy. *Desenvolvimento Como Fortalecimento de Capacidades. O desenvolvimento a partir da comunidade. Do poço sem fundo das necessidades à valorização das capacidades*. Artigo publicado no website <http://www.comunitas.org.br>.

popular na formulação de políticas públicas, na execução de ações planejadas e na avaliação dos resultados, em flagrante afirmação de cidadania. Assim, os municípios assumem papel relevante na conscientização e mobilização social, no planejamento e gestão de políticas públicas contribuindo de forma decisiva para o desenvolvimento municipal.

Assim, o advento das leis da responsabilidade social traduz o esforço da sociedade de restabelecer o diálogo entre as dimensões econômica, social e ambiental, de exigir um desenvolvimento que seja efetivamente sustentável e não apenas um crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) ou a manutenção de um equilíbrio macroeconômico, sem a preocupação ou a sua subsunção aos interesses sociais. É o resgate da ética na economia⁴³⁶ em que o funcionamento econômico está a serviço do bem comum e não unicamente dos interesses de valorização do capital. O arranjo social se torna mais público, pois o Estado se aproxima e dialoga com a sociedade e com o mercado, estabelecendo laços de cooperação público-privados, que compartilhem responsabilidades entre os diferentes atores sociais e que reforcem a solidariedade, dando origem a novas arquiteturas públicas, mais horizontais, mais integradas e descentralizadas, substancialmente democráticas e participativas.

Nesse aspecto, cabe ressaltar o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) publicado anualmente pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) desde 1990. A proposta do PNUD é analisar e constatar o avanço de uma população não apenas pela sua dimensão econômica, mas também por suas características sociais, culturais e políticas que influenciam diretamente a qualidade de vida humana.

O objetivo da elaboração do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) é oferecer um contraponto a outro indicador muito utilizado, o Produto Interno Bruto (PIB) *per capita*, que considera apenas a dimensão econômica do desenvolvimento. O IDH pretende ser uma medida geral, sintética e técnica, não constituindo método

⁴³⁶ KLIKSBURG, Bernardo. *Por uma Economia com Face Mais Humana*. 2ª edição. Brasília: Unesco, 2003.

de representação da “felicidade” das pessoas, nem indicador do “melhor lugar no mundo para se viver”.

O IDH vem-se tornando referência mundial, considerado índice-chave dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio das Nações Unidas e, no Brasil, tem sido muito utilizado pelo Governo Federal e por administrações municipais para a adoção de políticas públicas mais eficientes.⁴³⁷

Essas leis procuram reagir à consequência danosa da globalização, que subordinou as economias dos Estados à lógica econômica mundial, e fez com que as flutuações do mercado global passassem a influenciar nocivamente a vida das pessoas. “Estamos sendo, na verdade, pautados por determinações que estão totalmente fora dos interesses e objetivos da qualidade de vida, da melhoria do bem-estar da nossa gente, pautados por determinações de uma arena internacional baseada neste fluxo fabuloso de capitais que circulam pelo mundo e que exige que mantenhamos um equilíbrio macroeconômico para não sermos penalizados, prejudicados, eventualmente por uma fuga de capital mundial (...) ao mesmo tempo em que um equilíbrio macroeconômico está sendo penosamente conquistado, estamos deixando como saldo um desequilíbrio macrosocial preocupante”.⁴³⁸

Concordamos que a Lei de Responsabilidade Fiscal carece de um contraponto social, para remodelar as transferências orçamentárias, expurgar o clientelismo político e o assistencialismo estatal exacerbado, impor monitoramento, avaliação e controle social das políticas públicas. Porém, para nós, as leis de responsabilidade social não vêm somente para completar a lei de responsabilidade fiscal, mas para

⁴³⁷ <http://www.pnud.org.br/idh/>

Pesquisa Comparativa “Center for Policy Studies – John Hopkins University e Instituto de Estudos da Religião – ISER:

Dimensão do Terceiro Setor na economia: 1,5% do PIB (média mundial: 3,5%)

Fontes de recursos no Brasil: receitas próprias 68%

Governo 15%

doações privadas – indivíduos 14%

doações privadas – empresas 3%

Geração de empregos de 91 a 95: Primeiro e Segundo setor: 20%

Terceiro setor: 44%

⁴³⁸ César Busatto “Porque uma Lei de Responsabilidade Social” in OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord.). *Terceiros Setor Empresas e Estado. Novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. Pág. 42.

garantir um mínimo social. “A noção de direitos fundamentais evidentemente que é antropocêntrica, por força da dignidade essencial que radica no ser humano. (...) Os indivíduos precisam de condições básicas que lhes assegurem condições de vida dignas, que lhes permitam não apenas sobreviver, mas viver emancipados e com expectativa de realização pessoal. Para tanto, são necessárias condições materiais, independentemente das possibilidades econômicas do sujeito. Daí falar-se do estatuto patrimonial mínimo como regime jurídico que assegure aos indivíduos tais condições.”⁴³⁹ Ou seja, “padrões mínimos de dignidade humana para cada pessoa, cada família, cada comunidade do país, de tal maneira que possamos sim estabelecer um pacto de sociedade. ...”⁴⁴⁰

Portanto, o advento da responsabilidade social não são apenas leis, são movimentos de transformação. A lei é um dos instrumentos desse processo de mudança, que fortalece a capacidade da comunidade de assumir o comando da melhoria da qualidade de vida e dos padrões de convivência social. Não se trata da busca de um equilíbrio entre arranjos fiscais e desenvolvimento, mas do efetivo controle social sobre o Estado, da chamada governança social⁴⁴¹.

Essas leis, de caráter integrador e promotor sócio-político da cidadania, têm por escopo a publicização do Estado, por meio da participação democrática descentralizada e do gerenciamento das políticas públicas pela sociedade, desde a proposição das ações, passando pela elaboração estratégica e pelos atos de execução, até o monitoramento dos resultados, eleição e avaliação dos indicadores, estudo das externalidades e dos impactos, culminando nas sugestões de adequação. A publicização estatal implica em empoderamento, em

⁴³⁹ Walter Claudius Rothenburg “Algumas considerações sobre a incidência de direitos fundamentais nas relações do Estado com empresas e Organizações Sociais” in OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord.). *Terceiros Setor Empresas e Estado. Novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. Pág. 94.

⁴⁴⁰ César Busatto “Porque uma Lei de Responsabilidade Social” in OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord.). *Terceiros Setor Empresas e Estado. Novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. Pág. 46.

⁴⁴¹ Termo de autoria do sociólogo mineiro Rudá Ricci, governança social é a capacidade gerencial relacionada com a participação dos cidadãos no controle das políticas públicas. (nota da autora)

participação efetiva e governança social, em ampla publicidade e transparência das ações e informações, em exercício concreto de cidadania.⁴⁴²

5.6 ÉTICA E TRANSPARÊNCIA

Já asseveramos alhures que a filantropia é o amor à humanidade, é a solidariedade colocada acima de quaisquer outros valores ou princípios morais, externada por meio de práticas caritativas, de ajuda ao próximo. Discorremos, em apertada síntese, acerca da evolução das práticas filantrópicas do mercado ao exercício efetivo da responsabilidade social. Repisamos que a prática de atividades direcionadas à responsabilidade social é guiada pela ética e pela transparência das ações, gerando benefícios substanciais às empresas praticantes, quais sejam, a valorização da imagem corporativa perante colaboradores, fornecedores e terceiros, bem como a fidelização da clientela aos seus produtos e serviços; a conscientização coletiva e fonte de motivação e liderança para os 'stakeholders'; e, finalmente, a mobilização de recursos disponíveis em caráter de investimento, sem implicar, necessariamente, em custos ou despesas adicionais, ao contrário, revertendo-se em benefícios para a empresa.

A ética se refere ao comportamento humano, à livre escolha consciente entre o bem e o mal, à coerência entre o agir e o pensar. O comportamento ético implica, portanto, em noções correlatas de liberdade de escolha, de autodeterminação e de consciência moral. Aristóteles atestou que o homem não existe sozinho, pois é um animal político, eis que, *polis*, em grego, significa núcleo de convivência, sendo político, o significado de pessoa da *polis*. Neste sentido, o homem não vive, mas convive com os demais membros da *polis*. Também a palavra “ética” tem raiz grega, *ethos*, que significa comportamento reiterado consagrado em um costume. E é Aristóteles quem define ética como a prática costumeira informada por valores atribuídos a partir da realidade. Da etimologia do vocábulo ética advém a explicação para a expressão de origem latina que lhe é sinônima ou complementar, a moral, derivada do termo *mores*, que significa, igualmente, costume. A ética

⁴⁴² “A participação mais ampla na sociedade, não apenas restrita às atividades econômicas, mas alcançando inclusive a área de ‘investimento social’, ganha destaque.” Landim, Leilah (org.). *Ações em sociedade. Militância, caridade, assistência etc.* Rio de Janeiro: Nau, 1998. Pág. 176.

procura, portanto, sistematizar e fundamentar os princípios do agir humano sob o espectro da moral. O livre arbítrio nas ações humanas individuais encontra limites na vida social. O reconhecimento dos atos bons exige consciência e coerência. No entanto, o pensamento liberal deixa de fundamentar a ética social na natureza humana ou no imperativo da moral para encartá-la na vontade humana⁴⁴³. Deslocou-se o fundamento objetivo para o subjetivo. Mas a aplicação dessa concepção liberal da ética social é limitada justamente pelas leis morais naturais.

Emile Durkheim⁴⁴⁴ desenvolveu suas idéias procurando mostrar que os fatores psicológicos e os fatores sociais compõem a vida social, estando sujeitos a leis de duas ordens, da natureza (Mundo Físico) e do agir humano (Mundo Ético). Hans Kelsen⁴⁴⁵ procurou demonstrar que a ordem da natureza está submetida ao princípio da causalidade (se “A” é então “B” é), enquanto à ordem humana se aplica o princípio da imputação (se “A” é então “B” deve ser). O Mundo Ético se refere às normas unilaterais de comportamento social, pois ainda que reconhecidas e desejáveis para a boa convivência, não estabelecem relação bilateral, ou seja, sanção ao seu descumprimento.

A transparência (ou “accountability”) é a demonstração das pelas condutas éticas, que compreendem os princípios e padrões orientadores do comportamento da organização, delimitados na sua missão, norteados pela sua visão, espelhados em seus valores e objetivos. As principais ferramentas utilizadas para a demonstração de transparência e envolvimento⁴⁴⁶ são os códigos de ética, os manuais de

⁴⁴³ Contratualismo concebido por Jean-Jacques Rousseau em meados do século XVIII; Utilitarismo defendido por John Stuart Mill e Jeremy Bentham no início do século XIX, doutrina ética predominante na economia; e o Relativismo do século XX, iniciado pela indeterminação absoluta preconizada por Friederich Wilhelm Nietzche e consolidada pelo movimento filosófico da pós-modernidade.

⁴⁴⁴ DURKHEIM, Emile. *As Regras do Método Sociológico*.

⁴⁴⁵ Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*

⁴⁴⁶ “...se a instituição não mantiver o público informado sobre o que faz, ele pode acredita em qualquer coisa, o que, por sua vez, pode aumentar a vulnerabilidade política dos outorgantes de auxílio. A disponibilidade de estatísticas, e a disposição de ser publicamente responsável por programas e decisões, é uma das pedras angulares da liderança efetiva do setor de filantropia ...” Kathleen D. McCarthy, “Educando os Futuros Administradores e Líderes do Setor de Filantropia” in IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 117.

conduta, os relatórios de atividades⁴⁴⁷, os balanços sócio-ambientais⁴⁴⁸ ou relatórios de sustentabilidade⁴⁴⁹ e as certificações sociais.

As empresas européias e norte-americanas, influenciadas pelos movimentos sociais⁴⁵⁰ da década de 60, consubstanciados em lutas pela garantia dos direitos civis, busca de igualdade de direitos e pelos movimentos de contestação na Europa, cujos grandes marcos foram: a Marcha pela Paz em abril de 1967 nos EUA, com o seu slogan “Make Love, Not War”, e o movimento de Maio de 1968 na França, com o seu slogan “É Proibido Proibir”, perceberam a necessidade de demonstrar publicamente suas atividades e seus resultados sociais e ambientais. Nesse período, surgiu, primeiramente nos Estados Unidos da América, interesse de prestar informações ao público em geral sobre as atividades corporativas desenvolvidas, ainda da preocupação das empresas com o impacto de suas práticas tanto no campo social quanto na área ambiental. O fenômeno se alastrou pela Europa, chegando ao Brasil na década de noventa.

⁴⁴⁷ Exemplos de empresas pioneiras na elaboração e divulgação de relatórios de atividades: Rio Tinto Mineração, grupo empresarial australiano de extração de minério, cujo relatório sócio-ambiental do ano 2000 é referência para as multinacionais. Petrobrás, pioneira das empresas brasileiras a divulgar seu Balanço Social. Seus relatórios englobam interessantes pontos temáticos. Shell, intensamente criticada nos anos 80 por sua atuação em assuntos sociais, especialmente pelo seu envolvimento com lideranças políticas de Nairóbi (África). Hoje, após uma guinada estratégica, tornou-se exemplo em produção sócio-ambiental. “People, Planet and Profits” é um interessante exemplo de material informativo.

⁴⁴⁸ A empresa socialmente responsável “se desenvolve imersa na sociedade, na qual busca seus clientes, funcionários, fornecedores e outros insumos necessários para sua operação. Ela não se atém apenas aos resultados financeiros expressos pelo balanço, mas inova com a formulação de um balanço sócia, onde avalia sua contribuição à sociedade.” Antonio Carlos Martinelli, “Empresa-Cidadã: Uma Visão Inovadora para uma Ação Transformadora” in IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 84.

⁴⁴⁹ Exemplos de Balanços Sócio-Ambientais ou Relatórios de Sustentabilidade: GRI. O Global Reporting Initiative (GRI) é atualmente um dos modelos de prestação de contas em ações sócio-ambientais mais completo que existe. É amplamente utilizado por empresas multinacionais e tem o apoio das Nações Unidas. Recentemente, o GRI completou sua comissão permanente para constantemente atualizar suas recomendações. IBASE. O Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas, fundado por Herbert de Souza, o Betinho, foi o pioneiro na discussão de relatórios corporativos com enfoque social no Brasil. O modelo proposto pelo IBASE começou a ser discutido em 1997 e consiste em um demonstrativo anual publicado pela empresa, que reúne um conjunto de informações sobre projetos, benefícios e ações sociais dirigidas aos empregados, investidores, analistas de mercado, acionistas e à comunidade. O modelo proposto pelo IBASE é hoje hegemônico no Brasil. A principal característica do modelo é sua simplicidade e caráter voluntário. Roteiro de Prestação de Contas de Entidades de Interesse Social, elaborada pela Promotoria de Justiça de Fundações e Entidades de Interesse Social do Ministério Público.

⁴⁵⁰ Movimentos sociais são: “a) não-governamentais, pois estão fora do aparato formal do Estado, embora em interação permanente com ele; b) sem fins lucrativos, e quando propõem alguma atividade rentável é para conseguir recursos para suas atividades; c) também são autônomos e autogovernados; d) também deles participam indivíduos que se envolvem voluntariamente. (...) são episódicos e contextuais, e as organizações do terceiro setor, ao contrário, vieram para ficar.” COELHO, Simone de Castro Tavares. *Terceiro Setor*. 2ª edição. São Paulo: Senac, 2000. Pág. 77.

Não há um formato padrão para a elaboração ou publicação de tais documentos. De edições luxuosas, com impressionante impacto visual, a dados quantitativos simples que sucintamente retratam a atuação sócio-ambiental ou sustentável da empresa, a lógica atrás desses relatórios é simples: empresas devem prestar contas de seus atos não só aos seus acionistas (ou “shareholders”), mas ao espectro de parceiros ou envolvidos, direta ou indiretamente, na cadeia produtiva (os “stakeholders”).

A divulgação da atuação social de uma empresa interessa não só à sociedade, mas também aos próprios grupos empresariais, como importante ferramenta comparativa e competitiva, como prova de que a empresa está aberta a apontar suas deficiências e aprimorar suas ações atuação.

Com o intuito de estimular a responsabilidade social e garantir credibilidade e transparência, uma série de instrumentos e signos de certificação foram criados nos últimos anos. Tanto instituições privadas como órgãos públicos criaram selos e certificações sociais acompanhados dos critérios de outorga e manutenção de tais títulos. O apelo relacionado a esses certificados é de fácil compreensão, num universo cada vez mais competitivo, no qual as vantagens comparativas atestem a boa prática empresarial ou convalidam a governança social. A pressão popular por produtos e serviços socialmente corretos faz com que empresas adotem processos de reformulação interna e Municípios promulguem leis de responsabilidade social, para se adequarem às novas exigências sociais.

Destacamos, primeiramente, as mais cobiçadas certificações de origem privada:

AA1000 (Accountability 1000), criada em 1996 pelo “Institute of Social and Ethical Accountability”, essa certificação de cunho social enfoca a relação da empresa com seus diversos parceiros, ou “stakeholders”. Uma de suas principais características é o caráter evolutivo, já que é uma avaliação regular (anual). É uma norma que define as melhores práticas para prestação de contas, para assegurar a qualidade da contabilidade, auditoria e relato social ético. Desenhada para auxiliar empresas, acionistas, auditores, consultores e organizações certificadoras, ela pode

ser usada isoladamente ou em conjunto com outros padrões de prestação de contas, como a Global Report Initiative (GRI), e normas padrões como as ISO e a SA 8000.

SA8000 (Social Accountability 8000), uma das normas internacionais mais conhecidas, criada em 1997 pelo “Council on Economic Priorities Accreditation Agency” (CEPAA), idealizada pela Social Accountability International (SAI), organização não-governamental voltada à preocupação dos consumidores quanto às condições de trabalho no mundo, enfoca as relações trabalhistas e objetiva assegurar que não existam ações anti-sociais ao longo da cadeia produtiva, como trabalho infantil, trabalho escravo ou discriminação. A norma segue o padrão da ISO 9000 e da ISO 14000, o que facilita a implantação por empresas que já conhecem este sistema.

OHSAS 18001 (Occupational Health and Safety Assessment Series 18001), norma para sistemas de gestão da Segurança e da Saúde no Trabalho (SST), norma que garante o compromisso da empresa com a redução dos riscos ambientais e com a melhora contínua de seu desempenho em saúde ocupacional e segurança de seus colaboradores. A OHSAS 18001 entrou em vigor em 1999, após estudos de um grupo de organismos certificadores e de entidades de normalização da Irlanda, Austrália, África do Sul, Espanha e Malásia. A criação dessa norma levou em conta algumas normas nacionais já existentes, como a BS8800, da Inglaterra.

BS8800 (British Standard 8800) norma criada pela “British Standards” sobre sistema de gestão da saúde e segurança no trabalho. FSC (Forest Stewardship Council), organização não-governamental que contempla as necessidades de certificadores, comerciantes de madeira, de organismos de defesa do meio ambiente, de tribos indígenas e de certificadores. Para manter o diálogo sobre o uso sustentável das florestas, a iniciativa estabeleceu princípios, critérios e padrões que envolvem preocupações econômicas, sociais e ambientais. Os padrões do FSC, hoje amplamente disseminados, representam o mais forte sistema mundial para o manejo de florestas em direção à sustentabilidade. São 10 princípios e 57 critérios que remetem a questões legais, direitos indígenas, direitos trabalhistas,

benefícios múltiplos e impactos ambientais levando-se em conta o gerenciamento florestal.

ISO 14000, mais uma das certificações criadas pela “International Organization for Standardization” (ISO), que dá destaque às ações ambientais da empresa merecedora da certificação e exige delas a criação de um Sistema de Gestão Ambiental que constantemente avalia e reduz o impacto provocado ao meio ambiente pelas atividades da empresa. Lançada em 1993, sua preocupação primordial é o gerenciamento ambiental, ou seja, o que a empresa faz para minimizar os efeitos nocivos ao meio-ambiente causados por suas atividades e para continuar melhorando sua atuação ambiental. É uma família de padrões para criar um sistema de gerenciamento ambiental, conhecido como Environmental Management System (EMS).

ISO26000 será uma norma internacional de responsabilidade social com publicação prevista para dezembro de 2008. A norma será um guia de diretrizes em responsabilidade social e seu uso será voluntário. Junto com a Suécia, o Brasil, pela primeira vez na história, lidera sua elaboração, representado por Jorge Cajazeira, líder do Grupo de Trabalho e Responsabilidade Social da ISO.

As certificações colecionadas acima são concedidas por prazos determinados e somente por órgãos oficiais supranacionais, responsáveis por monitoramento periódico e minucioso das organizações certificadas. Entretanto, entidades privadas e órgãos estatais, especialmente Municípios, passaram a criar outros tantos selos sociais e certificações de responsabilidade social, sem, no entanto, prever qualquer prazo de validade ou sistema de auditoria e monitoramento. A concessão dessas marcas de certificação decorre, muitas vezes, de procedimento discricionário, sem critérios suficientemente detalhados ou são de outorga vinculante, mediante a simples apresentação de documentos formais, sem haver qualquer verificação aprofundada das atividades verdadeiramente desempenhadas pela organização certificada.

Todas essas certificações agregam valor aos produtos e serviços identificados por elas, por isso mesmo são ostentados com destaque, justapostos aos nomes das

organizações ou a outros signos identificadores relevantes, justamente para conferir-lhes impacto visual diferenciado. Além disso, eles servem como facilitadores na captação de recursos privados e públicos e de contratações, vez que abrandam rígidos procedimentos legais e severas exigências na prestação de contas. Questionamos, todavia, a responsabilidade desses órgãos criadores de certificados privados ou públicos paralelos aos acreditadores oficiais, uma vez que essas certificações outorgam distinção valorativa e aproximação diferenciada entre partes.

CAPÍTULO 6 – O TERCEIRO SETOR E O TRANSINDIVIDUALISMO

6.1 O DIREITO COMO CIÊNCIA

O direito pressupõe a existência do ser humano e das relações e criações do gênio humano, a coexistência social. Por isso, se a coexistência social resulta da natureza humana, então sociedade e direito se pressupõem, não podendo existir isoladamente. O direito equaciona a vida social, atribuindo aos seres humanos uma reciprocidade de poderes, faculdades, deveres e obrigações. Direito é fundamento da ordem social. No passado, a ordem foi considerada sob o aspecto eminentemente teórico, diante da qual o homem assumia atitude passiva. Atualmente, a ordem é considerada, sobretudo, em seu aspecto prático, dinâmico, como ação transformadora do homem e da sociedade.

O direito é, portanto, força social, é meio propulsor do aperfeiçoamento e do progresso da humanidade, que favorece e proporciona aos indivíduos e à sociedade seu pleno desenvolvimento.

Para Vicente Ráo, “é o direito um sistema de disciplina social fundado na natureza humana que, estabelecendo nas relações entre os homens uma proporção de reciprocidade nos poderes e deveres que lhes atribui, regula as condições existenciais dos indivíduos e dos grupos sociais e, em consequência, da sociedade,

mediante normas coercitivamente impostas pelo poder público.”⁴⁵¹ Essa noção de direito parte do indivíduo para chegar à sociedade e ao Estado.

Ensina Miguel Reale que a “ciência do Direito ou Jurisprudência (...) tem por objeto o fenômeno jurídico tal como ele se encontra historicamente realizado (...) A Ciência do Direito estuda o fenômeno jurídico tal como ele se concretiza no espaço e no tempo (...) a Ciência do Direito é sempre ciência de um Direito positivo, isto é, positivado no espaço e no tempo, como experiência efetiva, passada ou atual.”⁴⁵²

Uma das classificações do Direito trata do direito estatal, cujas normas jurídicas são elaboradas pelo Estado; e do direito não-estatal ou social, cujas normas estatutárias regem a vida interna de determinados grupos sociais. O direito social pode estar acima do Estado (acordos ou usos e costumes internacionais); ao lado do Estado (direito canônico), ou dentro do Estado (direito estatutário das organizações, desportivo e do trabalho).

Outra classificação divide o direito em direito positivo, nos termos do entendimento realeano, constituído pelo conjunto de normas elaboradas por uma comunidade para reger sua vida social; e direito natural, composto por princípios que servem de fundamento ao direito positivo.

E aqui vale explorar a expressão Direito Positivo, que segundo Paulo de Dourado Gusmão, deve ser compreendida segundo um “sistema de normas obrigatórias, aplicáveis coercitivamente por órgãos especializados, sob a forma de leis, de costumes ou de tratados.”⁴⁵³

O Direito Positivo se configura em um cabedal de regramentos; resulta do acordo de vontades entre o Estado e o cidadão; é cláusula do contrato social em que o

⁴⁵¹ RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 6ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 2005. Pág. 55.

⁴⁵² REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 22ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1995 (o autor confere significado à locução Direito Positivo como “... o Direito que, em algum momento histórico, entrou em vigor, teve ou continua tendo eficácia.”)

⁴⁵³ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 17ª Edição. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1995. Pág. 59

indivíduo cede ao Estado parcela de seu arbítrio, que por sua vez, abraça este conteúdo volitivo-valorativo proveniente da manifestação do interesse individualizado e conjuga-o a outras manifestações de igual natureza e substância, provenientes dos demais indivíduos, com o intento de realizar o bem comum⁴⁵⁴.

Esta realização dá-se por instrumentos efetivos, necessários à manutenção do equilíbrio de forças sociais, ou à sua restauração: as leis e os costumes, estes últimos, desde que a ordem jurídica permita sua utilização como parâmetro sócio-comportamental cogente quando do confronto com o caso concreto⁴⁵⁵.

A concretização do direito em normas ou preceitos legislativos, costumeiros ou jurisprudenciais sancionados e impostos pela autoridade do Estado revela, em relação a cada comunidade, o que é justo ou injusto nas relações humanas. É assim que “se caracteriza e nasce o *direito positivo*, por natureza contingente e variável de povo a povo e em cada povo, como contingentes e incessantemente variáveis são as ações, reações, relações e conflitos, que formam o seu objeto. É, pois, o direito positivo, um direito declarado, praticado e feito valer, materialmente, pela proteção-coerção a cargo do Estado.”⁴⁵⁶

O positivismo jurídico consiste na identificação do direito com a positivação das normas, com a idéia de que o direito é ditado pelo poder dominante na sociedade. A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen define o direito como “ciência das normas”, afastando-o da relação com outras ciências, como a moral, a sociologia e a psicologia. A norma, para o principal expoente da Escola de Viena, é o juízo hipotético condicional que dispõe que o fazer ou não fazer algo será seguido de

⁴⁵⁴ Trata-se de ancestralidade ao que o Direito Administrativo chama de interesse público que, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello é a “dimensão pública dos interesses individuais (...) plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da Sociedade (...)” *Curso de Direito Administrativo*. 19ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Pág. 55; sua identificação faz-se presente, também, no chamado princípio da supremacia do interesse público, que segundo Hely Lopes Meirelles conecta-se ao princípio da finalidade (da atuação estatal), levando-o a afirmar que “a primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral.” *Direito Administrativo Brasileiro*. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. Pág. 95.

⁴⁵⁵ O Decreto-Lei nº 4.657, Lei de Introdução ao Código Civil traz em seu artigo 4º que, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.” Infere-se, daí, que a ordem jurídica brasileira autoriza, sendo, mesmo, um poder-dever de o juiz valer-se do que há de consuetudinário na sociedade para aplicar o Direito.

⁴⁵⁶ RÃO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 6ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 2005. Pág. 82.

uma medida coercitiva do Estado. Toda norma encontra fundamento naquela que lhe é hierarquicamente superior, até chegar à norma fundamental aceita pela opinião pública da nação, a qual dá validade a todas as demais que lhe são inferiores. Para Kelsen interessa, tão somente, o aspecto formal das normas, pouco importando seu conteúdo, imbuído de valor ou como instrumento de justiça efetiva.

O Direito expresso na lei⁴⁵⁷, materializado em regras que tendem a realizar o bem comum, na medida em que consubstanciam o conteúdo ético de uma sociedade em determinado corte temporal, há que ser exequível⁴⁵⁸ segundo uma natureza dual, qual seja, sua realização, sua aplicação e o respeito ao seu conteúdo devem corresponder às condições de fato⁴⁵⁹, à realidade social de uma comunidade. Se realizável, se factível, ele há que ser efetivo. Seus efeitos, ao atingirem os fins a que se destinam, devem manifestar-se em toda a potencialidade.

A exequibilidade necessita um Direito Positivo válido, e seu conteúdo, materializado nas leis, deve obedecer a critérios de formalidade e materialidade. Compatibilidade formal é a conformidade com a legislação que fixa o processo de sua produção. Quanto à validade material, a posição kelseniana⁴⁶⁰, perfaz-se no entendimento de que o produto legislativo, a lei, deve ser compatível com a legislação imediatamente superior⁴⁶¹, o que nos remete à Constituição.

⁴⁵⁷ Adotamos o conceito de Washington de Barros Monteiro, para quem “lei é preceito comum e obrigatório, emanado de poder competente e provido de sanção.” BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*. 32ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1994. Pág. 13.

⁴⁵⁸ Esta qualidade, a exequibilidade, não intenta ser definitiva, mas concorde com a pesquisa a que nos propusemos. Os parâmetros que conferem legitimidade conceitual a um instituto ou a um fenômeno jamais são definitivos, bem como estes institutos. O conhecimento é cumulativo, transitório em sua aplicação, e o entendimento de hoje, há de ser o degrau para o entendimento de amanhã. A aceitação de uma verdade provada metodologicamente fundou-se em um limite epistemológico, silogístico, em face da hipótese que se quis discutir.

⁴⁵⁹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 17ª Edição. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1995. Pág. 40.

⁴⁶⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes. 1998

⁴⁶¹ “A norma fundamental, determinada pela Teoria Pura do Direito, como condição da validade jurídica objetiva, fundamenta, porém, a validade de qualquer ordem jurídica positiva, quer dizer, de toda ordem coerciva globalmente eficaz estabelecida por atos humanos. De acordo com a Teoria pura do Direito, como teoria jurídica positivista, nenhuma ordem jurídica positiva pode ser considerada como não conforme à sua norma fundamental, e, portanto, como não válida.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes. 1998. Pág. 242.

Constituição, na lição de Pedro Lenza, pode ser entendida segundo os critérios material e formal. No que respeita ao primeiro leva-se em consideração o seu conteúdo. Quanto ao segundo, “*as normas constitucionais serão aquelas introduzidas pelo poder soberano, através de um processo legislativo mais dificultoso, diferenciado e mais solene do que o processo legislativo de formação das demais normas do ordenamento.*”⁴⁶²

Esta teoria normativista confere um carácter dogmático à ordem jurídica, pois, faz a Constituição restar sem um elemento de substância jurídica que superiormente também lhe entregue validade.

Acreditamos, no entanto, que a validade do Texto Constitucional encontra-se em seu próprio corpo, não sendo necessário que se busque além de seus limites existenciais o que lhe dê legitimidade. Uma Constituição, como o documento maior a legitimar um ordenamento jurídico, que por sua vez é o reflexo dos valores sociais, vale por si. Noutros termos é suficiente o princípio da soberania popular, detectável a partir do exercício exegético feito no parágrafo único de seu art. 1º, segundo o qual “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição⁴⁶³.”, para que encontremos a legitimidade de uma Constituição⁴⁶⁴.

A partir do princípio da soberania é que se vislumbra o Estado Democrático de Direito. Nas palavras de José Afonso da Silva, no Brasil, temos “... um regime democrático fundado no princípio da soberania popular⁴⁶⁵, segundo o qual todo o

⁴⁶² LENZA, Pedro. Direito Constitucional. 7ª Edição. São Paulo: Editora Método. 2004. pág. 36.

⁴⁶³ O artigo contém uma norma de eficácia plena. José Afonso da Silva afirma quanto a elas que, “... são as que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata. Situam-se predominantemente entre os elementos orgânicos da constituição. Não necessitam de providência normativa ulterior para sua aplicação. Criam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, desde logo exigíveis.” *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. Pág. 262. Conclusão VIII.

⁴⁶⁴ Não nos referimos ao poder constituinte originário, que é emanação, consequência do poder popular. Trata-se propriamente de uma manifestação de vontade popular.

⁴⁶⁵ “Soberania é o poder político supremo (não há limitação a ele na ordem interna) e independente (não obedece a ordens de governo ou organismo estrangeiro) do Estado.” NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal e Legislação constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. Pág. 117.

poder emana do povo que o exerce por meio de representantes, ou diretamente (parágrafo único do art. 1º)”.

É a vontade popular que legitima o exercício do poder, contendo, o termo “poder”, significados vários, segundo nosso entendimento: “todo poder emana do povo” significa que tudo que há de oficial e formal no Estado é resultado do querer popular. Se “o poder emana do povo” significa que o povo pode; que o povo está autorizado; que ao povo é possível; e quem pode, pode algo; quem está autorizado o está para que faça algo; se a alguém é possível, há que haver um complemento que dê sentido ao verbo. O povo é a raiz e a origem da organização social, pois, foi ele, quem estabeleceu a ordem, em detrimento da insegurança quando, em épocas remotas, decidiu que não mais viveria obedecendo aos clamores instintivos de sua condição animal.

Com a evolução das formas de governo e Estado, delineou-se o Estado Democrático de Direito: um Estado que permite a participação política de todos, e é submisso à lei, à legalidade, como forma de garantir a segurança (jurídica).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, quando do estudo das formas do exercício democrático, apresenta-nos a democracia direta, “... aquela em que as decisões fundamentais são tomadas pelos cidadãos em assembleia, é uma reminiscência histórica ou uma curiosidade quase folclórica.”, e a democracia indireta, que é aquela em que “... o povo se governa por meio de ‘representante’ ou ‘representantes’ que, escolhidos por ele, tomam em seu nome e presumidamente no seu interesse as decisões de governo.”⁴⁶⁶

O direito é norma, mas, ao lado dos fatos econômicos, artísticos, culturais, esportivos etc., também é um fato social. Direito como lei ou norma é apenas uma das suas acepções. Direito objetivo não é apenas lei, pois o direito como justo e como fato social também é objetivo.

⁴⁶⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. Págs. 79 a 81.

Quanto ao Direito natural identifica-mo-no como “um conjunto de princípios supremos, universais, e necessários que, extraídos da natureza humana pela razão, ora inspiram o direito positivo, ora por este direito são imediatamente aplicados, quando definem os direitos fundamentais do homem.”⁴⁶⁷

O direito natural ocupa o pensamento dos homens desde a Antigüidade, da tragédia grega de Antígona, dos diálogos de Platão e Sócrates, dos estudos de Aristóteles, passando pela filosofia estóica, pelos mestres da jurisprudência romana, como Cícero e Ulpiano e por Santo Agostinho da época patrística, até a filosofia do direito de Santo Tomás de Aquino, já na Idade Moderna.

A mais importante manifestação dos direitos naturais é a Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 1948, que reconhece a dignidade⁴⁶⁸ de todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis como fundamento da liberdade, da justiça e da paz mundial.

A Constituição pátria encampa este reconhecimento em seu artigo 1º, inciso III ao afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil. Para os professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery “esse princípio não é apenas uma arma de argumentação, ou uma tábua de salvação para a complementação de interpretações possíveis de normas postas. Ele é a razão de ser do Direito. Ele se bastaria sozinho para estruturar o sistema jurídico. Uma ciência que não se presta para prover a sociedade de tudo quanto é necessário para permitir o desenvolvimento integral do homem, que não se presta para colocar o sistema a favor da dignidade humana, que não se presta para servir ao homem, permitindo-se atingir seus anseios mais secretos, não se pode dizer Ciência do Direito. Os antigos já diziam que todo direito é constituído *hominun causa* ... Não há outra maneira de tratar o tema sem

⁴⁶⁷ RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 6ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 2005. Pág. 83.

⁴⁶⁸ NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. Pág. 118, item 8.

meditar sobre essa preliminar de lógica. É o princípio fundamental do direito. É o primeiro. O mais importante.”

Seguindo a lição dos eminentes Professores, para quem, conforme se assinala acima, “... uma ciência que não se presta para prover a sociedade de tudo quanto é necessário ... não se pode dizer Ciência do Direito ...”, trazemos a concepção sociológica do Direito, segundo H. Lévy-Bruhl defendeu. Para tanto valê-mo-nos de uma compreensão sistemática e principiológica amparada em uma teleologia relacional de escolas conceituais, que tomam por fim do Direito a satisfação humana. Para o ilustre Professor, “o direito não existe a não ser para os homens vivendo em sociedade, e não se pode conceber uma sociedade humana em que não haja ordem jurídica, mesmo em se tratando de um estado rudimentar.”⁴⁶⁹ Numa definição balizada em conceitos já sedimentados pela sociologia contemporânea, Lévy-Bruhl define que “o Direito é um conjunto de regras obrigatórias, que determinam as relações sociais, tal como a consciência coletiva do grupo as representa a cada momento.”⁴⁷⁰

Ainda no domínio da Sociologia aplicada ao Direito, bastante precisas as palavras de Celso A. Pinheiro de Castro para quem “a sociologia jurídica – estudando a realidade social nos níveis morfológicos e funcionais – atém-se ao direito como complexo fenomênico, competindo-lhe investigar cientificamente o sistema jurídico e suas instituições, incluindo os aspectos funcionais dos indivíduos, dos grupos e do próprio sistema. Ela questiona a realidade sócio-jurídica, visando equacionar problemas, apontar disnomias que merecerão solução por parte dos órgãos legislativos, administrativos e judiciários, tomados singularmente ou em conjunto.”⁴⁷¹

⁴⁶⁹ LÉVY-BRUHL, H. “Les sources du droit. Les Méthodes. Les Instruments du Travail. – Introduction a l’étude du droit”. Paris: Ed. Rousseau, 1951 citado por FRANCO MONTORO, André. *Introdução à Ciência do Direito*. 25ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. Pág. 54.

⁴⁷⁰ LÉVY-BRUHL, H. “Les sources du droit. Les Méthodes. Les Instruments du Travail. – Introduction a l’étude du droit”. Paris: Ed. Rousseau, 1951 citado por FRANCO MONTORO, André. *Introdução à Ciência do Direito*. 25ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. Pág. 55.

⁴⁷¹ CASTRO, Celso A. Pinheiro de. *Sociologia aplicada ao Direito*. 2ª Edição. São Paulo. Editora Atlas, 2003. Pág. 71.

Tendo em vista que o meio social não é estático, mas, ao contrário, existe em constante transformação, submetido a influências de diversas naturezas, os homens necessitam de regras equânimes para o seu comportamento cotidiano, sob pena de se tornarem inseguras suas relações e sua própria existência em grupo. Para reger a vida em sociedade são necessárias as normas jurídicas, e o equilíbrio somente se atinge pela combinação das leis, que têm natureza estática e apriorística, com a vida que se completa por uma sucessão dinâmica de fatos.

Todavia, o direito não se aperta em norma e fato⁴⁷², mas também é valor. A doutrina da cultura ou dos valores é formulação moderna. No plano jurídico, a teoria culturalista sustenta que o direito, como ciência, pertence à seara da cultura, ao mundo construído pelo homem através da história⁴⁷³, por obra de seu espírito. Nesse contexto, o direito está orientado para uma finalidade ou para um valor, tem um sentido, uma significação, existe, em um tempo e em um lugar.

Miguel Reale⁴⁷⁴, quando se refere ao valor discerne-o, vinculando-o ao processo histórico por pontos ou notas, como diz, essenciais: a) realizabilidade (o valor deve realizar-se sob pena de ser aparência de valor); b) inexauribilidade (a realização da justiça não é final, e como tal não é um fim em si mesma. A realização da justiça é constante, impregnada de caráter de eternidade; c) transcendentalidade (uma exteriorização valorativa manifesta no justo não se reduz a todo o justo. O valor é maior do que por uma sua manifestação pontual) e; d) polaridade (a idéia da contrariedade permite a compreensão do que seja valor. O reflexo contraposto a determinado valor traz-lhe completude e permite sua compreensão).

⁴⁷² Mais uma vez trazemos a desnecessidade do apego fetichista à lei. O apego ao texto frio e morto, estampado nos códigos não conduz ao justo. A lei deve ser interpretada, segundo seu espírito, sua vontade, e tendo como parâmetro a realidade social e o valor intrínseco na ordem jurídica, no Direito vigente. Há algumas dezenas de anos Henry David Thoreau, insatisfeito com a lei de seu tempo escreveu que “não é desejável cultivar pela lei o mesmo respeito que cultivamos pelo direito (...) A lei jamais tornou os homens mais justos, e, por meio de seu respeito por ela, mesmo os mais bem-intencionados transformam-se diariamente em agentes da injustiça.” *Desobediência Civil*. Tradução de Sérgio Karam. Porto Alegre: L&PM. 1997, Pág. 11.

⁴⁷³ “... a cultura representa constante filtragem e refiltragem (pense-se no *corsi e ricorsi* de Giambattista Vico, ou nas insurgências e ressurgências de Gilberto Freyre) daquilo que se fez história, a qual, por sua vez, emerge da mera temporalidade ainda desprovida da significação que o homem lhe vai conferindo ao longo de seu processo existencial.” REALE, Miguel. *Paradigmas da Cultura Contemporânea*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. Pág. 25.

⁴⁷⁴ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 1994. Pág. 94.

Gustav Radbruch é o grande representante da escola que defende esta teoria. Para o conceituado jusfilósofo “a ciência de determinada época não coincide com a verdade, mas é um esforço para alcançá-la; da mesma forma, a arte é um esforço para atingir o belo; a moral é uma tentativa no sentido do bem; esse é o conteúdo do conceito de cultura; a cultura não é um puro valor, mas uma realidade cujo sentido consiste em tender para a realização de determinado valor; essa é a atitude própria das ciências culturais. (...) O direito é um fato cultural, cujo ‘sentido’ consiste em achar-se sempre a serviço da justiça. Essa é a atitude da Ciência do Direito.”⁴⁷⁵

Justiça, para Radbruch, é um elemento ideal, constitutivo de todo direito. A noção do justo é fundamental ao direito. Afirma o Professor de Heidelberg que “... Direito é, pois, a realidade que possui o sentido de estar ao serviço do valor jurídico, da idéia de direito. ... a idéia de direito, porém, não pode ser diferente da idéia de Justiça ... a justiça não é o único princípio constitutivo da idéia de direito. É apenas o seu princípio específico, aquele que dá a chave de determinação conceitual do direito.”⁴⁷⁶

Contrariamente aos positivistas, para os culturalistas o direito não pode ser considerado com abstração do seu fim ou valor, pois a concepção culturalista do direito é uma concepção humanista. Afirma Miguel Reale que “o homem não é apenas um realizador de interesses, de coisas valiosas, ou de ‘bens’, porque é também um ser que sente a indeclinável necessidade de proteger o que cria, de tutelar as coisas realizadas e de garantir para si mesmo, acima de tudo, a possibilidade de criar livremente coisas novas.”⁴⁷⁷

Para o Professor, a pessoa humana é o valor fonte de todos os valores e o “justo” é o bem visto como valor social, que constitui o valor fundante do direito. Ora, sob esta ótica, democracia e soberania, uma vez que se filiam à própria condição

⁴⁷⁵ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*, § 4, nº 22, 1932 citado por FRANCO MONTORO, André. *Introdução à Ciência do Direito*. 25ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. Pág. 276.

⁴⁷⁶ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de L. Cabral de Moncada. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & C.ª Editores, 1934. Págs. 46 e 49.

⁴⁷⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág. 243.

humana para então brotarem no ordenamento jurídico, o primeiro como legitimador da participação consciente e efetiva do povo (cidadania plena) nas decisões e condução do Estado e o segundo como autorizador do primeiro, não são imperativos ficcionais convenientemente postos no corpo da lei constitucional; não são proposições lógicas positivadas com a finalidade de atribuir coerência ideológica ou teórica à ordem sócio-jurídica.

O Estado soberano assim o é porque os indivíduos firmaram o contrato social. E, encampados por este instrumento exercem democraticamente a vontade do grupo com vistas ao atingimento do bem comum.

6.2 O NOVO CONSENSO SOCIAL

Ensina José Cretella Jr.⁴⁷⁸ que primitivamente os agrupamentos humanos caracterizavam-se pelo estado de guerra. Todas as utilidades e necessidades humanas eram disputadas pelos indivíduos. Esta situação vigora até que, notando o quão danoso este modelo era à continuidade da vida, aqueles que detinham mais força ou mais sabedoria alçam-se à condição de líderes e passam a sobrepujar seus pares, inculcando, a partir de sua condição privilegiada a ordem, pelo respeito a práticas reiteradas, costumeiras, que em sua essência buscavam o equilíbrio do grupo. Este cenário remete-nos à Teoria do contrato social, que tem, entre seus sistematizadores, Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau. À parte considerações próprias ao entendimento de cada um, ordinário a eles é que a sociedade política constitui-se por um acordo geral, celebrado pelos membros dessa mesma sociedade.

Para Hobbes o escopo desse acordo social é proteger os indivíduos contra a violência de seus pares, já que vivem em estado de guerra. Para este filósofo uma parcela do poder dos indivíduos é delegada ao soberano, para compor a ordem social que submete a todos. Locke vê no contrato social uma maneira de preservar os Direitos Naturais, a vida e a propriedade, logo, a origem do poder encontra-se nos próprios homens. Por sua vez, Rousseau defende que o homem em estado de

⁴⁷⁸ CRETELLA JR., José. Elementos de Direito Constitucional. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. Pág. 95.

natureza é bom, mas a sociedade o corrompe, o que justifica o contrato social como uma forma de se permitir aos homens que sejam realmente livres e iguais sob o manto das leis.

Quanto à questão da liberdade, vem de Immanuel Kant o argumento no sentido de que ser realmente livre é agir segundo as leis, e os homens, como seres morais que são somente serão livres se organizados segundo as leis da razão, ou seja, é um processo racional que faz conhecer a lei, que, por sua vez é moral e objetiva. O vínculo obrigacional que impende o indivíduo ao respeito à lei, seja por ação ou por omissão é resultado da racionalidade. A lei basta por si no que respeita à sua força.

Contemporaneamente tem-se discutido a validade do contrato social⁴⁷⁹, nos moldes outrora idealizados pelos pensadores dos séculos XVII e XVIII. Têm estado bastante em voga discussões sobre o chamado “novo contrato social”. Esse debate encontra suas justificativas, mormente na necessidade de um crescimento econômico sustentado, na inclusão social, como reflexo do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e em uma distribuição de renda substancialmente isonômica, ou seja, essa discussão propaga-se devido à preocupação com o aspecto social da coexistência humana.

Outras linhas doutrinárias aproximam a hipótese de um “novo contrato social”, das várias formas de parceria entre o Estado e a iniciativa privada, da abertura de espaços públicos de diálogo entre a sociedade e o Estado, enfatizando a participação efetiva da sociedade nas negociações. Alinhando este entendimento com a realidade nacional, nota-se a fragilidade que sempre grassou no povo brasileiro em negociar, o que se explicaria por sua história com poucas lutas, revoluções ou insurreições populares, ao mesmo tempo em que é submetido às imposições e outorgas estatais. Nada que se estranhe haja visto que nossa história remonta a pouco mais de quinhentos anos, que nossa colonização deu-se por

⁴⁷⁹ “o contrato social é um acordo sobre regras e normas que nos indica desde onde julga uma sociedade, o que está bem e o que está mal, o admissível e o inadmissível, o justo e o injusto. O contrato social é como o *a priori* da cultura política de uma época, o sentido comum da gente comum que se sente parte de algo comum.” TORO, José Bernardo. *Construção do Público, Cidadania, Democracia e Participação*. 1ª edição. São Paulo: SENAC, 2005.

exploração do que havia de matéria-prima, sendo o povoamento uma consequência secundária e que ainda somos um país possuidor de verdadeiros aleijões sociais, principalmente quanto aos índices culturais e educacionais. Os entraves sociais por conta dos efeitos de lateralidade históricos ainda são bastante presentes. Talvez haja um ranço de passividade que se externaliza na característica de transigir voluntariamente quando do surgimento do embate necessário ao deparar-se com a adversidade. O Brasil é um exemplo de concessões de “cima para baixo”, comuns quando se está acostumado a “receber” segundo a conveniência de quem detém o poder e carente de conquistas de “baixo para cima”, estas sim pródigas quando o indivíduo empoderado e consciente alcança a consciência plena de suas força individual e soma-a com a de seus semelhantes.

Mas este panorama não é perene, e o povo já ensaia uma mudança. Nossa sociedade, a exemplo das demais sociedades, está mudando, e não se trata de transformações estanques, isoladas por uma cronologia fenomênica que cessou ou há de cessar. As alterações sociais são contínuas e jamais consideradas em um intervalo temporal que possa ser seguramente definido. A sociedade não caminha para uma condição estática. O fenômeno social característico que apontamos é eivado de transitoriedade. A economia globalizou-se, a sociedade fragmentou-se, o Estado entrou em crise. Dentro desse contexto, quais aspectos do contrato social foram realmente afetados e necessitam de alteração?

Quanto às partes deste “novo contrato social”, elas continuam a ser o Estado e a sociedade; quanto ao objeto, permanece o livre acordo de vontades que determina direitos e deveres a cada um frente a seus pares. O que se discute está na essência deste instrumento de realização de vontades que deixou de ser contratual, ou seja, as partes outrora contrapostas⁴⁸⁰ passam, agora, a ser consensuais, com objetivos

⁴⁸⁰ O que entendemos por contraposição das partes no contrato social diz respeito ao fato de que a constituição do próprio instrumento visa à uniformização do *querer* humano. É claro que não entendemos o contrato social como um “martelo dogmático” que desde sua existência planta a mentalidade homogênea nos indivíduos. Uniformizar contém um veio determinante que procura a convergência, afastando não o que seja formalmente incongruente com um objeto-fim, mas substancialmente distanciado deste. O contrato social arregimenta, conforma e protege tendências, grupos, e indivíduos para que todos tenham um fim único, diferente na forma de atingi-lo, posto ser diferente a atuação social de cada um, mas único na medida em que tem em comum a finalidade que é o equilíbrio social, que se atinge pelo respeito as regras de convivência social, o que, de certa forma somente ocorre com o comprometimento individual e institucional dos setores sociais que, em última instância é o consensualismo social.

comuns, procurando conjugar esforços em prol do atingimento do bem comum. Este último, em razão dos novos anseios e interesses públicos socialmente relevantes, com novo conteúdo valorativo e, por natureza, variável como consequência da própria dinâmica social. Daí parecer-nos que haja correição maior na expressão “novo consenso social” ou “novo convênio social”. Também legitimado pela vontade popular e consentâneo com o Estado Democrático de Direito.

Historicamente o debate converge para um novo entendimento do que seria o contrato social no mundo transindividual. A importância da coletividade neste cenário é impulsionada por células individuais participativas, conscienciosas e detentoras de um poder intrínseco que se reflete em seu papel social cidadão, e no processo de sustentação do próprio poder. Consequentemente a produção do Direito, ocorre em razão das redes de solidariedade social, que, constituídas em malhas estruturais permitem o acoplamento de organizações, e estas formadas (continuamente) por indivíduos e para indivíduos⁴⁸¹ (empoderados), ou seja, são organizações realizadoras e protetivas, jamais sobrepostas à imprescindibilidade da proteção individual.

Todo este discurso materializa-se na crença de que temos presenciado e participado de um redimensionamento sócio-jurídico-econômico. O papel do Direito não muda substancialmente, mas inclina-se a ecoar de forma mais imediata, efetiva e concreta os usos sociais repetidos, as necessidades humanas a serem protegidas e, o mais importante, acompanhar a dinâmica destas instituições e de seus integrantes: o ser humano. Esta proposta notabiliza uma democracia participativa e agregadora dos indivíduos e de suas necessidades, colmatadas de tal maneira a tornarem-se conteúdos coletivos relevantes ao Direito.

O Estado continua onde sempre esteve: equidistante aos indivíduos. Com o fenômeno do Terceiro Setor na ordem do dia é possível afirmar que o tempo

⁴⁸¹ Aqui a natureza antropocêntrica do Terceiro Setor. Tudo que há e que merece ser preservado e defendido. Todos os elementos estruturais e funcionais da sociedade, do meio ambiente natural e artificial, todos os valores que grassam no seio da comunidade, tem sua justificativa na preservação da vida humana. O Terceiro Setor existe e tem importância para a consecução deste fim: oferecer ao homem, ao homem-individual e ao homem-social uma existência digna e participativa na realização de seu próprio fim.

decorrido entre a constatação de uma problemática e sua solução; a identificação de uma carência e sua supressão; a sistematização de um projeto, a possibilidade de torná-lo conseguível e os efetivos resultados que dele se espera; e o assenhramento da situação social pelo indivíduo empoderado faz-se impreterivelmente de maneira bastante otimizada na pós-modernidade.

Toda a estrutura social continua ativa, sem baixas, apenas a distribuição de tarefas e responsabilidades, em razão do consenso social ou convênio social encontra nova formatação. Quanto à discussão de modelos organizacionais estatais, interessante a lição de Walter Claudius Rothenburg, para quem, “o princípio democrático e seu desdobramento republicano não permite que o Estado, por acordo, delegue a outra entidade a formulação das diretrizes principais e a gerência geral das mais importantes atividades de interesse público prestadas sob a forma de serviço público. Estamos no terreno das atividades típicas de Estado, inclusive as de governo, em que a propriedade deve ser pública e o modelo gerencial deve ser burocrático-hierárquico, ainda que com descentralização.”⁴⁸²

6.3 O TERCEIRO SETOR COMO FONTE SOCIAL DO DIREITO

Estudar uma fonte jurídica significa investigar o ponto onde ela nasceu na vida social e por onde entrou na seara do direito, é o que Maria Helena Diniz chama de “origem primária do direito.”⁴⁸³

Os estudos jurídicos acerca das fontes do direito costumam distingui-las em formais e materiais. As fontes formais são a legislação, os usos e costumes, a jurisprudência e a doutrina. As fontes materiais⁴⁸⁴ são a realidade social, o conjunto de fatos sociais que contribuem para formação do conteúdo do direito e

⁴⁸² Walter Claudius Rothenburg “Algumas considerações sobre a incidência de direitos fundamentais nas relações do Estado com empresas e Organizações Sociais” in OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord.). *Terceiro Setor Empresas e Estado. Novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. Pág. 106.

⁴⁸³ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil. 1º volume. Teoria Geral do Direito Civil. 24ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. Págs. 20 e 21

⁴⁸⁴ Anacleto Faria chama a estas fontes materiais de reais, dividindo-as em experimentais e racionais. As primeiras “... são constituídas pelos fatos sociais, pela atividade humana social (...) e as segundas (...) constituem (...) a hierarquização dos fatos, segundo o (...) critério de justiça. *Instituições de Direito*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978. Págs. 6 e 7.

os valores que o direito realiza, sendo certo que neste ponto há que se ler justiça. Quanto às primeiras salutar registro nos é apresentado por Jean-Louis Bergel, no sentido de que “... o reconhecimento das fontes formais do direito e do caráter obrigatório das regras que delas se originaram supõe um ‘estado de direito’.”⁴⁸⁵ Outrossim, no que respeita às segundas, na lição de Paulo Nader, “o Direito não é um produto arbitrário da vontade do legislador, mas uma criação que se lastreia no querer social. É a sociedade, como centro de relações de vida, como sede de acontecimentos que envolvem o homem, quem fornece ao legislador os elementos necessários à formação dos estatutos jurídicos. Como causa produtora do Direito, as fontes materiais são constituídas pelos fatos sociais, pelos problemas que emergem na sociedade e que são condicionados pelos chamados fatores do Direito, como a Moral, Economia, Geografia etc.”⁴⁸⁶

René David elenca entre as fontes do direito os princípios gerais. Sua identificação se faz por exegese. Em suas próprias palavras: “a colaboração dos juristas na obra de elaboração, e não só de aplicação, do direito manifesta-se ainda na utilização, por eles feita, nos direitos da família romano-germânica, de certos ‘princípios gerais’, que lhes é possível descobrir por vezes nos próprios textos da lei, mas que eles sabem também, na ocasião e se isso se revela necessário, descobrir mesmo fora da lei. O recurso a estes princípios e a utilização que deles se faz são difíceis de explicar pelos teóricos do positivismo legislativo; põem em evidência a subordinação do Direito aos imperativos da justiça, tal como é concebida numa época e num momento determinados, e o caráter de direitos dos juristas, e não unicamente de sistemas de normas legislativas, que pertencem aos direitos da família romano-germânica.”⁴⁸⁷

Ao lado do sentido jurídico, Del Vecchio apresentou o sentido filosófico das fontes do direito. Em sentido filosófico, o direito tem sua fonte essencial na natureza humana, nas relações entre iguais. Para o Professor da Universidade de

⁴⁸⁵ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 1ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001. (Justiça e Direito). Pág. 54.

⁴⁸⁶ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990. Pág. 170.

⁴⁸⁷ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 2ª Edição. Lisboa: Editora Meridiano Ltda. Pág. 166.

Roma, “é, portanto possível e até mesmo necessário deduzir de uma consideração transcendental de nossa natureza as duas noções, conexas, mas não idênticas, indicando o que é ‘jurídico’, de um lado, e o que é ‘justo’, de outro. A primeira noção é uma forma lógica, que compreende todas as experiências jurídicas possíveis e constitui o conceito limite. A segunda noção é o valor supremo, indicando a mais elevada verdade ética nas relações entre sujeitos, isto é, o ideal absoluto da ‘justiça’.”⁴⁸⁸

No sentido sociológico ou histórico, Savigny lecionou que a consciência comum do povo é a fonte substancial do direito. Para o ilustre romanista, “poder-se-ia crer numa origem diversa do direito segundo a influência do acaso, ou do arbítrio humano, ou da reflexão, ou da ciência. Mas, contra semelhante hipótese, opor-se-ia este fato indiscutido: sempre e quando uma relação jurídica se apresenta ao espírito e é posta em questão, verifica-se que de há muito existia uma norma para discipliná-la, de sorte que nada mais se faz necessário, nem mais é possível.”⁴⁸⁹

É ao direito pré-constituído que Savigny chama de direito positivo, acrescentando ser o povo o sujeito no qual, e para o qual, este direito tem existência, no sentido de que sua criação decorre da consciência do povo. A prova dessa origem está, para Savigny, no reconhecimento geral e uniforme do direito positivo e no sentimento de íntima necessidade, que acompanha a idéia. O povo é sujeito criador do direito positivo. A consciência comum do povo é, pois, fonte do direito, pois empresta origem e legitimidade às normas que, dela, a razão extrai.

Assim, ao povo, considerando-se cada cidadão empoderado e democraticamente participativo, ou aos seus representantes, incumbe a tarefa de traduzir a intuição popular e difusa do direito, inspirada pela consciência coletiva, isto é, investigar as necessidades sociais e soluções conscientemente aceitas; escolher as oportunidades para a adoção de soluções; e elaborar formas para essas soluções, atribuindo-lhes força obrigatória.

⁴⁸⁸ Del Vecchio. “Le Problème des Sources du Droit Positif - Annuaire de l’Institut de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique”. Paris : Sirey, 1934 citado por FRANCO MONTORO, André. *Introdução à Ciência do Direito*. 25ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. Pág. 323.

⁴⁸⁹ Savigny. “Sistema”. Vol. I, § 7º citado por RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 6ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 2005. Pág. 272.

O pluralismo jurídico, ou direito não-estatal, que compreende, à guisa de exemplificação, o direito estatutário das organizações, o direito desportivo, o direito eclesiástico e o consuetudinário internacional, é fonte formal do direito, pois surge no seio da sociedade, suas normas têm vigência efetiva e se desenvolvem continuamente ao lado das leis do Estado. As diferentes manifestações do direito se ligam a uma fonte única, essencial e permanente que é o espírito humano.

As fontes sociais do direito não se confundem com os costumes, regras de conduta criadas pelo povo, que as observa habitualmente e as pratica de modo constante, uniforme e reiterado, sob a convicção de corresponderem a regras obrigatórias, a necessidades jurídicas.

Uma fonte social nasce de manifestação da livre volição humana em prol do bem comum. É projeção da solidariedade humana, do desejo de ajudar, de fazer bem ao próximo. A própria noção de responsabilidade social, que gera efeitos salutares ao meio e ao indivíduo, quando aplicada como cânone em face das práticas de mercado e mesmo das situações inter-relacionais, pode-se dizer é causa e efeito desta solidariedade, e por isso acaba encontrando-se como substrato da fonte social. É causa porque uma atitude solidária em prol de outrem cria vínculos e forma objetivos comuns. É efeito porque a propagação da responsabilidade social, seja por um indivíduo, por vários, por organizações ou por coletivos organizados, na medida em que estreita as relações fortalece os mencionados vínculos e acarreta novas formas de solidariedade, justamente porque estabelece metas, objetivos a serem cumpridos pelo grupo.

Não há erro em afirmar que o rol de legitimados para a propositura da ação civil pública⁴⁹⁰ pode ser analisado sob uma axiologia solidária social. Todas as pessoas jurídicas de direito público ou privado que ali se encontram são órgãos solidários

⁴⁹⁰ Lei 7.347/85 “Art. 5º - Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - O ministério público; II - a defensoria pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista V. a associação ...

entre si, pois, representam interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Sua ação é motivada, na essência, para a consecução do bem comum, cujo valor, por sua vez é o bem e o justo do grupo, em determinada época.

Também não há que se confundir a fonte social do direito com o concurso direto do povo na elaboração, ou revogação das leis. Uma última ressalva importante é que admitir-se fontes sociais do direito não quer dizer que compete à sociologia determinar a natureza do direito, discriminá-lo ou dividi-lo. As leis sociológicas são inegavelmente úteis para as disciplinas jurídicas, mas com elas não se confundem, do contrário, estar-se-ia negando a existência do direito como ciência, como filosofia, como sistema normativo, criador de ordem própria e jurídica.

Quanto às transformações contemporâneas sofridas pelo direito, comenta Vicente Ráo: “Na realidade, a crise atual do direito se define como crise de transição, pois estamos a caminho de uma nova forma estrutural do direito aplicado, que vem sendo, aos poucos, tumultuariamente embora, adaptado à situação social de nossos dias, sem prejuízo dos princípios gerais e fundamentais que a filosofia do direito e a ciência do direito de há muito proclamaram. Em fase dessa natureza, as transformações nem sempre se processam com continuidade e disciplina, ao contrário, a desordem causada pelo excesso de leis é própria desses períodos. Mas, após a agitação, os preceitos legais se assentam e condensam e sobre eles se reconstrói, harmonicamente, o direito positivo, retomando a continuidade tradicional e histórica.”⁴⁹¹

Para Eugen Ehrlich não é a política, mas a própria sociedade civil quem cria, para si, seu ‘direito vivo’, senão vejamos: “na nossa época como em todas as épocas, a ênfase do desenvolvimento do direito não recai nem sobre a legislação nem sobre a jurisprudência, mas sobre a própria sociedade.”⁴⁹²

⁴⁹¹ RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 6ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 2005. Pág. 206.

⁴⁹² EHRLICH, Eugen. “*Grundlegung der Soziologie des Rechts*”. 4ª edição. Berlim: Duncker & Humblot, 1989 citado por TEUBNER, Gunter. *A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional*. Tradução: Peter Naumann. Revisão técnica: Dorothee Susanne Rüdiger. Piracicaba: Revista Impulso – UNIMEP nº 14, 2003.

Boaventura de Sousa Santos traz-nos que Ehrlich, nos aprofundamentos da pesquisa sobre o tema do ‘direito vivo’ manifesta que “... é central a contraposição entre o direito oficialmente estatuído e formalmente vigente e a normatividade emergente das relações sociais pela qual se regem os comportamentos e se previne e resolve a esmagadora maioria dos conflitos.”⁴⁹³

Para Gunter Teubner⁴⁹⁴, embora Ehrlich tenha errado no prognóstico do direito nacional austríaco, suas conjecturas se mostram corretas frente a um ordenamento jurídico mundial, sob o enfoque da globalização econômica, da fragmentação social, da reformulação estatal mundial. Para Teubner, Ehrlich tem razão, pois, descritivamente, o ordenamento global não estará em condições de dominar as múltiplas forças centrífugas de uma sociedade civil mundial; e, sob o aspecto normativo, a democracia terá maior chance de consenso se a política for definida, na medida do possível, no plano local.

Teubner entende ainda, que o direito global só pode ser interpretado adequadamente por meio de uma teoria do pluralismo jurídico e de uma teoria das fontes do direito, correspondentemente concebida em termos pluralistas. A teoria do pluralismo jurídico deve se ajustar à nova realidade social, dando enfoque aos discursos. A teoria jurídica das fontes do direito deve concentrar sua atenção nos processos espontâneos de formação do direito, os quais compõem a nova espécie de direito, que se desenvolve independentemente do direito instituído pelos Estados, em diversas áreas da sociedade mundial. Ao tratar do direito globalizado, o autor austríaco defende que o novo direito mundial não terá caráter apolítico, mas também não advirá das fontes parlamentares tradicionais, virá, sim, pela via dos processos espontâneos, nos quais o direito mundial se “acopla estruturalmente” a discursos altamente especializados.

⁴⁹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução à Sociologia da Administração da Justiça*. Revista de Processo. Ano X. Janeiro/março de 1985, nº 37 (trabalho inicialmente apresentado, em versão abreviada, no 1º Simpósio Internacional de Processo Civil e Organização Judiciária realizado na Faculdade de Direito de Coimbra de 21 a 26.5.84)

⁴⁹⁴ TEUBNER, Gunter. *A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional*. Tradução: Peter Naumann. Revisão técnica: Dorothee Susanne Rüdiger. Piracicaba: Revista Impulso – UNIMEP nº 14, 2003.

Teubner cita a Immanuel Kant, para quem a globalização do direito é tão-somente a consequência de uma codificação da política internacional, ou seja, se todos os Estados soberanos subscrevessem determinados princípios jurídicos num tratado internacionalmente vinculante, desenvolver-se-ia um novo e justo ordenamento jurídico para toda a humanidade, com o intuito de demonstrar que a história desautorizou a teoria kantiana. Em contrapartida, as acepções de Eugen Ehrlich assumem, na visão de Teubner, contornos cada vez mais nítidos e atuais, eis que a globalização não é mais utopia, mas inegável realidade cotidiana. Ela obedece, porém, a uma dinâmica inteiramente distinta da suspeitada por Kant, pois não há uma globalização unitária da sociedade mundial e sim processos globalizadores fragmentados da sociedade em relativa independência da política. Trata-se de processo extremamente contraditório, impulsionado pelos sistemas parciais e em velocidades distintas.

Na via da globalização, a política foi claramente ultrapassada pelos outros sistemas sociais, pela valorização das iniciativas locais e autônomas. E o reflexo da globalização no direito parece confirmar a opinião de Ehrlich, de que a globalização jurídica transcorre com abrangência limitada, ignorando processos dinâmicos advindos de outros setores da sociedade mundial, os quais produzem, igualmente, fenômenos de direito. A razão decisiva dessa produção jurídica reside no fato de que o acoplamento estrutural dos sistemas político e jurídico não contam com uma instância correspondente no plano da sociedade mundial.

Nesse ponto, Teubner questiona se a teoria do direito autônomo traz resposta a essa dinâmica da globalização. Na esteira do que lecionam Nonet e Selznick, há poucos indícios de um desenvolvimento forte, independente de instituições jurídicas autônomas em escala mundial. Teubner repete, então, a célebre citação de Ehrlich: “Na nossa época como em todas as épocas, a ênfase do desenvolvimento do direito não recai nem sobre a legislação nem sobre a jurisprudência, mas sobre a própria sociedade”.

Conclui o sociólogo do direito alemão que a globalização do direito seguirá no sentido de um direito mundial a partir das periferias sociais, a partir das zonas de contato com outros sistemas sociais, e não para o centro de instituições de

Estados-nações ou das instituições internacionais. Uma teoria renovada do pluralismo jurídico fornecerá explicações adequadas da globalização do direito, um direito que não extrai o seu vigor da coesão de comunidades étnicas, conforme se supusera no antigo “direito vivo”, mas das redes especializadas e funcionais, que criam uma identidade. O novo direito mundial não se nutre de estoques de tradições, e sim da auto-reprodução contínua de novas redes, distinguindo-se do atual direito dos Estados-nações, no tocante à diferenciação interna, ou seja, um novo direito de regulamentação de conflitos, que deriva de conflitos “inter-sistêmicos”, em vez de conflitos “internacionais”; às fontes do direito, isto é, o direito se formando em processos auto-organizados de “acoplamento estrutural”, mas mantendo a unidade necessária à segurança jurídica sem ameaçar a cultura jurídica; à independência.

Discussões acerca da titularidade indeterminada, do objeto indivisível, resultantes dos conflitos de massa próprios da sociedade contemporânea, são colocadas a meio caminho entre os interesses públicos e particulares. Conceitos jurídicos estratificados ganham relevância política e, por isso, sofrem transformações. Torna-se clara a dimensão social dos interesses⁴⁹⁵.

Vem de Ada Pellegrini Grinover a lição de que o “interesse público, entendido como aquele que se faz valer em relação ao Estado, de que todos os cidadãos são partícipes (interesse à ordem pública, à segurança, à educação) e que suscita conflitos entre o indivíduo e o Estado. Interesses privados, de que é titular cada pessoa individualmente considerada, na dimensão clássica dos direitos subjetivos, pelo estabelecimento de uma relação jurídica entre credor e devedor, claramente identificados. (...) os interesses sociais são comuns a um conjunto de pessoas (...)”⁴⁹⁶ A tutela de necessidades coletivas ou difusas decorre, portanto, de interesses espalhados e informais, os chamados interesses de massa, pertencentes a certos grupos, categorias ou classes de pessoas identificadas ou identificáveis, que comungam de objetivo comum e indivisível.

⁴⁹⁵ O interesse interliga uma pessoa a um bem da vida, em virtude de um determinado valor que esse bem possa representar para aquela pessoa.

⁴⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos*. Revista de Processo 97. Pág. 09.

Aos direitos de primeira geração compostos pelas liberdades negativas típicas do Estado Liberal, cujo dever de abstenção imperava, acresceram-se os direitos de segunda geração, formados por liberdades positivas protegidas pelo Estado Provedor obrigado a dar, fazer e prestar, conduzindo, finalmente, aos direitos de terceira geração, decorrentes dos interesses sociais, concebendo-se os direitos da solidariedade. E assim, mais uma vez citando Ada Pellegrini Grinover, o arremate a estas considerações: “ assim foi que o que aparecia inicialmente como mero interesse elevou-se à dimensão de verdadeiro direito, conduzindo à reestruturação de conceitos jurídicos, que se amoldassem à nova realidade.”⁴⁹⁷

CONCLUSÕES

O homem é ser social, dotado de inteligência e de linguagem articulada, movido por sentimentos de convívio, pela necessidade de relações e de conflitos com os outros homens. A identidade de sentimentos, de idéias e de doutrinas se dá por meio, principalmente, da solidariedade, da cooperação mútua, da interdependência entre seres e objetos. Assim, o amor ao próximo e a fraternidade levam o homem a praticar atos de filantropia, pois na promoção no bem-estar de todos repousa a verdadeira felicidade.

O Terceiro Setor é o fenômeno de valorização da solidariedade social, da busca pela liberdade de escolha e da manifestação plena da volição humana, pela igualdade, pelo desenvolvimento humano completo e com equidade, da busca pelo justo. Portanto, a análise desse fenômeno eminentemente social há que passar pela pesquisa de suas causas e efeitos nas variadas Ciências Sociais, para que se possa auferir, interdisciplinarmente, os conceitos, suas influências e conseqüências fenomênicas sob a ótica de cada Ciência, e chegar-se a conclusões acerca da aproximação entre o Terceiro Setor e o Direito.

O fenômeno social de transformação vivido na atualidade impinge um dinamismo quase tátil, perceptível em todas as ações, circunstâncias e ocorrências da vida quotidiana, seja individual, seja coletiva ou difusamente esparramada por toda a

⁴⁹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos*. Revista de Processo 97. Pág. 10.

sociedade. Também as transformações políticas e econômicas são sentidas em todo o planeta, cada vez mais globalizado, econômica e comunicacionalmente ligado, o que põe em evidência a soberania dos Estado-Nação mundiais, dado ao redimensionamento da relação espaço/tempo.

Todas essas transformações provocam um verdadeiro entrelaçamento entre consciência cidadã, engajamento cívico, participação democrática nas decisões estatais sobre os rumos da nação, protagonismo em redes sociais, ampliação capilar dos espaços públicos de discussão, que culminam no crescimento e fortalecimento do Terceiro Setor com diferentes enfoques de estudo pelos ramos da Ciência.

No que concerne ao Estado, o Terceiro Setor evidencia a necessidade de readequação estrutural e funcional da máquina estatal, sugerindo que a administração burocrática, sorvendo de ensinamentos do mercado, passe a atuar com formato de gestão empreendedora, admitindo certo grau de porosidade nos procedimentos, aplicando uma burocracia de resultado, que assimila agilidade e segurança, por meio de atos procedimentais concatenados objetivando um fim. A burocracia de resultado, ao mesmo tempo em que atende às necessidades de resposta dos anseios sociais e estatais com qualidade, serve de freio aos arroubos excessivos do redimensionamento tempo/espaço, que, em nome da celeridade a qualquer custo, compromete a segurança jurídica das relações e dos próprios procedimentos. O Terceiro Setor também dá ênfase às políticas públicas, nova forma de concretização da participação da sociedade na eleição dos interesses públicos, bem como, em nosso entendimento, justifica a proposição de uma Agência Reguladora de Participação e Controle Social, órgão de unificação e referência informacional e fiscalizadora sobre o setor, expressão máxima de “accountability” (transparência).

No tocante ao mercado, o Terceiro Setor traz nova roupagem à função social das empresas, impondo às corporações comportamentos, internos e externos, éticos e transparentes, sob o controle atento e cada vez mais rígido e impiedoso da sociedade consumidora. Também é do Terceiro Setor que advém o conceito de responsabilidade social, que resulta da soma do tripé da sustentabilidade ao

enaltecimento da cidadania ativa por toda a cadeia mercadológica, sempre pautada em comportamento ético, transparente e societariamente responsável. Ademais, o Terceiro Setor desmistifica a repisada falta de recursos, pois o crescimento das suas instituições comprova que não há falta de recursos, mas a necessidade premente de seu reaproveitamento, tanto do capital financeiro, como do capital social, humano e ambiental.

Assim sendo, Estado, mercado e Terceiro Setor não são fins em si mesmos, são meios para a consecução de um fim comum: a qualidade de vida, o bem-estar de todos, individual e coletivamente considerados. Cada um dos setores encontra fundamento no outro, na medida em que interagem e influenciam-se mutuamente.

É característica do mercado uma atuação pró-ativa, muitas vezes agressiva, voraz, na busca por novos produtos, novas tecnologias, novos consumidores. Ao Estado é inegável a necessidade de reestruturação, de enxugamento de seus excessos, de adoção de uma postura menos passiva e engessada, mais permeável e empreendedora. A comunicação, ou melhor, o entrelaçamento entre o Estado e o mercado é benéfico e necessário, na medida em que, de um lado, humaniza o mercado e o conscientiza da sua função social e, por outro lado, dinamiza a conformação estatal, sem deixar de lado seus princípios norteadores. Ao Terceiro Setor cabe, portanto, como interlocutor da sociedade empoderada, a função de intermediar e remediar as relações entre os três Setores, de promover e criar as condições necessárias para que essa troca de experiências e influências seja o mais profícua possível. O papel do Terceiro Setor vai muito além da prestação de serviços públicos. A ele incumbe a missão de conclamar e defender direitos sociais, de dar vez e voz aos interesses públicos, de influenciar as políticas públicas, de trazer ao Estado e ao mercado os anseios e receios sociais, enfim, de motivar a sociedade e de ser motivado por ela a viabilizar a emancipação do indivíduo, a conscientização coletiva, o protagonismo cívico e social transindividual.⁴⁹⁸

⁴⁹⁸ A integração do setor público com o setor privado correspondia, particularmente, a uma desorganização da esfera pública que outrora intermediava o Estado com a sociedade. “Tal função mediadora passa a ser exercida, além dos partidos políticos, pelas instituições constituídas a partir da esfera privada” HABERMAS, Mudança Estrutural na Esfera Pública.

O Terceiro Setor é justamente a nova faceta dinâmica da sociedade, que busca eficiência, permeabilidade e segurança no desenho institucional do Estado, que exige conscientização social nas práticas de mercado. O Terceiro Setor é a manifestação da cidadania ativa, é a participação democrática nas decisões, é o empoderamento cívico e o fortalecimento das redes sociais, é a relação horizontal entre todos os componentes da sociedade, é o atingimento do bem-comum, da qualidade de vida.

A globalização e o novo significado da soberania dos Estados-Nação são acontecimentos sócio-econômicos que transcendem as barreiras territoriais, questionam os limites jurisdicionais e desafiam as ideologias políticas mundiais. A mudança de realidade é fugaz e a resposta a esse dinamismo que atinge a tudo e a todos, a segurança necessária a garantir a absorção e acomodação dessas transformações sociais, econômicas, culturais e políticas advém, mesmo, do Direito. Mas também o Direito sofreu as influências de todos esses fenômenos, também ele alterou-se para espelhar e disciplinar os novos ânimos sociais. Sua tradicional dicotomia entre Direito Público e Direito Privado foi posta em cheque. E, em nosso entendimento, à vista da configuração social mundial que se delineia, não há como acomodar, senão a golpes de duras marteladas, a necessária conformação jurídica nacional, sem nos desprendermos das amarras dessa clássica divisão.

Vivemos uma época em que o universo jurídico se alarga, em que os direitos sociais e transindividuais deixam de ser meras declarações retóricas e passam a ser direitos reconhecidos e exercidos, em busca de efetividade e concretude. Portanto, a resposta a essa verdadeira quebra de paradigmas em todos os setores da sociedade está, mesmo, nos direitos transindividuais.

Não há que se falar em um processo imposto, pois essa nova conformação ideológica é um resultado natural, que emerge do empoderamento dos cidadãos. O Direito é um fenômeno social e como tal vai sendo criado de acordo com as necessidades da sociedade.

Se as transformações são difusas, na medida em que atingem, ainda que em maior ou menor grau, a sociedade como um todo; se as demandas são coletivas, porquanto advindas de grupos mais ou menos organizados e atingem pessoas determináveis; se o empoderamento traz a emancipação individual, a conscientização da cidadania e o engajamento cívico no redimensionamento dos espaços públicos para a atuação em redes, nas quais somos todos participantes efetivos, seja como protagonistas de ações, seja como formadores de idéias, então o Direito a disciplinar essas relações e interações há que transcender as barreiras do Privado e do Público, há que ser metaindividual.

A estes direitos se impõe a idéia da pluralidade, considerando, para tanto, um corte epistemológico baseado no sujeito que os titulariza e em sua relação com o objeto de seu interesse. Para sua identificação, não basta a constatação de que um número determinado, determinável ou indeterminado de indivíduos têm interesse na proteção de um bem, de um objeto, de uma situação, ou de uma relação. É preciso ir além. Faz-se necessário distinguir dentre os objetos, objetivos e fatos sociais aqueles que, de qualidade (valor) superior aos que se referem ao âmbito eminentemente privado das relações inter-individuais têm relevância tal que sua cognição pela sociedade, seu gozo por indivíduos, coletiva ou difusamente considerados, e sua proteção por quem tenha legitimidade, aproveite, e aqui se aponta a dialética entre sujeito e objeto, ao grupo, à sociedade, construindo-a e preservando-a e, é nesta medida, que se desenvolve a noção da responsabilidade social, no que respeita aos seres humanos. Esta responsabilidade que é mediamente de cada um, e imediatamente do grupo, é motivada pela democracia participativa, que tem sua origem no enraizamento da noção de cidadania ativa e consciente, a qual se reveste da insofismável característica do empoderamento. Também compete às organizações o agir responsabilmente, visto serem aglutinadoras de ideários ou volições comuns, e daí que é seu mister a obediência, como emanção da consciência social, que acaba por lhes impregnar, atuar com sustentabilidade. Em suma, o transindividualismo, como movimento contemporâneo, se alicerça em redes de solidariedade social formadas por indivíduos (singulares), grupos, organizações, instituições e demais estruturas sociais, todas destinadas a realizar materialmente o direito, que se renova

conforme se renovam as necessidades, valores e intenções destes metaorganismos, as redes sociais. Por isso afirmar-se que o Terceiro Setor é fonte do direito.

“... o confronto entre diferentes paradigmas termina conduzindo a um processo de persuasão, de caráter basicamente retórico, motivo pelo qual a justificativa dos critérios e dos motivos das opções científicas deve, como argumenta Kuhn, ser procurada numa ampla gama de fatores sociais, políticos, econômicos, culturais e até mesmo ideológicos – e não necessária ou obrigatoriamente no círculo estrito das condições teóricas e dos mecanismos internos de validação da lógica formal, positivista e racionalista.”⁴⁹⁹

A Idéia – Augusto dos Anjos

“De onde ela vem?! De que matéria bruta

Vem essa luz que sobre as nebulosas

Cai de incógnitas criptas misteriosas

Como as estalactites numa gruta?!

Vem da psicogenética e alta luta

Do feixe de moléculas nervosas,

Que, em desintegrações maravilhosas,

Delibera, e depois, quer e executa!

Vem do encéfalo absconso que a constringe,

Chega em seguida às cordas da laringe,

Tísica, tênue, mínima, raquítica...

Quebra a força centrípeta que a amarra,

Mas, de repente, e quase morta, esbarra,

No molambo da língua parálitica!”

⁴⁹⁹ FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002. Pág. 51.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas*. Artigo publicado na Revista *Ajuris* vol. 24, nº 70. São Paulo, 1997.

ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona: Tomo I, 1970.

ALVES, Mário Aquino. Texto: *Terceiro Setor: as origens do conceito*. São Paulo: FGV/SP, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

ARANGO, Manuel. *Philantropy in México*. Boston: Harvard Review of Latin America, 2002.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores. 1999.

ARAÚJO, Vinícius de Carvalho. *A Governança como Superlativo Conceitual da Reforma do Estado*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado nº 3. Salvador, 2005.

ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. Tradução de Fábio Konder Comparato. Artigo publicado na Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro nº 104, vol. 35. São Paulo, 1996.

ÁVILLA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2007.

AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano Peixoto. *A Republicização do Estado e os Interesses Públicos*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*. 32ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 1994.

BAYRON, Sergio. *Interdisciplinaridade*. São Paulo: Editora Futura, 2002.

- BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001. (Justiça e Direito).
- BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade. Para uma teoria geral da política*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Rio de Janeiro: FGV, 1972.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Editora Saraiva, 1961.
- BORBA, José Eduardo Tavares. *Teoria da Empresa - um retorno ao critério subjetivo*. Artigo publicado na Revista dos Tribunais, ano 90, nº 783. São Paulo, 2001.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; WILHEIM, Jorge e SOLA, Lourdes (orgs.). *Sociedade e Estado em Transformação*. Brasília: ENAP, 1999.
- _____. *A Crise da América Latina: Consenso de Washington ou Crise Fiscal?* Aula magna no XVIII Encontro Nacional de Economia da Associação Nacional de Centros de Pós-Graduação em Economia (ANPEC), proferida em Brasília em 4 de dezembro de 1990.
- _____. *Reforma do Estado para a Cidadania*. Brasília: ENAP, 2002.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades Comerciais: Empresa e Estabelecimento*. 5ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 1993.
- CAHALI, Youssef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Cidadania Tutelada*. Revista Eletrônica de Direito do Estado nº 5: Salvador, 2006.
- _____. *Função social do processo*. Artigo publicado na Revista Forense, vol. 343. Rio de Janeiro, 1998.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A Representação Política e o Direito Moderno*. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil nº 49. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988.
- CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida*. São Paulo: Editora Cultrix, 2005.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Vol. 03. São Paulo: Editora Saraiva, 1977.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Editora Paz e Terra. São Paulo, 1999.

CASTRO, Celso A. Pinheiro de. *Sociologia aplicada ao Direito*. 2ª Edição. São Paulo. Editora Atlas, 2003.

CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *As Agências Reguladoras de Serviço Público no Brasil*. Revista Regulação no Brasil nº 1. Porto Alegre: ABAR, 2005.

COELHO, Fabio Ulhôa. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

_____. *Curso de Direito Comercial*. 7ª Edição, vol. 01. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

COELHO, Simone de Castro Tavares. *Terceiro Setor*. 2ª Edição. São Paulo: Senac, 2000.

COMPARATO, Fabio Konder. *A Reforma da Empresa*. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

_____. *Ensaio sobre o Júízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas*. São Paulo: RT nº 737, ano 86, 1997.

_____. *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

_____. *Função social da propriedade dos bens de produção*. Artigo publicado na Revista de Direito Mercantil nº 63. São Paulo, 1986.

CRETELLA JR., José. *Elementos de Direito Constitucional*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 2ª Edição. Lisboa: Editora Meridiano Ltda.

DE FRANCO, Augusto. *A Questão do Fim Público das Organizações do Terceiro Setor*. Relatório sobre o desenvolvimento humano no Brasil. São Paulo: PNUD/IPEA, 1997.

DEL VECCHIO. “Le Problème des Sources du Droit Positif - Annuaire de l’Institut de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique”. Paris : Sirey, 1934 citado por FRANCO MONTORO, André. *Introdução à Ciência do Direito*. 25ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública. Concessão, remissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Direito Regulatório. Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. 1º volume. Teoria Geral do Direito Civil. 24ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

DUARTE, Gleuso e DIAS, José. *Responsabilidade social: a empresa hoje*. Rio de Janeiro: Editora Livros Técnicos e Científicos, 1986.

EHRlich, Eugen. “*Grundlegung der Soziologie des Rechts*”. 4ª Edição. Berlin: Duncker & Humblot, 1989 citado por TEUBNER, Gunter. *A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional*. Tradução: Peter Naumann. Revisão técnica: Dorothee Susanne Rüdiger. Piracicaba: Revista Impulso – UNIMEP nº 14, 2003.

ENTERRÍA, Eduardo García. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Editora Civitas, 1988.

FALCÃO, Humberto Martins. *Burocracia e a Revolução Gerencial – A persistência da dicotomia entre política e administração*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado nº 6. Salvador, 2006.

FALCÃO, Joaquim. *Democracia, Direito e Terceiro Setor*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2004.

FARIA, Anacleto. *Instituições de Direito*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FERNANDES, Rubem César. *PRIVADO PORÉM PÚBLICO*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Relume Dumará, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Editora Atlas. 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

FREIRE, Fátima de Souza e TIBÚRCIO SILVA, César Augusto. *Balanço Social: Teoria e Prática*. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

GOHN, Maria da Glória. *Educação Não-Formal e Cultura Política. Questões da nossa época*. São Paulo: Cortez Editora, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica*. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. *Direito Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

GRAYSON, David e HODGES, Adrian. *Compromisso Social E Gestão Empresarial*. São Paulo: PubliFolha, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos*. Revista de Processo 97.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Globalização e Teoria dos Sistemas Autopoiéticos*. 2007.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 17ª Edição. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *O Estado-Nação Europeu Frente aos Desafios da Globalização*. Novos Estudos CEBRAP, nº 43, 1995.

HOBSBAWN, Eric. *Globalização, Democracia e Terrorismo*. 2006.

HUSNI, Alexandre. *Empresa Socialmente Responsável. Uma abordagem jurídica multidisciplinar*. São Paulo: Editora Quarter Latin, 2007.

IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). *3º Setor: Desenvolvimento Social Sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes. 1998.

KLIKSBERG, Bernardo. *Por uma Economia com Face Mais Humana*. 2ª Edição. Brasília: Unesco, 2003.

KRETZMANN, John P. e MCKNIGHT, John L. *Building Communities from the Inside Out: A Path Toward Finding and Mobilizing a Community's Assets*. Institute for Policy Research, Northwestern University: ACTA Publications, 1997.

KUHN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago: Chicago University Press, 1980.

LANDIM, Leilah (org.). *Ações em sociedade. Militância, caridade, assistência etc.* Rio de Janeiro: Nau Editora, 1998.

LEÓN, Magdalena (comp.). *Poder y Empoderamiento*. Colômbia: TM Editores, 1997.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Método. 2004.

LESSA MATTOS, Paulo Todescan. *Regulação Econômica e Social e Participação Pública no Brasil*. Revista Regulação no Brasil nº 1. Porto Alegre: ABAR, 2005.

LÉVY-BRUHL, H. “Les sources du droit. Les Méthodes. Les Instruments du Travail. – Introduction a l’étude du droit”. Paris: Ed. Rousseau, 1951 citado por FRANCO MONTORO, André. *Introdução à Ciência do Direito*. 25ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LIMA, Luiz Costa org. *Teoria da Cultura de Massa*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. *O Princípio da Legalidade e a Regulação de Serviços Públicos Delegados*. Revista Regulação no Brasil nº 1. Porto Alegre: ABAR, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras. Instrumentos do Fortalecimento do Estado*. São Paulo: ABAR, 2003.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MILARÉ, Edis. *Curadoria do Meio-Ambiente - Cadernos Informativos da Associação Paulista do Ministério Público*. São Paulo, 1988.

MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Petrópolis: Editora Vozes, 1991.

MONTAÑO, Carlos. *Terceiro Setor e Questão Social. Crítica ao padrão emergente de intervenção social*. São Paulo, Cortez, 2002.

MUNK. Gerardo L. *"Actor Formation, Social Coordination, and Political Strategy: Some Conceptual Problems in the Study of Social Movements"* tradução: Vera Pereira. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1997.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990.

NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

- NIGRO, Mario. *Il modo della partecipazione. Rivista de Diritto e Procedura Civile*. Milão, 1980.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). *Terceiros Setor Empresas e Estado. Novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.
- OLIVEIRA, Miguel Darcy e TANDON, Rajesh (coords.) *Citizens: Strengthening Global Civil Society*. Washington: Civicus, 1994.
- PARIS SPINK, Mary Jane(org.). *A Cidadania em Construção. Uma reflexão transdisciplinar*. São Paulo: Editora Cortez, 1994.
- PINHO, José Antonio Gomes; SANTANA, Mercejane Wanderley e CERQUEIRA, Sonia Margarida Bandeira. *Gestão Publica em Busca de Cidadania. Experiências de inovação em Salvador*. CADERNOS GESTÃO PÚBLICA E CIDADANIA, vol. 5. São Paulo: FGV, 1997.
- PORTO, Marta (org.). *Investimento privado e desenvolvimento: balanço e desafios*. Rio de Janeiro: Senac, 2005.
- PUTNAM, Robert. *Comunidade e Democracia*. 8ª Edição. São Paulo: FGV, 2005.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*, § 4, nº 22, 1932 citado por FRANCO MONTORO, André. *Introdução à Ciência do Direito*. 25ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Filosofia do Direito*. Tradução de L. Cabral de Moncada. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & C.ª Editores, 1934.
- RAMOS, André de Carvalho. *O Combate Internacional à Corrupção e a Lei da Improbidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 6ª Edição. Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- RATTNER, Henrique. *Liderança para uma sociedade sustentável*. São Paulo: Editora Nobel, 1999.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002. Coleção Justiça e Direito.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 22ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1995
- REALE, Miguel. *Paradigmas da Cultura Contemporânea*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

- _____. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.
- _____. *Filosofia do Direito*. 16ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.
- REID, Michael. *Forgotten Continent: The Battle for Latin America's Soul*. 1ª edição. New Haven: Yale University Press, 2008. (tradução livre)
- REIS URSINI, Tarcila e ORTEGA BRUNO, Giuliana. *A Gestão para a Responsabilidade Social e o Desenvolvimento Sustentável*. Revista da FAT (Fundação de Apoio à Tecnologia). São Paulo: Ed. Jun/Jul/Ago, 2005.
- RESENDE, Ênio. *Cidadania. O remédio para as doenças culturais brasileiras*. 2ª Edição. São Paulo: SUMMUS EDITORIAL, 1992.
- RICARDO, David. *Princípios de Economia Política e Tributação*. São Paulo: Editora Abril, 1992.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. *Temas de Direito Administrativo. Terceiro Setor*. (Org. Celso Antônio Bandeira de Mello). São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Terceiro Setor Empresas e Estado. Novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.
- SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- SABO PAES, José Eduardo. *Fundações e Entidades de Interesse Social*. 5ª Edição. Brasília: Brasília Jurídica.
- SALLES, Marcos Paulo de Almeida. *A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual*. Artigo publicado na Revista de Direito Mercantil nº 119. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- SANTOS JÚNIOR, Orlando Alves. *Democracia e governo local. Dilemas da reforma municipal no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução à Sociologia da Administração da Justiça*. Revista de Processo. Ano X. Janeiro/março de 1985, nº 37.
- SARTORI, Giovanni. *Teoria de la Democracia: el debate contemporâneo*. 3ª Edição. Madrid: Alianza Editorial, Tomo 1, 2001.
- SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité*. Vol. I, n. 1. Paris: 1939. (tradução livre)
- SAVIGNY. “Sistema”. Vol. I, § 7º citado por RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 6ª Edição. Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações – investigação sobre sua natureza e suas causas*. Vol. 02. São Paulo: Abril Cultural, 1993.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A Crise da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978.

SOUZA, Leandro Marins. *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*. São Paulo: Dialética, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 12ª Edição. São Paulo: LTR Editora, 1999.

TEUBNER, Gunter. *A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional*. Tradução: Peter Naumann. Revisão técnica: Dorothee Susanne Rüdiger. Piracicaba: Revista Impulso – UNIMEP nº 14, 2003.

TEUBNER, Gunther. “After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Port-regulatory Law” in *Dilemmas of Law in the Welfare State* (org.)

THOUREAU, Henry David. *Desobediência Civil*. Tradução de Sérgio Karam. Porto Alegre: L&PM. 1997.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. *A Democracia Na América*. Vol 2. São Paulo/Belo Horizonte: Edusp/Itatiaia, 1977.

TORO, José Bernardo. *Construção do Público, Cidadania, Democracia e Participação*. 1ª edição. São Paulo: SENAC, 2005.

TOURAINÉ, Alan. *Poderemos viver juntos? Iguais e diferentes*. Petrópolis, Editora Vozes, 1999.

TRIGUEIRO, André. *Meio Ambiente no Século XXI*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2005.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracy Realized*. New York: Verso, 1998.

WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. 4º vol.

WITHAKER, Francisco. *Redes: Uma estrutura Alternativa de Organização*. 1998.

ZVIRBLIS, Alberto Antonio. *Democracia Participativa e Opinião Pública. Cidadania e desobediência civil*. São Paulo: RCS Editora, 2006.

ZIZEK, Slavoj. *The Liberal Communists of Porto Davos*. Essen: Institute for Advanced Study in the Humanities, 2006. (tradução livre)

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](#)