

FDV

MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

UDNO ZANDONADE

**O PAPEL DO TERCEIRO SETOR NA REALIZAÇÃO DOS
DIREITOS SOCIAIS**

VITÓRIA
2005

FDV

MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

UDNO ZANDONADE

O PAPEL DO TERCEIRO SETOR NA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da FDV, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais, na área de concentração em Direitos Constitucionais Fundamentais, sob a orientação do Professor Doutor Carlos Henrique Bezerra Leite.

VITÓRIA
2005

FDV

MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

UDNO ZANDONADE

**O PAPEL DO TERCEIRO SETOR NA REALIZAÇÃO DOS
DIREITOS SOCIAIS**

BANCA EXAMINADORA:

VITÓRIA(ES), ____ de _____ de 2005.

*Aos meus queridos pais:
Cupertino e Maria Lides.*

AGRADECIMENTOS

*Esta é mais uma etapa da minha vida que não concluí sozinho.
Àqueles que caminharam comigo, meus sinceros agradecimentos:*

*Ao Professor Carlos Henrique,
por sua dedicação, sua confiança e seu apoio intelectual*

*Aos meus pais, Cupertino e Maria Lides,
meus irmãos, Didia, Nininha, Ivan e Tututa,
e meus sobrinhos, Dani, Bebel e Mimim,
simplesmente por fazerem parte da minha vida*

*À Juli,
Por seu apoio incondicional e pela sua dedicação
Por estar sempre ao meu lado ... por me fazer feliz*

*À Professora Adriana Zandonade,
por seus ensinamentos e por sua paciência*

*Por fim,
Aos colegas do escritório, ao Gustavo, ao Rodrigo e
aos professores e colegas do Mestrado.*

RESUMO

O presente trabalho aborda a questão da delimitação do papel do Terceiro Setor na função promocional dos direitos sociais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. Apresentado como o principal realizador dos direitos sociais no âmbito não-estatal (sobressaindo-se em virtude de suas características, princípios, formas de atuação e finalidades), comprova-se através da análise do Texto Constitucional que o Terceiro Setor deverá atuar de forma complementar ao Estado (quem detém esta responsabilidade em caráter primário). Ao mesmo tempo, discorre-se sobre as formas de promoção dos direitos sociais pelo Estado (direta e indireta), sobre a atividade de fomento (incentivos tributários e subvenções) e sobre o princípio da subsidiariedade. No tocante aos direitos sociais, a pesquisa analisa ainda a sua vertente prestacional juntamente com o princípio da dignidade humana, justificando a apresentação dos direitos sociais como realizador da igualdade material e como uma dimensão dos direitos fundamentais. No mais, apresenta-se o Terceiro Setor em seus aspectos político, social e jurídico, partindo-se de um estudo de direito comparado sobre a definição do tema central para chegar-se ao conceito jurídico do mesmo. Relata-se a evolução do Terceiro Setor na sociedade brasileira, traçando-se, inclusive, os seus princípios fundamentais — princípio da eficiência administrativa e princípio da solidariedade. Ao final, apresentam-se as pessoas que o compõem, de acordo com diplomas normativos editados a partir de 1998 — Voluntariado, Organização Social (OS) e Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) —, com base em discussões travadas durante as Rodadas de Interlocução Política do Conselho da Comunidade Solidária, as quais vêm sendo chamadas de reforma do marco legal do Terceiro Setor no Brasil.

ABSTRACT

The current work approaches the delimitation of the role of the Third Sector in the function of promoting the social rights established by the Federal Constitution of 1988. The Third sector is presented as the main promoter of the social rights in the non state range (standing out because of its characteristics, principles, ways of acting and goals). The analysis of the constitutional text proves that the Third sector should act as a complementary way of the State, which is already its primary responsibility. Meanwhile, to justify the objectives that had been reached, we discuss the ways in which the State directly and indirectly promotes social rights, we also discuss the State's nurturing (tax incentives and subventions) and the subsidiary principle. The research also analyzes social rights' volunteer branch together with the Human Dignity principle, justifying the presentation of the social rights as the developer of material equality and as a dimension of the fundamental rights. Moreover, it presents the Third sector in its political, social and juridical aspects, starting from a compared law study about the theme of the Third sector to get to the juridical concept of it. The work also discusses the evolution of the third sector in Brazilian society, also drawing its fundamental principles of efficiency and solidarity. In the end, this work presents the subjects and the entities inserted through laws since 1998, by occasion of the discussion led during the 'Solidary Community Counsel Round of Political Interlocution', which are being called the reform of the legal aspect of the Third Sector in Brazil: Volunteer work, Social Organizations and the Civil Society Public Interest's Organization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	13
1.1 HISTÓRICO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	14
1.2 O PERFIL IDEOLÓGICO DA CONSTITUINTE E DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	17
1.3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS DIREITOS SOCIAIS.....	24
1.3.1 Conceito de direitos sociais	25
1.3.1.1 Os direitos sociais como uma dimensão dos direitos fundamentais.....	26
1.3.1.2 Os direitos sociais prestacionais.....	28
1.3.1.3 A realização da igualdade material por meio dos direitos sociais.....	32
1.3.2 O princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos sociais	33
2 O TERCEIRO SETOR	40
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: DO ESTADO LIBERAL AO TERCEIRO SETOR.....	40
2.2 A EVOLUÇÃO DO TERCEIRO SETOR NA SOCIEDADE BRASILEIRA.....	54
2.3 CONCEITO JURÍDICO DE TERCEIRO SETOR.....	61
2.4 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO TERCEIRO SETOR.....	72
2.4.1 Princípio da solidariedade	72
2.4.2 Princípio da eficiência administrativa	75
2.5 A REFORMA DO MARCO LEGAL DO TERCEIRO SETOR.....	79
2.5.1 Voluntariado	81
2.5.2 Organização Social	85
2.5.3 Organização da Sociedade Civil de Interesse Público	90
3 O PAPEL DO TERCEIRO SETOR NA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	100

3.1 A NÃO-EXCLUSIVIDADE DO ESTADO NA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	101
3.2 A PROMOÇÃO INDIRETA DOS DIREITOS SOCIAIS E A ATIVIDADE DE FOMENTO: A PARTICIPAÇÃO DO TERCEIRO SETOR MEDIANTE INCENTIVOS DO ESTADO.....	103
3.3 O PAPEL DO TERCEIRO SETOR NA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	107
3.3.1 O Papel do Estado e da sociedade civil.....	107
3.3.1.1 Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade.....	111
3.3.2 Os limites da promoção indireta.....	113
3.3.3 O Papel do Terceiro Setor.....	116
CONCLUSÕES.....	118
REFERÊNCIAS.....	121

INTRODUÇÃO

Desde o final do século XX encontra-se presente na pauta mundial a discussão sobre um novo modelo de Estado. De fato, o Estado Providência vinha encontrando dificuldades para se desincumbir das incontáveis tarefas então assumidas. No entanto, o retorno ao modelo liberal significaria um retrocesso às inúmeras conquistas sociais outrora alcançadas.

Com o reconhecimento da dignidade humana como princípio fundamental e com a noção de que a eficiência da Administração Pública passaria necessariamente pela garantia de um Estado Democrático, surge um paradigma diferente, cuja idéia principal é a de que o Estado deverá atuar como verdadeiro gerente, buscando a eficiência de seus atos, mesmo que para tanto tenha de se afastar eventualmente da esfera econômico-social, substituindo a intervenção direta por atos de regulação. Trata-se do Estado subsidiário, que atuará sempre que a sociedade não tiver condições de resolver sozinha determinado problema.

Em se tratando de um modelo que atribui à sociedade civil uma importância sem igual, o papel de alguns de seus representantes também restou valorizado, mormente daqueles que realizavam tarefas semelhantes às do Estado. Dentre estes, maior destaque se dá ao chamado Terceiro Setor, entendido como o setor público não estatal cujo principal objetivo é a promoção dos direitos sociais em homenagem aos princípios da solidariedade e da eficiência da Administração.

De fato, a participação do Terceiro Setor vem apresentando números muito expressivos. De acordo com dados apresentados pela Universidade Johns Hopkins (Baltimore, Maryland), reconhecido centro de pesquisa sobre o tema, os resultados obtidos pelo Terceiro Setor nos Estados Unidos, por exemplo, representam 6,3% do Produto Interno Bruto (PIB). Nos países da Europa Ocidental e no Japão, essa taxa tem oscilado na casa dos 4,5%, evidenciando, por conseguinte, a força do Terceiro Setor na promoção dos direitos sociais.

Ocorre que o modelo de Estado subsidiário, aplicável aos países desenvolvidos, encontra resistência nos países subdesenvolvidos. Nestes últimos, que jamais tiveram a oportunidade de vivenciarem efetivamente as experiências liberal e social, não haveria maturidade suficiente para transferir determinadas responsabilidades à sociedade civil.

Especificamente no que tange ao Brasil, não obstante ainda ser classificado como país subdesenvolvido, percebe-se, no aspecto econômico, que a série de reformas constitucionais implementada a partir de 1995 visou a proporcionar justamente um maior afastamento do Estado, acompanhando a tendência dos países desenvolvidos. Como exemplo disso temos a implementação do sistema de agências reguladoras, a flexibilização do monopólio estatal do petróleo e o programa nacional de desestatização.

No entanto, o Estado brasileiro vem adotando posição diversa no âmbito social. Nesse caso, apresenta-se um Estado interventor, preocupado com a justiça social e com a igualdade material, mas que incentiva a sociedade civil a colaborar com a tarefa.

Isso não quer e não deve significar a idéia de invasão pura e simples da esfera pública sobre a privada, mas traduz o papel que o Estado passou a desempenhar de grande guardião dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que o setor privado apresenta falhas estruturais (falta de organização, ausência de verbas, existência de poucos profissionais especializados que atuam na área social, dentre outras tantas) que o impede de garantir um mínimo social sem o amparo do Estado.

Muito embora a sociedade brasileira não tenha a mesma responsabilidade definida pelos modelos de Estado subsidiário no tocante aos direitos sociais, a abertura dada pela atual Constituição Federal foi capaz de proporcionar também em nosso país o crescimento do Terceiro Setor, representando hoje, também segundo o centro de pesquisa da Universidade Johns Hopkins, algo em torno de 1,5% do Produto Interno Bruto (PIB).

Esse crescimento despertou-nos o interesse pelo tema, a justificar a proposta que

ora apresentamos, de uma análise crítica das atividades, funções e responsabilidades do Terceiro Setor no tocante à promoção desses direitos.

Assim, partindo de uma análise do nosso ordenamento jurídico, mormente da Constituição Federal de 1988, estabelecemos como problema a seguinte indagação: qual o papel desempenhado pelo Terceiro Setor na realização dos direitos fundamentais sociais no Brasil? Com a finalidade de solucioná-lo, a presente pesquisa foi dividida em três capítulos.

O primeiro capítulo apresenta a temática dos direitos sociais no âmbito da Constituição Federal de 1988. Partindo do processo de formação dessa Carta Política, bem como do seu perfil ideológico, analisamos a vertente prestacional dos direitos sociais juntamente com o princípio da dignidade humana. Ainda nesse capítulo, justifica-se a apresentação dos direitos sociais como uma dimensão dos direitos fundamentais e a realização da igualdade material por meio deles.

O segundo capítulo trata do Terceiro Setor em seus aspectos político, social e jurídico. Realizamos um estudo de direito comparado sobre a definição do tema central para chegar-se ao conceito jurídico do mesmo. Também abordamos seus princípios fundamentais — princípio da eficiência administrativa e princípio da solidariedade — para, ao final, apresentarmos as pessoas e as entidades inseridas pela reforma do marco legal do Terceiro Setor no Brasil: voluntariado, organização social e organização da sociedade civil de interesse público.

No terceiro capítulo enfrentamos a questão da não-exclusividade do Estado na realização dos direitos sociais, que redundará na análise dos papéis daquele e do Terceiro Setor na realização da tarefa. Ao mesmo tempo, examinamos as formas de promoção dos direitos sociais pelo Estado, a atividade de fomento e o princípio da subsidiariedade.

É importante frisar, enfim, que a pesquisa foi realizada sob a perspectiva do método dedutivo, utilizando-se as técnicas documental e bibliográfica. Aplicamos ainda as técnicas de hermenêutica jurídica, bem como a de análise sociocrítica do direito.

Assim, o tema proposto é uma rica seara que se pretende explorar, não de forma exaustiva, mas abordando as questões principais e mais relevantes. Com uma análise crítica do papel do Terceiro Setor no âmbito da promoção dos direitos sociais, pretende-se reforçar o debate jurídico que envolve a formação de um efetivo Estado Democrático de Direito fundado no princípio da dignidade humana.

CAPÍTULO I

OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1.1 Histórico da Constituição Federal de 1988; 1.2 O perfil ideológico da Constituinte e da Constituição de 1988; 1.3 A Constituição Federal de 1988 e os direitos sociais; 1.3.1 Conceito de direitos sociais; 1.3.1.1 Os direitos sociais como uma dimensão dos direitos fundamentais; 1.3.1.2 Os direitos sociais prestacionais; 1.3.1.3 A realização da igualdade material por meio dos direitos sociais; 1.3.2 O princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos sociais.

Iniciamos o presente estudo com uma análise dos direitos sociais dentro da atual Carta Política, o que se faz importante na medida em que nos propomos a verificar se pode o Terceiro Setor ser considerado um instrumento de sua promoção.

Isso faz com que esta primeira abordagem não tenha a pretensão de exaurir o tema dos direitos sociais, tarefa já realizada com brilhantismo por constitucionalistas ilustres, mas tão-somente ressaltar alguns dos seus aspectos mais importantes, notadamente aqueles que eventualmente apresentem maior afinidade com o objeto central do trabalho.

Quanto ao tema, além do próprio conceito de direitos sociais, entendemos ser de importância primordial a sua análise em conjunto com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, alcança maior sentido quando observado dentro deste contexto, já que ambos — direitos sociais e dignidade humana — privilegiam a igualdade em seu aspecto material.

De mais a mais, considerando ainda que os direitos fundamentais formam o núcleo

básico do princípio da dignidade de pessoa humana, e restando assente o entendimento de que os direitos sociais são, da mesma forma, fundamentais, podemos afirmar que uma existência humana digna passa obrigatoriamente pela observância dos direitos sociais.

1.1 HISTÓRICO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Passados mais de treze anos do golpe militar de 1964, o então Presidente Geisel começou um processo lento e gradual de transição política que veio, ao final de aproximados dez anos, culminar na promulgação da Constituição Federal de 1988.

Considera-se como marco inaugural desse processo um conjunto de medidas baixadas no mês de junho de 1978, vulgarmente conhecidas como “Pacote de Junho”, as quais versavam, dentre outros assuntos, acerca da revogação do Ato Institucional n.º 5 e das suspensões dos direitos políticos nele baseadas e da eliminação de alguns poderes presidenciais, iniciando, ainda que timidamente, a abertura democrática.

Esta, por sua vez, começou a tomar consistência durante o mandato presidencial do General João Baptista Figueiredo, iniciado em 15 de março de 1979, período no qual foi concedida a anistia aos condenados por crimes políticos. Além disso, foi decisiva a influência das eleições diretas para Governador (1982), em que o grande vencedor foi o PMDB (à época o principal partido de oposição ao Governo Federal), com a eleição dos seus candidatos nos principais Estados da Federação.

Também nessa época surgiram dois grandes movimentos capitaneados não só pela oposição política mas também pelas organizações civis, por profissionais liberais, pela imprensa, por estudantes e por organizações populares, responsáveis por acender na sociedade civil brasileira o desejo pela restauração do Estado Democrático de Direito: as eleições diretas para Presidente da República (“Diretas-Já”) e a convocação de uma Assembléia Constituinte para o País.

A primeira acabou por se tornar mais forte, mobilizando toda a nação. Todavia, não foi suficiente para demover dos militares a idéia de se realizar a sucessão presidencial de forma indireta. O processo eleitoral, por conseguinte, foi decidido em janeiro de 1985, mediante votação no Colégio Eleitoral que elegeu o candidato apresentado pelo PMDB — Tancredo Neves — como Presidente, em detrimento de Paulo Maluf, que representava o PDS.

No entanto, por força de um mal súbito, Tancredo Neves foi impedido de tomar posse, vindo a falecer no dia 21 de abril daquele ano. Assim sendo, assumiu a Presidência o então vice-presidente José Sarney, que tratou, logo no início do seu governo (em 28 de junho de 1985), de enviar ao Congresso Nacional mensagem propondo a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte, finalmente efetuada pela Emenda Constitucional n.º 25, de 27 de novembro de 1985.

Não obstante o anseio da sociedade em se eleger uma Assembléia Constituinte exclusiva, que fosse dissolvida tão-logo ocorresse o encerramento dos trabalhos, optou-se pela atribuição ao Congresso Nacional, ainda que temporariamente, dos poderes constituintes. A composição do Congresso Nacional (487 deputados e 72 senadores), por seu turno, adveio das eleições realizadas em 15 de novembro de 1986.

Enfim, no dia 1º de fevereiro de 1987 foi instalada a Constituinte em sessão dirigida pelo então Ministro-Presidente do Supremo Tribunal Federal José Carlos Moreira Alves, tal como previa a Emenda Constitucional n.º 26. No dia seguinte, foi eleito como Presidente da Assembléia o então deputado Ulysses Guimarães, um dos principais opositores ao regime militar, iniciando-se, deste modo, os trabalhos para a elaboração da nova Constituição.

Assim como na elaboração da Constituição de 1946, a Assembléia Constituinte de 1987 não possuía um projeto de Constituição previamente elaborado, nem tampouco um método de trabalho preestabelecido, o que muito dificultou o início dos trabalhos. Vale ressaltar, entretanto, a existência de um anteprojeto constitucional “encomendado” pelo presidente José Sarney a um grupo de “notáveis”, presididos pelo jurista Afonso Arinos de Melo Franco, o qual não foi utilizado pelo governo

senão como “um simples texto de curiosidades e sugestões, ao mesmo nível de quantos haviam sido elaborados e oferecidos à Assembléia por juristas isoladamente ou por entidades da sociedade civil, como a OAB, do Rio Grande do Sul”¹.

Com o intuito de elaborar um projeto de Constituição, foram criadas 8 comissões temáticas compostas por 63 (sessenta e três) membros titulares com igual número de suplentes, cada uma subdividida em 3 (três) subcomissões, em um total de 24 (vinte e quatro) subcomissões. Houve, ainda, a criação de uma comissão de sistematização, composta por 49 (quarenta e nove) membros titulares com igual número de suplentes, cuja atribuição, conforme o próprio nome já indicava, era a de sistematizar o trabalho das subcomissões na formação de um só Texto Constitucional.

No dia 25 de maio de 1987 as subcomissões temáticas encerraram a primeira fase dos trabalhos da Constituinte, passando às respectivas comissões relatórios com as suas propostas. O material então apresentado deu origem a 8 (oito) anteprojetos parciais que, uma vez apreciados pela comissão de sistematização, foram condensados em uma só peça — o primeiro “rascunho” da Constituição, com mais de 500 (quinhentos) artigos.

Pelo número de artigos fica fácil perceber que o anteprojeto era de fato prolixo, sem objetividade e por demais minucioso, adjetivos impróprios para uma Constituição. E o pior, trazia inconsistências ideológicas ao contemplar interesses antagônicos advindos dos mais diversos setores da sociedade.

Após duas semanas de discussão, quando incidiram sobre o anteprojeto mais de mil emendas, a comissão de sistematização apresentou o tão esperado projeto de Constituição, ressaltando o seu relator, o Deputado Bernardo Cabral, as suas principais falhas:

Reitero afirmação que fiz, quando do oferecimento do anteprojeto: as regras regimentais, que balizam minha ação, cercearam a liberdade de iniciativa do relator. Tal como a grande maioria dos senhores constituintes, também detectei, no anteprojeto, a par das virtudes e inovações elogiáveis,

¹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*, p. 458-459.

inconsistências, superfetações, desvios e, acima de tudo, ausência de um fio condutor filosófico.²

Até dezembro de 1987, quando o regimento interno da Assembléia Constituinte passou por uma reformulação³, o projeto de Constituição passou por quatro versões. Isso fez com que chegasse ao plenário mais enxuto (com 334 artigos) para as votações do primeiro turno, iniciadas em 27 de janeiro de 1988.

Inicialmente, foram votados em primeiro turno o Preâmbulo e o Título I, que versava sobre os direitos fundamentais. O restante das matérias foi apreciado até 27 de julho daquele ano. O segundo turno, por sua vez, durou menos do que três meses, encerrando-se os trabalhos em 22 de setembro de 1988, quando foi apresentada uma Constituição com 245 artigos no corpo permanente e 70 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Por fim, a sessão de promulgação, conduzida pelo Deputado Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Constituinte, ocorreu em 5 de outubro de 1988 na presença de representantes dos países das Américas, dos Presidentes da Espanha e de Portugal, do Presidente da República José Sarney, do Presidente do Supremo Tribunal Federal Rafael Mayer e demais parlamentares. Declarou-se, então, o fim do período de exceção e a efetiva retomada da democracia.

1.2 O PERFIL IDEOLÓGICO DA CONSTITUINTE E DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A convocação da Constituinte realizada pela Emenda Constitucional n.º 26/1985 optou por atribuir a tarefa da elaboração da nova Constituição ao Congresso Nacional, o que fez em detrimento da escolha de uma Assembléia exclusiva e autônoma para este fim⁴.

² BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*, p. 463.

³ Em dezembro de 1987 o regimento interno da Assembléia Constituinte passou por uma reformulação. Mediante proposta formulada pelo “Centrão”, grupo interpartidário de parlamentares contrários aos critérios regimentais até então apresentados, foi aprovada a proposta de se permitir a apresentação de emendas ao projeto da comissão de sistematização, o que até então não era regimentalmente possível.

⁴ A composição do Congresso restou definida pelo povo por meio das eleições realizadas em 15 de

Ao final das eleições de 1986 verificou-se que os parlamentares que no ano seguinte preencheriam as fileiras da Assembléia Constituinte eram, em grande parte, aqueles “já detentores de mandato eletivo ou egressos da militância político-partidária nas últimas décadas, ora de tendência conservadora, ora de inclinação mudancista, mas de um modo geral comprometidos com a superação do modelo autocrático”⁵ então instalado no País, justificando, portanto, a afirmação de Carlos Roberto Siqueira Castro de que “a Constituinte, apenas num primeiro momento, refletiu mais a representação da classe política com traquejo eleitoral, do que propriamente a sociedade civil”⁶.

Iniciados os trabalhos, verificou-se também desde logo que as ações dos parlamentares não seriam movidas pelas ideologias partidárias, mas preferencialmente por grupos formados de acordo com determinados interesses comuns e predominantes, tais como os grupos dos evangélicos, da Igreja Católica, dos advogados, dos servidores públicos, das mulheres, dos bancos, das multinacionais, dentre outros tantos.

O próprio Governo Federal criou o seu grupo, vulgarmente denominado “Centrão”, “cujos componentes tinham um pé no passado e outro em diversos degraus de um projeto utilitarista de sobrevivência política”⁷, tendo ele concentrado esforços ora para a aprovação do regime presidencialista e do mandato presidencial de cinco anos, ora na articulação de outras matérias, votando conforme as alianças então estabelecidas. Importa dizer ainda que o grande número de parlamentares agrupados no Centrão acabou influenciando várias decisões tomadas pela Constituinte, fortalecendo os grupos com os quais o Governo passou a negociar.

Daí que levando em consideração não só a posição ocupada pelo Centrão, mas também as demais decisões tomadas pela Assembléia Constituinte, Paulo

novembro de 1986, à exceção de um terço do Senado (Senadores Biônicos) que, a teor da Emenda Constitucional n.º 8/1977, foi preenchido por meio do voto indireto.

⁵ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*, p. 119-120.

⁶ *Ibid*, p. 119-120.

⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*, p. 119.

Bonavides e Paes de Andrade⁸ chegaram à conclusão de que esta possuía maioria conservadora:

Pode-se, no entanto, pelas decisões assumidas, concluir que a maioria constituinte era conservadora e o mais fiel retrato de sua composição pode ser melhor aferido pelas votações de alguns pontos conflitantes.

No entanto, junto a essa maioria havia uma minoria formada por partidos como PT, PCB, PC do B, PDT e PSB, responsável pela oxigenação⁹ das discussões em plenário, principalmente por ocasião dos debates acerca dos direitos fundamentais e dos aspectos sociais da Carta Política, de modo a atribuir à Constituinte também o caráter progressista:

Através dessas votações e da posição assumida pelos constituintes, conclui-se que o perfil da Constituinte de 1987-1988, embora conservadora, tem características muito especiais, às vezes, até mesmo contraditórias, refletindo interesses grupais ou regionais em detrimento do essencial, mas, na realidade, representando a Sociedade em seu conjunto, com todas as suas intranqüilidades, preocupações, instabilidade e deficiências de formação e de prática política.¹⁰

Do mesmo modo assevera Carlos Roberto Siqueira Castro¹¹:

Não obstante, essa índole ideológica temperada da Constituinte, onde predominou o grupo chamado Centrão, cujos componentes tinham um pé no passado e outro em diversos degraus de um projeto utilitarista de sobrevivência política, foi bastante energizado e enriquecido com a agitação provocada nos debates e votações por parte das bancadas progressistas e ressentidas com o passado autoritário, a exemplo do PT, do PDT, do PSB, do PCB e do PC do B, que alcançaram para a sociedade brasileira e para o povo trabalhador as mais retumbantes vitórias no Plenário da Constituinte.

Portanto, com base em tais afirmações, os citados autores chegaram à mesma conclusão de que o perfil ideológico majoritário da Constituinte de 1987 **era conservador aberto ao discurso progressista**¹², o que justifica, sob a ótica de

⁸ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*, p. 476-479.

⁹ Neste sentido é importante destacar a participação popular. Não obstante o fato dessa participação não ter resultado no acolhimento de suas propostas, a verdade é que determinadas matérias chegaram à Constituinte subscritas por milhares de assinaturas, abrindo-se, portanto, importante canal de discussão na medida em que aos representantes populares foi permitido o uso da palavra no Plenário.

¹⁰ *Ibid*, p. 478.

¹¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*, p. 119.

¹² No entanto, há os que entendem de forma diversa. BONAVIDES e PAES citam, por exemplo, Leôncio Martins Rodrigues que, baseado em uma entrevista realizada entre os Deputados Federais, observou que a Assembléia Constituinte seria de centro-esquerda ou esquerda moderada e David

Siqueira Castro¹³, a sua “linguagem politicamente híbrida, não raro repetitiva, ora dispersiva e até mesmo enigmática em alguns pontos, mas por certo inconfiável aos olhos das elites detentoras de fortuna e poder”.

Outro fator determinante para a formação do perfil ideológico da Constituição de 1988 foi o de que a Constituinte de 1987 não partiu de um projeto previamente elaborado, mas da reunião de interesses de toda sorte, principalmente daqueles reprimidos durante o período ditatorial (direitos fundamentais). Além disso, a ausência de uma linha de pensamento fez com que a Constituinte buscasse inspiração no Direito Comparado, sofrendo, portanto, influência direta das Constituições Alemã (1949), Portuguesa (1976) e Espanhola (1978). Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet¹⁴ observa:

Outro aspecto de fundamental importância no que concerne aos direitos fundamentais em nossa Carta Magna diz respeito ao fato de ter ela sido precedida de período marcado por forte dose de autoritarismo que caracterizou — em maior ou menor escala — a ditadura militar que vigorou no país por 21 anos. A relevância atribuída aos direitos fundamentais, o reforço de seu regime jurídico e até mesmo a configuração do seu conteúdo são frutos da reação do Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação das liberdades fundamentais. Também neste aspecto é possível traçar um paralelo entre a nossa Constituição vigente e diversas das Constituições do segundo pós-guerra. Dentre os exemplos mais remotos, merecem referência a Constituição italiana de 1947 e a Lei Fundamental da Alemanha, de 1949. Mais recentemente, há que destacar a Constituição da República Portuguesa de 1976 e a Constituição espanhola de 1978, ambas igualmente resultantes da superação de regimes autoritários e que, a exemplo das primeiras, exerceram grande influência sobre o Constituinte de 1988.

De fato, no que tange à influência das Constituições Portuguesa e Espanhola respectivamente de 1976 e 1978, o momento de retomada da democracia vivenciado pelo Brasil em 1988 com a promulgação da Carta Fundamental (deixando para trás mais de vinte anos de ditadura militar), foi semelhante àquele vivenciado pelas mesmas, servindo, pois, de exemplo para a nossa Constituição. A corroborar este ponto de vista, Caio Tácito afirma que:

Fleischer, que distribuiu os parlamentares constituintes, tomando como base o aspecto ideológico, como sendo 12% de direita, 24% de centro-direita, 32% de centro, 23% de centro-esquerda e 9% de esquerda (BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*, p. 479).

¹³ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*, p. 125.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. p. 72.

A Constituição de 1988 teve, de certa forma, como paradigma os modelos da Constituição portuguesa de 1976 e da Constituição espanhola de 1978. Ambas sucediam, como no caso brasileiro, a um período autoritário, em que o princípio da Ordem se sobrepunha ao sentido de Justiça.¹⁵

Também merecem destaque as palavras de Carlos Roberto Siqueira Castro que muito bem apresentam a citada relação entre a pluralidade de interesses vislumbrada na Constituição de 1988 (pelo fato de não ter sido originada de um projeto previamente definido) e a similitude do processo de redemocratização da Constituição brasileira com as mencionadas Constituições de Portugal e Espanha:

Não tendo partido de um projeto preconcebido de Constituição, fosse ele elaborado pelo Executivo, pelo próprio Legislativo ou por eventual comissão de juristas proeminentes, a nova Carta Política foi receptiva de toda sorte de demandas da sociedade civil, traumatizada por 20 anos de arbítrio, o que lhe valeu a visível e benéfica influência das Constituições de Portugal, de 1976, e da Espanha, de 1978. Tal se deveu não apenas em função dos laços histórico-culturais que associam a formação política do Brasil à península ibérica, mas sobretudo ao fato de que essas nações, por igual, emergiram de longo e traumatizante período ditatorial — o Salazarismo e o Franquismo — tendo buscado, na seiva da Constituinte, um nutriente de redemocratização e de pacificação nacional. Além do mais, devido ao caráter comum pós-moderno, como ainda à estrutura extensiva de seus respectivos textos, capaz de agasalhar as multiformes e catárticas aspirações de sociedades recém libertas dos grilhões da ditadura, as Constituições portuguesa e espanhola serviram de atrativo natural ao Congresso Constituinte brasileiro, na medida em que se ocuparam em dicção minuciosa de ampla variedade de temas que cativam a democracia de massas e ambientes das megalópoles da atualidade. Assim, por exemplo, haurimos nesses ordenamentos peninsulares a preocupação constitucional quanto à ecologia e ao meio ambiente, à proteção do consumidor, à tutela da imagem e da intimidade, ao direito à informação, ao processo de urbanização e à qualidade da vida nas cidades e no campo, ao papel dos partidos políticos para a democracia pluralista, às formas de exercício direto e não delegado da soberania popular, através do plebiscito e da iniciativa das leis por segmentos da cidadania, aos meios de comunicação de massa, muito especialmente ao controle das concessionárias do serviço público de radiodifusão de sons e imagens (...)¹⁶

A Constituição da Alemanha, por seu turno, foi responsável pelo destaque conferido aos direitos fundamentais, dispostos logo no início do Texto Constitucional, precedido tão-somente do preâmbulo e dos princípios fundamentais. É como preleciona Gilmar Ferreira Mendes:

O destaque dado aos direitos fundamentais foi inspirado na Constituição alemã, como também a afirmação de que esses direitos estão protegidos por cláusulas pétreas. Sabemos também que o texto foi extremamente

¹⁵ TÁCITO, Caio. "Radiografia da Constituição". In: *Revista de Direito Administrativo*, p. 1-6.

¹⁶ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*, p. 127.

generoso na fixação dos chamados direitos sociais. Temos um texto constitucional — talvez inimaginável para os alemães — que pretende garantir um salário mínimo suficiente para manter o trabalhador e sua família, inclusive com lazer, tal como o disposto no artigo 7º inciso de nossa Carta Magna.¹⁷

O trecho ora citado não apenas corrobora a influência ideológica que a Constituição Federal de 1988 sofreu da Carta Alemã de 1949, mas também apresenta uma das suas principais características que é justamente a preocupação com os direitos sociais¹⁸. Ao contrário das Constituições brasileiras anteriores (notadamente mais voltadas para o individual), a Constituição de 1988 atribuiu aos direitos sociais a importância devida (mas nem sempre observada) incluindo-os no capítulo dos direitos fundamentais. Neste sentido, merecem respeito os comentários de Carlos Henrique Bezerra Leite:

A Constituição brasileira de 1988, alterando radicalmente a ideologia que foi observada nas Cartas anteriores, tradicionalmente individualistas e que, por tal razão, excluíam os direitos sociais do elenco dos direitos humanos, inseriu esses mesmos direitos (arts. 6º, 7º *usque* 11; 170 *usque* 232) no rol dos direitos e garantias fundamentais (Capítulo II do Título II da CF).¹⁹

Mais adiante, o mencionado autor ratifica o seu posicionamento fazendo um interessante paralelo entre a atual Constituição e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais aprovado na XXI Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, afirmando estarem eles em perfeita sintonia, o que confirma o caráter social da Carta de 1988:

A bem ver, a atual Constituição brasileira encontra-se em perfeita sintonia com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado na XXI Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, em Nova York, a 19 de dezembro de 1966, o qual passou a fazer parte do direito positivo brasileiro a partir de 24 de abril de 1992. Esse tratado internacional considera, em linhas gerais, que os direitos sociais, culturais e econômicos são inerentes à dignidade da pessoa humana e que o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, só pode ser concretizado à medida em que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos.²⁰

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. “Sobre o papel do Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988”. In: HOLLENSTEINER, Stephan (Org.). *Estado e Sociedade Civil no Processo de Reformas no Brasil e na Alemanha*, p. 120.

¹⁸ A Constituição Federal de 1988 e os direitos sociais será abordado de forma mais criteriosa no próximo subtítulo.

¹⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação Civil Pública*, p.36.

Por fim, além de todos elementos ideológicos ora citados, sublinha-se o comprometimento do Texto Constitucional examinado com valores peculiares da sociedade brasileira, notadamente quando menciona a proteção do negro e do índio (artigo 5º, XLII), da empregada doméstica (artigo 7º, parágrafo único), dos meninos de rua (artigo 227), ou ainda da cultura regional e popular (artigos 215 e 216), dentre muitos outros, comprometimento esse que se tornou, juntamente com a incisiva preocupação com os direitos sociais, humanos e cidadania, um dos principais motivos pelos quais a Constituição de 1988 recebeu do Deputado Ulysses Guimarães a alcunha de “constituição cidadã”. É como pensa Carlos Roberto Siqueira Castro:

Por tudo isso, a Constituição cidadã, a quem certa vez aludiu o saudoso Presidente da memorável Constituinte, Deputado ULYSSES GUIMARÃES, mereceu oportuna defesa e prestigiamento por parte do Egrégio Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em manifesto tornado público em 1993, onde lê-se: *“A Constituição de 1988 foi o resultado de um grande esforço nacional, a somatória dos interesses conflitantes na sociedade brasileira, resultado que foi da contribuição de todos os seguimentos representativos da nação. Nela não há radicalismos nem hegemonia. Consagrou-se em seu texto um Estado Social moderno, marcado pela preservação dos valores histórico-culturais e comprometido com a realidade sócio-econômica brasileira. Tem harmonia e equilíbrio. Respeita a pessoa humana e seus valores, e garante a propriedade e a empresa. Encerra, como toda obra humana, defeitos e qualidades que funcionam como um mecanismo de pesos e contrapesos. A revisão geral pretendida dilacera a Constituição. Não altera a Constituição: fere-a de morte, subtraindo-lhe importantes conquistas do povo brasileiro”*. Esse importante documento do mais alto Colégio da OAB, inspira-nos dizer que uma Constituição não é apenas um texto legal. É, antes, uma vivência, um carma histórico-político, uma saga a ser cumprida pelos povos na trilha da civilização.²¹

Assim, ainda que de forma genérica, traçamos um esboço do quadro ideológico da Constituinte de 1987 e da Constituição de 1988 a fim de possibilitar a compreensão da relação existente entre Constituição, direitos sociais e Terceiro Setor, bem como justificar a existência de dispositivos constitucionais que amparam a existência e o desenvolvimento do Terceiro Setor no País.

²⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação Civil Pública*, p.37-38.

²¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*, p. 128-129.

1.3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS DIREITOS SOCIAIS

Tomando-se por base os Textos Constitucionais anteriores, a Constituição de 1988 foi, sem dúvida, a que tratou dos direitos sociais com maior zelo, positivando-os no início, em Capítulo próprio (Capítulo II, artigos 6º a 11), inserido no Título II, que trata “dos direitos e garantias fundamentais”²², e também no Título VIII (artigos 196 a 232), denominado “Da Ordem Social”. Com efeito, antes de 1988 os direitos sociais encontravam-se relacionados apenas no capítulo destinado à ordem econômica e social, apresentando-se por meio de normas esparsas e meramente programáticas (ou seja de eficácia limitada), tal como preleciona Flávia Piovesan:

Trata-se da primeira Constituição brasileira a integrar, na declaração de direitos, os direitos sociais, tendo em vista que nas Constituições anteriores as normas relativas a estes direitos encontravam-se dispersas no âmbito da ordem econômica e social, não constando do título dedicado aos direitos e garantias.²³

Ressalta-se, outrossim, o fato da Constituição apresentar os direitos sociais como espécie do gênero “direitos fundamentais”, assumindo “de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais”²⁴. Assim sendo, e considerando que os direitos fundamentais formam o núcleo básico do princípio da dignidade de pessoa humana, podemos afirmar que uma existência humana digna passa obrigatoriamente pela observância dos direitos sociais. Aliás, essa é a posição adotada pelo nosso ordenamento jurídico ao recepcionar o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado em 1966 pela Nações Unidas (aprovado pelo Decreto Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado no Brasil por meio do Decreto 591, de 6 de julho de 1992), cujo preâmbulo assim dispõe :

Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis

²² É importante lembrar que as Constituições anteriores apresentavam este capítulo sob a denominação “dos direitos e garantias individuais”, sendo certo que a Constituição de 1988, ao substituir “individuais” por “fundamentais”, alargou a amplitude dos direitos fundamentais inserindo nesta categoria os direitos sociais.

²³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*, p. 168-169.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 73.

constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana, Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos, Considerando que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades da pessoa humana, (...)²⁵

Tal argumento encontra amparo no pensamento de J. J. Gomes Canotilho. Para ele, a existência digna não consiste apenas no respeito dos direitos civis e políticos mas principalmente na observância dos direitos sociais, sendo que esta convivência de direitos vem sendo tentada por meio dos Pactos e das Declarações Universais de Direitos:

Se o capitalismo mercantil e a luta pela emancipação da <<sociedade burguesa>> são inseparáveis da consciencialização dos direitos do homem, de feição individualista, a luta das classes trabalhadores e as teorias socialistas (sobretudo Marx, em *A Questão Judaica*) põem em relevo a unidimensionalização dos direitos do homem <<egoísta>> e a necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do <<homem total>>, o que só seria possível numa nova sociedade. Independentemente da adesão aos postulados marxistas, a radicação da idéia da necessidade de garantir o homem no plano econômico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno, passou a fazer parte do patrimônio da humanidade. As declarações universais dos direitos tentam hoje uma <<coexistência integrada>> dos direitos liberais e dos direitos sociais, econômicos e culturais, embora o modo como os estados, na prática, asseguram essa imbricação, seja profundamente desigual.²⁶

É, portanto, neste contexto que apresentaremos em breves linhas os aspectos considerados mais importantes acerca dos direitos sociais.

1.3.1 Conceito de Direitos Sociais

Sem o intuito de elaborar um conceito próprio de “direitos sociais”, porém visando delimitar o que se pode chamar de principal objetivo do Terceiro Setor (“promoção de direitos sociais”), adotamos a definição de José Afonso da Silva, a qual

²⁵ Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/direitos.htm>> Acesso em 27.11.2004.

²⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 379-380.

entendemos expressar de forma mais abrangente três das suas principais características:

Assim, podemos dizer que os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos, que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez,²⁷ proporciona condição mais compatível como o exercício da liberdade.

Portanto, do aludido conceito é possível extrair três aspectos básicos dos direitos sociais, quais sejam: (a) o fato de integrarem uma dimensão dos direitos fundamentais, (b) a possibilidade de materializarem-se por meio de prestações positivas do Estado e (c) o fato de proporcionarem a realização da igualdade material.

1.3.1.1 Os Direitos Sociais como uma dimensão dos direitos fundamentais

Durante a história da humanidade os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, as quais ensejaram, com o passar do tempo, diferentes abordagens de conteúdo e de titularidade. Por conta disso, convencionou-se classificá-los conforme o momento histórico em que se firmaram, assim considerado como o da respectiva positivação constitucional.

Portanto, a positivação dos direitos fundamentais teria ocorrido em três etapas (já há quem defenda a existência de quatro), modernamente denominadas “dimensões”, haja vista se tratar de um processo cumulativo (não substitutivo) e interativo de direitos. Ingo Wolfgang Sarlet, neste mesmo tom, reconhece que os direitos apresentados em cada dimensão nova passaram a agregar a dimensão anterior tornando-se um todo indivisível e único:

²⁷ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 289-290.

Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade, no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno “Direito Internacional dos Direitos Humanos”.²⁸

Os direitos sociais, nesse contexto, aparecem como direitos fundamentais de segunda dimensão,²⁹ surgidos inicialmente no decorrer do Século XIX, juntamente com o fortalecimento da indústria, tendo como ápice o período do pós-Segunda Guerra Mundial.

De fato, naquela ocasião verificou-se que os direitos à liberdade e à igualdade (direitos de primeira dimensão), quando concedidos de forma isolada, não eram suficientes para garantir o seu efetivo gozo, ou seja, reconheceu-se como necessária a participação do Estado, por meio de prestações sociais tais como assistência social, saúde e educação, a fim de minimizar as diferenças de classes, realizando o que se chama de “justiça social”³⁰. Neste sentido manifestou-se Ingo Wolfgang Sarlet:

A utilização da expressão “social” encontra justificativa, entre outros aspectos que não nos cabe aprofundar neste momento, na circunstância de que os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.³¹

No mais, sublinha-se que a incorporação desses direitos nos textos constitucionais deu origem ao que se convencionou chamar de “Constitucionalismo Social”³² (tais como a Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919), quando então se passou a exigir dos direitos de primeira dimensão, além de todas as suas características e os seus atributos, que observassem a sua função social.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 50-51.

²⁹ São direitos de primeira dimensão os direitos civis e políticos e de terceira dimensão os direitos de solidariedade, de fraternidade, difusos e coletivos. Paulo Bonavides, em suas obras já citadas neste trabalho, defende a existência de uma quarta dimensão, segundo ele composta pelos direitos à democracia (direta), à informação e ao pluralismo, visando precipuamente a realização do princípio da dignidade da pessoa humana.

³⁰ Ibid, p. 53.

³¹ Ibid, p. 53.

1.3.1.2 Os Direitos Sociais Prestacionais

Ressaltando como característica fundamental a imposição de fazer por parte do Estado (direito de cunho positivo prestacional), Celso Ribeiro Bastos definiu direitos sociais da seguinte forma:

Ao lado dos direitos individuais, que têm por característica fundamental a imposição de um não fazer ou abster-se do Estado, as modernas Constituições impõem aos Poderes Públicos a prestação de diversas atividades, visando o bem-estar e o pleno desenvolvimento da personalidade humana, sobretudo em momentos em que ela se mostra mais carente de recursos e tem menos possibilidade de conquistá-los pelo seu trabalho.³³

Em seu sentido mais amplo, direito prestacional consiste em todo direito a um ato positivo, ou seja, uma ação do Estado, tendo por contrapartida exata o direito de defesa, então definido como uma ação negativa (omissão) do Estado³⁴. Robert Alexy³⁵, por seu turno, entende que com a expressão “direito prestacional” se vincula geralmente a um direito que seu titular, no caso em que disponha de meios financeiros suficientes e que encontre no mercado uma oferta suficiente, possa obter também de pessoas privadas³⁶:

Por lo general, con la expresión “derecho a prestaciones” se vincula la concepción de un derecho a algo que el titular del derecho, en caso de que dispusiera de medios financieros suficientes y encontrarse en el mercado una oferta suficiente, podría obtener también de personas privadas.³⁷

Partindo da generalidade, Alexy³⁸ segmenta o estudo dos direitos prestacionais classificando-os em direitos à proteção, direitos de organização e procedimento e direitos prestacionais em sentido estrito, inserindo neste último caso os direitos

³² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação Civil Pública*, p. 29.

³³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, p. 267.

³⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 427.

³⁵ *Ibid*, p. 428.

³⁶ *Ibid*, p. 428.

³⁷ Geralmente, com a expressão “direito a prestação” se vincula a concepção de um direito a algo que o seu titular, em caso de que disponha de meios financeiros suficientes e encontrar no mercado uma oferta suficiente, poderia obter também de pessoas privadas. (tradução livre)

³⁸ *Ibid*, p. 430.

sociais fundamentais, os quais ele define como “típicos direitos a prestações”³⁹. Conseqüentemente, conceitua direitos prestacionais (em sentido estrito) da seguinte forma⁴⁰:

Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que — si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente — podría obtenerlo también de particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho a la previsión, al trabajo, la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto.⁴¹

De fato, a grande maioria dos direitos sociais é de cunho prestacional⁴², no sentido de compelir o Estado a agir de forma a promover algum interesse socialmente protegido. No entanto, tal regra comporta exceções, vislumbrando-se, portanto, direitos sociais de cunho negativo — denominados de liberdades sociais — caso em que a posição do Estado será de abstenção (não fazer). Neste sentido, Wolfgang Sarlet:

Ainda na esfera dos direitos de segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos. A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho “positivo” possa ser considerado como marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais.⁴³

No mesmo sentido afirma Carlos Henrique Bezerra Leite, ressaltando inclusive que tal característica (caráter prestacional dos direitos sociais), de forma isolada, não seria suficiente para definir (de forma estanque) todos os direitos sociais em sua

³⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 428.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 482.

⁴¹ Os direitos a prestações em sentido estrito são direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que – se o indivíduo possuísse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente – poderia obter também de particulares. Quando se fala de direitos sociais fundamentais, por exemplo, do direito à previdência, ao trabalho, à moradia e à educação, se faz primeiramente referência a direitos a prestações em sentido estrito. (tradução livre)

⁴² Os direitos sociais prestacionais compreendem, inclusive, os direitos sociais trabalhistas. A manutenção da empregabilidade, por exemplo, prevista no artigo 7º, I, da Constituição Federal, requer um ato positivo do Estado, qual seja, a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, de modo a caracterizar-se como um direito prestacional.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 53.

generalidade:

Além disso, não se pode olvidar que essa classificação ortodoxa, ao aduzir o *non facere* do Estado como característica dos direitos individuais e o *facere* como características dos direitos sociais, aflora-se insuficiente para explicar e tipificar alguns direitos sociais. O direito de greve, por exemplo, que nas modernas democracias é considerado um direito social dos trabalhadores, constitui, na verdade, um não fazer por parte do Estado, já que este simplesmente se limita a não impedir (*non facere*) o exercício do direito de um grupo de trabalhadores de suspender, temporariamente, a prestação de serviços a empregador.⁴⁴

Não obstante a existência de direitos sociais de cunho negativo, insta frisar que para o Terceiro Setor o que interessa são as prestações positivas do Estado (direitos prestacionais). Isso porque a sua atuação é justamente na promoção (realização) dos direitos sociais (conforme será adiante demonstrado) complementando ou auxiliando o Estado na realização desta tarefa.

Ademais, quando se fala em direitos sociais prestacionais vem à tona a discussão acerca da eficácia e da efetividade dos mesmos. Com relação à primeira, utilizaremos apenas como premissa a idéia estabelecida por Ingo Wolfgang Sarlet de que todas as normas de direitos fundamentais são dotadas de eficácia, diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição, independentemente de produção legislativa infraconstitucional:

Independentemente — ainda — da discussão em torno da possibilidade de se reconhecerem direitos subjetivos a prestações com base em normas de cunho eminentemente *programático* (para nos mantermos fiéis à terminologia adotada), importa ressaltar mais uma vez que *todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa*. Em verdade, como já esperamos ter demonstrado e aqui repisamos para espancar toda e qualquer incompreensão para com a nossa posição, todas as normas de direitos fundamentais são direta (imediatamente) aplicáveis na medida de sua eficácia.⁴⁵

Já a efetividade se refere ao cerne do presente trabalho, eis que o mesmo trata da problemática da efetiva disponibilidade dos direitos sociais (se o destinatário da norma tem condições — recursos — suficientes para dispor da prestação reclamada).

⁴⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação Civil Pública*, p. 30.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 283.

É importante ressaltar que “a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização”⁴⁶, ou seja, de sua efetividade. De fato, a eficácia da norma refere-se à capacidade de produzir efeitos enquanto que efetividade representa a realização em concreto do direito tratado pela norma. Neste sentido vale a lição de Luís Roberto Barroso:

Da eficácia jurídica cuidou, superiormente, José Afonso da Silva, para concluir que todas as normas constitucionais a possuem e são aplicáveis nos limites objetivos de seu teor normativo. Lastrando-se na lição de Ruy Barbosa, assentou que não há, em uma Constituição, cláusula a que se deva atribuir meramente o valor moral dos conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa das regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. Deliberadamente, ao estudar-lhes a capacidade de produzir efeitos, deixou de lado a cogitação de saber se estes efeitos *efetivamente* se produzem. (...) A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* e o *ser* da realidade social.⁴⁷

Importa dizer que o presente estudo tem a ver com a questão da efetividade dos direitos sociais. Logo, o fato do Estado (na qualidade de destinatário da norma) encontrar, por exemplo, limitações econômicas para a execução de determinadas prestações sociais, caracterizando o que se chama de “reserva do possível”, ou seja, “a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma”⁴⁸, caracteriza um problema de realização (e não de eficácia), o qual propomos que seja minimizado pelo Terceiro Setor.

Por conta disso é que questionamos se é somente do Estado o papel de promover os direitos sociais ou se a própria sociedade, por meio do Terceiro Setor, poderia atuar neste sentido, tema que é o objeto central da dissertação, sendo melhor desenvolvido nos capítulos seguintes.

⁴⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, p. 15.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 84-85.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 276.

1.3.1.3 A realização da igualdade material por meio dos direitos sociais

No Estado Liberal prevalecia o conceito de igualdade formal, considerando-se iguais todos os indivíduos não obstante as suas diferenças sociais, políticas, físicas, de classe, etc. Ocorria que tal situação não era capaz de estabelecer, na prática, condições de igualdade entre as pessoas, eis que igualando os desiguais se privilegiava os mais fortes.

A insatisfação com a desigualdade institucionalizada, por conseguinte, foi um dos fatores que acarretou a derrocada do modelo de Estado liberal, dando ensejo ao surgimento do Estado social e dos direitos fundamentais de segunda dimensão.

Os direitos sociais, portanto, surgiram como uma antítese ao pensamento liberal. Isso porque buscam mais do que a igualdade meramente formal: visam condições de efetiva isonomia para todos, o que se dá mediante a participação do Estado, direta ou indiretamente, no plano legislativo ou no plano efetivo de atuação. Daí a concluir que, se no Estado liberal prevalecia como valor primário a liberdade pura e simples, no Estado social há a preponderância da igualdade material, apresentando-se os direitos sociais como importantes instrumentos de realização do citado princípio fundamental. Neste sentido, cita-se a lição de Norberto Bobbio:

Pode-se também acrescentar que, enquanto os direitos individuais se inspiram no valor primário da liberdade, os direitos sociais se inspiram no valor primário da igualdade. São direitos que tendem, senão a eliminar, a corrigir desigualdades que nascem das condições de partida, econômicas e sociais, mas também, em parte, das condições naturais de inferioridade física (pensemos nas leis, já em vigor em todos os países democráticos, em favor dos deficientes).⁴⁹

Ingo Wolfgang Sarlet não discrepa do filósofo italiano, acrescentando, outrossim, o fato de que os direitos sociais também materializam o princípio da liberdade material (ou concreta), eis que não haveria igualdade sem liberdade:

O certo é que os direitos fundamentais sociais a prestações, diversamente dos direitos de defesa, objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política. A filosofia política e as lições dos clássicos*, p. 508.

efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada. Ademais, os direitos fundamentais sociais almejam uma igualdade real para todos, atingível apenas por intermédio de uma eliminação das desigualdades, e não por meio de uma igualdade sem liberdade, podendo afirmar-se, neste contexto, que, em certa medida, a liberdade e a igualdade são efetivadas por meio dos direitos fundamentais sociais.⁵⁰

E mais, comungando com a existência de dimensões de direitos fundamentais (ao contrário de gerações), havendo, portanto, a interação entre tais direitos, impossível conceber o princípio da isonomia sem suas referências sociais. Essa inter-relação é o que Canotilho denomina de “liberdade igual” salientando que para o seu atingimento é indispensável uma tarefa de distribuição/redistribuição de bens sociais⁵¹:

Existe uma relação indissociável entre direitos económicos, sociais e culturais e direitos, liberdades e garantias. Se os direitos económicos, sociais e culturais pressupõem a “liberdade”, também os direitos, liberdades e garantias estão ligados a *referentes* económicos. Neste sentido se afirma que o paradigma estruturante da ordem jurídico-constitucional portuguesa é o paradigma da **liberdade igual**. A **liberdade igual** aponta para a *igualdade real* (art. 9.º/d), o que pressupõe a tendencial possibilidade de todos terem acesso aos bens económicos, sociais e culturais. “Liberdade igual” significa, por exemplo, não apenas a inviolabilidade de domicílio, mas o direito a ter casa; não apenas o direito à vida e integridade física, mas também o acesso a cuidados médicos; não apenas o direito de expressão mas também a possibilidade de formar a própria opinião; não apenas direito ao trabalho e emprego livremente escolhido, mas também a efetiva posse de um posto de trabalho. A liberdade igual torna indispensável uma tarefa de distribuição/redistribuição dos “bens sociais” (1) classes e estratos das populações; (2) entre nações; (3) entre gerações.⁵²

Portanto, com estes argumentos justificamos a assertiva de que a realização da igualdade material passa, necessariamente, pela efetiva observância dos direitos sociais.

1.3.2 O Princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos sociais

É difícil a tarefa de se definir positivamente o princípio da dignidade da pessoa

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 208-209.

⁵¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 470.

⁵² *Ibid*, p. 470.

humana. De fato, trata-se de um daqueles princípios de conceito vago em que melhor se vislumbra a sua antítese, ou seja, podemos identificar quando um indivíduo é humilhado, perseguido ou quando lhe é dispensado tratamento não digno, ao passo que dificilmente podemos dizer qual o conteúdo de dignidade para cada um (pois o limite da dignidade pode variar conforme os valores intrínsecos em cada pessoa).

Também para Robert Alexy⁵³ o mencionado princípio é tão vago quanto o conceito de dignidade, ao passo que a sua ausência é de mais fácil percepção:

(...) el principio de la dignidad de la persona es tan vago como el concepto de la dignidad de la persona. El concepto de la dignidad puede ser explicitado — a más de a través de fórmulas generales como la que dice que la persona no puede ser convertida en mero objeto — por un haz de condiciones más concretas que tienen que darse o que no deben darse si ha de garantizarse la dignidad de la persona. Con respecto a algunas condiciones, es fácil obtener consenso. Así, la dignidad de la persona no está garantizada si el individuo es humillado, discriminado, perseguido o despreciado. Sobre otras condiciones puede discutirse, por ejemplo, si un desempleo permanente no obstante el deseo de trabajar, o la falta de determinados bienes materiales, lesionan la dignidad de la persona. Es un hecho que diferentes personas explicitan el concepto de la dignidad de la persona a través de diferentes haces de condiciones. Por otra parte, cabe constatar que los haces no se diferencian totalmente entre sí. Muchos divergen en algunos puntos y coinciden en otros y, a menudo, existen diferencias sólo en el peso que se otorga a las diferentes condiciones en el haz. Además, con respecto a fórmulas generales como la fórmula del objeto, puede lograrse un consenso amplio. Esto justifica hablar de un concepto unitario y de diferentes concepciones de la dignidad de la persona. Las diversas concepciones son difíciles de clasificar, no existen entre ellas fronteras precisas sino más bien aquello que Wittgenstein llamara parecido de familia: una red complicada de semejanzas que se superponen y entrecruzan recíprocamente. Semejanzas en lo grande y en lo pequeño.⁵⁴

⁵³ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, p. 344-345.

⁵⁴ O princípio da dignidade é tão vago quanto o conceito de dignidade da pessoa. O conceito de dignidade pode ser explicitado — mais do que através de fórmulas gerais como a que diz que a pessoa não pode ser convertida em mero objeto — por um conjunto de condições mais concretas. Com relação a algumas condições, é fácil obter consenso. Assim, a dignidade da pessoa não está garantida se o indivíduo é humilhado, discriminado, perseguido ou depreciado. Sob outras condições pode se discutir, por exemplo, se um desemprego permanente não obstante o desejo de trabalhar, ou a falta de determinados bens materiais, lesionam a dignidade da pessoa. É fato que diferentes pessoas explicitam o conceito de dignidade da pessoa por meio de diferentes conjuntos de condições. Por outra parte, cabe constatar que os conjuntos não se diferenciam totalmente entre si. Muitos divergem em alguns pontos e coincidem em outros e, freqüentemente, existem diferenças somente no peso que se outorga às diferentes condições no conjunto. Ademais, com respeito às fórmulas gerais como a fórmula do objeto, pode ser alcançado um consenso amplo. Isso justifica falar de um conceito unitário e de diferentes concepções de dignidade da pessoa. As diversas concepções são difíceis de classificar, não existindo entre elas fronteiras precisas senão aquelas que Wittgenstein chamara de famílias: uma rede complicada de semelhanças que se sobrepõem e relacionam reciprocamente. Semelhanças no grande e no pequeno. (tradução livre)

Historicamente, o princípio da dignidade da pessoa humana tomou corpo com o término da Segunda Guerra Mundial, principalmente por ocasião da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1948, que asseverou em seu artigo 1º que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. A partir de então, a preocupação com a dignidade do homem passou a ser tratada em alguns diplomas constitucionais europeus (citam-se as Constituições da Itália e de Portugal), tendo o ordenamento constitucional brasileiro positivado tal princípio apenas com a promulgação da Carta de 1988⁵⁵.

No caso italiano, por exemplo, a dignidade humana passa pela efetivação do trabalho (um dos direitos sociais mais característicos), tal como o relato de Norberto Bobbio:

De resto, também o art. 1 da Constituição italiana, com a conhecida fórmula, embora menos feliz, segundo a qual a República é “fundada sobre o trabalho”, alude a esse mesmo processo de transformação do Estado liberal em Estado social, no qual a dignidade do homem se funda não sobre aquilo que se tem (a propriedade), mas sobre aquilo que se faz (exatamente o trabalho), tanto que já no art. 4 se lê: “A República reconhece a todos os cidadãos o direito ao trabalho e promove as condições que tornem efetivo esse direito”.⁵⁶

Na atual ordem constitucional o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se em posição de destaque: restou previsto pelo artigo 1º da Constituição Federal como fundamento da República, pelo artigo 170, como princípio da ordem econômica e, mais ainda, consubstanciado no artigo 5º por meio da extensa enumeração de direitos e garantias individuais e coletivos. Logo, irradia seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, tal como afirma Ingo Wolfgang Sarlet:

Num primeiro momento — convém frisá-lo — a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente, carregado de eficácia, alcançando, portanto — tal como sinalou Benda — a condição de valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar, neste contexto, que, na sua qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais

⁵⁵ Também merece destaque a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, de dezembro de 2000, que em seu artigo primeiro estabelece que “a dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida”.

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política. A filosofia política e as lições dos clássicos, p. 502.

mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa (*höchstes wertsetzendes Verfassungsprinzip*).⁵⁷

Maria Celina Bodin de Moraes corrobora tal afirmativa ao asseverar que:

Isto significa que o valor da dignidade alcança todos os setores da ordem jurídica. Eis a principal dificuldade que se enfrenta ao buscar delinear, do ponto de vista hermenêutico, os contornos e os limites do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.⁵⁸

Porém, ela alerta para o fato de que sendo a noção do princípio “ampliada pelas infinitas conotações que enseja, corre-se o risco da generalização absoluta, indicando-a como ratio jurídica de todo e qualquer direito fundamental”. Segundo Moraes, “levada ao extremo, essa postura hermenêutica acaba por atribuir ao princípio um grau de abstração tão completo que torna impossível qualquer aplicação sua”.

Dentre as incontáveis vertentes do princípio da dignidade da pessoa humana, eis que se trata de fundamento constitucional de nossa Nação, e considerando o escopo da presente pesquisa, por ora interessa verificar a sua afinidade com os direitos sociais. Aliás, estes também se reportam à pessoa individual⁵⁹, porém no afã de concretizar a igualdade material. É como pensa Ingo Wolfgang Sarlet:

Valendo-nos aqui da lição de Celso Lafer, podemos afirmar que a inevitável tensão entre direitos de liberdade (defesa) e direitos sociais (prestações) não se encontra sujeita a uma dialética do antagonismo, mas a uma dialética da mútua complementação, já que ambas as categorias de direitos fundamentais se baseiam na concepção de que a dignidade da pessoa humana apenas se poderá afirmar mediante a existência de maior liberdade e menos privilégio para todos.⁶⁰

Para Luís Roberto Barroso, o princípio da dignidade da pessoa humana é formado por um núcleo representado pelo mínimo existencial, dentro do qual estão contidos os direitos sociais:

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 71-72.

⁵⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 105-148.

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 53.

⁶⁰ *Ibid*, p. 210.

Partindo da premissa anteriormente estabelecida de que os princípios, a despeito de sua indeterminação a partir de um certo ponto, possuem um núcleo no qual operam como regras, tem-se sustentado que no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana esse núcleo é representado pelo mínimo existencial. Embora existam visões mais ambiciosas do alcance elementar do princípio, há razoável consenso de que ele inclui pelo menos os direitos à renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça. (...) Como, por exemplo, a que inclui no mínimo existencial o atendimento às necessidades que deveriam ser supridas pelo salário mínimo, nos termos do art. 7º, IV da Constituição, a saber: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.⁶¹

Já Celso Ribeiro Bastos preleciona que “o princípio da dignidade da pessoa humana parece conglobar em si todos aqueles Direitos fundamentais, quer sejam os individuais clássicos, quer sejam os de fundo econômico e social”. Segundo ele, a dignidade tem dimensão moral a qual não foi alcançada pelo constituinte, sendo o Estado o fornecedor dessa noção de dignidade da pessoa humana, propiciando condições para que as pessoas se tornem dignas⁶².

Partindo dessas premissas, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira confirmam a importância do princípio da dignidade da pessoa humana em todo o ordenamento jurídico, mormente nos casos dos direitos sociais, econômicos e culturais:

Concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir uma teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais.⁶³

De fato, o princípio da dignidade da pessoa humana representa o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais, dando-lhes direção e concordância prática, cumprindo, por conta disso, função estrutural no sistema dos direitos fundamentais (aqui incluídos os sociais) consubstanciando-se em pedra angular do Estado Democrático de Direito. Segundo Canotilho, o citado princípio, assim como os direitos e garantias fundamentais “(...) constituem-se na indispensável base

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 324.

⁶² BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 425.

⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*.

antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de Direito”. Logo, essa raiz antropológica inserida na Constituição (dignidade humana) refere-se ao homem como pessoa, como cidadão, como trabalhador e como administrado, fazendo-se necessária a integração pragmática dos direitos fundamentais.⁶⁴

Ademais, sustentamos que o princípio da dignidade da pessoa humana possui a função de ligação das dimensões de direitos fundamentais, avaliando o padrão mínimo dos direitos sociais frente aos demais direitos. Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet afirma o seguinte:

Neste contexto, cumpre registrar que o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações não se deverá restringir às hipóteses nas quais a própria vida humana estiver correndo o risco de ser sacrificada, inobstante seja este o exemplo mais pungente a ser referido. O princípio da dignidade da pessoa humana assume, no que diz com este aspecto, importante função demarcatória, podendo servir de parâmetro para avaliar qual o padrão mínimo em direitos sociais (mesmo como direitos subjetivos individuais) a ser reconhecido. Negar-se o acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito (ainda mais em face da norma contida no art. 208, § 1º, da CF, de acordo com a qual se cuida de direito público subjetivo) importa igualmente em grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que este implica para a pessoa humana a capacidade de compreensão do mundo e a liberdade (real) de autodeterminar-se e formatar a existência, o que certamente não será possível em se mantendo a pessoa sob o véu da ignorância.⁶⁵

Por conseguinte, o resultado da associação de um direito fundamental de primeira dimensão (direito à vida) ao princípio da dignidade humana é, por exemplo, o direito social do acesso a um sistema de saúde digno (“Art. 196. A saúde é direito de todos ... redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”). Ou ainda, também a título exemplificativo: liberdade/igualdade material + dignidade humana = **(a)** educação para todos (“Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família ...”); **(b)** cultura para todos (“Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional ...”); etc.

Em síntese, o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal tem

⁶⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 244.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988”. *Revista Diálogo Jurídico*.

por finalidade precípua assegurar a dignidade da pessoa humana como imperativo da justiça social, o que se faz por meio da realização dos direitos individuais e, principalmente, dos direitos sociais.

CAPÍTULO II

O TERCEIRO SETOR

2.1 Considerações iniciais: do Estado Liberal ao Terceiro Setor; 2.2 A evolução do Terceiro Setor na sociedade brasileira; 2.3 Conceito jurídico de Terceiro Setor; 2.4 Princípios fundamentais do Terceiro Setor; 2.4.1 Princípio da solidariedade; 2.4.2 Princípio da eficiência administrativa; 2.5 A reforma do marco legal do Terceiro Setor; 2.5.1 Voluntariado; 2.5.2 Organização Social; 2.5.3 Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: DO ESTADO LIBERAL AO TERCEIRO SETOR

Este terceiro capítulo tem por escopo delimitar o objeto do presente trabalho — o Terceiro Setor — por meio de cortes metodológicos capazes de contextualizar e sistematizar os problemas propostos. É uma tarefa que se faz necessária para a total compreensão dos aspectos jurídicos e constitucionais do tema já que o mesmo se apresenta como um fenômeno multidisciplinar, observando-se em sua formação elementos de política, sociologia e economia.

O passo inicial será o de contextualizar o surgimento Terceiro Setor no âmbito dos modelos de Estado, impondo-se uma análise macro de política e economia dos mais recentes — Estado Liberal e Estado Social —, cada qual dotado de características próprias e marcantes que influenciaram a formação do paradigma então vivenciado, no qual ele se encaixa.

O modelo de Estado Liberal surgiu na Idade Contemporânea com a Revolução Francesa e durou até a Primeira Guerra Mundial. Como resposta aos regimes absolutistas (justificados, segundo Bodin, pela vontade divina, ou segundo Hobbes,

pela idéia do contrato social) em que não se observavam os direitos individuais, o Estado Liberal “humanizou a idéia estatal, democratizando-a teoricamente, pela primeira vez, na Idade Moderna”⁶⁶.

Para Dworkin, a idéia passada pelo modelo liberal de Estado era a de que qualquer restrição à liberdade seria algo que um governo honesto deveria lamentar e manter limitada ao mínimo necessário para harmonizar os demais direitos de seus eleitores⁶⁷. Conseqüentemente, na medida em que o Estado deixava de intervir nas relações jurídicas, se fortalecia a liberdade individual (ou individualista), o que ocorria em prejuízo ao direito de igualdade, este relegado a segundo plano. Neste sentido idealiza Teori Albino Zavaski:

O liberalismo individualista - substrato ideológico dos direitos de primeira geração - tinha como princípio político o de que os homens e a sociedade por eles formada têm que realizar diretamente o seu próprio destino. Ao Estado caberia, apenas, deixar as pessoas agirem livremente. Imaginava-se que, rompida a opressão estatal, os direitos de liberdade fariam frutificar uma espécie de harmonia espontânea na convivência sociopolítica. Todavia, superada a fase de combate ao absolutismo, percebeu-se que era insuficiente, e até mesmo falsa, a idéia de harmonia social espontânea. Como a experiência histórica acabou demonstrando, o liberalismo puro aniquilava o segundo ideal dos revolucionários franceses: o ideal da igualdade. Num estado absenteísta e omissivo, a igualdade entre as pessoas era simplesmente formal, desprovida de qualquer representatividade no plano dos fatos, um mero catálogo de ilusões.⁶⁸

Outra característica básica do Estado Liberal seria a idéia de separação entre o Estado e a Sociedade como forma de garantia da liberdade individual. Segundo Daniel Sarmento, o

Estado deveria reduzir ao mínimo a sua ação, para que a sociedade pudesse se desenvolver de forma harmoniosa. Entendia-se, então, que sociedade e Estado eram dois universos distintos, regidos por lógicas próprias e incomunicáveis, aos quais corresponderiam, reciprocamente, os domínios do Direito Público e do Direito Privado. No âmbito do Direito Público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo-se rígidos limites à atuação estatal, com o fito de proteção do indivíduo, enquanto que no plano do Direito Privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade. Tal perspectiva relacionava-se estreitamente como modelo econômico do

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa (Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade)*, p.143.

⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, p. 414.

⁶⁸ ZAVASKI, Teori Albino. “Direitos Fundamentais de Terceira Geração”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, p. 227.

laissez faire, que acreditava no poder da “mão invisível” do mercado para equacionar os problemas sociais. O Estado ausentava-se da esfera econômica, que permanecia à mercê das forças do mercado, limitando-se ao modesto papel de protetor da segurança interna e externa da propriedade de seus cidadãos. Tudo o mais caberia à sociedade civil, dinamizada pela energia do mercado.⁶⁹

Se por um lado o Estado Liberal, suporte ideológico para a Revolução Francesa, “içou, a favor do Homem, a tríade da liberdade, igualdade e fraternidade”⁷⁰, rompendo com o Estado Moderno⁷¹ de característica absolutista, por outro lado assegurava tais direitos apenas aos economicamente fortes. Isso porque a sua abstinência em intervir nos problemas econômicos e sociais permitia a exploração do homem pelo homem, perpetuando as diferenças sociais. Segundo Dallari⁷², concedia-se a todos o direito de ser livre, todavia não se assegurava a ninguém o poder de ser livre, o que, por sua vez, era um privilégio dos economicamente mais fortes, deixando os mais fracos sem qualquer amparo. Deste modo, se nem mesmo o mercado funcionaria de forma perfeita⁷³ (na visão de Fábio Nusdeo⁷⁴, existiriam cinco questões capazes de inibir a perfeição do mercado, fazendo-se necessária a intervenção do Estado para que sejam corrigidas, quais sejam, mobilidade dos fatores de produção, acesso às informações relevantes, concentração econômica, externalidades e bens coletivos), a idéia da não intervenção estatal difundida pelo liberalismo serviria tão-somente como uma trava para a manutenção das desigualdades. Daí que ao pregar a liberdade como bem supremo do homem, o liberalismo limitava a ação daqueles desprovidos de renda⁷⁵ de modo a se apresentar como revolucionário e progressista com relação ao Antigo Regime, mas conservador em relação às reivindicações populares.

Por conta de tais fatores o modelo liberal passou a ser alvo de severas críticas. Contraopondo-se ao individualismo exacerbado do liberalismo apresentaram-se os modelos socialistas do marxismo, do socialismo utópico e da doutrina social da

⁶⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p.28-29.

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa (Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade)*, p. 149.

⁷¹ Assim entendido o modelo de Estado vigente até o Século XVII caracterizado pelo despotismo e pela a tirania.

⁷² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 137.

⁷³ O que faz da teoria da “mão invisível” - o poder de auto-regulação do mercado - de Adam Smith uma verdadeira utopia.

⁷⁴ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia — Introdução ao Direito Econômico*, p. 161.

Igreja.

A doutrina social da Igreja ou socialismo cristão (Leão XIII) pregava que o Estado deveria criar mecanismos de defesa para os mais fracos (sem, contudo, promover a luta de classes), dentre os quais os operários, que necessitariam de um mínimo de direitos efetivamente assegurados. O socialismo utópico (Saint-Simon, Robert Owen, Charles Fourier e Pierre-Joseph Proudhon), por seu turno, entendia que as reformas sociais deveriam realizar-se no campo das idéias (e não sob a forma de luta de classes), “parecendo acreditar na possibilidade de convencimento da burguesia da necessidade de promoção das reformas sociais.”⁷⁶

No entanto, posição diversa adotou o marxismo (Karl Marx e Friedrich Engels), principalmente no tocante à necessidade da luta de classes para a solução da questão social. Segundo Daniel Sarmiento, para o marxismo

os direitos humanos do liberalismo compunham a superestrutura ligada à dominação econômica exercida pela burguesia sobre o proletariado. Era uma fachada, que visava conferir um verniz de legitimidade a uma relação de exploração, que só teria fim com implantação do comunismo e o fim das classes sociais.⁷⁷

Ou ainda, pela ótica de Norberto Bobbio⁷⁸, o marxismo entendia o Estado como o reino da força, do interesse de uma parte em detrimento do bem comum pois visava o bem viver daqueles que detinham o poder.

As idéias marxistas, por sua vez, fundamentaram a Revolução Russa de 1917, ameaçando, em definitivo, o modelo liberal capitalista. Esta situação, aliada à crise mundial instalada após a Primeira Grande Guerra Mundial (1914-1918) e posteriormente agravada com a quebra da bolsa de Nova Iorque (1929), deu ensejo à mudança da perspectiva do modelo de Estado, de Liberal para Estado Social de Direito, o qual afastou um pouco a observância irrestrita da legalidade para promover os direitos sociais por meio de medidas de justiça social. De fato, o legalismo exacerbado e o princípio da mínima intervenção estatal, pilares do modelo liberal

⁷⁵ LANZONI, Augusto. *Iniciação às ideologias políticas*, p. 17-20

⁷⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 32.

⁷⁷ *Ibid*, p. 31.

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política. A filosofia política e as lições dos clássicos*, p. 113.

que permitiam a perpetuação das desigualdades já não encontravam mais sustentação (segundo Carlos Henrique Bezerra Leite⁷⁹, a substituição do Estado Liberal clássico pelo *Welfare State* proporcionou a substituição do paradigma da igualdade formal pelo “gozo das liberdades individuais, pela verificação e procura das reais condições de vida da pessoa humana”). Clamava a comunidade pela observância de regras que promovessem o bem-estar comum, ainda que para tanto fosse necessária uma posição mais atuante do Estado.

De acordo com Paulo Bonavides⁸⁰, o Estado Social nasceu de uma inspiração de justiça, igualdade e liberdade, tornando-se a mais sugestiva criação do século constitucional (“o princípio governativo mais rico em gestação no universo político do Ocidente”) ao empregar meios intervencionistas para estabelecer o equilíbrio na repartição dos bens sociais. Isso porque sem a participação do Estado tornou-se então impossível a confirmação de direitos mínimos das pessoas tais como à saúde, à educação, à previdência social, além de outros tantos. Logo, prejudicado estaria o desenvolvimento econômico e, mais do que obviamente, o social.

Fábio Konder Comparato⁸¹, por seu turno, fez o contraponto entre o Estado Liberal e o Estado Social por meio da análise do direito da propriedade. Ele afirma que “a propriedade sempre foi justificada como modo de proteger o indivíduo e sua família contra as necessidades materiais, ou seja, como forma de prover à sua subsistência” (Estado Liberal). Todavia, na civilização contemporânea, a propriedade privada deixou de ser o único, senão o melhor meio de garantia da subsistência individual ou familiar para em seu lugar aparecerem outros direitos (Estado Social) tais como “a garantia de emprego e salário justo e as prestações sociais devidas ou garantidas pelo Estado, como a previdência contra os riscos sociais, a educação e a formação profissional, a habitação, o transporte e o lazer”⁸².

É importante lembrar, entretanto, que o Estado Social de Direito surgiu como uma

⁷⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação Civil Pública*, p.42.

⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa (Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade)*, p. 156.

⁸¹ COMPARATO, Fábio Konder *Apud* MORAES, José Diniz de. *A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988*, p. 110.

⁸² *Ibid*, p. 110.

evolução⁸³ da concepção de Estado Liberal, e não de um total rompimento com este modelo. Vale dizer, segundo Emerson Gabardo, que “a intervenção do Estado fez-se presente mesmo no regime liberal do século XIX”, o que nos faz crer que a mudança do paradigma estatal não ocorreu de forma abrupta. Pelo contrário, aconteceu na medida em que se apurava a necessidade da criação de regras para impedir os desvios que o mercado não conseguia controlar. Também neste sentido, afirma Leandro Marins de Souza⁸⁴ que a “ruptura sistemática promovida nos ideais da concepção liberalista de *Estado de Direito*” ocorreu sob a forma de integração social, abandonando-se a idéia de *Estado Legal* para consolidar os anseios da comunidade e sua participação efetiva no desenvolvimento do bem-estar social por meio da integração e da busca da realização de justiça social.

Conseqüentemente, não há que se falar em modificação do sistema capitalista da economia. Pelo contrário, este restou mantido não obstante a assunção de um papel mais ativo pelo Estado (em contraponto à sua postura econômico-absenteísta) que se convertem, segundo Daniel Sarmiento⁸⁵, no grande protagonista da cena econômica. Daí que “o Estado Liberal transformara-se no Estado Social, preocupando-se agora não apenas com a liberdade, mas também com o bem-estar do seu cidadão”, modelo que veio a ser denominado Estado do Bem-Estar Social (Welfare State).

Os primeiros instrumentos legislativos que contemplaram a justiça social como contraponto do desenvolvimento econômico foram as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), deixando como marca a criação dos grupos de direitos sociais e econômicos. A participação do Estado no domínio econômico, outrossim, acentuou-se após a Segunda Grande Guerra Mundial, preocupando-se o Estado em proteger direitos essencialmente sociais tais como o direito do trabalho, previdenciário, à educação e à saúde. Neste sentido, Paulo Bonavides⁸⁶ salienta que o Estado pôde receber a denominação de Estado Social quando, para suprir as necessidades provocadas pela Segunda Guerra, assumiu efetivamente o encargo de assegurar a prestação de serviços fundamentais aos indivíduos, seja

⁸³ GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado*, p. 119.

⁸⁴ SOUZA, Leandro Marins de. *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*, p. 57.

⁸⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 34-35.

⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado Social*, p. 186.

reestruturando os meios de produção (intervindo na economia com manipulação de preços, salários), seja na reconstrução das cidades ou ainda na readaptação das pessoas à vida social.

No âmbito brasileiro, temos que a Constituição Federal de 1934 foi a primeira a apresentar o formato do Estado Social, o que ocorreu principalmente pela forte influência sofrida pelos ideais da Carta de Weimar.

Marca maior desta nova concepção constitucional brasileira foi a inclusão de um capítulo tratando especificamente sobre a “Ordem Econômica e Social” de modo a possibilitar a todos uma existência digna. No entanto, também merece destaque a garantia do direito de propriedade privada porém com ressalvas de interesse social e coletivo (função social da propriedade), a criação de monopólios estatais, a instituição da Justiça do Trabalho (para a solução de conflitos entre trabalhadores e empregados), a criação de inúmeros direitos dos trabalhadores (salário mínimo, jornada de oito horas diárias, férias anuais e remuneradas, etc.) e a implementação de políticas de proteção às famílias.

Não obstante tal avanço social, a Carta Constitucional de 1934 ainda se manteve fiel a inúmeros princípios do liberalismo herdados das Constituições anteriores, de modo a ser chamada de “colcha de retalhos” por Paulo Bonavides e Paes de Andrade⁸⁷. De fato, relatam os autores que a Constituição Brasileira de 1934 está marcada por indecisões e ambigüidades eis que conviviam lado a lado princípios antagônicos de um Estado maciçamente intervencionista com outro amplamente liberal, vindo, este último, a sucumbir frente ao Texto Constitucional de 1937 pois a “ditadura getulista” trazia idéias fascistas, conseqüentemente, antiliberais⁸⁸. No entanto, vale ressaltar que retira a importância da Carta de 1934, que pode ser considerada como o ponto de partida para o amadurecimento do Estado Social brasileiro.

Voltando ao cenário mundial, verificou-se que em determinado momento o Estado do Bem-Estar passou de mero garantidor de direitos a onipresente, centralizando e planejando os rumos das instituições jurídicas. Chegou-se, então, ao modelo do

⁸⁷ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*, p 325.

⁸⁸ *Ibid*, p.325-333.

Estado Providência ou Assistencial, por meio do qual o Estado se fez presente (ou pretendia estar presente) em todos os setores e atividades da sociedade, assumindo tarefas outrora exercidas pelos particulares.

Ocorre que essa expansão da atividade estatal trouxe consigo algumas situações que foram responsáveis pela mudança do paradigma do Estado, reabrindo, a partir dos anos 70, a discussão sobre qual seria o seu verdadeiro papel do Estado.

Um dos fatores da citada mudança foi a grande dificuldade que o Estado encontrava para se desincumbir das incontáveis tarefas então assumidas. De fato, o Estado perdera o controle das atividades por ele encampadas, tornando-se burocrático e obeso⁸⁹.

Do mesmo modo, o aumento das funções do Estado naturalmente gerou um aumento da carga tributária. No entanto, o crescimento populacional foi superior ao ingresso de receitas nos cofres públicos de modo que a obtenção de recursos financeiros não se deu na mesma proporção do aumento das responsabilidades estatais. Instaurou-se, por conseguinte, verdadeira crise fiscal emperrando a engrenagem do Estado do Bem-Estar. Neste sentido, Pierre Rosanvallon:

É longa a lista de todos os economistas que, de Léon Say, no Século XIX, a Colin Clark, no século XX, consideraram estruturalmente insuportável para o sistema um novo crescimento das despesas sociais. Cada um deles via os “limites” do estado providência já atingidos, quando eles, de fato, não cessavam de recuar.⁹⁰

A falta de recursos, por sua vez, acarretou a impotência do Estado em implementar os direitos sociais por ele assegurados. Norbert Reich, citado por Emerson Gabardo⁹¹, relata a posição mais radical proposta pela teoria do “Direito Reflexivo” por meio da qual o Estado deve diminuir sua atividade reguladora principalmente nos setores em que teve maior atuação nas décadas de 60 e 70 (meio ambiente, consumidor, proteção à saúde, políticas antidiscriminatórias) pois comprovou a sua insuficiência nas respectivas áreas.⁹² Isso contribuiu para desencadear uma

⁸⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 34-35.

⁹⁰ ROSANVALLON, Pierre. *A Crise do Estado-Providência*, p. 16.

⁹¹ REICH, Norbert apud GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado*, p. 133.

⁹² GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado*, p.134.

discussão acerca da eficiência do Estado do Bem-Estar, discussão essa que vai gerar, mais adiante, a ruptura do modelo em busca de um novo paradigma.

Para traçar o quadro de crise do Estado do Bem-Estar Social Daniel Sarmento⁹³ cita ainda, ao lado dos mencionados fatores, os seguintes: (a) o envelhecimento da população decorrente dos avanços da medicina e do saneamento básico acenando, portanto, para uma futura crise na área da previdência social e no financiamento na saúde e (b) o advento da globalização econômica e do avanço tecnológico (telecomunicações, informática, etc.), diminuindo as distâncias, os períodos de espera e homogeneizando os costumes, perdendo o Estado o controle sobre a sua economia doméstica.

A reboque da crise vieram então as teorias “neoliberais” a fundamentar a falibilidade da intervenção estatal frente à superioridade da espontaneidade das leis de mercado. Para o austríaco Friedrich August Hayek⁹⁴, as funções do Estado deveriam ser resumidas em manutenção da segurança e caridade, identificando o Estado de Bem-Estar como despótico.⁹⁵

Tal discurso inspirou o Consenso de Washington⁹⁶ e as políticas econômicas internacionais adotadas pelas grandes potências mundiais (Estados Unidos e Europa Ocidental) com a finalidade aparente de estabilizar a economia dos países emergentes mas que, de fato, pretendia manter as desigualdades por meio da abertura de mercados internos, disciplina fiscal, cortes de gastos sociais, desregulamentação de mercado, flexibilização das relações de trabalho, dentre

⁹³ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 43-44.

⁹⁴ Como fonte das idéias de Friedrich August Hayek cita-se HAYEK, Friedrich August. *Law, Legislation and Liberty*.

⁹⁵ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, p.91.

⁹⁶ Em novembro de 1989 representantes do Governo Americano, do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial realizaram um encontro na Capital dos Estados Unidos para deliberar acerca de novas posturas (fundadas na idéia do livre mercado) a serem adotadas pelos países em transição (no aspecto de desenvolvimento) que buscavam o crescimento econômico. A reunião foi presidida pelo economista John Williamson, pesquisador sênior do Instituto de Economia Internacional, e resultou em uma lista de dez recomendações, as quais foram batizadas por Williamson de “Consenso de Washington”. As recomendações tratavam de disciplina fiscal e reforma tributária (combate ao déficit fiscal por meio de ampla base de arrecadação tributária), taxa de juros (determinadas pelo mercado financeiro), taxa de câmbio (diminuição para incremento das exportações), abertura comercial por meio de investimento direto estrangeiro facilitado, privatização, desregulação da economia com o afastamento do Estado e fortalecimento do direito de propriedade. Sobre o tema: WILLIAMSON, J.; KUCZYNSKI, P. *Depois do Consenso de Washington*.

outros.

Todavia, não foi necessário muito tempo para que o novo Estado mínimo, assim como o Estado Liberal de outrora, também malograsse. De fato, após a derrocada de alguns países subdesenvolvidos adeptos da política de Washington, percebeu-se que a manutenção da democracia, principalmente nestes países, restaria prejudicada.

De grande valia para a retomada da idéia de desenvolvimento estatal foram as idéias de Joaquim José Gomes Canotilho⁹⁷ ao revisar a sua teoria sobre a Constituição do Estado de Bem-Estar (Constituição Dirigente⁹⁸) afirmando que tal modelo, por ele denominado de *big government*, deveria ser substituído por um Estado “reduzido” e “elegante”. Isso não significaria dizer que o Estado deveria se afastar por completo mas garantir um mínimo das relações privadas, atuando como verdadeiro supervisor para uma racionalidade econômico-decisória e para a solução econômica de problemas concretos.

Na verdade, foi com muito temor que a comunidade jurídica brasileira encarou a mudança de pensamento do professor Canotilho, principalmente no tocante aos direitos sociais e a determinados programas que viessem a efetivá-los, assegurados pela atual Carta Constitucional. Não é demais lembrar que a Carta de 1988 sofreu grande influência da Constituição de Portugal de 1976, seja pelo fato de não ter partido de um projeto preexistente, seja pela semelhança do contexto político interno dos dois países na medida em que ambas as Constituições sucederam regimes autoritários (no Brasil o Regime Militar e em Portugal o Salazarismo). No entanto, em publicações posteriores, Canotilho melhor explicou o seu posicionamento ao afirmar que não pretendia retirar da Constituição as suas dimensões sociais, mas tão-somente repensar o engessamento de determinadas políticas públicas por meio da

⁹⁷ Sobre o pensamento de José Joaquim Gomes Canotilho, veja-se CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”. In: *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, p. 7-17. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. “O Estado Adjetivado e a Teoria da Constituição”. In: *Revista Interesse Público*. p. 13-24. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*.

⁹⁸ Textos Constitucionais carregados de programaticidade tal como a Constituição Portuguesa a ponto de ordenar aos órgãos legiferantes do Estado o que devem fazer para cumprir as imposições constitucionais.

Constituição, não sabendo, decerto, se isso seria de possível obtenção em países como o Brasil:

Compreendo perfeitamente que, quando estamos a falar em direito mitigado, em direito reflexivo, em direito pós-moderno, em direito mite, em direito desregulado, verdadeiramente estamos a passar por uma outra fase que ainda não é possível obter no Brasil. No fundo, estamos a imaginar uma teoria da constituição já pós-moderna, em que não existe centro, em que o Estado é um herói local, em que o Estado é um herói humilde, em que nós somos já uma parcela de um outro esquema organizativo. Estamos a esquecer que no Brasil a centralidade é ainda do estado de direito democrático e social, que a centralidade é ainda do texto constitucional, que é carta de identidade do próprio país, que são estes direitos, apesar de pouco realizados, que servem como uma espécie de palavra ordem para a própria luta política.⁹⁹

Isso se justifica pelo fato do Brasil ter chegado à pós-modernidade sem ter conseguido ser nem liberal nem moderno¹⁰⁰, nem tampouco ter alcançado, na prática, o *status* de Estado-Providência¹⁰¹. De fato, aliado ao histórico político da sociedade brasileira a partir dos anos 30 (a abertura social promovida pela Constituição de 1934 não teve tempo sequer para amadurecer, haja vista os “golpes” de 1937 e 1964), a intervenção do Estado se dava em prol apenas das classes dominantes, proporcionando verdadeiro atraso social a ensejar a necessidade de reformas em suas estruturas (iniciadas com a Constituição de 1988). Eis o quadro da sociedade brasileira do final do Século XX pintado por Luís Roberto Barroso:

O modelo dos últimos vinte e cinco anos se exaurira. O Estado brasileiro chegou ao fim do século XX grande, ineficiente, com bolsões endêmicos de corrupção e sem conseguir vencer a luta contra a pobreza. Um Estado da direita, do atraso social, da concentração de renda. Um Estado que tomava dinheiro emprestado no exterior para emprestar internamente, a juros baixos, para a burguesia industrial e financeira brasileira.¹⁰²

Independentemente das razões que formatam o Estado como incapaz de cumprir o seu papel socio-econômico (para os Estados desenvolvidos foi a crise do Estado do Bem-Estar e para os não desenvolvidos foi a simples existência de um Estado incapaz de promover o seu próprio desenvolvimento), percebe-se que a tendência

⁹⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*, p. 35

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. “Introdução: Aspectos constitucionais”. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*, p. 18.

¹⁰¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. “A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado”. In: *SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOCIEDADE E A REFORMA DO ESTADO*, p. 5-6.

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. “Introdução: Aspectos constitucionais”. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*, p. 21-22

mundial é a construção de um novo paradigma no qual o Estado atua como verdadeiro gerente buscando a eficiência de seus atos, mesmo que para tanto tenha de se afastar eventualmente da esfera econômico-social, substituindo a intervenção direta por atos de regulação. É o que se chama de estado pós-social¹⁰³ ou pós-moderno¹⁰⁴.

Parcialmente assim se comportou o Estado brasileiro ao iniciar, em 1995, uma série de reformas constitucionais visando justamente um maior afastamento do Estado da economia (contemplando alguns dos enunciados do “Consenso de Washington”). Dentre as mais de trinta e cinco Emendas à Constituição aprovadas desde 1995 merecem destaque, no tocante à configuração de um novo modelo econômico do Estado brasileiro: a **EC nº 5**, que permitiu aos Estados Membros a exploração direta ou mediante concessão dos serviços locais de gás canalizado; a **EC nº 6**, que autorizou a pesquisa e a lavra de recursos minerais pelos particulares; a **EC nº 7**, que acabou com a reserva de mercado da navegação de cabotagem; a **EC nº 8**, que flexibilizou o monopólio estatal das telecomunicações; a **EC nº 9**, que flexibilização do monopólio do petróleo e do gás natural; a **EC nº 19**, que acrescentou à Administração Pública o princípio da eficiência; a **EC nº 36**, que autorizou a participação de capital estrangeiro em empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens; e a **EC nº 40**, que subtraiu da Constituição a limitação dos juros em 12% (doze por cento) ao ano.

Na esfera infraconstitucional, outrossim, ocorreram reformas com o mesmo grau de importância das citadas Emendas. Nesse contexto, foi instituído o Programa Nacional de Privatização por meio da Lei 8.031, de 12 de abril de 1990 (depois substituída pela Lei 9.491, de 9 de setembro de 1997), tendo como principais objetivos (a) reorganizar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; (b) contribuir para a reestruturação econômica do setor público (especialmente por meio da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida) e do setor privado (especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do

¹⁰³ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 43-54.

¹⁰⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*.

País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive por meio da concessão de crédito); (c) permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais.

Da mesma forma, destaca-se a produção normativa no campo da energia (Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996), das telecomunicações (Lei 9.472, de 16 de julho de 1997) e do petróleo (Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997) com a criação de Agências Reguladoras (autarquias especiais com prerrogativas próprias e autônomas em relação ao poder público¹⁰⁵).

Se no prisma econômico o Estado brasileiro, delineado pela Constituição de 1988 e suas posteriores Emendas, procura substituir a postura de atuação direta na economia por uma posição de “Estado Regulador”, de fora para dentro, no prisma social apresenta-se ainda como “Estado Interventor”, preocupado com a justiça social e com a igualdade material. Isso não quer e não deve significar a idéia de invasão pura e simples da esfera pública sobre a privada, mas traduz o papel que o Estado passou a desempenhar de grande guardião dos direitos e garantias fundamentais, mormente do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos sociais. De fato, o núcleo constitucional que compreende o princípio da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e o princípio da livre iniciativa não só restou incólume após as citadas Emendas Constitucionais.

Neste papel assumido pelo Estado brasileiro a sociedade civil aparece como coadjuvante pois com a crise do Estado do Bem-Estar (principalmente a financeira) houve a necessidade de se buscar *parceiros* para a implementação dos direitos sociais. Ora, não obstante a obrigação primária do Estado neste particular, a iniciativa privada e o Terceiro Setor¹⁰⁶ foram convocados a auxiliá-lo, ainda que secundariamente, nas tarefas de diminuir as diferenças sociais (ocupando espaços impossíveis de ser alcançados pela estrutura Estatal) e de implementar políticas públicas dignificadoras da existência humana, em consonância com os princípios da

¹⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 102.

¹⁰⁶ A definição de Terceiro Setor será tratada no tópico 2.3 a seguir.

eficiência da administração e da solidariedade. É o que relata Leandro Marins de Souza, tratando da experiência brasileira:

Este é o contexto em que surgem debates sobre o Terceiro Setor, que se fundamentam sobretudo numa valorização e num fortalecimento da sociedade civil, representada institucionalmente pelas entidades que compõem este fenômeno social. Diante das dificuldades estatais em prover os cidadãos das mínimas condições socioeconômicas garantidas pelo *Estado Social*, e sabendo-se das mazelas decorrentes da não-intervenção absoluta do Estado, como o era no *Estado Liberal*, propõe-se a participação da sociedade civil na complementação a estas necessidades, seja através dos próprios cidadãos organizados, seja através das instituições de mercado.¹⁰⁷

No mesmo sentido é a visão de Daniel Sarmiento:

Trata-se de um Estado Subsidiário, que restitui à iniciativa privada o exercício de atividades econômicas às quais vinha se dedicando, através de privatizações e reengenharias múltiplas. De um estado que também vai buscar parcerias com a iniciativa privada e com o terceiro setor, para a prestação de serviços públicos e desempenho de atividades de interesse coletivo, sempre sob a sua supervisão e fiscalização. É um Estado que não apenas se retrai, mas que também modifica a sua forma de atuação, e passa a empregar técnicas de administração consensual.¹⁰⁸

Vale dizer, outrossim, que a abertura proporcionada pelo Estado ao Terceiro Setor não implica a substituição de um pelo outro. Segundo Boaventura de Sousa Santos, dependendo do contexto político como, por exemplo, nos casos de Estados democráticos e não autoritários, pode funcionar inclusive como instrumento de confrontação e oposição. Nesta situação encontram-se as organizações não-governamentais do Quênia, as quais, segundo o citado autor, vêm travando com o Governo local verdadeiro embate vez que a legislação queniana sujeita a atividade das ONG's ao controle político do Estado.¹⁰⁹

Mas para os casos em que haja harmonia entre Estado e Terceiro Setor, aquele não deverá se eximir das suas responsabilidades mas se valer deste como mais um instrumento de promoção dos direitos e garantias fundamentais, mormente os sociais, validando, por conseguinte, os princípios da eficiência da administração e da solidariedade. É como propõe Daniel Sarmiento:

¹⁰⁷ SOUZA, Leandro Marins de. *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*, p. 62

¹⁰⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 51.

¹⁰⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. "A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado". In: *SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOCIEDADE E A REFORMA DO ESTADO*. p. 5-6

No entanto, este modelo é excessivamente simplificado. Existe uma série de razões que justifica, hoje, a concepção de que, ao lado do dever primário do Estado de garantir os direitos sociais, é possível também visualizar um dever secundário da sociedade de assegurá-los. Em primeiro lugar, porque as relações privadas, que se desenvolvem sob o pálio da Constituição, não estão isentas da incidência dos valores constitucionais, que impõem sua conformação a parâmetros materiais de justiça, nos quais desponta a idéia de solidariedade. Além disto, diante da decantada crise de financiamento do *Welfare State*, que o impede de atender a todas as demandas sociais relevantes, é importante encontrar outros co-responsáveis que – sem exclusão da obrigação primária do Estado –, possam contribuir para amenizar o dramático quadro de miséria hoje existente, assumindo tarefas ligadas à garantia de condições mínimas para os excluídos, não já, agora por caridade ou filantropia, mas no cumprimento de deveres juridicamente exigíveis.¹¹⁰

Observa também Emerson Gabardo que "a importância da participação de todos no processo de qualificação do bem estar coletivo torna-se um novo consenso" para depois concluir que:

em nível funcional, deve o Estado sempre considerar que as atividades desenvolvidas pelas chamadas organizações não-governamentais jamais poderão substituir atividades típicas, pois as falhas do setor privado são estruturais¹¹¹.

Caso contrário, estaria o Estado renunciando à própria Constituição de 1988, vez que não estaria exercendo as funções que a mesma lhe delegou.

Assim, tomando como ponto de partida o Estado Liberal, passando pelo Estado Socialista e pelo Estado do Bem-Estar Social, chegamos finalmente ao modelo de Estado Pós-Social, no qual se insere a discussão acerca do Terceiro Setor, que visa a formação de um governo forte por meio da participação da sociedade civil organizada e participativa.

2.2 A EVOLUÇÃO DO TERCEIRO SETOR NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Desde o final do século passado o Terceiro Setor vem sendo tratado como um dos

¹¹⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 337-338.

¹¹¹ GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado*, p. 167.

pilares da formação do modelo pós-moderno do Estado, o que não significa dizer que consiste em uma construção sócio-político-jurídica recente. Pelo contrário, bem antes disso, tanto na Europa e nos Estados Unidos quanto no Brasil, ainda que em contextos completamente diferentes, o mesmo já existia por meio de formas organizacionais que lhe são peculiares. Nesse sentido, Andres Pablo Falconer afirma que:

As organizações que compõem o terceiro setor evidentemente não são novas. Têm-se no Brasil, como exemplos tradicionais deste setor, as Santas Casas de Misericórdia e as obras sociais, e, como representantes mais recentes, as organizações não-governamentais resultantes dos novos movimentos sociais que emergem a partir dos anos setenta. Nova é a forma de olhá-las como componentes de um “setor” que pleiteia igualdade em relação ao Estado e ao Mercado. Um fato interessante e normalmente despercebido é que, no Brasil, o terceiro setor busca seu lugar ao sol ao mesmo tempo em que é proposta a parceria intersetorial que obscurece os limites entre os três setores. O terceiro setor nasce, aqui, sob o signo da parceria, enquanto nos Estados Unidos foi a tentativa de demarcar a diferença e proclamar independência dos outros setores que deu o tom do nascimento do terceiro setor.¹¹²

No Brasil, por força da colonização portuguesa, o surgimento das entidades do Terceiro Setor está ligado à estreita relação entre o Estado e a Igreja Católica. De fato, até o final do Século XIX, os católicos, por meio de congregações e de irmandades religiosas que desembarcavam no País, foram responsáveis pela fundação de todas as entidades não-governamentais voltadas para os fins sociais (saúde, educação, etc.). Merecem destaque os Jesuítas e a “Irmandade da Misericórdia”, que implantou os primeiros hospitais no País, consoante o relato de Lester M. Salamon¹¹³. No mesmo sentido aponta Maria do Carmo Aboudib Varella Serpa:

As primeiras organizações desse tipo conhecidas como de “mão morta”, têm como seu primeiro referencial as Santas Casas de Misericórdia, iniciando-se pela primeira delas em 1534, na então Vila de Santos, São Paulo. De igual importância foi a criação da Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro (1738), criada com a finalidade de acolher os chamados “expostos na roda”, crianças que, ao invés de serem abandonadas, eram recolhidas por irmãos de caridade, que serviam como espécie de enfermeiras, as quais se comprometiam, a partir de então, com a criação destas. Seus recursos adviam de um fundo adquirido por meio da doação de parte de seu patrimônio. Às crianças depositadas pelas mães, numa espécie de “roda

¹¹² FALCONER, Andres Pablo. *A promessa do Terceiro Setor. Um estudo sobre a construção do papel das organizações sem fins lucrativos e do seu campo de gestão*, p. 3.

¹¹³ SALAMON, Lester M. et al. *Global Civil Society: Dimensions of the Nonprofit Sector*, p. 399.

giratória", era garantida a não identificação, como forma de proteção futura, na medida em que não havia possibilidade de contato entre o (a) depositante e aquele (a) que as recebiam.¹¹⁴

Somente a partir do início do Século XX aparecem as primeiras organizações desvinculadas da Igreja, tais como a Cruz Vermelha em 1908 e os Escoteiros em 1910. Registra-se ainda no mesmo período o surgimento de inúmeras organizações em decorrência dos então recém-criados sindicatos, as quais visavam assistir os trabalhadores nos casos de desemprego, morte ou invalidez.

De 1930 até 1945, período em que o País foi conduzido por Getúlio Vargas, passou-se a incentivar a criação de organizações do Terceiro Setor por meio da criação de incentivos fiscais e empréstimos. Neste ínterim, no ano de 1935 foi promulgada a Lei 91 que instituiu a declaração de utilidade pública para associações, organizações e entidades sem fins lucrativos, a qual regulamenta a colaboração entre o Estado e as instituições filantrópicas. No ano de 1942 foi publicado o Decreto-Lei 4.830 que criou a Legião Brasileira de Assistência (LBA).

Entretanto, o Terceiro Setor veio a se fortalecer em definitivo durante o Regime Militar, instaurado no ano de 1964 logo após a deposição do presidente João Goulart. Neste sentido, Maria do Carmo Aboudib Varella Serpa:

Importante se faz, ressaltar aqui, a influência que o período da Ditadura Militar exerceu sobre o Terceiro Setor no país, cujos reflexos serviram para, ao contrário do que seria o esperado, incentivar a organização de grupos, os quais, inicialmente voltados para a oposição ferrenha ao autoritarismo vigente, conduziram a uma nova reorganização da sociedade civil brasileira, da qual emergiram novos valores tais como a sede por um regime de fato democrático, a necessidade de maior independência, iniciativa e trabalho conjunto de todos na direção de uma sociedade mais livre e dotada de maior justiça social.¹¹⁵

Também de forma esclarecedora, Lester M. Salamon¹¹⁶:

¹¹⁴ SERPA, Maria do Carmo Aboudib Varella. "Terceiro Setor: Retrospectiva histórica, avanços e desafios". In: *Coleção Do Avesso ao Direito. Terceiro Setor: Fundações e entidades de interesse social*, p 31.

¹¹⁵ SERPA, Maria do Carmo Aboudib Varella. "Terceiro Setor: Retrospectiva histórica, avanços e desafios". In: *Coleção Do Avesso ao Direito. Terceiro Setor: Fundações e entidades de interesse social*, p. 31.

¹¹⁶ SALAMON, Lester M. et al. *Global Civil Society: Dimensions of the Nonprofit Sector*, p. 399-400.

Following the military coup of 1964 and in the midst of processes of modernization, social diversification, and urbanization, Brazilian society gradually reorganized itself through the multiplication of associations that were mostly independent of, or opposed to, the state. At this time, the Catholic Church took a stand against the military regime and played an important role in the development of secular movements of workers, laborers, professionals, and residents of poor neighborhoods that created a vast new field of “associativism”. In this new wave, Brazil’s NGOs – a collection of nonrepresentational organizations combining idealism and professionalism – had a prominent position.¹¹⁷

De fato, a necessidade de mobilização da sociedade para combater os abusos perpetrados pelo Estado no citado período, aproximando a Igreja Católica (com a participação maior também das Igrejas Protestantes) dos movimentos sociais, serviu de amadurecimento para o Terceiro Setor. Vale dizer que tal aproximação apresentou efeitos mais significativos ante as mudanças institucionais ocorridas na própria Igreja Católica, provocadas a partir da Teologia da Libertação com o surgimento das Comunidades Eclesiais de Base, da Pastoral Popular, da Pastoral da Terra, do Conselho Indigenista Missionário, da Pastoral do Menor, da Pastoral da Criança, da Pastoral Carcerária, dentre outras. Sobre a citada participação da Igreja Católica, novamente Varella Serpa assevera que:

A Pastoral da Criança por exemplo, surgida em 1983, tinha como principal objetivo o treinamento de lideranças comunitárias, no combate a mortalidade infantil, conseguindo uma drástica redução nestes índices, em nível nacional e constituindo-se hoje, sem dúvida alguma, na organização da sociedade civil, mais eficiente e eficaz nos propósitos a que se propõe. Impõe-se o registro da figura de Dom Paulo Evaristo Arns, nesse trabalho pioneiro, o qual definia as comunidades de base como “pontos de luz nas periferias escuras das grandes cidades”, nas quais pessoas humildes (‘o povo de Deus’) se encontram para pensar e celebrar juntas, referindo-se àqueles que se encontram na base da pirâmide social, justamente os que mais sofrem as conseqüências de uma sociedade injusta, os oprimidos.¹¹⁸

Outra conseqüência do fortalecimento do Terceiro Setor neste contexto foi a proliferação de associações civis, sindicatos e entidades ambientalistas. Luiz Carlos

¹¹⁷ A partir do golpe militar de 1964 e em meio ao processo de modernização, diversificação social e urbanização, a sociedade brasileira se reorganizou de forma gradual com a multiplicação de associações com mais independência, ou mesmo em oposição ao Estado. Nesse período, a Igreja Católica se colocou contra o regime militar e teve um papel importante no desenvolvimento de movimentos de trabalhadores, profissionais e dos pobres criando um vasto campo para o associativismo. Neste novo período, portanto, as Organizações Não Governamentais brasileiras, com a cominação de profissionalismo e idealismo, assumiram uma importante posição na sociedade. (tradução nossa)

¹¹⁸ SERPA, Maria do Carmo Aboudib Varella. “Terceiro Setor: Retrospectiva histórica, avanços e desafios”. In: *Coleção Do Averso ao Direito. Terceiro Setor: Fundações e entidades de interesse social*, p. 32.

Abreu Mendes, em pesquisa realizada para o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada — IPEA, salienta o surgimento de tais organizações e a sua importância, ressaltando, outrossim, a pouca visibilidade e o curto alcance dos trabalhos então desenvolvidos:

Nascem, a partir daí, lideradas pela classe média intelectualizada e militante, seguindo uma tendência generalizada pela América Latina, as organizações foco da análise dos textos, que irão se defrontar com o regime da força iniciado com o golpe de Estado de 1964. Na sociedade civil, essas organizações ocupam espaço de atuação local, com projetos de curto alcance, ou pouca visibilidade, e com presença marcante da Igreja. Na verdade, como lembra Caccia Bava (1994, p.97), “as ONG existem no Brasil há muito tempo. Novo é o nome – organizações não governamentais – que lhes deram o Banco Mundial e as Nações Unidas. Antes, eram conhecidas como centros de pesquisa, associações promotoras de educação popular, entidades de assessoria e movimentos sociais.”¹¹⁹

É importante ressaltar, não obstante a heróica mobilização da sociedade, que, para o desenvolvimento do Terceiro Setor no citado período, foi decisivo o apoio financeiro que as organizações brasileiras receberam de entidades internacionais e multilaterais (tais como a norte-americana Fundação Ford e o Banco Mundial), as quais, segundo a visão de Andres Pablo Falconer, foram “responsáveis pela valorização do terceiro setor em todo o mundo subdesenvolvido.”¹²⁰ Segundo o autor, com o objetivo de fortalecer a democracia nos países desenvolvidos, tais entidades internacionais passaram a incentivar a participação popular por meio do apoio a projetos de organizações comunitárias e movimentos populares, incentivos estes que permaneceram (e atualmente permanecem) mesmo após a retomada democrática do País em 1988.

A partir de 1980, tais organizações (com exceção dos sindicatos) passaram a ser reconhecidas com organizações não-governamentais ou simplesmente ONGs (expressão que, segundo Leilah Landim, “surge pela primeira vez em documentos das Nações Unidas, nos finais dos anos 40, aludindo a um universo extremamente amplo e pouco definido de instituições”¹²¹), ganhando maior destaque e importância. Neste período, segundo Varella Serpa, há o reconhecimento, por parte das organizações

¹¹⁹ MENDES, Luiz Carlos Abreu. *Visitando o “Terceiro Setor” (ou parte dele)*, p. 2.

¹²⁰ FALCONER, Andres Pablo. *A promessa do Terceiro Setor. Um estudo sobre a construção do papel das organizações sem fins lucrativos e do seu campo de gestão*, p. 4.

de sua especificidade e identidade próprias, diferentemente dos anos 70 no qual as Organizações Não Governamentais tinham como concepção radical de sua razão de existência, ‘estar a serviço’ das necessidades e interesses dos setores dominados da população.” Pelo fato de não existirem para si, não tinham compromissos com sua própria permanência, percebendo-se como instrumentos transitórios, respondendo aos anseios sociais conjuturais. Percebe-se igualmente que, essa espécie de invisibilidade não lhes incomodava, já que representava garantia de proteção mediante ao risco, naquela, sempre presente, de repressão por parte do Estado autoritário.¹²²

Também é nessa época que o Terceiro Setor começa a ganhar espaço na mídia. De acordo com a narrativa de Leilah Landim, “começam então a aparecer para o público, de forma pontual, determinadas entidades civis ‘militantes’, de caráter não partidário, ligadas a movimentos sindicais ou outros movimentos sociais diversos.”¹²³

Chegando à década de 1990, já sob a égide da atual Constituição Federal, o Terceiro Setor apresenta-se como instrumento decisivo na implantação do novo modelo de Estado brasileiro, atuando como parceiro na formulação e execução de políticas públicas:

Na década de noventa, o terceiro setor surge como portador de uma nova e grande promessa: a renovação do espaço público, o resgate da solidariedade e da cidadania, a humanização do capitalismo e, se possível, a superação da pobreza. Uma promessa realizada através de atos simples e fórmulas antigas, como o voluntariado e filantropia, revestidas de uma roupagem mais empresarial. Promete-nos, implicitamente, um mundo onde são deixados para trás os antagonismos e conflitos entre classes e, se quisermos acreditar, promete-nos muito mais.¹²⁴

Nesse período resta, enfim, consolidada a importância do Terceiro Setor na sociedade brasileira. A justificar tal assertiva, verificam-se os seguintes fatos: a criação da Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais em agosto de 1991 bem como, no mesmo ano, a realização do Primeiro Encontro Internacional de ONG’s e Agências das Nações Unidas no Rio de Janeiro; a realização da Conferência da Sociedade Civil sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (também

¹²¹ LANDIM, Leilah. *A Invenção das ONGs — do serviço invisível à profissão sem nome*, p. 16.

¹²² SERPA, Maria do Carmo Aboudib Varella. “Terceiro Setor: Retrospectiva histórica, avanços e desafios”. In: *Coleção Do Averso ao Direito. Terceiro Setor: Fundações e entidades de interesse social*, p 35.

¹²³ LANDIM, Leilah. *A Invenção das ONGs — do serviço invisível à profissão sem nome*, p. 17.

¹²⁴ FALCONER, Andres Pablo. *A promessa do Terceiro Setor. Um estudo sobre a construção do papel das organizações sem fins lucrativos e do seu campo de gestão*, p. 2-3.

conhecida como ECO-92) no Rio de Janeiro no ano de 1992; a criação da Ação da Cidadania contra a Miséria e pela Vida em 1993 por Herbert de Souza, sendo de crucial importância para a implantação do Conselho de Segurança Alimentar pelo então presidente Itamar Franco; a criação, pelo Governo Federal, do programa Universidade Solidária e do Conselho da Comunidade Solidária, avançando no âmbito das parcerias público-privadas (ano de 1995); a promulgação da Lei do Voluntariado (Lei 9.608) no ano de 1998; e a promulgação da Lei das OSCIPs (Organização da Sociedade Civil de Interesse Público) — Lei 9.790 — em março de 1999.

Verifica-se, portanto, quando do seu surgimento, que o Terceiro Setor possuía o caráter meramente caritativo, diferenciado da posição assumida nos dias atuais, qual seja, auxiliar o Estado mormente na implementação dos direitos fundamentais. Neste sentido, assevera Paulo Haus:

O Terceiro Setor se iniciou no Brasil com os Jesuítas na primeira metade do século XVI. Em seus primórdios o Terceiro Setor era apenas o movimento caritativo para o oferecimento de serviços de alívio imediato aos mais necessitados (Santas Casas de Misericórdia, por exemplo). A partir de certo momento passou a ser o empresariamento de serviços auxiliares do estado (as grandes fundações, por exemplo, os serviços auxiliares do comércio etc). Como vemos, o Terceiro Setor é uma realidade antiga, mas algo nele mudou muito e hoje suscita muita curiosidade, muitos querem regrá-lo, todos querem compreendê-lo melhor.¹²⁵

E arremata tal comparação exaltando o atual modelo de Terceiro Setor como instrumento de democracia, proporcionando à sociedade uma efetiva participação dos destinos da nação e ao indivíduo ser protagonista da sua história:

O que mudou entre Anchieta e Betinho é que o Terceiro Setor dos últimos tempos transformou as instituições caritativas em veículos que permitem a participação do indivíduo nas políticas públicas. Das eleições já conhecemos todos. Após 4 segundos de participação, na hora voto, o cidadão comum se vê alienado da participação democrática por longos 4 anos quando não é incomum que as promessas de campanha sejam quebradas pelos eleitos. Atualmente sem o sistema representativo é impossível se pensar em democracia, mas somente com ele não é suficiente. É por via do Terceiro Setor que esse mesmo cidadão consegue participar diária e ativamente dos destinos de sua comunidade, constituindo-se em um protagonista nas ações que efetivamente alteram sua realidade.

¹²⁵ HAUS, Paulo. "A Lei das OSCIPs". In: *Coleção Do Avesso ao Direito. Terceiro Setor: Fundações e entidades de interesse social*, p. 116-117.

Nesse exercício os governos se aprimoram e as democracias também.¹²⁶

Deste modo, entendido o contexto em que surgiu o Terceiro Setor (por meio das organizações que o compõem), bem como o atual cenário que em que ele se apresenta, passamos a conceituá-lo, no ordenamento jurídico brasileiro em vigor.

2.3 CONCEITO JURÍDICO DE TERCEIRO SETOR

O Terceiro Setor é um fenômeno multifacetário, o que demanda uma análise interdisciplinar para a sua compreensão. Por conta disso, conceituá-lo sob o prisma jurídico torna-se uma tarefa de difícil execução.

Não obstante tal situação, há que se estabelecer um conceito jurídico de Terceiro Setor que permita avançar no estudo do fenômeno no âmbito do Direito Constitucional. É importante deixar claro que não se busca uma definição estanque, mas tão-somente uma que delimite o objeto de estudo do presente trabalho, com o que se justifica o não enfrentamento de algumas divergências sobre o tema.

O termo “Terceiro Setor” surgiu nos Estados Unidos na década de 70 sendo utilizado por empresários para designar as ações de solidariedade promovidas pelos cidadãos e pelas próprias empresas (“a conjugação de todos aqueles que são sem finalidade lucrativa, num posicionamento diverso do Estado e do Mercado”¹²⁷). Partia da divisão da ordem sociopolítica em dois setores: o primeiro setor, ocupado pelo Estado, e o segundo setor, ocupado pelo Mercado — para, de forma oblíqua, ou seja, pela negação de ambas, chegar a um Terceiro Setor que não fosse nem governamental nem tampouco lucrativo.

Os principais interlocutores norte-americanos do Terceiro Setor são os pesquisadores da Universidade Johns Hopkins¹²⁸ (Baltimore, Maryland) Lester M.

¹²⁶ Ibid, p. 116-117.

¹²⁷ HAUS, Paulo. *Fortalecer a sociedade civil para fortalecer a democracia.: reflexões sobre a legislação para o Terceiro Setor*, p. 7.

¹²⁸ Localizada na cidade de Baltimore (Estados Unidos), a Johns Hopkins University possui um

Salamon e Helmut K. Anheier, tendo o primeiro definido o fenômeno por meio de seus participantes, como sendo aquelas instituições ou entidades que “não integram o aparelho governamental; que não distribuem lucros a acionistas ou investidores, nem têm tal finalidade; que se autogerenciam e gozam de alto grau de autonomia interna; e que envolvem um nível significativo de participação voluntária”¹²⁹. Já o segundo, em companhia do primeiro, apresentou o seguinte conceito:

Embora a terminologia utilizada e os propósitos específicos a serem perseguidos variem de lugar para lugar, a realidade social subjacente é bem similar: 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.¹³⁰

Portanto, as características marcantes da definição norte-americana de Terceiro Setor são (a) as finalidades não lucrativa e (b) voluntária bem como (b) a participação única e exclusivamente de entidades da iniciativa privada.

A partir da década de 80 o termo também passou a ser usado pelos pesquisadores europeus. No entanto, a visão europeia do fenômeno apresentou-se um pouco diferente da norte-americana.

J. L. Laville e outros¹³¹ afirmam que a Europa concebe o Terceiro Setor de forma mais abrangente que os Estados Unidos, o que justificam com o fato do Projeto Johns Hopkins (que, segundo eles, personifica a visão norte-americana do Terceiro Setor) não aceitar as cooperativas e as sociedades de mútua ajuda como sendo participantes do Terceiro Setor por distribuírem lucros entre seus membros. O

projeto de pesquisa exclusivo sobre o Terceiro Setor que, dirigido por Lester M. Salamon, realizou na década de 90 um estudo sobre o Terceiro Setor no Brasil, cujo relatório foi publicado no capítulo 20 da obra “Global Civil Society: Dimensions of the Nonprofit Sector” já citada na presente dissertação. Participaram da parte brasileira deste projeto, além do diretor, as pesquisadoras Leilah Landim, Neide Beres e Regina List.

¹²⁹ SALAMON, Lester. “Estratégias para o fortalecimento do Terceiro Setor”. In: IOSCHPE, Evelyn Berg (org.), *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*, p. 93.

¹³⁰ ANHEIER, Helmut K. SALAMON, Lester M apud FERNANDES, Rubem César. *Privado porém público : o Terceiro Setor na América Latina*, p. 19.

¹³¹ LAVILLE, J.-L. et al. *Third System: A european Definition*, p. 3.

contexto europeu, que procura encarar o Terceiro Setor de forma mais analítica¹³², entende que a natureza do lucro distribuído nestas formas de sociedade é diversa daquela do lucro mercantil, assemelhando-se, por seu turno, à filosofia das associações, eis que¹³³,

they are created not for maximising return on investment but for meeting a general or mutual interest (Gui, 1992), contributing to the common good, or meeting social demands expressed by certain segments of the population (Laville, Sainsaulieu, 1997). Thus the Third Sector concept is a broader one in Europe, and the organizations involved are seen as part of the “Social Economy” rather than the nonprofit sector (Defourny, Develtere, 1999).¹³⁴

Logo, sob o ponto de vista dos pesquisadores europeus, a questão da finalidade não lucrativa não é definitiva para a caracterização do Terceiro Setor e das entidades que o compõe. Pode, para eles, haver lucro desde que o mesmo tenha um caráter social (distributivo), tal como nas cooperativas, revertendo-se para o bem geral da coletividade que delas participa.

Por conseguinte, toma-se o conceito de Terceiro Setor firmado pelo português Boaventura de Sousa Santos que, refletindo o parecer de J.-L. Laville, incluiu como entidade do terceiro setor as cooperativas e as associações mutualistas:

“Terceiro sector” é uma designação residual e vaga com que se pretende dar conta de um vastíssimo conjunto de organizações sociais que não são nem estatais nem mercantis, ou seja, organizações sociais que, por um lado, sendo privadas, não visam fins lucrativos, e, por outro lado, sendo animadas por objectivos sociais, públicos ou colectivos, não são estatais. Entre tais organizações podem mencionar-se cooperativas, associações mutualistas, associações não lucrativas, organizações não governamentais, organizações quasinão governamentais, organizações de voluntariado, organizações comunitárias ou de base, etc.¹³⁵

Portanto, resta patente a divergência nos conceitos das entidades participantes do Terceiro Setor formulados pelos europeus e pelos norte-americanos, sendo que os primeiros aceitam a participação de sociedades nas quais haja distribuição de lucro,

¹³² Ibid, p. 3.

¹³³ Ibid, p. 3.

¹³⁴ elas são criadas não para maximizar retorno de investimento mas para encontrar os interesses mútuos ou gerais, contribuindo para o bem comum, ou encontrando demandas sociais expressadas por certos seguimentos da população. Deste modo, o conceito de Terceiro Setor é mais amplo na Europa, e as organizações envolvidas são vistas como parte de uma “Economia Social” e não apenas de um setor não lucrativo. (tradução nossa)

¹³⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. “A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado”. In:

desde que estejam voltadas para o bem estar da coletividade e que o lucro a ser distribuído observe determinados parâmetros a fim de não caracteriza-lo como lucro capitalista (mas para atender uma finalidade social). Já os segundos não aceitam tais instituições, de modo que a participação como entidade do Terceiro Setor está intimamente ligada a não distribuição dos lucros.

A partir da década de 90 o termo Terceiro Setor começou a ser divulgado no Brasil, primeiramente na interlocução da antropóloga Leilah Landim, ecoando os resultados das pesquisas realizadas pelo Johns Hopkins Project. No entanto, chegou-se a conclusão que não possuía aqui o mesmo significado pretendido pelos americanos (nem tampouco pelos europeus), tal como ensina Joaquim Falcão:

Aqui, o olhar democrático, com laivos jurídicos e políticos, concentra-se no denominado Terceiro Setor. Sabemos todos que é uma expressão de origem norte-americana. Esta origem, porém não necessariamente nos obriga entender seu significado da mesma forma cá como entendem lá. Afinal, Terceiro Setor é uma dessas palavras que tanto J.J. Canotilho quanto Miguel Darcy denominaram polissêmica. Isto é, comporta diversos significados, aponta para diversas realidades. Relaciona-se, inclui, sobrepõe-se, confunde-se, e se dilui muitas vezes na sociedade civil organizada, por exemplo, nos movimentos sociais, na filantropia empresarial e em tanto mais. Na verdade, tem sido impossível a concordância dos autores sobre o que é e o que não é o Terceiro Setor. Quem dele participa, quem não.¹³⁶

Paulo Haus vai mais além, defendendo a inadequação do termo considerando que as peculiaridades do sistema americano (o sistema americano, conforme dito alhures, considera como de Terceiro Setor as entidades privadas — não estatais, sem fins lucrativos — não mercantis — e de caridade) não se encaixariam ao sistema brasileiro (principalmente quando se fala nas organizações que são reconhecidas como de caráter público, as quais estariam fora do conceito de entidades privadas — não estatais):

A terminologia Terceiro Setor nasce de uma proposição teórica americana ao que tudo indica bastante adequada à realidade dos EUA. Contudo, torna-se um aparente consenso entre os ativistas desse mesmo Terceiro Setor de que tal conceito não é exatamente adequado à realidade brasileira. Originalmente por Terceiro Setor tem-se a conjugação de todos aqueles que são sem finalidade lucrativa, num posicionamento diverso do Estado e do Mercado. A compreensão brasileira costuma ter certas particularidades a respeito desse setor que o impediria inicialmente de ser qualificado da sorte

SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOCIEDADE E A REFORMA DO ESTADO, p. 5-6.

¹³⁶ FALCÃO, Joaquim. *Democracia, Direito e Terceiro Setor*, p. 13-14.

como os americanos o fazem ou, ao menos, de encontrar as distinções e as similaridades que produziram o conceito.¹³⁷

Aponta, por conseguinte, os termos espaço público não estatal, espaço público socioambiental e organizações da sociedade civil como mais adequados para a realidade brasileira, elegendo essa última como de sua preferência¹³⁸.

Aquecendo a discussão, Luiz Carlos Bresser Pereira adota a expressão “público não-estatal” como a que melhor define o fenômeno estudado, considerando que o termo “Terceiro Setor”, apesar de adequado, toma como base o não-estatal apenas quanto à produção, não incluindo o não-estatal enquanto controle:

O setor produtivo público não-estatal é também conhecido por “terceiro setor”, “setor não-governamental” ou “setor sem fins lucrativos”. Por outro lado, o espaço público não-estatal é também o espaço da democracia participativa ou direta, ou seja, é relativo à participação cidadã nos assuntos públicos. Neste trabalho se utilizará a expressão “público não-estatal”, que define com maior precisão do que se trata: são organizações ou formas de controle “públicas” porque voltadas ao interesse geral; são “não-estatais” porque não fazem parte do aparato do Estado, seja por não utilizarem servidores públicos, seja por não coincidirem com os agentes políticos tradicionais. A expressão “terceiro setor” pode considerar-se também adequada na medida em que sugere uma terceira forma de propriedade entre a privada e a estatal, mas se limita ao não-estatal enquanto produção, não incluindo o não-estatal enquanto controle. A expressão “não-governamental” é anglicismo que reflete uma confusão entre Estado e governo; finalmente, a expressão “sem fins lucrativos” carece de limites porque as organizações corporativas também não têm fins lucrativos, sem que por isso sejam necessariamente públicas. O que é estatal é, em princípio, público. O que é público pode não ser estatal, não se faz parte do aparato do Estado.¹³⁹

Não obstante a propriedade de tais posicionamentos, adota-se o posicionamento de Joaquim Falcão que, amparado no conceito de palavra polissêmica defendido por J. J. Gomes Canotilho e Miguel Darcy, reconhece a possibilidade do termo Terceiro Setor possuir diversa conotação em terras brasileiras, não obstante a sua origem estar atrelada a conceito que aqui não se aproveita. Aliás, sendo o termo deveras vago, conforme já asseverou Boaventura, comportaria múltiplas interpretações dissociadas da sua fonte.

¹³⁷ HAUS, Paulo. “Fortalecer a sociedade civil para fortalecer a democracia.: reflexões sobre a legislação para o Terceiro Setor. São Paulo”, p. 7

¹³⁸ Ibid, p. 7

¹³⁹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Org.). *O público não-estatal na reforma do*

E como se não bastasse isso, o termo “Terceiro Setor” é o que vem encontrando maior aceitação junto aos pesquisadores, conforme assevera Andres Pablo Falconer:

Terceiro setor, entre todas as expressões em uso, é o termo que vem encontrando maior aceitação para designar o conjunto de iniciativas provenientes da sociedade, voltadas, segundo aponta Rubem César Fernandes, à produção de bens públicos, como, por exemplo, a conscientização para os direitos da cidadania, a prevenção de doenças transmissíveis ou a organização de ligas esportivas. Apesar de tender a prevalecer, no Brasil a expressão divide o palco com uma dezena de outros: não-governamental, sociedade civil, sem fins lucrativos, filantrópicas, sociais, solidárias, independentes, caridosas, de base, associativas etc.¹⁴⁰

Uma das formas de se definir o Terceiro Setor é por meio das instituições que dele participam, estas caracterizadas como sem fins lucrativos e não-governamentais, tal como ensina Rubem César Fernandes:

Em resumo, pelo que foi visto até aqui, pode-se dizer que 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, filantropia e do mecenato e expandido o seu sentido para outros domínios, graças, sobretudo, à incorporação do conceito de cidadania e de suas múltiplas manifestações na sociedade civil.¹⁴¹

Define-se o fenômeno também por meio do método da exclusão. Ou seja, partindo da consideração de que as entidades do Terceiro Setor são aquelas sem fins lucrativos e não governamentais, entende-se este como não sendo o Setor Público (Estado), não obstante atuar mediante prestação de serviços de natureza pública, nem tampouco o Setor Privado (Mercado), ainda que seja composto de entes privados (que não visam o lucro). É como define Vanessa Paternostro Melo:

O terceiro setor pode ser entendido como o que não é Estado nem mercado, ou seja, constitui-se de organizações que não integram o Estado nem a iniciativa privada com fins lucrativos. É representado, portanto, por organizações da sociedade civil, sem fins lucrativos. Assim sendo, o terceiro setor engloba organizações como associações, fundações privadas, institutos, sindicatos, igrejas, federações, confederações, ONGs, entidades para-estatais e qualquer outro tipo de organização privada, mas sem finalidade lucrativa. Pode ser chamado também do setor das organizações

Estado, p.16-17

¹⁴⁰ FALCONER, Andres Pablo. “A promessa do Terceiro Setor. Um estudo sobre a construção do papel das organizações sem fins lucrativos e do seu campo de gestão”, p. 2.

¹⁴¹ FERNANDES, Rubem César. “O que é o Terceiro Setor”, In: IOCHSPE, Evelyn Berg (Org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*, p. 27.

sociedade civil.¹⁴²

Miguel Darcy de Oliveira critica essa definição de Terceiro Setor salientando que ela revela a verdadeira dificuldade em apreender a sua verdadeira natureza. Assim afirma o citado autor:

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. A ninguém ocorreria definir um cidadão como aquele que não é governo. Do mesmo modo, ninguém diria que o fundamento da cidadania é não ser Estado. Significativamente, nos Estados Unidos, sociedade em que o Estado nunca foi percebido como uma referência estruturadora da vida social, as organizações de cidadãos são definidas por uma outra expressão: “sem fins lucrativos” (*not-for-profit*). Curiosamente, persiste a noção de uma definição pela negativa, embora aqui a referência diferenciadora seja o mundo das organizações privadas operando no mercado, em busca do lucro.¹⁴³

Acrescentando ao mencionado conceito negativo de Terceiro Setor a autonomia e administração própria das citadas entidades, bem como o fato de que elas, prestando serviços voluntários, buscam o aperfeiçoamento da sociedade civil, José Eduardo Sabo Paes formulou a seguinte definição:

Portanto, o Terceiro Setor é aquele que não é público e nem privado, no sentido convencional desses termos; porém, guarda uma relação simbiótica com ambos, na medida em que ele deriva sua própria identidade da conjugação entre a metodologia deste com as finalidades daquele. Ou seja, o Terceiro Setor é composto por organizações de natureza “privada” (sem o objetivo do lucro) dedicadas à consecução de objetivos sociais ou públicos, embora não seja integrante do governo (Administração Estatal). Podemos, assim, conceituar 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.¹⁴⁴

Sob a mesma ótica, Simone de Castro Tavares Coelho, em um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos, confirma, citando Lester Salamon e Helmuth Anheier, que são características peculiares do Terceiro Setor no Brasil a estruturação de suas organizações (autogovernabilidade) e o voluntariado:

¹⁴² MELO, Vanessa Paternostro. *Terceiro Setor e interorganizações: uma análise crítica a partir da realidade baiana*, p. 26.

¹⁴³ OLIVEIRA, Miguel Darcy apud COELHO, Simone de Castro Tavares. *Terceiro Setor. Um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*, p. 62.

¹⁴⁴ PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e Entidades de Interesse Social - Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*, p. 108.

O terceiro setor pode ser definido como aquele em que as atividades não seriam nem coercitivas nem voltadas para o lucro. Além disso, como veremos mais detalhadamente no próximo capítulo, suas atividades visam ao atendimento de necessidades *coletivas* e, muitas vezes, *públicas*. (...) Genericamente, a literatura agrupa nessas denominações todas as organizações privadas, sem fins lucrativos, e que visam à produção de um bem coletivo. (...) Portanto, essa característica [de “prestação de serviço público”] deve vir sempre casada com outras duas: serem privadas, o que as difere das instituições governamentais; e sem fins lucrativos, o que as diferencia das empresas inseridas no mercado. Além das características acima - fora do Estado e sem fins lucrativos -, Lester Salamon e Helmut Anheier, procurando sistematizar melhor os contornos desse grupo de instituições, acrescentaram os pontos a seguir. Essas organizações são estruturadas. São autogovernadas. Envolvem indivíduos num significativo esforço voluntário. (...) Para que os contornos do que estamos denominando terceiro setor fiquem mais nítidos, é necessário ressaltar ainda um fator distintivo dessas organizações, um fator que não se apresenta nas empresas privadas e nas agências governamentais: o trabalho voluntário.¹⁴⁵

Ressaltando o caráter autônomo e inédito do Terceiro Setor, posiciona-se Ruth Cardoso:

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.¹⁴⁶

Rômulo de Andrade Moreira, por sua vez, dá maior ênfase ao caráter voluntário das causas defendidas pelas entidades do Terceiro Setor sem, contudo, se afastar dos demais aspectos já citados:

Pode-se, então, definir o Terceiro Setor como aquele formado por organizações ou grupos sem fins lucrativos, concebidos a partir do interesse de pessoas em participar voluntariamente de uma causa de natureza pública, e independentes (em maior ou menor grau) do Governo. É basicamente uma iniciativa do setor privado, porém com a peculiaridade de não perseguir primordialmente lucros, como ocorre com o mercado. Têm ao mesmo tempo um caráter público (do ponto de vista teleológico) e privado (estruturalmente considerados). Este aparente paradoxo se justifica com a comprovação histórica do equívoco em simplificar as relações sociais e econômicas tão-somente entre o público e o privado, entre o Estado e o mercado.¹⁴⁷

¹⁴⁵ COELHO, Simone de Castro Tavares. *Terceiro Setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*, p. 40-69.

¹⁴⁶ CARDOSO, Ruth. “Fortalecimento da Sociedade Civil”, In: IOCHSPE, Evelyn Berg (Org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*, p. 8.

¹⁴⁷ MOREIRA, Rômulo de Andrade. “Terceiro Setor”. In: *Revista da Faculdade de Direito da UNIFACS*, p. 77.

No âmbito do Direito Administrativo, especificamente na (re)organização da Administração Pública brasileira da segunda metade da década de 90, o Terceiro Setor, conforme já asseverado nos tópicos anteriores, vem assumindo um papel importante, merecendo atenção especial. Conseqüentemente, quando abordado neste contexto, sem prejuízo das demais características (ausência de finalidade lucrativa, trabalho voluntário e organização própria), prepondera, a título de definição, a realização de atividades de interesse público por entidades da iniciativa privada, as quais não vinculadas à organização centralizada ou descentralizada da administração pública. É como expõe José dos Santos Carvalho Filho:

Referidas entidades que, sem dúvida, se apresentam com certo hibridismo, na medida em que, sendo privadas, desempenham função pública, têm sido denominadas de **entidades do terceiro setor**, a indicar que não se trata nem dos entes federativos nem das pessoas que executam a administração indireta e descentralizada daqueles, mas simplesmente compõem um **tertium genus**, ou seja, um agrupamento de entidades responsáveis pelo desenvolvimento de novas formas de prestação de serviços públicos.¹⁴⁸

No mesmo sentido, Sílvio Luís Ferreira da Rocha assevera que:

O nome *Terceiro Setor* indica os entes que estão situados entre os setores empresarial e estatal. Os entes que integram o Terceiro Setor são entes privados, não vinculados à organização centralizada ou descentralizada da Administração Pública, mas que não almejam, entretanto, entre seus objetivos sociais, o lucro e que prestam serviços em áreas de relevante interesse social e público.¹⁴⁹

Fernando Facury Scaff adota a mesma linha de pensamento dando maior ênfase nas atividades de interesse público, as quais define como serviços típicos da Administração Pública:

Mais recentemente, fruto do processo de refluxo estatal *direta* na economia, vêm surgindo outras espécies de *entes paraestatais*, que recebem do Poder Público a unção de serem considerados como agentes que desenvolvem atividades típicas da administração pública, a despeito de configurarem como organizações privadas, da sociedade civil. Atuam no chamado *terceiro setor*, que é o da prestação de serviços típicos da Administração Pública.¹⁵⁰

¹⁴⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 271-272.

¹⁴⁹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*, p.13.

¹⁵⁰ SCAFF, Fernando Facury. "Contrato de Gestão, Serviços Sociais Autônomos e Intervenção do Estado". In: *Revista Interesse Público*, p. 72.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, sem discrepar dos demais autores, acrescenta outro aspecto importante do Terceiro Setor no atual contexto brasileiro que é possibilidade de receber incentivos por parte do Estado, principalmente porque vem atuando de forma harmônica com este em prol do interesse público:

Os teóricos da Reforma do Estado incluem essas entidades no que denominam **terceiro setor**, assim entendido aquele que é composto por entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos; esse terceiro setor coexiste com o **primeiro setor**, que é o Estado, e o **segundo setor**, que é o mercado. Na realidade, ele caracteriza-se por prestar atividade de interesse público, por iniciativa privada, sem fins lucrativos; precisamente pelo interesse público da atividade, recebe em muitos casos ajuda por parte do Estado, dentro da atividade de fomento; para receber essa ajuda, tem que atender determinados requisitos impostos por lei que variam de um caso para o outro; uma vez preenchidos os requisitos, a entidade recebe um título, como de **utilidade pública**, o certificado de **fins filantrópicos**, a qualificação de **organização social**. Esse tipo de entidade existe desde longa data, mas agora está adquirindo feição nova, especialmente com a promulgação da Lei nº 9.790, de 22-3-99, que dispõe sobre as **organizações da sociedade civil de interesse público**. Normalmente, celebram convênio com o poder público, para formalizar a parceria.¹⁵¹

De fato, o financiamento do Terceiro Setor pelo Estado é fator importante principalmente no momento em que se propõe à Sociedade Civil o papel de coadjuvante na construção de um novo paradigma. Por conseguinte, no final todos saem fortalecidos: não só incrementa-se o Terceiro Setor mas proporciona à sociedade uma melhora na prestação de serviços públicos.

Por fim, merece destaque o trabalho de Leandro Marins de Souza em apresentar um conceito jurídico de Terceiro Setor, segundo o qual permitido tão-somente a partir da Constituição de 1988 quando consagrada a atribuição de responsabilidades à iniciativa privada na promoção dos direitos sociais:

O Terceiro Setor é, no nosso sentir, de acordo com o percurso evolutivo dos movimentos constitucionais brasileiros e, sobretudo, com a Constituição Federal de 1988, toda ação, sem intuito lucrativo, praticada por pessoa física ou jurídica de natureza privada, como expressão da participação popular, que tenha por finalidade a promoção de um direito social ou seus princípios.¹⁵²

Após tantas definições, cada qual trazendo uma peculiaridade do fenômeno estudado, bem como analisado o seu histórico e contextualizada a sua inserção na

¹⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 413-414.

atual conjuntura do Estado, o que permitiu uma visão mais ampliada do Terceiro Setor, *ousamos conceituá-lo como sendo uma dentre as três partes da ordem sociopolítica (as outras seriam o Estado e o Mercado) composta por pessoas e entidades de natureza privada (particulares) e que tenha por objetivo a promoção dos direitos sociais de forma voluntária e sem a finalidade lucrativa*. Por conseguinte, passamos a identificar cada elemento do conceito.

(a) “uma dentre as três partes da ordem sociopolítica” — A ordem sociopolítica era compreendida primitivamente de forma dual, considerando-se o Estado como o Primeiro Setor e o Mercado como o Segundo Setor. Ocorre que tal classificação bipartite se mostrou insuficiente para a caracterização de ações particulares promotoras de direitos sociais tal como o Estado sem, contudo, visarem a obtenção de lucro, ao contrário do Mercado.

(b) “Composta por pessoas e entidades de natureza privada” — O Terceiro Setor não é formado apenas por organizações (pessoas jurídicas de natureza privada) mas também por entidades despersonalizadas e por pessoas físicas, tendo tal participação aumentada após a edição da Lei 9.608, de 18 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre o serviço voluntário.

(c) “Promoção de direitos sociais” — O fim precípua do Terceiro Setor é a promoção dos direitos sociais que, segundo José Afonso da Silva¹⁵³, representam “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente” e que “possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos”. Na atual Constituição, os direitos sociais estão objetivamente dispostos nos artigos 6º a 11 e no Título VIII (artigos 193 a 232) e tratam de temas como educação, saúde, lazer, segurança, trabalho, moradia, previdência social, dentre outros, sendo estas as matérias afetas ao Terceiro Setor. Buscando soluções para os problemas provocados pelas desigualdades inerentes ao modelo atual de Estado, o Terceiro Setor pode atuar tanto em conjunto com o Estado, por meio do financiamento deste (fomento da Administração Pública), ou por meio de recursos próprios.

¹⁵² SOUZA, Leandro Marins de. *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*, p. 96.

¹⁵³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 289-290.

(d) “Forma voluntária e sem finalidade lucrativa” — O Terceiro Setor atua de forma voluntária, ou seja, sem a coação nem a imposição de ninguém, por meio da vontade própria de seus agentes. Suas atividades tampouco visam o lucro mas sim o bem-estar comum, aperfeiçoando a participação da sociedade no processo de promoção dos direitos sociais.

2.4 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO TERCEIRO SETOR

Definido e contextualizado o Terceiro Setor dentro da realidade brasileira, ainda a título introdutório, propõe-se uma análise do fenômeno sob a luz dos princípios da solidariedade da eficiência da administração, apresentando aquele como um princípio norteador e este como um dos seus objetivos principais.

2.4.1 Princípio da Solidariedade

A Constituição Federal de 1988 atribuiu ao princípio da solidariedade importância sem tamanho ao estabelecer em seu artigo 3º que um dos objetivos da República é “construir uma sociedade livre, justa e *solidária*” (grifos nossos). Significa dizer que toda a ordem jurídica (assim como a social, a econômica e a política) lhe deve respeito, mormente quando da aplicação e da interpretação do Direito.

Maria Celina Bodin de Moraes¹⁵⁴ salienta que a referência constitucional ao princípio da solidariedade não deve ser entendida como um “vago programa político ou algum tipo de retoricismo”. Segundo ela, trata-se de um princípio jurídico inovador que merece atenção “não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução de políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação-aplicação do Direito”.

¹⁵⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. “O princípio da solidariedade”. In PEIXINHO, Monoel Messias; GUERRA, Isabela Franco e NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.) *Os princípios na Constituição de 1988*, p. 169.

Não obstante a função de “vetor interpretativo da ordem jurídica como um todo”¹⁵⁵ que a atual Constituição atribuiu ao princípio da solidariedade, para o momento pretende-se tão-somente destacar a sua profunda identificação com o Terceiro Setor, a ponto de ser tratado como um dos seus alicerces. De fato, na medida em que se define na “idéia de que as pessoas têm obrigações em relação não apenas a si próprias mas também ao próximo e às sociedades maiores de que são partes”¹⁵⁶, o princípio da solidariedade acaba por traduzir um dos fins precípuos do Terceiro Setor que é a prática espontânea, pela iniciativa privada, de ações não lucrativas em prol da sociedade.

Por conseguinte, pode-se afirmar que no Brasil o princípio da solidariedade orienta a implementação dos direitos sociais, buscando para tanto a integração da sociedade também por meio do Terceiro Setor, tal como a proposta da atual Constituição portuguesa:

A LC 1/97 alterou a epígrafe do art. 63.º referente à segurança social. Onde se lia “Segurança Social” lê-se agora “Segurança Social e Solidariedade”. Isto significa que o direito à segurança social, tal como outros direitos sociais (direito à saúde, educação e habitação) impõe uma *política de solidariedade social*. Os direitos sociais realizam-se através de *políticas públicas* (“política da segurança social”, “política da saúde”, “política do ensino”) orientados segundo o princípio básico e estruturante da solidariedade social. Designa-se, por isso **política de solidariedade social** o conjunto de dinâmicas político-sociais através das quais a comunidade política (Estado, organizações sociais, instituições particulares de solidariedade social e, agora, a Comunidade Européia) gera, cria e implementa protecções institucionalizadas no âmbito económico, social e cultural como, por exemplo, o sistema de segurança social, o sistema de pensões de velhice e invalidez, o sistema de creches e jardins-de-infância, o sistema de apoio à terceira idade, o sistema de protecção da juventude, o sistema de protecção de deficientes e incapacitados.¹⁵⁷

A importância do princípio da solidariedade para o Terceiro Setor no Brasil vem sendo destacada por vários autores, dentre os quais cita-se o entendimento de Leandro Marins de Souza:

Princípio muito encontrado nos conceitos correntes de Terceiro Setor e tido como um de seus principais pilares, conforme anteriormente frisado, é o da

¹⁵⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p.338.

¹⁵⁶ SALAMON, Lester. “Estratégias para o fortalecimento do Terceiro Setor”. In: IOSCHPE, Evelyn Berg (org.), *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*, p. 92.

¹⁵⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 504.

solidariedade. É, sem dúvida uma das molas propulsoras do desenvolvimento das ações do Terceiro Setor, que advém exatamente das outras características que lhe são atribuídas, como a natureza privada, ausência de finalidade lucrativa e o desenvolvimento de ações de interesse social.¹⁵⁸

Para Lester Salamon¹⁵⁹, o Terceiro Setor baseia-se em duas idéias fundamentais, quais sejam, a iniciativa individual em prol do bem público e a solidariedade, erigindo esta última como a mais importante, estando acima da outra ou dos demais valores que norteiam o citado fenômeno (altruísmo, compaixão, sensibilidade para com os necessitados e compromisso como direito de livre expressão).

Até os críticos do princípio da solidariedade e seus efeitos sobre o Estado abrem uma exceção quando se aborda a questão do Terceiro Setor, vinculando-os (Terceiro Setor e Solidariedade) como causa e efeito. Pedro Demo¹⁶⁰, por exemplo, critica incisivamente o princípio da solidariedade no âmbito estatal, tratando-o como efeito de poder quando exercido de forma assistencialista (considerando-o como ferramenta de manipulação daqueles que a usufruem em face dos assistidos). Por seu turno, classifica a solidariedade como “solidariedade de cima” e “solidariedade de baixo”, sendo a primeira aquela “empregada pelo centro ou pela elite” (estando, via de regra, infectada pelos efeitos do poder). A segunda, no entanto, empregada pela própria sociedade (não se apresentando, *a priori*, como instrumento de dominação), é apresentada de forma menos pessimista, na qual inclui o Terceiro Setor e a economia solidária:

Como regra, tanto o terceiro setor quanto a economia dos setores populares são saudados tendencialmente como salvação de um sistema muito injusto, embora não passem de remendos eventuais por vezes. Mesmo assim, podem conter germes de alternativa, razão pela qual recomenda-se tomá-los a sério, sobretudo em nome da utopia solidária.¹⁶¹

No mais, sustenta-se que a conjunção do princípio da solidariedade com o Terceiro Setor, por seu turno, cria um atalho para uma cidadania mais democrática. Com efeito, impulsionadas pelo princípio da solidariedade, as ações do Terceiro Setor permitem uma participação maior da sociedade nos processos decisórios outrora

¹⁵⁸ SOUZA, Leandro Marins de. *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*, p.80.

¹⁵⁹ SALAMON, Lester. “Estratégias para o fortalecimento do Terceiro Setor”. In: IOSCHPE, Evelyn Berg (org.), *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*, p. 92.

¹⁶⁰ DEMO, Pedro. *Solidariedade como efeito de poder*, p. 164.

monopolizados pelo Estado. A corroborar com esta idéia, Joaquim Falcão, amparado no pensamento de Manuel Arango, afirma o seguinte:

Manuel Arango diz, em recente publicação do David Rockefeller Center for Latin American Studies, que o objetivo das entidades do Terceiro Setor vai além da caridade. Trata-se de promover a participação voluntária e organizada dos cidadãos. É importante reter este conceito: participação organizada e voluntária dos cidadãos. 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. Cidadãos iguais, sem distinção de sexo, riqueza, raça ou religião, decidem em conjunto o presente e o futuro de suas cidades, de suas nações.¹⁶²

Portanto, o princípio da solidariedade concede ao Terceiro Setor o subsídio ideológico para que possa abrir na sociedade brasileira um importante canal de colaboração entre as pessoas em busca do aperfeiçoamento dos direitos sociais e de uma cidadania mais democrática.

2.4.2 Princípio da Eficiência Administrativa

O princípio da eficiência administrativa apresenta-se como o outro pilar do Terceiro Setor no Brasil e assim como a solidariedade também se encontra previsto na atual Constituição Federal.

Oriundo do princípio da “boa administração” do Direito Italiano, ele foi recentemente inserido no *caput* do artigo 37 por meio da Emenda Constitucional n.º 19/1998. Isso, porém, não lhe confere o caráter de novidade pois é certo que mesmo de forma implícita, sempre houve (quando revestido o Estado brasileiro do modelo republicano democrático) “a obrigatoriedade legal de eficiência, ainda que, ao revés do sistema jurídico, não se tenha conseguido eficácia social da norma.”¹⁶³ Afinal, inconcebível seria o contrário, ou seja, um Estado democrático ineficiente, despreocupado com o bem-estar comum e com a melhor aplicação dos recursos públicos. No mesmo

¹⁶¹ DEMO, Pedro. *Solidariedade como efeito de poder*, p. 164.

¹⁶² FALCÃO, Joaquim. *Democracia, Direito e Terceiro Setor*, p. 50.

¹⁶³ GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*, p. 21.

sentido Celso Ribeiro Bastos:

Nada obstante o fato de a Emenda n.º 19/98 ter consagrado o princípio da eficiência, este, certamente, já poderia ter sido extraído do nosso sistema, pois não seria razoável pensar em atividade da Administração Pública desempenhada com ineficiência e sem o atingimento do seu objetivo maior, que é o da realização do bem comum. Ademais, o próprio Texto Constitucional já fazia alusão ao princípio, especialmente no art. 74, II, que versa sobre o sistema de controle interno dos três Poderes.¹⁶⁴

Para Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶⁵, o princípio da eficiência administrativa é *status* mais do que desejado, porém “juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto.” Tais palavras, outrossim, expressam a dificuldade em se encontrar uma definição jurídica para o citado princípio, mesma dificuldade que levou Emerson Gabardo, a considerá-lo como um exemplo de conceito jurídico indeterminado que se amolda de acordo com os padrões morais, culturais, religiosos e políticos da sociedade:

Incorreto, portanto, propor-se um conceito padrão imutável, sendo imperioso se fazer uma análise das diferentes possibilidades e afinidades conceituais, propondo-se, dessa forma, definições-padrão, detentoras de caráter meramente convencional. Segundo os critérios de análise propostos por Antônio Francisco de Souza, enquadra-se perfeitamente como um conceito jurídico indeterminado, considerando-se os problemas para suas corretas apreensão e aplicação no caso concreto.¹⁶⁶

Alexandre de Moraes, por seu turno, não tomando conhecimento das abstrações que envolvem o tema, acabou por trazer a seguinte definição sobre o princípio estudado:

Assim, *princípio da eficiência* é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social.¹⁶⁷

Pois bem, o fato de ser um princípio da Administração Pública não significa que ele

¹⁶⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, p. 339.

¹⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 92

¹⁶⁶ GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*, p. 24.

¹⁶⁷ MORAES, Alexandre de. *Reforma administrativa: emenda constitucional nº 19/98*, p. 32.

deva ser aplicado tão-somente à organização do Estado e à sua atividade administrativa. Pelo contrário, incide sobretudo na implementação de políticas econômicas e sociais, na verificação dos demais princípios constitucionais e na atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário. Isso porque a eficiência administrativa representa a busca pela melhor forma de se atingir os objetivos bem como concretizar os fundamentos e princípios República, refletidos, no caso brasileiro, nos primeiros artigos da Constituição Federal, ou, numa visão mais simples, o princípio da dignidade da pessoa humana, tal como ensina Egon Bockmann Moreira:

O princípio da eficiência dirige-se à maximização do *respeito à dignidade da pessoa humana* (CF, art. 1º). Esta é a finalidade básica da Administração Pública, num Estado Democrático de Direito. Não baste a inconsistente busca de fins legais. Estes sempre devem ostentar qualidades *humanas e sociais* positivas.¹⁶⁸

Conseqüentemente, não haverá eficiência sem o devido respeito aos direitos e às garantias fundamentais, ou ainda, como aduz Gabardo¹⁶⁹, “no sistema constitucional brasileiro, eficiência sem Estado Social não é eficiência em uma interpretação jurídico-política”. Daí surge a sua principal finalidade, qual seja, o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito. É como pensa Emerson Gabardo:

Jamais poderá a eficiência sobrepor-se aos outros ideais presentes em nosso sistema constitucional, como a democracia social. Aliás, deve ser frisado repetidamente que não existe eficiência quando não há respeito aos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, pois ela se descaracteriza separada do seu *locus* de determinação.¹⁷⁰

Nesse ponto convergem princípio da eficiência e o Terceiro Setor. De fato, se o principal objetivo do Terceiro Setor é o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito por meio da implementação dos direitos sociais e considerando que o princípio da eficiência se realiza com a plenitude de tais direitos, logo, o princípio da eficiência configura-se como um dos objetivos do Terceiro Setor.

Ainda que o Terceiro Setor não se coloque ao lado do Estado, mas em posição de confrontação e oposição, ainda assim não se dissociaria do princípio da eficiência da

¹⁶⁸ MOREIRA, Egon Bockman. “Processo Administrativo e Princípio da Eficiência”. In: SUNDFELD, Carlos Ari e MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coord.) *As Leis de Processo Administrativo*, p. 330.

¹⁶⁹ GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado*, p. 163.

¹⁷⁰ GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*, p. 20.

administração pois lhe interessa, “em princípio, que o Estado seja o mais eficaz possível na execução dos serviços públicos.”¹⁷¹ É, pois, o caso das Organizações Não Governamentais (ou simplesmente ONG’s) que, via de regra, têm na cobrança de ações de governo uma das suas atividades características.¹⁷²

No entanto, é quando assume o papel de coadjuvante¹⁷³ no novo paradigma de Estado (ou Estado pós-social), desempenhando a função não-exclusiva do Estado de promoção dos direitos sociais, que o Terceiro Setor torna-se instrumento ainda maior para a obtenção da propalada eficiência. Contudo, é importante salientar que a simples substituição da ação governamental pelo Terceiro Setor não se traduz em eficiência, haja vista as falhas estruturais do setor privado (mormente o brasileiro). Pelo contrário, deve-se buscar uma ação conjunta na qual o protagonista seja o Estado e o Terceiro Setor apareça como um valioso aliado. Aliás, é o que vem tentando (ainda que timidamente) o Estado brasileiro quando busca, não obstante não deixar de lado as suas próprias políticas públicas, um ambiente propício para o crescimento do Terceiro Setor mediante incentivos fiscais e da regulamentação de determinadas organizações (Organização Social — OS, Organização da Sociedade Civil de Interesse Público — OSCIP).

Ainda no tocante vale lembrar também a criação do Conselho da Comunidade Solidária no ano de 1995, composto por ministros de Estado, representantes da sociedade civil (com atuação reconhecida em projetos sociais) e inicialmente coordenado por Ruth Cardoso, tendo por objetivo viabilizar uma ação conjunta

¹⁷¹ FERNANDES, Rubem César. “O que é o Terceiro Setor”. In: IOCHSPE, Evelyn Berg (Org.). 3º Setor: desenvolvimento social sustentado, p. 31.

¹⁷² Ibid, p. 31.

¹⁷³ Sob outro ponto de vista, alguns autores que se manifestam no sentido de que deve o Estado se posicionar de forma subsidiária à sociedade, atuando apenas quando o grupo social não tiver condições de atender por conta própria as demandas sociais (princípio da subsidiariedade). Neste sentido vide José Alfredo de Oliveira Baracho (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*), Sílvia Faber Torres (TORRES, Sílvia Faber. *O princípio de subsidiariedade no Direito Público contemporâneo*) e Luiz Carlos Bresser Pereira (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Org.). *O público não-estatal na reforma do Estado*). Todavia, apresentaremos mais adiante que o conteúdo jurídico da subsidiariedade à luz da atual Constituição Federal assume sentido diametralmente oposto. Além disso, considerando que a sociedade civil brasileira ainda não atingiu um nível de maturidade suficiente para ser a protagonista na promoção dos direitos sociais, que o setor privado do País apresenta falhas estruturais e que ainda não é possível garantir um mínimo social sem o amparo do Estado, a idéia de subsidiariedade se mantém, ainda que em um nível diferente. Melhor explicando, a Sociedade é quem deve se posicionar de forma subsidiária ao Estado, ora atuando quando este não tiver condições de atender por conta própria as demandas sociais ora em conjunto como o mesmo. Neste sentido, vide GABARDO,

envolvendo o Estado e a sociedade civil, proporcionando assim novos canais de diálogo entre eles. De acordo com a citada coordenadora do projeto¹⁷⁴, os papéis articulador e mobilizador exercidos pelo Conselho não representariam a substituição nem das ações governamentais nem tampouco das iniciativas autônomas da sociedade civil de modo que “cada um desses espaços continua a existir com suas especificidades e características.”¹⁷⁵ Por seu turno, “a novidade consiste na busca de formas que nos permitam potencializar os recursos e energias existentes no Terceiro Setor, combinando-os com as iniciativas governamentais.”¹⁷⁶

Diante disso, quando o Estado reconhece a sua hipossuficiência em atuar em determinadas frentes e elege o Terceiro Setor como parceiro na implementação dos direitos sociais (objetivo comum entre eles), ou mesmo quando este último atua em confrontação ou em oposição ao primeiro, homenageia-se o princípio da eficiência da administração.

Assim, resta evidenciada a importância da eficiência da administração para o Terceiro Setor, apresentando-se o aludido princípio como um dos seus principais objetivos.

2.5 A REFORMA DO MARCO LEGAL DO TERCEIRO SETOR

Por fim, com o intuito de definir com maior precisão o fenômeno ora estudado, propomos uma breve apresentação de alguns dos participantes do Terceiro Setor. Para tanto, elegemos o Serviço Voluntário, a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e a Organização Social (OS), modelos recentemente inseridos no Ordenamento Jurídico brasileiro por meio de diplomas normativos editados a partir de 1998 por ocasião das discussões travadas durante as Rodadas de Interlocação Política do Conselho da Comunidade Solidária, os quais vêm sendo

Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado*, p. 169-170.

¹⁷⁴ CARDOSO, Ruth. “Fortalecimento da Sociedade Civil”. In: IOCHSPE, Evelyn Berg (Org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*, p. 10.

¹⁷⁵ *Ibid*, p. 10.

¹⁷⁶ *Ibid*, p. 10.

chamados de “reforma do marco legal do Terceiro Setor”¹⁷⁷.

Cumpra asseverar que a partir da década de 30 o Estado brasileiro iniciou um processo de institucionalização¹⁷⁸ do Terceiro Setor, editando de leis que lhe permitissem fomentá-lo. Essas leis criaram títulos que mais à frente passaram a ser exigidos para o recebimento de isenções tributárias, incentivos fiscais e doações. É, pois, o caso do Título de Utilidade Pública, criado pelo Lei 91/1935 e do Certificado de Fins Filantrópicos, concedido pelo Conselho Nacional de Serviço Social por força do Decreto 5.698/43.

No entanto, com o passar do tempo, tal legislação se tornou obsoleta, não tendo acompanhado a evolução das organizações da sociedade civil. Conseqüentemente, como determinadas exigências burocráticas não faziam mais sentido, impôs-se uma reforma legislativa, a qual somente saiu do papel no final da década de 90 com a edição da Lei das OSCIP's, da Lei das Organizações Sociais e da Lei do Voluntariado.

Não há como negar que a aludida reforma representou um grande passo para a aproximação entre Estado e Terceiro Setor. De fato, na intenção de fortalecer a sociedade civil e, por conseguinte, de possibilitar a progressiva mudança do desenho de determinadas políticas públicas governamentais, aperfeiçoou-se o sistema de parceria entre Estado e Sociedade Civil “com a incorporação das organizações de cidadãos na sua elaboração, na sua execução, no seu monitoramento, na sua avaliação e na sua fiscalização.”¹⁷⁹ No entanto, é sabido que o atual modelo ainda apresenta falhas, as quais vêm pontuando as discussões acerca do “novo marco legal do Terceiro Setor”. Identificando-as, Joaquim Falcão assevera o seguinte:

São quatro diretrizes que, pretendemos, balizem a elaboração da nova legislação: (a) a necessidade de se encarar o processo de regulamentação como de médio e longo prazos, tal como exige uma mudança gradual

¹⁷⁷ Neste sentido: MODESTO, Paulo. “Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil”. In: *Revista Direito Público Notadez*, p. 32-47 e FALCÃO, Joaquim. *Democracia, Direito e Terceiro Setor*.

¹⁷⁸ Não obstante as diversas formas dentre as quais podem se apresentar os participantes do Terceiro Setor (associações, fundações, dentre outras).

¹⁷⁹ FERRAREZI, Elisabete e REZENDE, Valéria. *OSCIP — Organização da sociedade civil de interesse público: a lei 9.790/99 como alternativa para o terceiro setor*, p. 7.

permanente; (b) a promoção do pluralismo normativo, dando espaço e reconhecendo a importância, paralelamente à regulação estatal, da autorregulação do Terceiro Setor; (c) a imperatividade da capitalização do setor, que deve orientar a discussão sobre os benefícios fiscais; e (d) a necessidade de a legislação reconhecer e tomar como pressuposto a diversidade institucional característica do setor.¹⁸⁰

Mesmo que a atual legislação ainda esteja muito longe do ideal, reforçamos a posição de que não se pode desmerecê-la, nem tampouco fazer com que passe despercebida, até porque vem proporcionando um visível incremento da atividade do Terceiro Setor e da sua interação com o Estado.

Assim, segue uma análise breve da legislação atinente à Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, à Organização Social e ao Voluntariado:

2.5.1 Voluntariado

Atualmente, dezesseis por cento (16%) da população brasileira com mais de dezoito (18) anos realiza de alguma forma trabalho voluntário¹⁸¹, dado que comprova a máxima de que o voluntariado vem crescendo em nosso país, tornando-se peça fundamental na engrenagem das organizações da sociedade civil.

Em um passado não muito distante, o serviço voluntário era confundido com filantropia (caridade), eis que predominante a visão paternalista “com a prática de donativos sem qualquer vínculo com a emancipação daquele que necessitava de ajuda”¹⁸². No entanto, sob a ótica atual, o voluntariado significa exercício de cidadania e noção de responsabilidade social incorporando-se as principais preocupações do Terceiro Setor, mormente quando se disponibiliza a “prestar serviços a quem delas necessite, sem expectativa de auferir benefícios financeiros”¹⁸³ (*sic*).

¹⁸⁰ FALCÃO, 2004, p. 137.

¹⁸¹ SZAZI, Eduardo. *Terceiro Setor: regulação no Brasil*, p. 2.

¹⁸² PAES, 2004, p.108.

¹⁸³ PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e Entidades de Interesse Social - Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*, p.108.

Importa salientar que boa parte da recente valorização e qualificação do serviço voluntário, com o conseqüente incremento de suas atividades, deve ser creditada ao Conselho da Comunidade Solidária (1996). De fato, tal projeto foi o responsável pela criação do Programa Voluntários, com o objetivo de incentivar a implantação de uma cultura moderna de voluntariado, dando visibilidade, qualidade e continuidade às iniciativas nesse sentido, além do apoio amplo e irrestrito conferido ao processo de discussão da Lei 9.608, de 18 de fevereiro de 1998, conhecida como "Lei do Voluntariado".

A propósito, a mencionada norma, não obstante o seu texto reduzido (é composta por apenas cinco artigos), tratou de regulamentar o trabalho voluntário no Brasil, definindo-o e delimitando os direitos e deveres de seus participantes nos âmbitos trabalhista e previdenciário. Isso se fez importante na medida em que trouxe segurança nas relações entre voluntários e organizações/entidades colaboradas, sobretudo com relação aos efeitos gerados pelo trabalho voluntário, tal como relata Joaquim Falcão:

Alguns cidadãos, pouquíssimos, felizmente, que se apresentam e trabalham como voluntários, têm em seguida tentado forjar um vínculo empregatício com a organização com a qual colaboram. Algumas interpretações judiciais, algumas sentenças têm, então, erroneamente confundido voluntário com empregado. A partir daí corre-se o risco de incidir sobre o trabalho voluntário encargos e contribuições sociais indevidas, além de aumentar uma falsa aquisição de direitos trabalhistas e previdenciários. Esta ação de poucos prejudica importantes projetos que necessitam de voluntários e inibe a ação de muitos. O Terceiro Setor é descapitalizado e não tem recursos para pagar essas obrigações.¹⁸⁴

Mais adiante, prossegue o Autor enaltecendo a citada legislação:

A aprovação no Senado do oportuno projeto de lei do deputado Paulo Bornhausen equaciona esta situação. O projeto diz claramente: "O serviço voluntário não gera vínculo empregatício" (art. 1º, parágrafo único). Empregado e voluntário, pois, são conceitos jurídica e economicamente distintos. Com a aprovação do projeto, o Brasil está dando importante passo para uma grande mobilização cívica capaz de contribuir, sem custos, para solucionar nossos problemas sociais. O que parece ser cada vez mais provável.¹⁸⁵

De fato, a primeira tarefa da Lei 9608/98 foi a de conceituar o serviço voluntário

¹⁸⁴ FALCÃO, Joaquim. *Democracia, Direito e Terceiro Setor*, p.178-179.

¹⁸⁵ FALCÃO, Joaquim. *Democracia, Direito e Terceiro Setor*, p.179.

(artigo 1º), definindo-o como atividade não remunerada, prestada por pessoa física à entidade pública de qualquer natureza, ou à instituição privada de fins não lucrativos, que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social, inclusive mutualidade, acrescentando, no mesmo tom (artigo 1º, parágrafo único), que o serviço voluntário não gera vínculo empregatício, nem obrigação de natureza trabalhista, previdenciária ou afim.

Revisando o conceito legal, Eduardo Szazi sistematizou o serviço voluntário da seguinte forma:

Assim, podemos abstrair que, para ser enquadrado no conceito desta lei, o serviço deve ter as seguintes características: (i) Ser voluntário, ou seja, não pode ser imposto ou exigido como contrapartida de algum benefício concedido pela entidade ao prestador de serviço ou sua família; (ii) Ser gratuito; (iii) Ser prestado por um indivíduo isoladamente, e não por uma organização da qual o indivíduo faça parte e, portanto, seja pela mesma, compelido a prestá-lo; e (iv) Ser prestado para entidade governamental ou privada, sendo que estas devem ter fim não lucrativo e voltado para objetivos públicos.¹⁸⁶

A lei 9608/98 prevê ainda a necessidade de que haja a formalização por escrito do serviço voluntário mediante a assinatura de um termo de adesão entre a entidade, pública ou privada, e o prestador do serviço voluntário, dele devendo constar objeto e as condições de seu exercício (artigo 2º), bem como a possibilidade do prestador do serviço voluntário ser ressarcido pelas despesas que comprovadamente realizar no desempenho das atividades voluntárias, desde que expressamente autorizadas pela entidade a que for prestado o serviço voluntário (artigo 3º).

O primeiro caso trata de requisito formal para a caracterização da relação de voluntariado em prejuízo à formação de vínculo trabalhista, gerando-se tão-somente presunção de veracidade quanto ao primeiro. Vale dizer, outrossim, que o direito do trabalho é regido pelo princípio da primazia da realidade, segundo o qual o aspecto formal não pode prevalecer sobre a realidade fática, de modo que havendo a desnaturação do serviço voluntário, não obstante a existência de termo de adesão ao voluntariado nos moldes do citado artigo 2º, poderá o então trabalhador pleitear o reconhecimento do vínculo trabalhista, cabendo a ele a prova da existência dos requisitos para a formação da relação de emprego.

Já o segundo caso trata do ressarcimento das despesas realizadas pelo voluntário, desde que expressamente autorizadas pela entidade a que for prestado o serviço voluntário. Ainda que possa aparentar, tal regra não está em conflito com a relação de gratuidade entre as partes, prevista pelo artigo 1º da Lei 9608/98, eis que, segundo José Eduardo Sabo Paes¹⁸⁷, “se trata de uma verba de caráter indenizatório, sobre a qual nenhum encargo tributário deverá incidir, conforme já assente nos tribunais”.

Por fim, merece comentário a Lei 10748, de 22 de outubro de 2003 que, ao criar o Programa Nacional de Estímulo ao Primeiro Emprego para os Jovens — PNPE, acrescentou à Lei 9608/98 a autorização à União para conceder auxílio financeiro ao prestador de serviço voluntário (de até R\$ 150,00 — cento e cinqüenta reais) com idade de dezesseis a vinte e quatro anos integrante de família com renda mensal *per capita* de até meio salário mínimo, sendo destinado preferencialmente: aos jovens egressos de unidades prisionais ou que estejam cumprindo medidas sócioeducativas e a grupos específicos de jovens trabalhadores submetidos a maiores taxas de desemprego.

A matéria provocou enorme polêmica entre os especialistas do Terceiro Setor, trazendo à tona a discussão acerca da descaracterização ou não dos princípios do voluntariado pela mencionada Lei. Não obstante o argumento de que o auxílio financeiro não teria natureza de salário, mas de uma ajuda de custo para a alimentação e transporte dos favorecidos com o programa, enquadrando-se, por conseguinte, nos primados do voluntariado, nosso entendimento é em sentido contrário. Isso porque a concessão de auxílio financeiro por força da Lei 10748/2003 desvirtua a espontaneidade do engajamento e o desinteresse nas ações praticadas, características que marcam o trabalho voluntário. Daí a dizer que o que desperta o interesse em participar do PNPE são as vantagens oferecidas pelo próprio e não o altruísmo ou o espírito de responsabilidade social.

¹⁸⁶ SZAZI, Eduardo. *Terceiro Setor: regulação no Brasil*, p. 2-3.

¹⁸⁷ PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e Entidades de Interesse Social - Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*, p. 111.

A Lei 10748/2003, entretanto, não tira a relevância da legislação anterior (Lei 9608/98) nem tampouco a importância do trabalho voluntário para a sociedade atual, devendo ser encarada como um caso isolado e sem repercussão para o Terceiro Setor. Até porque com a ausência de espontaneidade e com o interesse econômico latente o mesmo não restaria enquadrado na definição de Terceiro Setor ora proposta.

Assim, o que deve ser frisado, pelo menos por ora, é o fato de ser o voluntariado um dos mais importantes participantes do Terceiro Setor.

2.5.2 Organização Social

A qualificação de Organização Social (OS) foi criada pela Lei 9673, de 15 de maio de 1998, também originada do processo de reforma do Estado executado na década de 90. Resultado da conversão da Medida Provisória 1648, o modelo permite que determinadas associações civis sem fins lucrativos e fundações de direito privado (ou seja, pessoas jurídicas de direito privado) atuem no âmbito público não-estatal por meio da celebração de um “contrato de gestão” igualmente definido pelo diploma legal ora apresentado.

De acordo com a Lei 9637/98, são cinco os requisitos necessários para a concessão do título de Organização Social. Os três primeiros, previstos no artigo 1º da citada norma, são: a) forma de pessoa jurídica de direito privado; b) caráter não lucrativo e; c) desenvolvimento de atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

Considerando que os dois primeiros serão tratados no item a seguir, quando analisado o tema das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, merece breve comentário a natureza social dos objetivos da Organização social (terceiro requisito), estes previamente enumerados pelo legislador como sendo os de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, preservação do meio ambiente,

cultura e saúde. Insta asseverar que o aludido rol é exaustivo, não comportando, destarte, a concessão do título a pessoa jurídica que exerça atividade diversa daquelas elencadas, ainda que socialmente relevante.

No entanto, tais objetivos não restaram definidos pela aludida legislação, de modo a comportar análise casuística quando da concessão da qualificação de Organização Social (OS). De fato, como muitos deles apresentam considerável zona de imprecisão conceitual, aumenta-se o grau de discricionariedade do Administrador na apuração deste requisito, a permitir a titulação de entidade sem que ela possua atividade social relevante. É o que questiona Sílvio Luís Ferreira da Rocha¹⁸⁸: “Consideremos, a título de exemplo, a palavra *ensino*. O que vem a ser “ensino”? Uma associação destinada a difundir o Sânscrito exerce atividade social relevante, capaz de capacitá-la a receber o atributo de organização social?”

O quarto requisito para a concessão do título de OS, previsto no artigo 2º, I da Lei 9637/98, consiste na observância, pelo ato constitutivo (devidamente registrado) da pretendente, das seguintes disposições:

- a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;
- b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;
- c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;
- d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
- e) composição e atribuições da diretoria;
- f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;
- g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;
- h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;
- i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;

¹⁸⁸ ROCHA, Sílvio Luís da. *Terceiro Setor*, p.92.

Não obstante o seu caráter formal, este requisito acaba por institucionalizar princípios e regras a serem observados pelas entidades que pretendam a qualificação de Organização Social.

Por fim, o quinto e último requisito, previsto nos artigos 3º e 4º da Lei 9637/98, consiste na existência de um conselho de administração que necessariamente observe as seguintes regras:

(a) seja composto necessariamente por membros natos (não remunerados) representantes do poder público (20 a 40%) e de entidades da sociedade civil (20 a 30%), de modo a que a soma de ambos corresponda a mais de 50% do conselho. Os critérios para a indicação de tais membros serão definidos pelo estatuto. No entanto, a escolha e conseqüente indicação ficarão a cargo do Poder Público;

(b) seja composto também por membros (não remunerados) eleitos ou indicados nos termos do estatuto (até 10%), por membros eleitos dentre os membros ou os associados (nos casos de associação civil, até 10%) e por membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral (10 a 30%), todos com mandato de quatro anos, admitida uma recondução, ressalvando, entretanto, o primeiro mandato de metade dos membros eleitos ou indicados que deverá ser de dois anos, segundo critérios estabelecidos no estatuto;

(c) tenha por atribuições privativas, dentre outras, as de fixar o âmbito de atuação da entidade, para consecução do seu objeto, aprovar a proposta de contrato de gestão da entidade; aprovar a proposta de orçamento da entidade e o programa de investimentos e; fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa.

Preenchidos todos os requisitos, a entidade requisitante do título de OS haverá de vencer, ainda, o obstáculo da discricionariedade de sua qualificação, eis que será declarada mediante a conveniência e oportunidade do Ministro ou titular de órgão

supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado (artigo 2º, II). O que significa dizer que a Administração Pública não está adstrita (vinculada) ao preenchimento dos requisitos determinados pela legislação podendo conceder ou não o título de Organização Social mediante análise subjetiva.

No entanto, a constitucionalidade deste inciso é amplamente discutível¹⁸⁹, sendo alvo de inúmeras críticas dentre as quais citamos o parecer abalizado de Lúcia Valle Figueiredo:

Ora, haver 'conveniência e oportunidade de sua qualificação' é atribuição de competência sem qualquer espécie de parâmetro, de *standard*, ou de limite. Isso seria absolutamente insuportável no Direito Americano, que serviu de figurino para o legislador brasileiro. Essa situação traduz a antítese do *devido processo legal em sentido substantivo*. Em outro falar, é falta de discriminação compatível na própria lei. É o desrespeito ao princípio da igualdade na lei, do devido processo legal substantivo, que foi e é tão importante para o controle das agências no Direito Americano.¹⁹⁰

No mesmo sentido posiciona-se José Eduardo Sabo Paes:

Percebe-se, portanto, o elevado grau de discricionariedade governamental na qualificação da entidade. Não está prevista sequer uma consulta que seja a algum órgão colegiado ou conselho de representantes da sociedade civil. Difícil é vislumbrar que decisões de tamanha envergadura e com reflexos importantes em áreas tão sensíveis e carentes da sociedade dependam exclusivamente do bom senso de alguns poucos mandatários do Poder Executivo.¹⁹¹

Concordamos, pois, com as idéias ora apresentadas, principalmente no tocante à violação do princípio constitucional da isonomia. Com efeito, a atual legislação acaba por permitir que seja dispensado tratamento diferenciado a duas pessoas jurídicas em idênticas situações, ou seja, que preencham de forma igual os requisitos estabelecidos pela Lei 9637/98 para a obtenção do título de Organização Social, vez que deixa ao critério subjetivo do Administrador concedê-lo ou não conforme a sua conveniência e oportunidade. No entanto, como até a presente data

¹⁸⁹ A matéria está sendo abordada por duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, de números 1923-6 e 1943-1, ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal respectivamente pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

¹⁹⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, p.148.

¹⁹¹ PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e Entidades de Interesse Social - Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*, p.116.

não foi declarada tal inconstitucionalidade, salientamos a necessidade de se ultrapassar o crivo da discricionariedade da administração para a obtenção da aludida qualificação.

Conferido o título de Organização Social, a entidade estará apta a formalizar contratos de gestão, negócios jurídicos firmados entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parcerias entre as partes para fomento e execução de atividades relativas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde (artigo 5º).

O contrato de gestão será firmado entre o Estado (administração pública direta) e a Organização Social e, por força do artigo 37, *caput* e inciso XXI da Constituição de 1988 e do artigo 7º da Lei 9637/98, está submetido ao regime de direito público. Por conta disso a sua natureza jurídica é de contrato administrativo, devendo, conseqüentemente, ser precedido de licitação pública (não obstante não haver nenhuma norma expressa neste sentido).

Por força do contrato de gestão, a Organização Social poderá receber recursos orçamentários e bens públicos necessários ao seu efetivo cumprimento, receber permissão para a utilização bens móveis públicos e permutá-los por outros de igual ou maior valor, condicionado a que os novos bens integrem o patrimônio da União¹⁹² e receber, mediante cessão especial do Poder Executivo, servidor público com ônus para a origem¹⁹³, mais do que evidenciando o seu principal escopo, qual seja, de incentivar (facilitar) a participação da sociedade civil na implementação de políticas públicas. Assim, certas são as palavras de José Eduardo Sabo Paes que apresentam como propósitos do contrato de gestão “contribuir ou reforçar o atingimento de objetivos de políticas públicas, mediante o desenvolvimento de um programa de melhora da gestão, com vistas a atingir uma superior qualidade do

¹⁹² A Ação Direta de Inconstitucionalidade 1943-1 sustenta que tais proposições normativas violam frontalmente os artigos 37, XXI e 175, *caput*, da Carta Constitucional de 1988. Isso porque não seria possível conferir bens e recursos públicos a particular sem prévia licitação, permitindo-se que o bem cedido seja permutado segundo o interesse do ente privado que o recebeu.

¹⁹³ Este dispositivo também está sendo discutido pela Ação Direta de Inconstitucionalidade 1943-1 ao argumento de que a conclusão que se extrai dos artigos 37 e 39 da Constituição de 1988 é a de que servidor público deve trabalhar dentro da administração pública, não podendo ser colocado à

produto ou serviço prestado ao cidadão.”¹⁹⁴

A lei 9637/98 estabelece ainda a forma de fiscalização do contrato, asseverando que essa tarefa ficará a cargo do órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada. Melhor esclarecendo José Eduardo Sabo Paes¹⁹⁵, a mesma corresponderá ao Ministério regulador da atividade da Organização Social. Assim, se a atividade for de ensino, a fiscalização caberá ao Ministério da Educação, se for de desenvolvimento tecnológico, caberá ao Ministério da Ciência e Tecnologia e assim sucessivamente.

No mais, vale dizer que uma vez qualificada a Organização Social somente perderá o título quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão. A desqualificação será necessariamente precedida de processo administrativo em que seja assegurado o direito de ampla defesa resultando, no caso de sua procedência, na reversão dos bens permitidos e dos valores entregues à utilização da organização social, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. Neste caso, os dirigentes da entidade responderão individual e solidariamente pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão.

2.5.3 Organização da Sociedade Civil de Interesse Público

Considerada como “a nova lei do Terceiro Setor”¹⁹⁶, a Lei 9.790, de 23 de março de 1999 criou a qualificação de OSCIP — Organização da Sociedade Civil de Interesse Público — concedida pelo poder público (atualmente pelo Ministério da Justiça) às pessoas jurídicas de direito privado e sem fins lucrativos, conferindo-lhes a prerrogativa de se relacionarem com o Estado por meio de um vínculo de cooperação denominado de “termo de parceria”.

disposição de entidades privadas.

¹⁹⁴ PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e Entidades de Interesse Social - Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*, p.117.

¹⁹⁵ *Ibid*, p. 117.

Conforme já relatado, a Lei das OSCIP's surgiu dos debates realizados no âmbito do Projeto Comunidade Solidária¹⁹⁷, nos quais contou com a participação das mais expressivas organizações civis do Terceiro Setor.

Encerrada a primeira rodada de discussões, coube ao Poder Executivo encaminhar ao Congresso Nacional o Projeto de Lei (o que ocorreu no segundo semestre de 1998), quando ainda sofreu algumas alterações antes da sua promulgação. É como relata José Eduardo Sabo Paes:

No âmbito do Congresso Nacional, o projeto mereceu pronta acolhida por parte dos senhores parlamentares, sendo sucessivamente aprimorado, tendo início na Câmara dos Deputados pela ação do Deputado Milton Mendes (PT/SC), primeiro relator designado, e posteriormente, já nesta nova legislatura, pelo atuante Deputado Marcelo Deda (PT/SE), integrante da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público e relator da matéria no plenário, cuja capacidade de negociação em conjunto com a liderança do governo, na pessoa do ilustre Deputado Ronaldo Cezar Coelho (PSDB/RJ), fez possível a concretização de audiência pública com parlamentares e instituições da sociedade civil que puderam trazer colaborações e sugestões na elaboração do texto final do projeto, posteriormente aprovado na íntegra no Senado Federal e, sem vetos, sancionado em 23.3.99.¹⁹⁸

Em comparação com as leis mais antigas sobre o tema (Lei 91/1935 que instituiu o Título de Utilidade Pública e Decreto 5.698/43, que autoriza o Conselho Nacional de Serviço Social a conceder o Certificado de Fins Filantrópicos), a Lei 9790/99 simplificou os procedimentos para a concessão de Títulos Públicos, permitindo a um número maior de organizações do Terceiro Setor o acesso a parcerias, doações e incentivos (até a promulgação da Lei 9790/99, o Estado só reconhecia três finalidades para organizações do Terceiro Setor: saúde, educação e assistência social). Com isso, pretende o Estado fortalecer a sociedade civil, aumentando a sua capacidade de participar das decisões públicas, e, por conseguinte, aumentar o capital social do país.

Em reforço ao que já foi dito, ainda quanto aos objetivos da Lei das OSCIP's, Elisabete Ferrarezi e Valéria Rezende assim os enumera:

¹⁹⁶ FERRAREZI, Elisabete e REZENDE, Valéria. *OSCIP — Organização da sociedade civil de interesse público: a lei 9.790/99 como alternativa para o terceiro setor*, p. 7-9.

¹⁹⁷ O processo de interlocução política patrocinado pelo Projeto do Governo Federal denominado Comunidade Solidária deu origem

¹⁹⁸ PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e Entidades de Interesse Social - Aspectos jurídicos*,

- i) Permitir o acesso à qualificação como OSCIP às associações que possuem fins públicos e não tinham acesso a nenhum benefício ou título. Esta nova qualificação inclui as formas recentes de atuação das organizações da sociedade civil e exclui aquelas que não são de interesse público, que se voltam para um círculo restrito de sócios ou que estão (ou deveriam estar) abrigadas em outra legislação;
- ii) Agilizar os procedimentos para a qualificação por meios de critérios objetivos e transparentes;
- iii) Incentivar e modernizar a realização de parceria entre as OSCIPs e órgãos governamentais, por meio de um novo instrumento jurídico - Termo de Parceria - com foco na avaliação de resultados;
- iv) Implementar mecanismos adequados de controle social e responsabilização das organizações e dirigentes com o objetivo de garantir que os recursos de origem estatal administrados pelas OSCIPs sejam bem aplicados e destinados a fins públicos.¹⁹⁹

As entidades que podem se qualificar como OSCIP estão, por conseguinte, positivamente delimitadas no artigo 1º da Lei 9.790/99, quais sejam, (a) as pessoas jurídicas de direito privado, (b) sem fins lucrativos e que (c) observem os requisitos instituídos na referida lei.

Com relação ao conceito de “finalidade não lucrativa” (b), o mesmo foi apresentado pela própria Lei 9790/99 (artigo 1º, § 1º), considerando-se como tanto a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social.

Quanto ao termo “pessoas jurídicas de direito privado” (a), invoca-se, para o efeito da Lei 9790/99, o artigo 44 do Código Civil Brasileiro (Lei 10406/2002) que assim considera as associações, sociedades e fundações poderão receber a qualificação.

Já no tocante aos demais requisitos instituídos pela Lei 9790/99 (c), os mesmos estão dispostos em seus artigos 3º e 4º e tratam respectivamente dos objetivos sociais da OSCIP e do estatuto social. Quanto aos primeiros, o artigo 3º estabelece que para a concessão da aludida qualificação é necessário, além da observância do

administrativos, contábeis e tributários, p.128.

¹⁹⁹ FERRAREZI, Elisabete e REZENDE, Valéria. *OSCIP — Organização da sociedade civil de interesse público: a lei 9.790/99 como alternativa para o terceiro setor*, p. 31.

princípio da universalização dos serviços, no âmbito de atuação de cada organização, que ela apresente, em seu estatuto, pelo menos uma das seguintes finalidades:

- I - promoção da assistência social;
 - II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;
 - III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
 - IV - promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
 - V - promoção da segurança alimentar e nutricional;
 - VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;
 - VII - promoção do voluntariado;
 - VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;
 - IX - experimentação, não-lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;
 - X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;
 - XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;
 - XII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.
- Parágrafo único. Para os fins deste artigo, a dedicação às atividades nele previstas configura-se mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins.

Por seu turno, com relação ao estatuto social, o artigo 4º da Lei 9790/99 se encarregou de estabelecer várias exigências além daquelas previstas pelo Código Civil (artigos 45 e 46 da Lei 10406/2002), devendo o mesmo observá-las caso a organização pretenda a qualificação de OSCIP. Portanto, o estatuto de uma OSCIP deverá ser regido por normas que expressamente disponham sobre:

(a) Observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência — Considerando que uma OSCIP irá atuar na execução e na defesa dos interesses públicos, nada mais justo que ela também esteja adstrita aos princípios da própria Administração Pública, enumerados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988. Logo, uma OSCIP somente poderá agir de acordo com o expressamente autorizado por lei e pelo seu estatuto (princípio da legalidade), deverá atuar sem discriminações benéficas ou prejudiciais

(princípio da impessoalidade), observará sempre a melhor forma de prestação dos serviços sociais (princípio da eficiência), deverá agir em consonância com os princípios éticos mais basilares, mormente a boa-fé e a honestidade (princípio da moralidade), observará a publicidade dos seus atos, integrantes e parceiros (princípio da publicidade) e também guardará a relação custo/benefício quando da realização das suas tarefas (princípio da economicidade).

(b) Adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação no respectivo processo decisório — O artigo 7º do Decreto n.º 3100, de 30 de junho de 1999, traduz os termos benefícios ou vantagens pessoais como sendo aqueles os obtidos pelos dirigentes da entidade e seus cônjuges, companheiros e parentes colaterais ou afins até o terceiro grau e pelas pessoas jurídicas das quais os mencionados acima sejam controladores ou detenham mais de dez por cento das participações societárias.

(c) Constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade — A Lei 9790/99 atribuiu ao conselho fiscal (órgão colegiado) a tarefa de fiscalizar a administração da entidade, a fim de verificar a permanente observância dos princípios da administração, aos quais as OSCIP's estão adstritos. É, segundo José Eduardo Sabo Paes²⁰⁰, órgão essencial que deverá opinar não só nos relatórios de desempenho financeiro e contábil, “mas também opinando sobre as operações patrimoniais realizadas, além de examinar a qualquer tempo as contas, balanços e quaisquer documentos da entidade.”

(d) Previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta — Tal exigência tem por finalidade permitir uma solução de continuidade na prestação dos serviços por uma outra entidade.

²⁰⁰ PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e Entidades de Interesse Social - Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*, p.142.

(e) Previsão de que, na hipótese de a pessoa jurídica perder a qualificação instituída por esta Lei, o respectivo acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que perdurou aquela qualificação, será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social — Pretende-se evitar que bens adquiridos por meio de recursos públicos venham a cair de forma ilícita sob o domínio privado. Para tanto, salienta José Eduardo Sabo Paes²⁰¹ que “necessário se fará a diferenciação da contabilidade por fundos, para poder efetivamente (...) identificar com precisão a origem do acervo patrimonial, se público ou privado.”

(f) Possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação — A Lei 9790/99 permite, ao contrário da Lei 91/35 (que regulamenta a concessão do título de Utilidade Pública), que os dirigentes da entidade sejam remunerados. Tal não é uma norma imperativa, mas autorizativa, de modo que deixa a critério da OSCIP a remuneração daqueles que executam tarefas de gestão administrativa ou que prestem serviços específicos, tais como consultores, profissionais liberais, empregados, etc.

(g) Normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade, que determinarão, no mínimo: 1) a observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade; 2) que se dê publicidade por qualquer meio eficaz, no encerramento do exercício fiscal, ao relatório de atividades e das demonstrações financeiras da entidade, incluindo-se as certidões negativas de débitos junto ao INSS e ao FGTS, colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão; 3) a realização de auditoria, inclusive por auditores externos independentes se for o caso, da aplicação dos eventuais recursos objeto do termo de parceria conforme previsto em regulamento; 4) a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público será feita conforme determina o parágrafo

²⁰¹ PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e Entidades de Interesse Social - Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*, p.142.

único do artigo 70 da Constituição Federal — Com a finalidade de se evitar desvios de recursos públicos, a regulamentação da prestação de contas se faz exigida às OSCIP's da forma mais ampla e profissional, com a observância de expedientes como auditoria externa, submissão ao Tribunal de Contas e publicidade dos relatório de atividades e demonstrações financeiras no encerramento do exercício fiscal.

Não obstante o critério positivo para a concessão do título de OSCIP, o artigo 2º da Lei 9790/99 optou também por apresentar por meio de rol taxativo as entidades que não podem se qualificar como tanto, o que faz evidentemente com a finalidade de afastar interpretações equivocadas sobre determinadas espécies de pessoas jurídicas e impedir a qualificação de “entidades vinculadas ao Poder Público ou a Organismos do Estado”²⁰². Deste modo, não são passíveis de qualificação como OSCIP as sociedades comerciais; os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional; as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais; as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações; as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios; as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados; as instituições hospitalares privadas não-gratuitas e suas mantenedoras; as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não-gratuitas e suas mantenedoras; as organizações sociais; as cooperativas; as fundações públicas; as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas e; as organizações creditícias que tenham quaisquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o artigo 192 da Constituição Federal.

Preenchidos tais requisitos, o Ministério da Justiça estará apto a conceder o título de OSCIP, podendo ele optar pelo não deferimento em decisão fundamentada, nela apontando necessariamente as irregularidades apuradas. Por outro lado, uma vez deferido, o mesmo poderá ser revogado, a pedido ou mediante decisão em processo administrativo ou judicial, de iniciativa popular ou do Ministério Público.

²⁰² PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e Entidades de Interesse Social - Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*, p.130.

Um último ponto da Lei 9790/99 que merece destaque é a previsão acerca da possibilidade de se firmar vínculos de cooperação entre as OSCIP's e o poder público visando a execução de atividades de interesse público, instituto denominado de “termo de parceria” (artigo 9º). De fato, este é considerado como um dos grandes avanços do “novo marco legal do Terceiro Setor” pois, simplificando os procedimentos, apresenta-se como uma alternativa ao convênio²⁰³ para a realização de projetos sociais. Nestes termos, Jose Eduardo Sabo Paes ensina que:

Em outras palavras, o Termo de Parceria é uma alternativa ao Convênio para a realização de projetos ou atividades de interesse comum entre as entidades qualificadas como OSCIP e a administração pública; porém, sem a necessidade do extenso rol de documentos exigidos na celebração de um convênio. O Termo de Parceria é um instrumento de gestão que envolve a negociação de objetivos, metas e produtos entre as partes. O monitoramento e a avaliação são feitos por uma Comissão de Avaliação, composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a OSCIP, que verificará o desempenho global do projeto em relação aos benefícios direcionados para a população-alvo.²⁰⁴

É importante deixar claro que a aludida simplificação trazida pelo “termo de parceria” não significa dizer que o mesmo não se encontra adstrito a rigoroso controle exercido pela Administração Pública. Na verdade, a Lei 9790/99 é bem criteriosa neste sentido, estabelecendo mecanismos de fiscalização em todas as suas fases (além dos instrumentos de controle social previstos na legislação) desde a sua pré-concepção:

(a) a celebração do “termo de parceria” deverá ser precedida de consulta aos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, nos respectivos níveis de governo (artigo 10, § 1º);

(b) durante a execução da parceria a fiscalização ficará a cargo dos mencionados Conselhos e do órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada (artigo 11) e;

²⁰³ De acordo com Hely Lopes Meirelles, convênios administrativos são “acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, eu entre estas e organizações particulares, para a realização de objetivos de interesse comum dos partícipes” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p.334). Diferem-se dos contratos administrativos pelo fato de não possuírem interesses divergentes e/ou opostos, característica marcante daquela modalidade; pelo contrário, no convênio as partes possuem interesses comuns.

²⁰⁴ PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e Entidades de Interesse Social - Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*, p.152.

(c) haverá, ainda, a necessidade de criação de uma comissão de avaliação, composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a OSCIP, que terá por incumbência analisar os resultados atingidos com a execução do termo (artigo 11, § 1º) e encaminhá-los à autoridade competente relatório conclusivo sobre a avaliação procedida (artigo 11, § 2º).

Assim como para a concessão do título de OSCIP, a Lei 9790/99 também impõe ao “termo de parceria” a observância de uma série de exigências formais, sendo imperiosa a apresentação das seguintes cláusulas (artigo 10, § 2º): apresentação do objeto, que conterà a especificação do programa de trabalho proposto pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público; estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma; previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado; a de previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, estipulando item por item as categorias contábeis usadas pela organização e o detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos, com recursos oriundos ou vinculados ao Termo de Parceria, a seus diretores, empregados e consultores; a que estabelece as obrigações da Sociedade Civil de Interesse Público, entre as quais a de apresentar ao Poder Público, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados, independente das previsões mencionadas anteriormente; e a de publicação, na imprensa oficial do Município, do Estado ou da União, conforme o alcance das atividades celebradas entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, de extrato do Termo de Parceria e de demonstrativo da sua execução física e financeira, conforme modelo simplificado estabelecido no regulamento desta Lei, contendo os dados principais da documentação obrigatória do inciso V, sob pena de não-liberação dos recursos previstos no Termo de Parceria.

Deste modo, o “termo de parceria” consolida a OSCIP como uma das mais importantes figuras do modelo atual de Terceiro Setor, fomentando o surgimento de

ações conjuntas entre a sociedade civil e o Estado em prol do interesse público.

CAPÍTULO III

O PAPEL DO TERCEIRO SETOR NA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

3.1 A não-exclusividade do Estado na realização dos direitos sociais; 3.2 A promoção indireta dos direitos sociais e a atividade de fomento: a participação do Terceiro Setor mediante incentivos do Estado; 3.3 O papel do Terceiro Setor na realização dos direitos sociais; 3.3.1 O papel do Estado e da sociedade civil; 3.3.1.1 Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade; 3.3.2 Os limites da promoção indireta; 3.3.3 O papel do Terceiro Setor.

Conforme o relato dos capítulos anteriores, apresentou-se o Terceiro Setor como promotor de direitos sociais prestacionais e estes, nos termos da definição proposta por José Afonso da Silva (item 2.3.1 supra), como “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente”²⁰⁵.

Pois bem, da presente assertiva exsurge aparente contradição. De fato, se os direitos sociais são prestados positivamente pelo Estado, seria legítima a intervenção do Terceiro Setor no sentido de realizá-los?

Após uma análise do Texto Constitucional, entendemos que a resposta para a questão proposta é positiva, resolvendo-se, por conseguinte, em dois argumentos básicos: (a) a não-exclusividade do Estado na realização da tarefa de implementar os direitos sociais; e (b) a possibilidade do Estado de promover os direitos sociais de forma indireta, o que para nós representa permitir, mediante incentivos, a participação do Terceiro Setor.

²⁰⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 289-290.

Vale dizer que o desenvolvimento dos argumentos ora lançados redundará ainda na definição dos papéis desempenhados pelo Terceiro Setor e pelo Estado nesta tarefa social, ponto de extrema relevância nos dias atuais, haja vista o crescimento do Terceiro Setor e os rumos que estão sendo tomados pelo Estado Pós-Social.

3.1 A NÃO-EXCLUSIVIDADE DO ESTADO NA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Já adiantamos nos capítulos precedentes que a Constituição de 1988 tratou dos direitos sociais com grande importância, o que se torna ainda mais nítido quando se faz a comparação com as Cartas Políticas anteriores. De fato, a atual Constituição não só consolidou a sua posição de direito fundamental mas, principalmente, foi buscar nessa fonte substratos axiológicos para definir os fundamentos e os objetivos da República.

A Constituição também reservou à Ordem Social um título próprio (Título VIII), no qual teceu em minúcias os principais direitos sociais, notadamente aqueles de caráter prestacional.

Dentre as matérias tratadas nesse Título, observou a Constituição a forma de promoção desses direitos: atribuiu a tarefa ao Estado, porém sem o caráter de exclusividade, e conclamou outros “atores” a participar da empreitada, dentre os quais está a sociedade civil (aqui entendida como sinônimo de não-estatal). Nela se situa o Terceiro Setor ou, especificamente, as organizações que o integram.

Em diversas passagens do Texto Constitucional essa idéia fica clara. De fato, se analisarmos apenas o título da Ordem Social (Título VIII), identificaremos em doze artigos a citada abertura à promoção social. Em alguns, de forma mais explícita, o texto se refere ao Terceiro Setor e às entidades que o compõem (artigos 199, § 1º; 204, I e II; 213; e 227, § 1º). Em outros, de forma mais ampla (artigos 194, *caput* e parágrafo único, VII; 197; 198, III; 205; 209; 216, § 1º; 225, *caput*; 227, *caput*; e 230), a Constituição se vale de termos como comunidade, pessoas físicas e jurídicas de

direito privado, população, sociedade, dentre outros, os quais, sem dúvida, compreendem o conceito de Terceiro Setor.

A forma como a Constituição abordou o direito à seguridade social claramente demonstra que o Estado não pode e não deve realizar, sozinho, os direitos sociais. De fato, esse direito foi apresentado pelo *caput* do artigo 194 da Constituição como um "conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social".

Também no tocante ao direito à educação, estabelece a Carta Política que o mesmo será promovido e incentivado "com a colaboração da sociedade" (artigo 205), da mesma forma agindo com relação à cultura ("colaboração da comunidade")²⁰⁶, ao meio ambiente (impõe-se a defesa e a preservação do meio ambiente ao poder público e à coletividade)²⁰⁷, à família e ao idoso (a proteção é dever da família, sociedade e do Estado)²⁰⁸.

A promoção do direito à saúde, por seu turno, também ficou sob a incumbência do Estado e da sociedade, utilizando-se a Constituição dos termos "terceiros" e "pessoa física ou jurídica de direito privado" (artigo 197) ou "comunidade" (artigo 198). Contudo, mais incisivo foi o artigo 199, § 1º, dispensando explicitamente às entidades do Terceiro Setor — "entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos" — tratamento preferencial quando da realização da atividade promocional²⁰⁹,

²⁰⁶ Reza o § 1º do artigo 216 que: "§ 1º O poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação."

²⁰⁷ Estabelece o artigo 225 da Constituição Federal: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações."

²⁰⁸ No que tange à família, o artigo 227 da Constituição afirma que: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão." No que concerne ao idoso, o artigo 230 dispõe que: "A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida."

²⁰⁹ Reza o § 1º do artigo 199 que: "As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos."

comprovando assim que, dentro do universo do não-estatal, o Terceiro Setor sobressai face aos demais participantes.

Do mesmo modo, o direito constitucional à assistência social também destaca o Terceiro Setor como executor das políticas coordenadas pelo Estado, tendo o artigo 204 da Constituição utilizado os termos “entidades beneficentes e de assistência social” e “organizações representativas”. E, ainda, no tocante à proteção à família, o artigo 227 admite expressamente “a participação de entidades não governamentais”, leia-se Terceiro Setor.

Verifica-se, portanto, que não é exclusiva do Estado a tarefa de implementar os direitos sociais. Verifica-se, também, que dentre os setores da sociedade civil o Terceiro Setor mereceu tratamento diferenciado, existindo no Texto Constitucional remissões diretas e específicas às entidades que o compõem. Daí concluímos que a atual Constituição permite a participação da sociedade civil e, principalmente, do Terceiro Setor na promoção dos direitos sociais.

3.2 A PROMOÇÃO INDIRETA DOS DIREITOS SOCIAIS E A ATIVIDADE DE FOMENTO: A PARTICIPAÇÃO DO TERCEIRO SETOR MEDIANTE INCENTIVOS DO ESTADO

Segundo José Afonso da Silva²¹⁰, o Estado promove os direitos sociais de forma direta ou indireta.

Agir de forma direta significa utilizar-se do próprio aparato estatal. Assim, há promoção direta na atuação das redes públicas de saúde e de educação, na construção de praças, jardins e locais destinados ao lazer, dentre outros inúmeros exemplos.

Por seu turno, o agir de forma indireta significa promover os direitos sociais por meio de terceiros. Melhor explicando, é quando o Estado não os realiza diretamente mas

financia o não-estatal para que o faça.

Esta atividade administrativa estaria contida no conceito de fomento que, por sua vez, é definido por Silvio Luís Ferreira da Rocha²¹¹ como sendo:

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

Extrai-se do conceito ora apresentado que a promoção indireta dos direitos sociais não significa dizer que o Estado tem o condão de obrigar a atuação do não-estatal neste particular. Pelo contrário, apenas cria condições para que ocorra a sua participação, mediante o oferecimento de incentivos. Todavia, como bem adverte Diogo de Figueiredo Moreira Neto²¹², uma vez aceito pelo administrado determinado incentivo, cria-se o vínculo jurídico obrigacional, de modo que poderá o Estado obrigá-lo a cumprir a lei e aquilo a que voluntariamente se comprometeu.

A sede constitucional do fomento, no que tange ao Terceiro Setor e aos direitos sociais, encontra-se no artigo 174, *caput* e § 2º da Carta Política²¹³, eis que expressamente declara apoio e estímulo às associações de um modo geral e às cooperativas. É a partir daí que a Constituição Federal passa a dar a abertura necessária para que a promoção indireta dos direitos sociais pelo Estado aconteça, quer seja concedendo bens ou serviços aos particulares ou mesmo por meio de vantagens financeiras.

Atendo-nos tão-somente às vantagens financeiras, verificamos que a própria Constituição apresenta em seu corpo exemplos de duas das suas principais modalidades, quais sejam, os benefícios (ou incentivos) tributários e as subvenções.

²¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 289-290.

²¹¹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*, p. 19.

²¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, p. 84.

²¹³ Eis a redação do *caput* e do § 2º do artigo 174 da Constituição Federal: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor

No caso dos benefícios, ressaltamos a questão das imunidades constitucionais. Trata-se de auxílio indireto que permite a redução da receita pública em prol de “algo que a ordem jurídica considera conveniente, interessante ou oportuno”²¹⁴.

A Constituição, por seu turno, por meio dos artigos 150, VI, c, e 195, § 7º, estabeleceu imunidades no tocante aos tributos e às contribuições sociais para determinadas entidades do Terceiro Setor.²¹⁵ Com isso, reconhece a sua importância no âmbito da promoção dos direitos sociais e estimula seu crescimento. Neste sentido, Célia Cunha Mello sustenta que:

Adotando medidas fiscais, pode o Estado conseguir transformar a exploração de atividade, considerada pelos particulares despida de atrativos, em exploração vantajosa e proveitosa. Assim, o particular, ao satisfazer seus próprios interesses, satisfaz indireta e concomitantemente, necessidades coletivas. A imunidade e a isenção constituem, se utilizadas com finalidade extrafiscal, formas estimulantes que incentivam as pessoas que preencham determinadas condições a praticarem certos atos ou executarem certas atividades que possam gerar o retorno socioeconômico almejado pelo Estado incentivador.²¹⁶

O Texto Constitucional também faz referência expressa às subvenções²¹⁷, ou seja, subsídios concedidos pelo Estado para a execução de determinadas tarefas afetas ao interesse público. Com efeito, mesmo diante do mencionado artigo 174, que por si só é capaz de fundamentar toda a promoção indireta dos direitos sociais pela via do Terceiro Setor, o Constituinte reforçou a idéia da subvenção no direito à educação ao inserir o artigo 213 com a seguinte redação:

privado. (...)§ 2º. A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.”

²¹⁴ CARRAZA, Roque. *Curso de direito constitucional tributário*, p. 146.

²¹⁵ No que tange aos tributos, o artigo 150, VI, c, da Constituição dispõe o seguinte: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: VI - instituir impostos sobre: c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei.” No tocante às contribuições sociais, o § 7º do artigo 195 estabelece que: “São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.”

²¹⁶ MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*, p.111.

²¹⁷ Referimos aqui às subvenções sociais, salientando haver outra modalidade de subvenção — a econômica — a qual tem por finalidade cobrir déficits de manutenção das empresas públicas, de natureza autárquica ou não, cobrir a diferença entre os preços de mercado e os preços de revenda, pelo Governo, de gêneros alimentícios ou outros materiais e pagar bonificações a produtores de determinados gêneros ou materiais, nos termos dos artigos 18 e 19 da Lei 4.320 de 17 de Março de 1964.

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

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

II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao poder público, no caso de encerramento de suas atividades.

O citado artigo é uma demonstração clara de como o Estado, mediante subvenção, propicia a participação de entidades do Terceiro Setor (no caso instituições de ensino sem fins lucrativos). Corroborando, portanto, o nosso ponto de vista, validando a idéia de que a tarefa de promoção dos direitos sociais também pode ser realizada pelo Terceiro Setor.

Isso não significa dizer, outrossim, que não possam existir na legislação infraconstitucional outras formas de fomento, nem que o mesmo esteja adstrito apenas ao direito à educação. Pelo contrário, repetimos que o comando do 174 da Constituição é geral, refletindo, por certo, em todos os direitos sociais e em todas as instituições do Terceiro Setor.

No mais, é importante deixar claro que os incentivos sociais não possuem o caráter substitutivo da função promotora de direitos sociais exercida pelo Estado. Na verdade, o Estado, uma vez investido pelo manto sagrado de principal promotor e guardião desses direitos, deve usá-los de forma complementar, como mais uma ferramenta, e não se valer deles para afastar a sua responsabilidade. A corroborar com tal entendimento, José Teixeira Machado Júnior e Heraldo da Costa Reis sustentam em tradicional obra de direito financeiro que:

Nessas condições, as subvenções não devem representar a regra, mas ser supletivas da ação da iniciativa privada em assuntos sociais. Isso significa que, se o Município desejar ou puder entrar nesse campo de atividades, deverá fazê-lo diretamente por sua ação, reservando as subvenções, apenas, para suplementar a iniciativa dos particulares.²¹⁸

Ainda no tocante à promoção indireta, salientamos que os contratos de gestão e os termos de parceria, respectivamente afetos às Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, e devidamente tratados no

²¹⁸ MACHADO JÚNIOR, José Teixeira. REIS, Heraldo da Costa. *A lei 4.320 comentada*, p. 51.

Capítulo II da presente dissertação, também são instrumentos do exercício dessa atividade do Estado, permitindo ações conjuntas com a sociedade civil em prol do interesse público.

Portanto, ao promover os direitos sociais de forma indireta, o Estado mais do que permite ao Terceiro Setor participar dessa tarefa, incentiva-o, o que faz por meio da atividade de fomento da Administração Pública.

3.3 O PAPEL DO TERCEIRO SETOR NA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

3.3.1 O papéis do Estado e da sociedade civil

Inicialmente destacamos, quando apresentada a evolução dos modelos de Estado, que no passado o Estado (Liberal) não possuía a incumbência de promover o bem-estar da sociedade, função exercida única e exclusivamente por entidades e pessoas advindas da própria sociedade, que o faziam de forma caritativa. No entanto, com a sua transformação para o modelo do Estado Social, passou-se a entender que a garantia de condições dignas de existência não seria questão de mera caridade, mas sim de direito e, por conseguinte, de justiça social. A partir de então, o Estado encampou o dever de assegurar a todos tais condições, tornando-se, portanto, o principal responsável pela realização desta tarefa.

O ordenamento jurídico do Estado brasileiro não foge a essa regra. De fato, o dever do Estado de promover os direitos sociais constitui um dos objetivos fundamentais da República, estampado no artigo 3º, IV da Constituição Federal²¹⁹. Não satisfeito, o Constituinte inseriu no Título VIII (Da Ordem Social) uma série de dispositivos legais (alguns já transcritos nos tópicos anteriores) nos quais se depreende o dever do Estado brasileiro nesse particular.

²¹⁹ A redação do artigo 3º, IV da Constituição Federal é a seguinte: “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...)V - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

A análise do Texto Constitucional realizada pelo Supremo Tribunal Federal bem o demonstra, reconhecendo o dever do Estado de promover e assegurar os direitos sociais. Nesse sentido, cita-se o emblemático julgamento do Recurso Extraordinário de número RE 271286 AgR / RS que, embora não seja pioneiro, reforçou de forma sem igual tal responsabilidade determinando o fornecimento gratuito de medicamentos a paciente com AIDS:

EMENTA: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.²²⁰

De fato, o Ministro Celso de Mello, em seu voto condutor, com a mesma intensidade que exaltou o direito social à saúde, responsabilizou o Estado como seu principal

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário de número 271286 AgR / RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 12 de setembro de 2000.

realizador, de modo a não deixar dúvidas quanto ao papel que deverá ser desempenhado:

Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas — preventivas e de recuperação -, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República. O sentido de fundamentalidade do direito à saúde — que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas — impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.²²¹

Já no tocante à sociedade civil (não-estatal), do mesmo artigo 3º da Constituição deflui a idéia de que ela tem o direito de gozar os direitos sociais. Este posicionamento encontra respaldo na doutrina de Carlos Ari Sundfeld que afirma o seguinte:

A prestação de tais serviços é dever inafastável do Estado, tendo os indivíduos o direito subjetivo de usufruí-los. O objeto do Constituinte ao outorgar tais competências ao Poder Público não foi o de reservá-las, mas sim o de obrigar a seu exercício.²²²

No entanto, além de garantir os direitos sociais, a própria Constituição também tratou de permitir ao domínio não-estatal a participação de forma complementar na tarefa de realizá-los, o que fez em observância aos princípios da solidariedade e da eficiência da administração. Com isso, pretende minimizar o problema da não-efetivação desses direitos, bem como atribuir à sociedade uma parcela de responsabilidade no tocante à matéria, evitando, assim, o que Emerson Gabardo²²³ denominou de “apatia social” que poderia advir da total responsabilização do Estado.

Pois bem, se a promoção social é um dever do Estado brasileiro, impossível atribuir a ele outro grau de responsabilidade senão o mais alto, ou seja, responsabilizá-lo primariamente. E com relação ao não-estatal (onde se insere o Terceiro Setor), resta presente um grau de responsabilidade, evidentemente inferior ao do Estado, já que

Ementário, Brasília, v. 02013-07, P.01409.

²²¹ Ibid.

²²² SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*, p.84.

²²³ GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado*, p. 168.

a sua atuação deve ser de forma complementar.

Assim, invertem-se os papéis do período do liberalismo: o Estado, antes omissivo diante das questões sociais, passa a ser o seu principal promotor enquanto que a sociedade (não-estatal), que antes se apresentava como a única que se preocupava com o tema, passa a ser a coadjuvante. De fato, essa é a conclusão extraída do Texto Constitucional também por Daniel Sarmiento que, ao tratar dos direitos sociais, define o papel da sociedade, onde se inclui o Terceiro Setor, não como principal protagonista, mas como co-responsável:

Na verdade, o texto constitucional brasileiro acena, em diversas passagens, no sentido da co-responsabilidade dos particulares em relação à garantia dos direitos sociais não trabalhistas. Assim, no artigo 194, estabeleceu o constituinte que “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. Já o artigo 205 da Lei Maior dispõe que a educação “é um direito de todos e dever do Estado e da família”, determinando que ela deve ser “promovida e incentivada com a colaboração da sociedade”. Neste mesmo diapasão, o art. 227 da Constituição atribuiu não só ao Estado, mas também “à família e à sociedade” o dever de assegurar à criança e ao adolescente o gozo dos seus direitos fundamentais, o mesmo ocorrendo em relação às pessoas idosas (art. 230, CF).²²⁴

Melhor explicando a questão da co-responsabilidade, o citado autor esclarece qual o grau de responsabilidade de cada participante, deixando certo que ao Estado cabe primariamente assegurar os direitos sociais, ficando a sociedade em segundo plano:

No entanto, a partir do advento do Estado do Bem-Estar Social, passou-se a entender que a garantia de condições básicas da vida não era uma questão de caridade, mas de Direito. Esta nova concepção importou na assunção, pelo Estado, do dever primário de assegurar condições mínimas de vida para todos, através dos direitos sociais e econômicos. (...) Existe uma série de razões que justifica, hoje, a concepção de que, ao lado do dever primário do Estado de garantir os direitos sociais, é possível também visualizar um dever secundário da sociedade de assegurá-los.²²⁵

Daí a afirmarmos que a responsabilidade do Estado em realizar e efetivar os direitos sociais é primária, devendo ele atuar até o limite de suas forças ao passo que à sociedade civil (Terceiro Setor) cabe o importante papel de complementar a atuação estatal, atuando subsidiariamente .

²²⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 334.

²²⁵ *Ibid.*, p. 337.

3.3.1.1 Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade

Muitos vêm invocando o princípio da subsidiariedade como fundamento do fortalecimento do Terceiro Setor nos vários Estados que atualmente vêm optando pela descentralização política²²⁶. Entretanto, é preciso investigar se a aplicação do aludido princípio é possível diante da realidade constitucional brasileira.

Do latim *subsidiarius, a, um*, a etimologia do vocábulo subsidiário denota o que é da reserva, que vem na retaguarda, que é de reforço. Não obstante a abstração da aludida definição, a noção de subsidiariedade como princípio jurídico assume conteúdos determinados, os quais podem variar de acordo com o enfoque dado pela matéria a ele submetida. Assim, são distintas as acepções do termo subsidiariedade variando de acordo com o contexto no qual seja considerado, como por exemplo, no âmbito econômico e na teoria geral do direito, dentre outros.

No caso da organização da sociedade (análise que interessa para o nosso trabalho), o princípio em exame representa a regra de que “o grupo social só deve atuar quando o indivíduo não tiver condições de agir sozinho, e o Estado só deve intervir quando o grupo social não conseguir por conta própria solucionar a questão.”²²⁷ Portanto, partindo dessa premissa, o Estado passaria para a sociedade a função de principal provedora, colocando-se na posição de auxiliar e estimulador desta última.

Entretanto, adverte José Alfredo de Oliveira Baracho que a subsidiariedade não é sinônimo de Estado mínimo, mas de reorganização das funções do Estado visando, acima de tudo, impedir o avanço intervencionista em prol do pluralismo social:

²²⁶ De acordo com José Alfredo de Oliveira Baracho, o princípio da subsidiariedade aparece como característica da cultura política européia contemporânea, concretizando as atribuições do Estado e das autoridades no pluralismo das comunidades. (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade*, p. 90)

²²⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 51.

A subsidiariedade não deve ser interpretada como um princípio que propõe o Estado mínimo e débil, que se retrai a simples funções de vigilância, resguardo ou arbitragem. Com isto estaria declinando de toda promoção do bem-estar, de toda presença ativa para orientar e articular as atividades humanas. Não objetiva destruir as competências estatais, mas reordena-las, de maneira idônea e responsável. O princípio de subsidiariedade não pode converter-se em seu oposto, isto é, o de ante-subsidiariedade. Nesse último, o homem e as sociedades intermediárias não deveriam fazer tudo que é capaz de fazer o próprio Estado. A inversão da fórmula, contrariando a subsidiariedade, leva a uma posição estatista.²²⁸

Sílvia Faber Torres²²⁹, também defensora da subsidiariedade, vai mais além ao argumentar que o citado princípio não se resume na justificativa para o novo paradigma do Estado mas também no fundamento de elevação da sociedade civil para o primeiro plano da ordem sociopolítica do Estado. Segundo a autora, o Estado teria apenas as funções de resguardar a liberdade, a autonomia e a dignidade humana, devolvendo à sociedade civil as matérias que ela possa realizar de forma mais eficiente.

Ainda que empolgantes os argumentos ora apresentados, entendemos que os mesmos não são suficientes para justificar a aplicação da subsidiariedade ao caso brasileiro. Isso porque o modelo apresentado pela atual Constituição Federal é de um Estado Social comprometido com a promoção direta dos direitos sociais, no qual o ente estatal é o único que possui a responsabilidade primária de realizar os direitos sociais (vide item 3.3.1).

Ainda de acordo com a Constituição, à sociedade, por seu turno, é garantido o exercício de tais direitos, o que significa dizer que ela jamais deixou de figurar no primeiro plano da ordem sociopolítica, como destinatária. De fato, ela é a peça mais importante, é para quem a engrenagem se movimenta, devendo ser servida pelo Estado e, ocasionalmente, servir-se dos direitos sociais por meio de incentivos ou de recursos próprios.

Daí que se o Estado é o primeiro responsável na realização das tarefas sociais, ele jamais poderia ser colocado (colocar-se) em segundo plano ou ainda ser substituído (substituir-se) por alguém que possua responsabilidade em grau inferior ao seu.

²²⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*, p. 48.

²²⁹ TORRES, Sílvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no Direito Público contemporâneo*, p. 3-15.

Portanto, não se sustenta o princípio da subsidiariedade face ao Texto Constitucional.

No tocante à manutenção de um pluralismo social e à eficiente prestação dos direitos sociais, entendemos pela possibilidade de se alcançar tais objetivos com o atual modelo de Constituição, não necessitando, para tanto, de importarmos o princípio da subsidiariedade. Com efeito, quando a atual Carta Política autoriza a participação da sociedade civil (e aqui ressaltamos o papel principal concedido ao Terceiro Setor) na realização dos direitos sociais, ainda que de forma complementar ao Estado, e cria condições para que isso aconteça por meio de incentivos, amplia o fórum social de discussão trazendo para o debate uma infinidade de associações, organismos e entidades (pluralismo social), além de promover o aperfeiçoamento do princípio da eficiência.

Por conta disso, entendemos ser inconstitucional a aplicação do princípio da subsidiariedade no ordenamento jurídico brasileiro.

3.3.2 Os limites da promoção indireta

Verificamos anteriormente que a promoção dos direitos sociais (atividade-fim) não é exclusiva do Estado, tendo este, por seu turno, a responsabilidade primária em realizá-la, independentemente da participação não-estatal. Vimos ainda que o Estado também promove os direitos sociais de forma indireta, mediante a outorga de incentivos a terceiros não-estatais.

Pois bem, quando o Estado promove os direitos sociais de forma indireta, ele proporciona à sociedade (não-estatal), mediante incentivos, que realize, por conta própria, a aludida tarefa. Obviamente, isso não significa eximi-lo da observância dos princípios que sustentam a atuação pública, dentre os quais o da impessoalidade, da legalidade e da moralidade. Pelo contrário, há neste caso a ampliação do alcance dos aludidos princípios, os quais deverão ser observados também pelos “prepostos” do Estado (entes fomentados), haja vista o interesse público das atividades

envolvidas.

Outro ponto que merece destaque é o fato de que o Estado não pode se valer única e exclusivamente da promoção indireta para cumprir a sua responsabilidade neste particular. Pelo contrário, de acordo com o Texto Constitucional é sublime o seu dever em promover diretamente os direitos sociais, ficando a promoção indireta como alternativa complementar. Senão vejamos:

(a) Não obstante toda a abertura concedida à sociedade civil pela Constituição no tocante à promoção do direito à saúde, o artigo 198, por exemplo, estabelece o dever do Estado de criar uma rede pública, regionalizada, descentralizada em cada esfera de governo e que ofereça atendimento integral com prioridade para as atividades preventivas.

(b) Da mesma forma, relativamente à assistência social, o artigo 204 da Constituição é incisivo ao tratar das ações governamentais, determinando que o Estado atue diretamente coordenando e executando as tarefas, sem prejuízo da atuação da sociedade civil (participação indireta).

(c) Outro exemplo ainda é a questão dos sistemas públicos de ensino, os quais, a teor do artigo 211 da Carta Constitucional, deverão ser organizados e prestados pelo Estado. Portanto, o Estado há que dispor de uma estrutura própria para a promoção dos direitos sociais.

No mais, salientamos que a promoção indireta não substitui a direta. Por conta disso, há que ser manejada com muito cuidado para evitar desvios de finalidade e violação aos princípios da administração pública.

Neste sentido, o Tribunal Superior do Trabalho, em decisão paradigmática, detectou a má-utilização, pelo Estado, da promoção indireta do direito à saúde e anulou todo o procedimento. Tratava-se do caso de uma contratação de profissionais da área da saúde, mediante contrato de gestão firmado com uma Organização Social, para que atuassem em instituição de saúde pública. Verificou-se, por conseguinte, que ao se valer do contrato de gestão (promoção indireta) para a prestação dos aludidos

serviços, teria o Estado violado o artigo 37, II da Constituição. Senão vejamos a Ementa do Acórdão:

RECURSO DE REVISTA. NULIDADE POR NEGATIVA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Não é nula a decisão do Tribunal Regional que, observando os limites da lide, entrega a prestação jurisdicional de forma completa, respeitando os dispositivos legais e constitucionais concernentes à matéria. ENTIDADE INTERPOSTA. CONTRATO DE GESTÃO. CONTRATAÇÃO DE TRABALHADORES PARA PRESTAR SERVIÇOS EM FUNDAÇÃO DO GDF. A contratação sem concurso público de trabalhadores por meio de contrato de gestão, por entidade interposta, para prestar serviços em entidade pública, ligados à sua atividade fim, após o advento da Constituição da República de 1988, constitui meio de burlar o princípio constitucional do art. 37, inciso II, § 2º, da Carta Maior, devendo ser considerado nulo tal procedimento. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido.²³⁰

Mais elucidativo é o voto condutor do julgamento, o qual explicita a utilização desvirtuada do contrato de gestão. Verifica-se que ao invés de fomentar a promoção dos direitos sociais, o Estado se valeu do contrato de gestão para suprir deficiência de pessoal na execução de suas atividades-fim (promoção direta), em prejuízo da exigência constitucional de provimento de cargos mediante concurso público:

Interessante ressaltar, no caso em análise, a total inversão na atuação dos protagonistas do ajuste de gestão firmado entre o ICS e o Distrito Federal, já que o primeiro está incumbido de contratar pessoal mediante a adoção do modelo privado celetista, colocando os trabalhadores contratados a serviço do segundo, em diversas esferas de atuação, quando o correto seria o inverso, ou seja, ao segundo incumbiria fornecer os meios necessários à atuação do primeiro, mediante cessão de recursos orçamentários, bens públicos e até servidores públicos, sempre no anseio de possibilitar o cumprimento das metas previstas em contrato. (...) A situação ora versada indica verdadeiro desvio de papéis, cingindo-se o ajuste tão-somente a possibilitar contratação de pessoal sem a exigência do concurso público. Não se pode negar, e nem se quer aqui fazê-lo, a possibilidade de celebração de convênios de gestão, conforme previsão contida nas legislações federais catalogadas sob os números 8.666/93 e 9.970/99 e distrital nº 2.170/98. Porém, faz-se obrigatório sejam assegurados, quando da implementação desses convênios, os princípios inarredáveis que sustentam a atuação pública, dentre os quais o da impessoalidade, da legalidade e da moralidade. (...) Em remate: a contratação indireta de pessoal, por pessoa interposta, mais exatamente o ICS, pessoa jurídica de direito privado, ainda que por meio de contrato de gestão, para o efetivo desempenho de atividades inerentes à atividade fim da entidade de direito público conveniente, configura procedimento contrário ao preceito constitucional que impõe a aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público (CF/88, art. 37, inciso II). (fls. 296/297) (...) No caso vertente concretizou-se a utilização desvirtuada do

²³⁰ BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. Acórdão. Recurso de Revista 16696/2002-900-10-00. Relatora: Juíza Convocada Rosita de Nazaré Sidrim Nassar. Diário da Justiça. Brasília. 23 de maio de 2003.

novo ente, conforme previsto por alguns estudiosos, pois uma entidade intitulada organização social desviou-se de seu objetivo para servir como prestador de serviços públicos. Nesse contexto, tem-se que a regra insculpida no § 2º, do inciso II, do art. 37 da Carta Maior restou malferida pelo v. acórdão do Tribunal Regional, motivo pelo qual CONHEÇO da Revista.

Portanto, a promoção indireta, por si só, não é capaz de eximir a responsabilidade do Estado na função de principal promotor dos direitos sociais, nem tampouco possui o condão de substituir os atos de promoção direta. A ela se atribui o caráter complementar, atuando sempre em conjunto com a promoção direta.

3.3.3 O papel do Terceiro Setor

O papel do Terceiro Setor deriva da função desempenhada pelo domínio não-estatal (sociedade civil), eis que nele está contido. Portanto, atuará em complementação ao Estado na promoção dos direitos sociais utilizando, para tanto, recursos próprios ou incentivos governamentais.

Todavia, dentro da sociedade civil, o Terceiro Setor é, sem sombra de dúvidas, o mais importante ator, conclusão que tiramos dos seguintes pontos:

(a) Primeiramente, pelo respaldo que encontra na própria Constituição, a qual em várias oportunidades fez menção direta às entidades que o compõem, concedendo a elas benefícios e atribuindo responsabilidades que em momento algum foram conferidos para os demais setores da sociedade.

(b) O Terceiro Setor, como nenhum outro, proporciona aos cidadãos a participação ativa nos destinos da sua comunidade, aperfeiçoando, por conta disso, o Estado Democrático de Direito. É forma mais eficiente de engajar a sociedade na solução dos problemas sociais, eis que organiza a participação do cidadão e das empresas, captando recursos e voluntários.

(c) A autonomia do Terceiro Setor permite que ele atue sempre em prol dos

interesses da sociedade, mesmo que para isso tenha que se colocar em posição contrária às políticas de governo.

(d) Respaldo no princípio da solidariedade, busca o Terceiro Setor a eficiência do Estado mediante a realização dos direitos sociais.

(e) As entidades que compõem o Terceiro Setor podem receber uma gama de benefícios do Estado, o qual tem o interesse de fomentar suas atividades por se tratar de uma das formas de promoção dos direitos sociais.

No tocante à importância do Terceiro Setor para a sociedade brasileira invocamos ainda o parecer de Leandro Marins de Souza em obra monográfica sobre o tema:

Sem sombra de qualquer dúvida, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 veio a consolidar as possibilidades de atuação da iniciativa privada em matéria social, como coadjuvante à atuação estatal. Foi a consolidação da participação do Terceiro Setor, motivo que deve ser levado em consideração quando se difunde seu crescimento na década de 90.²³¹

No mesmo sentido, Ruth Cardoso ressalta a importância do Terceiro Setor como instrumento revolucionário dos papéis sociais tradicionais, ao afirmar que:

(...) 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. Isso enriquece e complexifica a dinâmica social.²³²

O Terceiro Setor, em conclusão, não substitui o Estado, mas o complementa na promoção dos direitos sociais. É, enfim, mais um instrumento de promoção dos direitos sociais.

²³¹ SOUZA, Leandro Marins de. *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*, p. 87.

²³² CARDOSO, Ruth. "Fortalecimento da Sociedade Civil", In: IOCHSPE, Evelyn Berg (Org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*, p. 8.

CONCLUSÕES

O presente trabalho tratou de desvendar o verdadeiro papel do Terceiro Setor na promoção dos direitos sociais no Brasil. Para tanto, analisamos individualizada e preliminarmente os direitos sociais e o Terceiro Setor.

No tocante aos direitos sociais, detivemo-nos ao Texto Constitucional de 1988, eis que as Cartas anteriores atribuíram pouca importância aos mesmos. De fato, a atual Constituição foi a primeira a reconhecer o caráter fundamental dos direitos sociais, incluindo-os em título com essa nomenclatura. Antes dela, tais direitos encontravam-se relacionados apenas no capítulo destinado à ordem econômica e social, apresentando-se por meio de normas esparsas e meramente programáticas (ou seja de eficácia limitada).

O conceito de direitos sociais também foi objeto do estudo, oportunidade em que se ressaltamos, além do seu caráter fundamental, outras duas características básicas: a possibilidade de materializarem-se por meio de prestações positivas do Estado e o fato de proporcionarem a realização da igualdade material.

Com relação à realização da igualdade material, restou assente que tais direitos visam condições de efetiva isonomia para todos, o que se dá mediante a participação do Estado, direta ou indiretamente, no plano legislativo ou no plano efetivo de atuação.

No entanto, demos maior ênfase à materialização dos direitos sociais mediante prestações positivas do Estado (direitos sociais prestacionais) por entendermos que a promoção desses direitos também representa o objetivo principal do Terceiro Setor. Neste particular, observamos ainda o problema da efetividade dos direitos sociais, reconhecendo o Terceiro Setor como um meio de assegurá-la.

No mais, apresentamos os direitos sociais como integrantes do núcleo básico do princípio da dignidade de pessoa humana. De fato, considerando que esses direitos

são fundamentais e que formam a matriz axiológica do aludido princípio, podemos afirmar que uma existência humana digna passa obrigatoriamente pela observância dos mesmos.

Já no tocante ao Terceiro Setor, fenômeno definido como uma dentre as três partes da ordem sociopolítica (as outras seriam o Estado e o Mercado) composta por pessoas e entidades de natureza privada (particulares) e que tenha por objetivo a promoção dos direitos sociais de forma voluntária e sem a finalidade lucrativa, a pesquisa acompanhou a sua evolução na sociedade brasileira, comprovando que seu surgimento está ligado à estreita relação entre o Estado e a Igreja Católica. Inicialmente possuindo o caráter meramente caritativo, com o passar do tempo suas feições foram mudando para uma posição de empresariamento de serviços auxiliares do Estado, estágio que atualmente se encontra.

Juntamente com o conceito jurídico do Terceiro Setor, apresentamos as três idéias entendidas como fundamentais para a sua atual configuração, quais sejam, a iniciativa individual em prol do bem público, o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito (princípio da eficiência da administração) e a solidariedade, que é a prática espontânea, pela iniciativa privada, de ações não lucrativas em prol da sociedade. Com isso, estabelecemos a ligação entre Terceiro Setor e direitos sociais, permitindo o prosseguimento da pesquisa com o enfrentamento do tema principal.

Portanto, partindo das premissas anteriormente citadas, questionamos se seria legítima a intervenção do Terceiro Setor no sentido de realizar os direitos sociais prestacionais, os quais, *a priori*, seriam de responsabilidade do Estado. Após uma análise do Texto Constitucional, respondemos positivamente a questão proposta, a qual se resolve em dois argumentos básicos: a não-exclusividade do Estado na realização da tarefa de implementar os direitos sociais e; a possibilidade do Estado em promover os direitos sociais de forma indireta, o que para nós representa permitir, mediante incentivos, a participação do Terceiro Setor.

Visto isso, passamos a delimitar os papéis desempenhados pelo Estado e, mormente, pelo Terceiro Setor na tarefa da promoção dos direitos sociais, quando

então concluímos que a responsabilidade do Estado em promover os direitos sociais de forma direta é primária, devendo ele atuar até o limite de suas forças ao passo que à sociedade civil coube o importante papel de complementar a atuação estatal, atuando de forma complementar. Assim sendo, o Estado jamais poderia ser colocado (colocar-se) em segundo plano ou ainda ser substituído (substituir-se) por alguém que possua responsabilidade em grau inferior à sua, não se sustentando, particularmente no que tange aos direitos sociais, o princípio da subsidiariedade face ao Texto Constitucional.

O papel do Terceiro Setor, por seu turno, deriva da função desempenhada pelo domínio não-estatal (sociedade civil), eis que nele está contido. Portanto, atuará em complementação ao Estado na promoção dos direitos sociais utilizando, para tanto, recursos próprios ou incentivos governamentais.

Por fim, ressaltamos que dentro da sociedade civil, o Terceiro Setor é, sem sombra de dúvidas, o mais importante ator, o que consideramos (a) pelo respaldo que encontra na própria Constituição, a qual em várias oportunidades fez menção direta às entidades que o compõem, concedendo a elas benefícios e atribuindo responsabilidades que em momento algum foram conferidos para os demais setores da sociedade; (b) por proporcionar aos cidadãos a participação ativa nos destinos da sua comunidade, aperfeiçoando, por conta disso, o Estado Democrático de Direito; (c) pela prerrogativa de poder atuar sempre em prol dos interesses da sociedade, mesmo que para isso tenha que se colocar em posição contrária às políticas de governo; (d) pela busca da eficiência do Estado mediante a realização dos direitos sociais e; (e) pelo fato das entidades que o compõem possuírem uma gama de benefícios do Estado, o qual tem o interesse de fomentar suas atividades por se tratar de uma das formas de promoção dos direitos sociais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri/Espanha: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. "Introdução: Aspectos constitucionais". In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Comentários à Constituição do Brasil*. vol.2, São Paulo: Saraiva.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política. A filosofia política e as lições dos clássicos*. 9ª Tiragem, São Paulo: Editora Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa (Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade)*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____; ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*. 4.ed. Brasília: OAB Editora, 2002.

_____. *Do Estado liberal ao Estado Social*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei, nº 8.031, de 12 abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>> Acesso em 30.09.2004.

_____. Lei, n.º 9608, de 18 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre o serviço voluntário e dá outras providências. Disponível em <[http:// www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)> Acesso em 06.10.2004.

_____. Lei, n.º 9638, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em <[http:// www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)> Acesso em 12.10.2004.

_____. Lei, n.º 9790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em <[http:// www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)> Acesso em 30.09.2004.

_____. Decreto, n.º 3100, de 30 de junho de 1999. Regulamenta a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em <[http:// www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)> Acesso em 30.09.2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário de número 271286 AgR / RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 12 de setembro de 2000. Ementário, Brasília, v. 02013-07, P.01409.

_____. Superior Tribunal do Trabalho. Acórdão. Recurso de Revista 16696/2002-900-10-00. Relatora: Juíza Convocada Rosita de Nazaré Sidrim Nassar. Diário da Justiça. Brasília. 23 de maio de 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. “O Estado Adjetivado e a Teoria da Constituição”. In: *Revista Interesse Público*. n. 17, p. 13-24, 2003.

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”. In: *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, n. 15, p. 7-17, abril-junho 1996.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4.ed. Coimbra: Livraria Almedina.

_____ ; e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 2.ed. Coimbra/Portugal: Coimbra Editora.

CARDOSO, Ruth. "Fortalecimento da Sociedade Civil". In: IOCHSPE, Evelyn Berg (Org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

CARRAZA, Roque. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 7.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COELHO, Simone de Castro Tavares. *Terceiro Setor. Um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*. 2.ed. São Paulo: Senac Editora, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar Editora, 2003.

DEMO, Pedro. *Solidariedade como efeito de poder*. São Paulo: Editora Cortez, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16.ed., São Paulo: Atlas, 2003.

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

FGV, 2004.

FALCONER, Andres Pablo. "A promessa do Terceiro Setor. Um estudo sobre a construção do papel das organizações sem fins lucrativos e do seu campo de gestão". São Paulo, 1999. Disponível em: <http://www.rits.org.br/acervo_teste/ac_home_intro.cfm > Acesso em 31.07.2004.

FERNANDES, Rubem César. "O que é o Terceiro Setor". In: IOCHSPE, Evelyn Berg (Org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

_____. *Privado porém público: o Terceiro Setor na América Latina*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

FERRAREZI, Elisabete e REZENDE, Valéria. "OSCIP — Organização da sociedade civil de interesse público: a lei 9.790/99 como alternativa para o terceiro setor". 2.ed. Brasília: Comunidade Solidária, 2002. Disponível em <<http://www.mj.gov.br/snj/oscip.htm>> Acesso em 15.09.2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado*. São Paulo: Manole, 2003.

_____. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

HAUS, Paulo. "A Lei das OSCIPS". In: *Coleção Do Averso ao Direito. Terceiro Setor: Fundações e entidades de interesse social*. v. 4. Vitória: CEAFF, 2004.

_____. "Fortalecer a sociedade civil para fortalecer a democracia.: reflexões sobre a legislação para o Terceiro Setor. São Paulo", 2004. Disponível em <http://www.socioambiental.org/inst/docs/download/paulo_hauss.pdf> Acesso em

03.08.2004.

HAYEK, Friedrich August. *Law, Legislation and Liberty*, v.3. Chicago: University of Chicago Press, 1979.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

LANDIM, Leilah. *A Invenção das ONGs — do serviço invisível à profissão sem nome*. 1993. 239 p. Monografia (Doutoramento em Antropologia Social) — Museu Nacional e Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1993.

LANZONI, Augusto. *Iniciação às ideologias políticas*. São Paulo: Ícone, 1986.

LAVILLE, J.-L. et al. "Third System: A european Definition". Trento, 2002. p. 3. Disponível em <<http://www.jhu.edu/~istr/networks/europe/Trento.meeting.html>> Acesso em 05.08.2004.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação Civil Pública*. São Paulo: LTr, 2001.

MACHADO JÚNIOR, José Teixeira. REIS, Heraldo da Costa. *A lei 4.320 comentada*. 25.ed. Rio de Janeiro: IBAM, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1988.

MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELO, Vanessa Paternostro. *Terceiro Setor e interorganizações: uma análise crítica a partir da realidade baiana*. 2002. 178 p. Monografia (Mestrado em Administração)

— Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. “Sobre o papel do Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988”. In: HOLLENSTEINER, Stephan (Org.). *Estado e Sociedade Civil no Processo de Reformas no Brasil e na Alemanha*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

MENDES, Luiz Carlos Abreu. “Visitando o “Terceiro Setor” (ou parte dele)”. Brasília, 1999. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/pub/td/td_99/td_647.pdf > Acesso em 28.07.2004.

MODESTO, Paulo. “Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil”. In: *Revista Direito Público Notadez*. n. 1, 1999, p. 32-47.

MORAES, Alexandre de. *Reforma administrativa: emenda constitucional nº 19/98*. 4.ed. São Paulo: Atlas Editora, 2001.

MORAES, José Diniz de. *A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 105-148.

_____. “O princípio da solidariedade”. In PEIXINHO, Monoel Messias; GUERRA, Isabela Franco e NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.) *Os princípios na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 169.

MOREIRA, Egon Bockman. “Processo Administrativo e Princípio da Eficiência”. In: SUNDFELD, Carlos Ari e MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coord.) *As Leis de Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. "Terceiro Setor". In: *Revista da Faculdade de Direito da UNIFACS*, v. 1, 2001, p. 77.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia — Introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e Entidades de Interesse Social - Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. 5.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Org.). *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

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

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.

ROSANVALLON, Pierre. *A Crise do Estado-Providência*. Brasília: Editora UNB, 1997.

SALAMON, Lester M. et al. *Global Civil Society: Dimensions of the Nonprofit Sector*. Baltimore: John Hopkins Center for Civil Society Studies, 1999.

_____. "Estratégias para o fortalecimento do Terceiro Setor". In: IOSCHPE, Evelyn Berg (org.), *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. "A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado". In: *SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOCIEDADE E A REFORMA DO ESTADO*, São Paulo, 2004. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/gestao/conteudo/publicacoes/reforma_estado/Seminario/semin_a.htm>. Acesso em 12.07.2004.

_____. *A Crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência. Para um*

novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

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

_____. “Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988”. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 11 de janeiro de 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

SCAFF, Fernando Facury. “Contrato de Gestão, Serviços Sociais Autônomos e Intervenção do Estado”. In: *Revista Interesse Público*. n. 12, 2001, p. 72.

SERPA, Maria do Carmo Aboudib Varella. “Terceiro Setor: Retrospectiva histórica, avanços e desafios”. In: *Coleção Do Avesso ao Direito. Terceiro Setor: Fundações e entidades de interesse social*. v. 4. Vitória: CEAFF, 2004.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, 15.ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

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

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SZAZI, Eduardo. *Terceiro Setor: regulação no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Peirópolis, 2000.

TÁCITO, Caio. "Radiografia da Constituição". *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Volume 196 — Abril/Junho 1994, p. 1-6.

TORRES, Sívia Faber. *O princípio da subsidiariedade no Direito Público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

WILLIAMSON, J.; KUCZYNSKI, P. *Depois do Consenso de Washington*. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZAVASKI, Teori Albino. "Direitos Fundamentais de Terceira Geração". In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Rio Grande do Sul, vol. 15, p. 227, 1998.