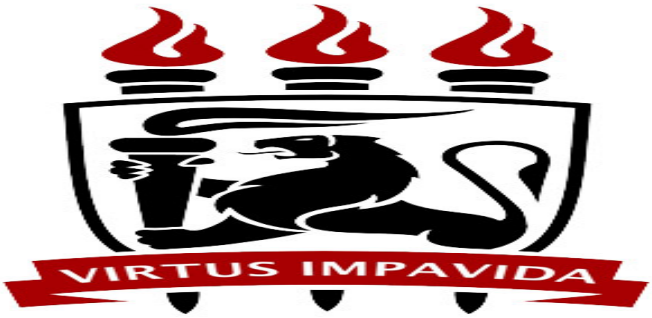


**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO**
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**
**FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE**
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**
**DOUTORADO**

**LUCIANA DE MEDEIROS FERNANDES**

# REFORMA DO ESTADO E TERCEIRO SETOR (AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E OS DESVIRTUAMENTOS DOS MODELOS DE IMPLANTAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA)

**Recife, novembro de 2007.**

**LUCIANA DE MEDEIROS FERNANDES**

# REFORMA DO ESTADO E TERCEIRO SETOR (AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E OS DESVIRTUAMENTOS DOS MODELOS DE IMPLANTAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA)

**Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, para a obtenção do grau de doutora.**

**Orientador: Professor Doutor Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti**

**Área de concentração: Direito Público**
**Linha de pesquisa: Estado, Poder Regulador e Tributação**
**Tema geral: A reforma administrativa no Brasil**

**Recife, novembro de 2007.**

Fernandes, Luciana de Medeiros.

Reforma do Estado e terceiro setor: as organizações sociais e os desvirtuamentos dos modelos de implantação na Administração Pública brasileira/Luciana de Medeiros Fernandes. – Recife: O Autor, 2007.

430folhas

Tese(doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2007.

Inclui bibliografia.

1. Administração Pública – Brasil. 2. Brasil. [Lei nº 9.637, de 15.05.1998]. 3. Brasil. [Lei nº 9.790, de 23.03.1999]. 4. Organização social – Legislação – Brasil. 5. Organizações da sociedade civil de interesse público. 6. Sociedade civil – Organizações – Legislação – Brasil. 7. Terceiro setor – Desvirtuamento. 8. Subsidiariedade – Parceria – Direito Administrativo. I. Título.

| | | |
|---|---|---|
| 35(81) | CDU (2.ed.) | UFPE |
| 342.8106 | CDD (22.ed.) | BSCCJ2007-025 |

**LUCIANA DE MEDEIROS FERNANDES**

**REFORMA DO ESTADO E TERCEIRO SETOR**
**(AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E OS DESVIRTUAMENTOS DOS MODELOS DE IMPLANTAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA)**

Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, para a obtenção do grau de doutora.

DATA DE APROVAÇÃO: _____ CONCEITO: _____

BANCA EXAMINADORA

**Professor Doutor FLÁVIO DA CUNHA REZENDE** (Centro de Filosofia e Ciências Humanas – Universidade Federal de Pernambuco)

_____

**Professor Doutor EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR** (Centro de Ciências Jurídicas – Universidade Federal do Rio Grande do Norte)

_____

**Professor Doutor MICHEL ZAIDAN FILHO** (Centro de Ciências Jurídicas – Universidade Federal de Pernambuco)

_____

**Professor Doutor RAYMUNDO JULIANO DO REGO FEITOSA** (Centro de Ciências Jurídicas – Universidade Federal de Pernambuco)

_____

**Professor Doutor IVO DANTAS** (Centro de Ciências Jurídicas – Universidade Federal de Pernambuco)

_____

Suplentes: **Professor Doutor AURÉLIO AGOSTINHO DA BÔAVIAGEM** (Centro de Ciências Jurídicas – Universidade Federal de Pernambuco) e **Professor Doutor MARCELO MEDEIROS** (Centro de Filosofia e Ciências Humanas – Universidade Federal de Pernambuco)

LUCIANA DE MEDEIROS FERNANDES

# REFORMA DO ESTADO E TERCEIRO SETOR
# (AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E OS DESVIRTUAMENTOS DOS MODELOS DE IMPLANTAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA)

Tese apresentada à Faculdade de Direito do Recife, Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, na área de concentração Direito Público, sob a orientação do Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito.

MENÇÃO GERAL: Aprovada com Distinção

Prof. Dr. FRANCISCO IVO DANTAS CAVALCANTI (Presidente – UFPE)
Menção: Distinção Assinatura: _____

Prof. Dr. FLÁVIO DA CUNHA REZENDE (1º Examinador Externo – UFPE)
Menção: Distinção Assinatura: _____

Prof. Dr. EDÍLSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR (2º Examinador Externo – UFPE)
Menção: Distinção Assinatura: _____

Prof. Dr. MICHEL ZAIDAN FILHO (3º Examinador Interno – UFPE)
Menção: Distinção Assinatura: _____

Prof. Dr. RAYMUNDO JULIANO REGO FEITOSA (4º Examinador Interno – UFPE)
Menção: Distinção Assinatura: _____

Prof. Dr. Torquato da Silva Castro Júnior
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Recife, 3 de dezembro de 2007.

**Ao meu pai, para sempre no meu coração, certa de que voltarei a segurar a sua mão.**
"Suspiros dessa saudade/Que no meu peito se encerra."*

**À minha mãe, por toda integridade, ternura e fortaleza, com que dá sentido à vida.**
"Tens aclarado o meu viver incerto,/Tornando a vida, - sáfaro deserto, -/
Num jardim de beleza e poesia."**

* Trecho do poema "Saudades", de Casimiro de Abreu (In: **Grandes poemas do romantismo brasileiro**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995. p. 103).
** Trecho do poema "Palavras à minha mãe", de Carlyle Martins (In: Carvalho, Edgar (org.). **Mãe:** poema de amor. Rio de Janeiro: Gráfica Editora Aurora, 1957. p. 27).

## AGRADECIMENTOS

A Deus, proteção e amparo.

À minha família, amor incondicional: meu pai-hombridade, minha mãe-humanidade, meus irmãos-inseparáveis Marcinha, Leo e Cil (e, de Cil, vem Cadu), cientistas muito mais sensíveis do que eu busco ser, o que se pode constatar da obra “Arquitetura em Preto e Branco: uma proposta de anteprojeto para um cine-teatro de arrabalde”, de Márcia de Medeiros Fernandes; dos artigos “Imunidades Tributárias”, “Crimes Eleitorais”, dentre outros, de Leonardo de Medeiros Fernandes; e do trabalho “Caminhos do Brasil”, sobre a História dos Transportes, tendo por colaboradora a tão jovem Cicília Maria de Medeiros Fernandes.

A Jorginho, felicidade, simplesmente, um espírito nobre formado por seus pais, dotado de uma profunda preocupação humanista e social, tão raramente encontrada no nosso mundo de hoje.

Ao Professor Doutor Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, dedicação à judicatura e à ciência, expressão de inteligência e dinamismo, um referencial, como um pai.

Ao Professor Doutor Ivo Dantas, disponibilidade para ajudar sempre.

À Universidade Federal de Pernambuco e ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, caminhos de formação.

A Josi, pelo carinho e pela atenção aos procedimentos administrativos da Pós-Graduação.

Aos amigos de verdade, especialmente a Francisco Antônio de Barros e Silva Neto e Sandra Pires Barbosa, alegria no êxito, apoio na dor.

A todos os brasileiros que, num mundo cada vez mais marcado pelo individualismo brutal e pela desonestidade, perseveram, trabalham de sol-a-sol, lutam arduamente por uma vida digna, mantêm acesos o amor ao próximo, a probidade e a verdade, pois da sua labuta, do seu esforço e dos seus valores vem a sustentação material e finalística dos nossos estudos, especialmente realizados numa instituição pública, o que é motivo de orgulho e, ao mesmo tempo, de consciência de comprometimento social, para o que buscaremos fazer o nosso melhor.

“Se as coisas são intangíveis ... ora!
Não é motivo para não querê-las ...
Que tristes os caminhos, se não fora
A presença distante das estrelas!”***

“[...] Existe é homem humano. Travessia.”****

[...] Mas a grande desconhecida é a sociedade. Quando as pessoas se dilaceram é o fim de tudo.” *****

*** Poema “Das Utopias”, de Mário Quintana. (In: **Antologia poética**. Porto Alegre: L&PM, 2001. p. 36).
**** Trecho final de ROSA, Guimarães. **Grande sertão**: veredas. 26. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 538.
***** BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo**: Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2003. p. 57.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Reforma do Estado e terceiro setor:** as organizações sociais e os desvirtuamentos dos modelos de implantação na Administração Pública brasileira/Luciana de Medeiros Fernandes. – Recife: O Autor, 2007.

## RESUMO

O estudo tem por objeto as organizações sociais – também denominadas organizações públicas (voltadas ao interesse geral) não-estatais (situadas fora do firmamento do Estado) –, que integram o denominado terceiro setor no Brasil, e, mais precisamente, as organizações sociais, instituídas pela Lei nº 9.637, de 15.05.1998, e as organizações da sociedade civil de interesse público, desenhadas na Lei nº 9.790, de 23.03.1999. Não se trata, contudo, de uma análise que se resuma à averiguação da natureza, da estrutura, da dinâmica, do funcionamento, do regime, das formas de controle e dos procedimentos típicos das instituições nomeadas – conquanto essas particularidades constituam etapa relevante e inafastável da investigação, à medida que serão contribuintes da construção da proposição científica. Trata-se, de modo mais ampliado, de examinar, pormenorizadamente, os conceitos essenciais associados – como os de subsidiariedade, de parceria e de sociedade civil –, o panorama – nacional e internacional, político, econômico e jurídico – no qual as organizações sociais foram concebidas, os tipos predecessores, os modelos que lhes serviram à gestação, os escopos que seu estabelecimento pretendeu realizar segundo as vozes dos teóricos, as diferenças e aproximações entre os padrões adotados, as experiências assemelhadas vivenciadas em outros ordenamentos jurídicos, bem como – e fundamentalmente – os desvios que se tem percebido entre o teor dos discursos de implementação das mencionadas organizações públicas não-estatais, produtoras de serviços sociais e a realidade de implantação, descaminhos esses que têm refletido, de forma incisiva, a incongruência e a inconsistência do programa estatal de estímulo à iniciativa social e à democratização – um dos núcleos da reforma do Estado Administrante – ou, dito de outro modo, os paradoxos da reformação do Estado nesse tocante, na medida em que o instrumento arquitetado não parece atender aos fins da arquitetura – ou, pelo menos, aos desígnios confessados. Em síntese, a pesquisa doutoral consiste numa análise crítica do processo de reforma da Administração Pública brasileira, no que se refere, em particular, à instituição das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público, frente à motivação de base declarada à sua edificação.

Palavras-chave: Reforma do Estado. Administração Pública. Organizações sociais. Organizações da sociedade civil de interesse público. Subsidiariedade. Parceria. Sociedade civil.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Reforma do Estado e terceiro setor:** as organizações sociais e os desvirtuamentos dos modelos de implantação na Administração Pública brasileira/Luciana de Medeiros Fernandes. – Recife: O Autor, 2007.

## ABSTRACT

This study aims at analysing social organisations – also known as non-state public organisations (centered on general interest and situated outside the State sphere) -, which integrate the third sector in Brazil, and more precisely the social organisations established according to Law nº 9.637 of May 15, 1998, and the civil society organisations of public interest constituted according to Law nº 9.790 of March 23, 1999. However, it is not an analysis which is strictly related to the study of the nature, structure, dynamics, operation, regime, forms of control and the typical procedures of these institutions – although these specificities constitute a relevant and indispensable stage of investigation, as they will contribute to frame the research proposal. The aim is to examine in detail the associated essential concepts such as subsidiarity, partnership and civil society –, the national and international, political, economic and legal framework in which social organisations have been conceived, the predecessor types, the models which were used during the gestation process, the scopes aimed at according to the theoreticians, the differences and similarities between the adopted standards, the similar experiences lived in other legal orders, as well as – and fundamentally – the perceived deviations between the tenor of the implementation discourse of the referred non-state public organisations that are producers of social services and the reality of their establishment. These deviations have been reflecting in an incisive manner the incongruence and inconsistency of the state programme whose aim is to stimulate social initiative and democratisation – one of the cores of State Administration reform – or, in other words, the paradox of State reform in this respect, as the designed tool does not seem to fulfill the objectives of the plan – or at least the declared plans. In summary, this research consists of a critical analysis of the reform process of the Brazilian Public Administration concerning, in particular, the establishment of social organisations and civil society organisations of public interest considering the basic motive behind their implementation.

Keywords: State Reform. Public Administration. Social organisations. Civil society organisations of public interest. Subsidiarity. Partnership. Civil society.

(tradução realizada por Fatiha Dechicha Parahyba)

FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Reforma do Estado e terceiro setor:** as organizações sociais e os desvirtuamentos dos modelos de implantação na Administração Pública brasileira/Luciana de Medeiros Fernandes. – Recife: O Autor, 2007.

## RÉSUMÉ

Ce travail vise à analyser les organisations sociales – connues aussi comme organisations publiques non étatiques (axées sur l´intérêt général et situées en dehors de la sphère de l´État) -, qui intègrent le troisième secteur au Brésil, et plus précisément, les organisations sociales établies par la Loi nº 9.637 du 15 mai 1998 et les organisations de la société civile d´intérêt public, constituées par la Loi nº 9.790 du 23 mars 1999. Cependant, il ne s´agit pas d´une analyse qui se résume à une étude de la nature, la structure, la dynamique, du fonctionnement, du régime, des formes de controle et des procédures typiques des institutions mentionnées – quoique ces particularités constituent une étape importante et indispensable de la recherche à mesure qu´elles vont contribuer à la construction du projet de recherche. Il s´agit beaucoup plus d´examiner en détail les concepts essentiels associés – comme la subsidiarité, le partenariat et la société civile –, le panorama national et international, politique, économique et juridique dans lequel les organisations sociales ont été conçues, les types prédecesseurs, les modèles qui leur ont servi pour leur gestation, les buts prétendus selon les théoriciens, les différences et similarités entre les modèles adoptés, les expériences similaires vécues dans d´autres ordres juridiques, ainsi que – et fondamentalement – les déviations entre la teneur du discours de la mise en oeuvre des organisations publiques non étatiques mentionnées, productrices de services sociaux, et la réalité de leur établissement. Ces déviations reflètent, d´une façon incisive l´incongruité et l´inconsistence du programme étatique d´incitation à l´initiative sociale et à la démocratisation – un des noyaux de la réforme de l´État Administrant – ou**,** autrement dit, les paradoxes de la réforme de l´État relatifs à ce sujet, puisque l´ínstrument projeté ne semble pas répondre aux objectifs du plan – ou, tout au moins, aux plans déclarés. En résumé, cette recherche de doctorat consiste en une analyse critique du processus de réforme de l´Administration Publique brésilienne, particulièrement, en ce qui concerne, la constitution des organisations sociales et des organisations de la société civile d´intérêt public, considérant le motif de base de leur implantation.

Mots-clés: Réforme de l´État. Administration Publique. Organisations sociales. Organisations de la société civile d´intérêt public. Subsidiarité. Partenariat. Société civile.

(tradução realizada por Fatiha Dechicha Parahyba)

FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Reforma do Estado e terceiro setor:** as organizações sociais e os desvirtuamentos dos modelos de implantação na Administração Pública brasileira/Luciana de Medeiros Fernandes. – Recife: O Autor, 2007.

## RESUMEN

El estudio tiene por objeto las organizaciones sociales – también denominadas organizaciones públicas (volcadas al interés general) no-estatales (ubicadas fuera del firmamento del Estado) –, que integran el denominado tercer sector en Brasil, y, más precisamente, las organizaciones sociales, instituidas por la ley nº 9.637, de 15.05.1998, y las organizaciones civiles de interés público, delineadas en la ley nº 9.790, de 23.03.1999. No se trata, sin embargo, de un análisis que se resume a la averiguación de la naturaleza, de la estructura, de la dinámica, del funcionamiento, del régimen, de las formas de controle y de los procedimientos típicos de las instituciones nombradas – si bien que esas particularidades constituían etapa relevante e inseparable de las investigaciones, a la medida que serán contribuyentes de la construcción de la proposición científica. Se trata, de modo más ampliado, de examinar, pormenorizadamente, los conceptos esenciales asociados – como los de subsidiariedad, de partilla y de sociedad civil –, el panorama – nacional e internacional, político, económico y jurídico – en el cual las organizaciones sociales fueran concebidas, los tipos predecesores, los modelos que servirán a la gestación, los intentos que su establecimiento pretendió realizar conforme las voces de los teóricos, las diferencias y aproximaciones entre los patrones adoptados, las experiencias semejantes vividas en otros ordenamientos jurídicos, así como – y fundamentalmente los desvíos que se han percibido entre la cualidad de los discursos de implementación de las mencionadas organizaciones públicas no-estatales, productoras de servicios sociales y la realidad de implantación, descaminos esos que han reflejado, de forma incisiva, la incongruencia y la incosistencia del programa estatal de estímulo a la iniciativa social y a la democratización – uno de los núcleos de la reforma del Estado Administrante – o, dicho de otro modo, las paradojas de la reformación del Estado en ese tocante, en la medida en que el instrumento arquitectado no parece atender a los fines de la arquitectura – o, por lo menos, a los designios confesados. En síntesis, la pesquisa doctoral consiste en un análisis critico del proceso de reforma de la Administración Pública Brasileña, en lo que se refiere, en particular, a la institución de las organizaciones sociales y de las organizaciones de la sociedad civil de interés público, frente a la motivación de base declarada a su edificación.

Palabras-clave: Reforma del Estado. Administración Pública. Organizaciones sociales. Organizaciones de la sociedad civil de interés público. Subsidiariedad. Partilla. Sociedad civil.

(tradução realizada por Márcia de Medeiros Fernandes)

# SUMÁRIO

**INTRÓITO: Soberania e direito administrativo em tempos de mudança.....15**

**a) Delimitando o objeto. .....19**
**b) Situação do tema e sua importância. .....22**
**c) Plano da tese.....24**
**d) Considerações metodológicas. .....26**

**PARTE PRIMEIRA: Premissas conceituais de análise. .....30**

**Capítulo 1. Uma demarcação para o conceito de serviço público.....31**

**a) O serviço público para os clássicos e considerada a doutrina estrangeira. .....31**
**b) O serviço público no direito brasileiro. .....51**
**c) Uma percepção preludial dos serviços públicos. .....64**

**Capítulo 2. Remodelações da organização política moderna e reforma do Estado Administrante – Fatores da culminância e do decaimento dos padrões de Estado e redirecionamento da Administração Pública. .....69**

**a) O Estado imperioso. .....71**
**b) O Estado ausente (nem tanto assim). .....73**
**c) O Estado interferente. .....86**
**d) O Estado menor (mas bem menor mesmo).....94**
**e) O Estado secundário e a (neo)Administração Pública: situação do tema a partir do caso brasileiro. .....113**

**Capítulo 3. A tese da coordenação: subsidiariedade e parceria. Definindo o terceiro setor. .....126**

**3.1. O quadro de princípios regentes da Administração Pública contemporânea e sua inclusão constitucional. .....133**

**3.2. O princípio da subsidiariedade e sua incidência no âmbito do Direito Administrativo. .....144**

**3.2.1. Origem e evolução do conceito. .....145**
**3.2.2. As perspectivas interna e externa de atuação do Estado subsidiário: corpos sociais autônomos intermediários para a satisfação de interesses locais e processos agregadores internacionais em assuntos de índole global. .....149**
**3.2.3. Corporificação do princípio da subsidiariedade na organização da Administração Pública: os fins do Estado. .....156**

**3.3. A aclamação da eficiência como elemento de legitimação do Estado. .....162**

**3.4. O público, o privado e o terceiro como opção. ..... 175**

**3.5. Sociedade civil e democratização. ..... 199**

**3.5.1. Definição de sociedade civil. ..... 205**
**3.5.2. Que democracia? ..... 215**

**PARTE SEGUNDA: Estudo de confronto e exame de antecedentes das organizações da sociedade civil no Brasil. ..... 233**

**Capítulo 1. Um pouco de Direito Comparado. ..... 234**

**1.1. Delimitando o campo do Direito Comparado. ..... 235**

**1.1.1. Terminologia e conceituação preliminar. A história comparada. ..... 235**
**1.1.2. Caracterização: método ou ciência ? ..... 239**
**1.1.3. A relevância da pesquisa comparada. O direito comparado descritivo e o direito comparado aplicado. ..... 240**
**1.1.4. Especificando a investigação no direito comparado. A imprescindibilidade de consideração das famílias do direito. ..... 242**
**1.1.5. O direito administrativo comparado. ..... 245**

**1.2. O terceiro setor nos Estados Unidos da América: a realidade paradigmática. ..... 247**

**Capítulo 2. O terceiro setor no Brasil. ..... 263**

**2.1. Enquadrando o conceito. ..... 263**

**2.2. As entidades de utilidade pública e de fins filantrópicos. ..... 265**

**2.3. Os serviços sociais autônomos. ..... 274**

**PARTE TERCEIRA: O terceiro setor normativo brasileiro. ..... 280**

**Capítulo 1. As organizações sociais. ..... 281**

**1.1. Legislação de regência. A Lei nº 9.637, de 15.05.1998. ..... 281**

**1.2. Conceito, natureza jurídica e particularidades. ..... 296**

**1.3. Processos de qualificação e desqualificação. ..... 301**

**1.4. Estrutura e atuação. ..... 306**

**1.5. O contrato de gestão e as incumbências do Estado. ..... 327**

**1.6. Formas de controle. ..... 338**

**Capítulo 2. As organizações da sociedade civil de interesse público. .....344**

**2.1. Legislação. A Lei nº 9.790, de 23.03.1999. .....344**

**2.2. Definição. .....347**

**2.3. Procedimentos. .....353**

**2.4. O termo de parceria. .....357**

**2.5. Similitudes e dissonâncias no cotejo com as organizações sociais. .....362**

**PARTE QUARTA: A auto-inviabilização do terceiro setor no modelo de Administração Pública gestado no Brasil: incompatibilidades entre a base teórica fundadora e a expressão normativa dita resultante. .....365**

**a) Desvirtuamento do terceiro setor (artificialismo das organizações da sociedade civil e sua concepção como substitutivo de entidades estatais extintas). .....372**
**b) Discricionariedade excessiva atribuída ao Poder Executivo. .....376**
**c) O desarranjo do Texto Constitucional. O fictício conflito entre controle de resultados e controle do ato. .....380**
**d) A evasão ao regime jurídico de direito público. .....382**
**e) A negação dos objetivos da reforma pelo próprio instrumento de implementação (questionamentos sobre eficiência, economicidade, democratização, publicização e transparência). .....383**

**CONCLUSÃO: Destaques analíticos finais. Conscientização social e responsabilidade do Estado. .....386**

**Referências bibliográficas. .....396**

**a) Livros. .....396**
**b) Dicionários. .....417**
**c) Artigos de revistas científicas e de obras coletivas. .....418**
**d) Arquivos doutrinários capturados na internet. .....421**
**e) Normas jurídicas. .....422**
**f) Precedentes jurisprudenciais. .....424**
**g) Outros. .....425**

# INTRÓITO: Soberania e direito administrativo em tempos de mudança.

> "[...]. As duas tarefas que deveriam ser invocadas pela comunidade para enfrentar diretamente as patologias da sociedade atomizada de hoje num campo de batalha verdadeiramente relevante são a igualdade dos recursos necessários para transformar o destino dos indivíduos *de jure* em indivíduos *de facto*, e um seguro coletivo contra incapacidades e infortúnios individuais. O valor da comunidade original, quaisquer que fossem seus deméritos, residia nessas duas intenções. O pensamento único de nossa desregulamentada sociedade de mercado abandona essas tarefas e abertamente as declara contraproducentes [...]/Somos todos interdependentes neste nosso mundo que rapidamente se globaliza, e devido a essa interdependência nenhum de nós pode ser senhor de seu destino por si mesmo. Há tarefas que cada indivíduo enfrenta, mas com as quais não se pode lidar individualmente. O que quer que nos separe e nos leve a manter distância dos outros, a estabelecer limites e construir barricadas, torna a administração dessas tarefas ainda mais difícil. Todos precisamos ganhar controle sobre as condições sob as quais enfrentamos os desafios da vida – mas para a maioria de nós esse controle só pode ser obtido *coletivamente*./Aqui, na realização de tais tarefas, é que a comunidade mais se falta; mas também aqui reside a chance de que a comunidade venha a se realizar. Se vier a existir uma comunidade no mundo dos indivíduos, só poderá ser (e precisa sê-lo) uma comunidade tecida em conjunto a partir do compartilhamento e do cuidado mútuo; uma comunidade de interesse e responsabilidade em relação aos direitos iguais de sermos humanos e igual capacidade de agirmos em defesa desses direitos". (BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003. p. 133-134 – itálico do original)

Em dissertação de mestrado[1], defendida há pouco mais de cinco anos, falava-se sobre soberania. Mais especificamente, a preocupação era como a consideração do conceito de soberania, face aos processos de globalização e, mais particularmente, de integração, haja vista o discurso que se procurava estabelecer, em especial no meio acadêmico, de tomar o Estado como uma instituição em declínio, exatamente pelo apagamento do elemento típico, segundo a compreensão clássica, de qualificação do poder estatal. Naquele estudo, constatou-se que, em verdade, como uma resposta aos fenômenos concebidos pela globalização, os Estados se aliam, unem forças, para conter os efeitos fragmentadores ou esfaceladores dessa nova realidade tão "líquida"[2], procurando resguardar – portanto, confirmam – suas soberanias, ascendendo, em decorrência, as realidades de integração regional.

---

[1] Hoje, livro: FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Soberania e processos de integração**: o novo conceito de soberania em face da globalização (uma abordagem especial quanto às realidades de integração regional). 2. ed. rev.atual. Curitiba: Juruá, 2007. (Pensamento Jurídico). Não se tome a referência como fatuidade, mas apenas como indicação de um ponto de partida para o pensamento.

[2] Expressão tomada de empréstimo de BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. Do mesmo autor, v. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004; **Vida líquida**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007; e **Tempos líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007. Dessa última obra, merece referência o

Por outro lado, contudo, verificou-se a impossibilidade de imunizar totalmente o Estado, de fazê-lo inacessível aos influxos poderosos das idéias tidas por dominantes no hodierno contexto global, do qual é representação mais peculiar a explosão tecnológica na área de informação, que desconsiderou as barreiras físicas e ideológicas dos Estados, conferiu robustez à iniciativa privada apátrida e fundamentou a prédica de despertar da sociedade civil esclarecida[3]. Desse modo, observou-se que os Estados – inclusive o brasileiro – têm passado por várias reformas estruturais, internamente[4], sob o argumento de se modernizarem segundo o ideário globalizador, sob pena de serem marginalizados, em especial no campo econômico, com repercussão inevitável em outras searas, e, no âmbito social, por sua apregoada incapacidade para o atendimento de todas as demandas, dilatadas quantitativa e qualitativamente.

Assim, a delicadeza da situação: o Estado – tendo, ontologicamente, por elementos, o território, o povo e o poder político-jurídico soberano – resiste como modelo de organização política preponderante, mas se vê instado a responder, segundo as limitações que reputar apropriadas – exercício soberano –, às exigências de abertura das fronteiras, com as conseqüências derivadas, para as quais tem empreendido mutações relevantes. Dentre as providências reformistas, entenderam-se, naquele momento – o que ora se ratifica –, representativas e expressivas, as relacionadas ao Estado Administrante, ou seja, à Administração Pública, que viu em releitura conceitos nucleares, como o de serviço público,

---

seguinte excerto: "[...] A tarefa de enfrentar os temores decorrentes das novas incertezas tem sido, da mesma forma que os próprios medos, desregulamentada e 'terceirizada', ou seja, deixada aos esforços e iniciativas locais, e em grande parte privatizada – transferida, em larga medida, para a esfera da 'política de vida', ou seja, deixada amplamente aos cuidados, engenhosidade e astúcia de indivíduos, assim como aos mercados, que não aceitam e eficazmente rejeitam todas as formas de interferência comunal (política), para não falar de controle" (p. 74).

[3] Sobre o assunto, merece, de pronto, referência CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** Tradução de Roneide Venâncio Majer. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. (A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura, 1). Segundo o autor "Ela [a revolução tecnológica atual] originou-se e difundiu-se, não por acaso, em um período histórico de reestruturação global do capitalismo, para o qual foi ferramenta básica. Portanto, a nova sociedade emergente desse processo de transformação é capitalista e também informacional, embora apresente variação histórica considerável nos diferentes países, conforme sua história, cultura, instituições e relação específica com o capitalismo global e a tecnologia informacional" (p. 50). Gilberto FREYRE dizia que "o mundo está, como nunca, a realizar sua própria história de um modo tão imediato que o atual quase não cessa de ser atual ao tornar-se história". E completava: "Tornar-se história de um modo tão abrangente, graças aos modernos meios de informática com relação a ocorrências imediatas [...] história do tempo ainda fluente" (FREYRE, Gilberto. **Insurgências e ressurgências atuais**: cruzamentos de sins e de nãos num mundo em transição. 2. ed. rev. São Paulo: Global, 2006. p. 251).

[4] Isso porque a globalização também é localização. Sobre essa perspectiva ver BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo**: Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2003. p. 31.

noção essa já bastante complexa, pelas inúmeras denominações com as quais se procurou designá-la e pelas várias roupagens com as quais já se tencionou revesti-la[5].

Ocorre que se observou, já naquele instante, uma grande desnaturalidade na absorção, pela reforma, de novas estruturas – ditas mais consentâneas com a situação presentemente estabelecida –, oriunda da significativa pressão exercida no sentido da reformulação da esfera administrativa do "Estado hipertrofiado de ineficiência", o que ocasionou – ou, pelo menos, contribuiu, para – a instalação de incongruências no âmbito do direito administrativo, visíveis a partir do cotejo dos nascentes institutos com a base conceitual e de princípios desse ramo do direito público, a ponto de se falar, até mesmo, no decaimento da supremacia do interesse público sobre o privado, chamado "perigoso postulado"[6], sendo essa a regra de ouro do direito, considerada, segundo se pensa neste trabalho, condição de vida em sociedade[7]. Instalaram-se, outrossim, gritantes inconstitucionalidades, que, a uns, chocam e, a outros, não deveriam ser levadas tão a sério (se é que seriam efetivamente inconstitucionalidades), se os efeitos decorrentes otimizassem os ganhos (resta saber: que proveitos e para quem?).

Inspirou-se, pois, a investigação ora encetada, a partir de um desses novos institutos, acerca da reforma da Administração Pública brasileira, levada a efeito numa contextura de oposição à intangibilidade do Estado, externa e internamente.

Realce-se que uma das mais expressivas manifestações acerca dos efeitos da globalização em relação ao direito administrativo e, mais especificamente, ao Estado

---

[5] Não se pode deixar de registrar uma outra perspectiva, na qual o Estado ainda é visto, em certo sentido, como instrumento importante de contenção da anarquia obstativa do livre fluxo econômico, por isso é mantido, mas não com a estrutura que assumiu, impondo-se sua reconstrução.

[6] MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. A globalização e o direito administrativo. In: _____ (coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Una evaluación de las tendencias del derecho administrativo. Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Anais do Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 549.

[7] A discussão acerca da superação (ou não) da idéia de preponderância do interesse público em relação ao privado será retomada mais adiante. Mas, para adequadamente situá-la, merece transcrição, de pronto, a doutrina de José dos Santos CARVALHO Filho: "Algumas vozes [são identificadas em Daniel SARMENTO, Alexandre Santos ARAGÃO e Humberto ÁVILA] se têm levantado atualmente contra a existência do princípio em foco, argumentando-se no sentido da primazia de interesses privados com suporte em direitos fundamentais quando ocorrem determinadas situações específicas. Não lhes assiste razão, no entanto, nessa visão pretensamente modernista. Se é evidente que o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra o Estado em certos tipos de relação jurídica, é mais evidente ainda que, como regra, deva respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular. A existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio. Este é, na verdade, corolário natural do regime democrático, calcado, como por todos sabido, na preponderância das maiorias. A 'desconstrução' do princípio espelha uma visão distorcida e coloca em risco a própria democracia; o princípio, isto sim, suscita 'reconstrução', vale dizer, adaptação à dinâmica social, como já se afirmou com absoluto acerto [cita-se Alice Gonzalez BORGES, ao lado de Maria Sylvia Zanela DI PIETRO, Celso Antônio Bandeira de MELLO e Lúcia Valle FIGUEIREDO]" (CARVALHO Filho, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17. ed.rev.ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 26).

Administrante, é a fornecida por Sabino CASSESE, com revelação de conceitos importantes para o atual momento reformista. O mencionado autor concebe a figura do direito administrativo global (manifestação da globalização jurídica, ao lado da econômica), contrapondo-o ao direito administrativo doméstico, qualificando o primeiro como multi-polarizado (o nacional tem por pólo único o Estado), com feição mista (há dois níveis: o estatal e o ultra-estatal), do que decorreriam a inexistência de tensão entre centro e periferia e a preferência pela utilização do termo governança (ao invés de governo), com enfoque no ato de governar e não nas instituições governantes. No direito administrativo global, outrossim, desenvolver-se-ia um relevante poder normativo, mas a função executiva teria menor dimensão, se comparada com a exercitada no âmbito do direito administrativo nacional. O direito administrativo interno estaria caracterizado por uma forte carga de imposição, limitando a ação dos cidadãos, ao passo que o direito administrativo global, ao restringir a atuação do Estado (através das exigências de *accountability* e participação, que, na esfera internacional, teriam significado peculiar, consistindo no controle coletivo dos Estados em proteção aos indivíduos), ampliaria a esfera de liberdade dos particulares[8]. É certo que o direito administrativo global, em relação a tais elementos, ainda estaria em fase inicial de desenvolvimento. Assim, no tocante à participação na arena pública global, por exemplo, ter-se-ia:

> [...] Le participazione è assecurata al fine di stabilire um legame tra la società civile e i governi nazionali, tra il governi nazionali e le istituzioni globali, tra i governi nazionali e gli altri governi nazionali, tra le istituzioni globali e le altre amministrazioni internazionali e tra la società civile e le istituzioni globali. Ma tali legame sono stabiliti solitamente senza l'introduzione di un preciso bilanciamento dei potere[9].

A ausência desse balanceio, ao lado da falta de uma adequada definição dos direitos de participação e da obrigação das autoridades de assegurararem essa ação participativa, apontariam para a ainda imaturidade de um sistema de direito administrativo global, especialmente na forma de um *global due process*. De toda maneira, a participação deteria função de legitimação, por se fundar no contato com a sociedade civil, e imporia, não apenas uma *accountability* vertical, de controle das finanças, ilustrativamente, mas, em

[8] Cf. CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. Bari: Laterza, 2007 (especialmente, p. 86-91).

[9] CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. Bari: Laterza, 2007. p. 173: "A participação é assegurada com o fim de estabelecer um vínculo entre a sociedade civil e os governos nacionais, entre os governos nacionais e as instituições globais, entre os governos nacionais e os outros governos nacionais, entre as instituições globais e as outras administrações internacionais e entre a sociedade civil e as instituições globais. Mas tais vínculos são estabelecidos habitualmente sem a introdução de um preciso balaceamento dos poderes" (tradução livre).

especial, uma *accountability* horizontal, o "incremento di influenza dei destinatari della regolazione globale"[10], promovendo a democracia cosmopolita e concretizando o direito de defesa dos particulares. Tais colocações fazem lembrar a concepção do "Estado constitucional cooperativo", definido por Peter HÄBERLE, substitutivamente ao parâmetro identificado pelo Estado constitucional nacional, em que o elemento estatal é relativizado e "a *pessoa* ('idem civis et homo mundi') avança – para além das fronteiras estatais – para o ponto central (comum) da atuação estatal (e inter- ou supra-estatal) [...]"[11].

**a) Delimitando o objeto.**

Em que pese a globalização aparentemente se apresentar como uma realidade espontaneamente irrefreável, independentemente de ideologias, à medida que não se mostra factível conter a aproximação necessária decorrente da informação instantânea, que submete toda e qualquer pessoa, em qualquer parte do mundo simultaneamente à mesma realidade – efeito que também se verifica, por exemplo, em relação às questões ambientais, cujas conseqüências são sentidas independentemente de os cidadãos do Estado serem politicamente de direita ou de esquerda, para usar o arcaico dualismo –, é pacífico que, no seu viés econômico, a globalização teve por base ideológica o neoliberalismo[12].

O Estado neoliberal, reação ao Estado social, elegeu, originariamente, a preocupação monetária, como a mais importante atribuição do ente estatal, que, portanto, deveria se abrir à capacidade contributiva e, sobretudo, produtiva da iniciativa privada, em relação a todos os demais âmbitos de atuação. Segundo seus teóricos mais representativos[13], não mais havia espaço para o Estado como ator principal, devendo ele se limitar à condição de coadjuvante, reconhecendo e estimulando a atuação individual, reintroduzindo-a nos campos que ele havia, tempos atrás, tomado, desarrazoadamente, como atribuição própria. Por esse motivo, a proclamação da terminologia "Estado mínimo". Com espeque nesse marco

[10] CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. Bari: Laterza, 2007. p. 177: "incremento da influência dos destinatários da regulação global" (tradução livre).
[11] HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 71.
[12] Ulrick BECK afirma que, quando se associa a globalização ao neoliberalismo, a designação passa a ser globalismo, para destacar a outra face, a do rolo compressor, que transformaria todos em "Big Macs". Cf. BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo**: Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo:UNESP, 2003. p. 52 e 57. Ou, como dizia Mário QUINTANA, "[...] pensarão eles [os futuros arqueólogos de nossa extinta civilização] que Coca-Cola era o nome do nosso Deus!" (do poema "O supremo castigo", de QUINTANA, Mário. **Prosa e verso**. 8. ed. São Paulo: Globo, 1998. p. 85).
[13] De se destacarem Robert NOZICK, Friedrich HAYEK e Milton FRIEDMAN, a serem detalhados no corpo do trabalho.

ideológico, processaram-se as políticas de desestatização, particularmente as privatizações[14] das empresas, até então estatais, executoras de atividades econômicas. Ultrapassada uma primeira fase de atendimento aos mandamentos neoliberais basilares, reproduzidos essencialmente no Consenso de Washington – embora os fundadores desse documento neguem essa vinculação de origem ao neoliberalismo –, o Estado neoliberal passou, em continuação, a envergar a denominação de Estado subsidiário, de modo a que fosse enfatizado um momento específico de sua transmudação, correspondente, especialmente, ao que se convencionou chamar de parceria para a eficiência com o terceiro setor. Assim, foi alcançada uma outra área de atuação do Estado, a social, concebendo-se a figura do público não-estatal, envolvendo entidades que, a despeito de não integrarem a estrutura do Estado – nitidamente, segundo se afirmou, ineficiente na resposta à procura pelas prestações estatais –, passariam a oferecer, paralelamente ao Estado (e, a depender da forma como se dê, substitutivamente), serviços de interesse público ou de utilidade pública. Note-se que se evitou mesmo nominar essas atividades de serviço público, como forma de evitar a vinculação ao regime jurídico de direito público, reputado engessador e pernicioso. Em termos bastante simplificados – o assunto será mais profundamente abordado ao longo do trabalho –, dever-se-ia favorecer a percepção de que o Estado é apenas um, dentre os vários atores sociais, e, embora sendo o maior (não se nega que é o modelo de organização política vigente), não deveria turvar a aptidão fecunda de instâncias de menor porte, a exemplo das organizações da sociedade civil. Com isso, ao mesmo tempo em que se evitariam posturas de acomodação e de dependência e, portanto, de falta de comprometimento dos cidadãos[15], ampliar-se-ia a rede prestacional e, sobretudo, permitir-se-ia que os próprios interessados selecionassem os interesses a serem atendidos e dirigissem a correlata satisfação, inclusive quanto à opção pelo instrumental[16].

---

[14] Tem-se procurado distinguir os vocábulos desestatização e privatização, limitando-se, o primeiro, a representar a saída do Estado de certas áreas e designando, o segundo, a situação de transmutação da área, do público para o privado. Em outros termos, o primeiro atine ao executor da atividade; o segundo, à atividade em si. V. CARVALHO Filho, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17. ed.rev.ampl.atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 301. No presente trabalho, as expressões serão empregadas com certa equivalência, usando-se "desestatização" como gênero e "privatização" como espécie.

[15] Quando utilizada, essa expressão ("cidadão"), no presente trabalho, não deve ser tomada restritamente (embora esse seja o seu sentido mais rigoroso), para abranger apenas os que cumprem os requisitos que permitem a participação nos processos eleitorais (os que detêm título de eleitor), mas sim ampliativamente para envolver todos os administrados, a dizer, todos os que integram o povo de um Estado.

[16] "Os motivos dessa verdade estão expressos com bastante precisão no dito popular de que as pessoas entendem melhor de suas próprias coisas e de seus próprios interesses, e deles cuidam melhor, do que o faz o governo, ou se pode esperar que o faça" (MILL, John Stuart. **Princípios de economia política**: com algumas de suas aplicações à filosofia social. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996, v. 2. p. 519. (Os Economistas)).

Destarte, invocando noções como as de subsidiariedade, de sociedade civil, de democratização, de terceiro setor e de parceria, foram concebidas pela legislação administrativa brasileira, nos anos de 1998 e 1999, as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público, concretização da idéia de entidades públicas não-estatais. No entanto, a leitura pormenorizada dessas normas legais, especialmente as atinentes às organizações sociais, permite identificar contradições entre as disposições normativas em tela e aqueles conceitos ditos fundadores.

Como compatibilizar atuação estatal subsidiária com exercício de dever constitucional do Estado? Como enxergar em realidades construídas por indução expressão de manifestação de sociedade organizada? Em que sentido se consolida e se aperfeiçoa a democracia considerado o nível de informação e de educação do povo? Como falar em terceiro setor, quando a construção, que é tida como espécie dele, não existiria sem o aparato material e humano disponibilizado pelo primeiro (ou, a depender da perspectiva, segundo) setor? Parceria é meio de colaboração ou de substituição? Além disso, na análise do "terceiro setor normativo" brasileiro, divisam-se incompatibilidades com o Texto Constitucional: também a Constituição passou a ser vista como formalidade a ceder para realização dos fins?

O estudo ora encetado, assim, tem por objeto as organizações sociais – também denominadas organizações públicas (voltadas ao interesse geral) não-estatais (situadas fora do firmamento do Estado) –, que integram o denominado terceiro setor no Brasil, e, mais precisamente, as organizações sociais, instituídas pela Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e as organizações da sociedade civil de interesse público, desenhadas na Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999.

Não se trata, contudo, de uma análise que se resuma à averiguação da natureza, da estrutura, da dinâmica, do funcionamento, do regime, das formas de controle e dos procedimentos típicos das instituições nomeadas – conquanto essas particularidades constituam etapa relevante e inafastável da investigação, à medida que serão contribuintes da construção da proposição científica. Trata-se, de modo mais ampliado, de examinar, pormenorizadamente, os conceitos essenciais associados – como os de subsidiariedade, de parceria e de sociedade civil –, o panorama – nacional e internacional, político, econômico e jurídico – no qual as organizações sociais foram concebidas, os tipos predecessores, os modelos que lhe serviram à gestação, os escopos que seu estabelecimento pretendeu realizar segundo as vozes dos teóricos, as diferenças e aproximações entre os padrões adotados, as experiências assemelhadas vivenciadas em outros ordenamentos jurídicos, bem como – e

fundamentalmente – os desvios que se tem percebido entre o teor dos discursos de implementação das mencionadas organizações públicas não-estatais, produtoras de serviços sociais, e a realidade de implantação, descaminhos esses que têm refletido, de forma incisiva, a incongruência e a inconsistência do programa estatal de estímulo à iniciativa social e à democratização – um dos núcleos da reforma do Estado Administrante – ou, dito de outro modo, os paradoxos da reformação do Estado nesse tocante, na medida em que o instrumento arquitetado não parece atender aos fins da arquitetura – ou, pelo menos, aos desígnios confessados.

Em síntese, a pesquisa doutoral consiste numa análise crítica do processo de reforma da Administração Pública brasileira, no que se refere, em particular, à instituição das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público, frente à motivação de base declarada à sua edificação.

**b) Situação do tema e sua importância.**

A escolha do instituto particularizado objeto dos estudos resultou das marcantes impressões que se firmaram por ocasião do exame da legislação específica relativa às organizações sociais e às organizações da sociedade civil de interesse público e da percepção desse quadro normativo em face dos novos matizes da ordem internacional, cada vez mais determinante das realidades nacionais – note-se, como antes já se destacou, a repercussão dos fatores oriundos dos processos de globalização na reformulação do Estado brasileiro –, bem como diante da ênfase conferida pelas instâncias governamentais à necessidade de incitamento da sociedade como agente construtor e fiscalizador dos assuntos públicos, com a qual se pudessem compartilhar a gestão da coisa pública e a realização do bem comum, distribuindo-se, em decorrência, as responsabilidades correlatas.

Asseverando-se a imprescindibilidade de redimensionamento e de redirecionamento da atuação do Estado, na esfera interna e nas relações internacionais, de forma a evitar a sua falência institucional por inadequação à organização diferenciadora e pluralizadora do sistema internacional e por ineficiência, estrutural e financeira, no cumprimento, pelo ente estatal, de suas obrigações múltiplas, e, bem assim, invocando-se a indispensável promoção da capacidade de ação e do comprometimento da sociedade, chamada a contribuir ativamente na satisfação do interesse público, através de exercício de solidariedade e de voluntariado (cidadania participativa), idealizaram-se as organizações

sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público. Assim, tais instituições exsurgiriam como manifestação da repartição de esforços entre Estado e sociedade, passando, ambos, a se dedicarem, de forma complementar, à prestação de serviços sociais, gerando, em conseqüência, o incremento da eficiência, quantitativa e qualitativa, dessa provisão, com proporcional – à adesão social – redução dos dispêndios públicos.

É certo que não se pode – pelo menos num primeiro momento – qualificar de despropositada a campanha governamental e dos grupos de apoio pela progressiva inclusão da sociedade nas esferas de ação e de decisão em matérias de interesse coletivo. Por óbvio que não se justificam posturas que defendam a imobilidade da sociedade ou a sua acomodação em razão da existência de ente que deva responder integralmente pelo provimento das precisões da comunidade destinatária. As dificuldades inerentes ao mundo contemporâneo, agravadas pela complexificação social, não se coadunam com comportamentos omissivos ou com a concentração dos deveres de satisfação das necessidades da sociedade em um único agente. Nesse sentido, impende realçar a inegável conveniência do estímulo à iniciativa social, bem como a importância da atuação conjunta e complementar do Estado e da sociedade, com a conscientização social quanto à responsabilidade solidária que vincula, com reciprocidade, todos os componentes de uma comunidade. Salientam-se, nesse entrecho, as teorias pluralistas – a exemplo da formulada por Harold LASKI[17] –, que enalteciam a figura dos corpos sociais autônomos, vendo no Estado apenas um dos muitos atores sociais.

O fato, entretanto, é que a legislação editada para regular as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público – e mais especialmente as primeiras – parece retratar uma sistemática muito diferente da que se compatibilizaria com os objetivos de estimulação da sociedade civil e de redução dos gastos públicos, agredindo, outrossim, não raras vezes, o Texto Constitucional. Aspecto de relevo concerne ao artificialismo com que as organizações sociais foram legalmente concebidas, em detrimento da espontaneidade social de que se falava nos pródromos do processo reformador. Demais disso, é possível vislumbrar, também em dissonância com a entoada proposta governamental convertida em lei, não um processo de publicização, mas sim de privatização de serviços sociais extremamente relevantes – e, por que não dizer, estratégicos –, como saúde e educação, de modo que a tese

[17] Cf. LASKI, Harold J. **El Estado Moderno y sus instituciones políticas y económicas**. Traducción de Teodoro Gonzalez García. Barcelona: Libreria Bosch, 1932; LASKI, Harold J. **Introdução à política**. Tradução de Marcelle Soares Brandão. Rio de Janeiro: Zahar, 1964; LASKI, Harold J. **La crisis de la democracia**. Traducción de Armando Bazan. Buenos Aires: Ediciones Siglo Viente. 1950. (Colección Economía y Política Social); LASKI, Harold J. **La libertad en el Estado Moderno**. Traducción de Eduardo Warshaver. Buenos

do compartilhamento de deveres pelos sujeitos sociais tende a se converter na da substituição, pura e simples, dos responsáveis. Demais disso, a previsão legislativa é clara quanto à transferência, pelo Estado, às organizações qualificadas (sem exigência, considerada a lacuna da lei e numa interpretação limitada, de adoção de qualquer processo seletivo da entidade a ser qualificada ou com a qual vai ser firmado o contrato de gestão), de recursos, bens e servidores públicos, que se empregarão, *prima facie*, sob um regime eminentemente privado e, pois, destituído de controle mais rigoroso, que se exigiria para a *res publica*.

A importância do tema é inegável. Trata-se de revelar o perfil do Estado Administrante brasileiro contemporâneo, bem como os antagonismos que tem admitido em nome de uma reformulação, cujas razões e objetivos precisam ser estremados entre as dos discursos de patrocínio e as dispostas na regulamentação.

**c) Plano da tese.**

Postas essas premissas, pretende-se, *ab initio*, como pressuposto mesmo para a compreensão da idéia de reforma do Estado, traçar, ao lado de detalhamento sobre o conceito de serviço público, a linha evolutiva da organização política moderna, apresentando as várias concepções que se conferiu ao Estado, representativas do pensamento político-econômico-jurídico dominante em determinados momentos históricos. Assim, o acompanhamento da passagem do Estado absolutista ao Estado liberal, do Estado liberal ao Estado social, desse ao Estado neoliberal, e a apresentação das características do Estado em sua versão atual, aclamado também sob a denominação de Estado social-liberal, Estado subsidiário ou Estado regulador, permitirão um tratamento mais preciso do tema reforma do Estado.

Da generalidade, passa-se à especificação.

Intenta-se localizar e esmiuçar a reformação do Estado administrante brasileiro, realçando as razões e as etapas da mudança, os fins colimandos com as alterações, os instrumentos inovadores de atuação e, em especial, os novos princípios de regência da Administração Pública. Nesse ponto, convém sublinhar a ênfase que será atribuída aos referidos princípios, haja vista a sua atual fase da juridicidade, identificada pela atribuição de

---

Aires: Editora Abril, 1946; e, finalmente, LASKI, Harold J. **El problema de la soberanía**. Traducción de Armando Bazan. Buenos Aires: Editorial Dedalo, 1960.

normatividade a esses preceitos fundamentais, para o que contribuíram expressivamente os estudos de Ronald DWORKIN[18] e Robert ALEXY[19].

Busca-se, ademais, também a título introdutório, desenvolver conceitos relevantes que se encontram na base da reformulação do Estado Administrador. Nesse sentido, integra as pretensões o detalhamento das noções de subsidiariedade, parceria, eficiência, sociedade civil e democratização. Planeja-se, com essa exposição, definir a subsidiariedade, enquanto em vista das teses de coordenação, de complementariedade e de suplementariedade; a parceria como principal veículo de efetivação do ideal de coexistência compósita; a eficiência como condição de excelência almejada; a sociedade civil, na posição de comparte (mas não subserviente) do (ao) ente estatal; e a democracia, com a especificação do seu sentido perene nas várias descrições que se seguiram desde tempos bastante remotos, na sua relação com o neoliberalismo.

Esse lineamento teórico encaminhará à configuração do terceiro setor.

Tem-se por meta, outrossim, após o delineamento do terceiro setor, a efetivação de um estudo de direito comparado acerca do tema, procurando-se abranger a realidade dos Estados Unidos da América, reputada paradigmática. Com isso, pretende-se revelar os pontos de avizinhamento e de apartamento entre o ordenamento jurídico brasileiro e a ordem jurídica norte-americana.

Aspira-se à descrição e à perquirição crítica acerca de entidades que, no Brasil, antecederam as organizações da sociedade civil e as organizações da sociedade civil de interesse público, com destaque para as entidades de utilidade pública e de fins filantrópicos (essas últimas ora chamadas de entidades beneficentes de assistência social) e para os serviços sociais autônomos. Essa análise permitirá uma mais correta assimilação da linha evolutiva seguida pelo Estado brasileiro na previsão e no disciplinamento dessa modalidade de organização.

Postas essas bases teóricas essenciais, anela-se o estudo das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público, diante das suas leis de regência.

Assim, serão examinados conceito, natureza jurídica, características, regime jurídico, processos de qualificação e desqualificação, ordenação institucional, formas de atuação, modalidades de controle e, especialmente, as figuras do contrato de gestão, no caso

---

[18] Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

[19] Cf. ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, n. 217, jul./set., 1999. p. 67-79.

das organizações sociais, e do termo de parceria, no que se refere às organizações da sociedade civil de interesse público. Serão traçados os pontos de similitude e de dissemelhança entre esses padrões de organizações públicas não-estatais.

Nesse momento, é de se dizer da preocupação que estará presente neste trabalho de verificação da implementação dessas realidades institucionais, especificamente, no Estado de Pernambuco, regionalização essa que se mostra particularmente produtiva, em vista da necessidade de que o estudo tenha conexão com o ambiente que é integrado pelo estudioso mais diretamente.

Finalmente, pretende-se detalhar e discutir as grandes distorções embutidas nas leis das organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público, que estão a ensejar profunda e justificável preocupação com o futuro da prestação de muitos serviços sociais fundamentais e do próprio ente estatal.

Seguir-se-á a conclusão.

**d) Considerações metodológicas.**

A multidisciplinariedade da temática é marcante. O exame limitado ao campo jurídico, que seria em outras situações defeituoso, por ausência de uma consideração contextual, tão cara nos atuais tempos[20], mostra-se ainda mais inapto frente ao objeto de estudo. De fato, no decorrer da investigação, observou-se a inadmissibilidade de tratamento do assunto alheio a conceitos desenvolvidos nos campos das Ciências Políticas, da Sociologia, da Filosofia, da Administração, da Economia e do Serviço Social, sendo a bibliografia espelho dessa realidade. Reforma do Estado e sociedade civil – a visão do "outro" – não estariam adequadamente tratados sem incursão na visão dos cientistas políticos e dos sociólogos. Por isso, foram estudados, dentre outros, Flávio da Cunha REZENDE e Cláudio

[20] V. SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. O autor acentua que "a *hermenêutica contextual* (ou do sentido) não tem sido considerada no campo das Ciências Jurídicas. Perde-se, com essa ausência, um enorme potencial de possibilidades" (p. 17, itálicos do original). Assim, assevera – na especificidade do direito constitucional, mas alargável às outras divisões propedêuticas do direito – a necessidade de consideração dos contextos interno (ou intrínseco, ou "intratexto") e externo (ou "extratexto"), entendendo-se, o primeiro, como a relação entre as realidades parciais e a realidade total, e, o segundo, "a toda a realidade lingüística e não-lingüística, normativa e não-normativa", em que se insere a norma jurídica. E, por fim, afirma: "Chamo de 'positivismo dialético' a essa concepção do direito conformado por influência da infra-estrutura, mas que a ela retorna como parte da realidade toda, influenciando-a, e assim modificada condiciona novas formas jurídicas que retornam ... num processo dialético dinâmico de dominância do real à superestrutura jurídica e influência desta naquela, de modo que a compreensão do Direito legislado (ou não) depende da compreensão da realidade que o condiciona, porque ocorre aí uma conexão de sentido desta para aquele [...]" (p. 18).

SOUTO, ambos vinculados à Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Os questionamentos filosóficos no destramar do universo contemporâneo, com os seus caracteres de crítica e de liberdade, permitem um aprofundamento mais embasado, motivo pelo qual não se poderia deixar de ler, ao lado de outros filósofos, Michel ZAIDAN Filho, uma voz também da UFPE. A nova Administração Pública, de que tanto se fala, sem os freios do regime público, se ancora em técnicas administrativas típicas na iniciativa privada, estudadas nas Ciências da Administração. As mudanças impostas ao Estado Administrador dizem com a realidade econômica peculiar vivenciada pelo ente estatal, que deve ser compreendida, pelo menos, em termos gerais. Nos campos da Administração e da Economia, avulta a literatura norte-americana, o que não seria de estranhar, dada a ligação íntima com o campo empresarial privado. Entretanto, há os que, dominando tais conhecimentos, atribuem a eles uma leitura jurídica otimizante, na busca do controle dos recursos públicos, sem descuidar do escopo de satisfação adequada das necessidades dos cidadãos, papel desempenhado pelas Cortes de Contas. O instante é, ainda, de discursos de patrocínio da adjetivação social (causa social, idéia social, compromisso social, responsabilidade social, tecnologia social, trabalho social, ação social, para listar apenas algumas expressões) e do voluntariado, especialmente tratados no âmbito do Serviço Social[21], tendo sido lidos autores como Rosa Maria Cortês de LIMA, da correspondente área na UFPE. No entanto, é preciso ressaltar que a análise das lições apreendidas nessas outras esferas do conhecer efetivou-se com as limitações próprias àquele que não é versado em específico nessas áreas, embora tenha sido feito um grande esforço no sentido de evitar deformações de compreensão, para o que se buscou apoio em manuais correspondentes – além das obras mais específicas –, que trouxessem as informações conceituais basilares, o que também resta demonstrado a partir da leitura da bibliografia final. O fato é que essas disciplinas foram abraçadas como um auxílio indispensável na construção do pensamento.

Ademais, para o exame almejado, não se pode deixar de realçar a importância da História na correta percepção da realidade em estudo, na medida em que o conhecimento histórico vai iluminar as "tendências presentes pela luz dos acontecimentos passados"[22]. Dizia o poeta que, "[...] ao contemplarmos as cinzas tão azuis do passado, nos sentimos tão grandes

[21] Sobre o assunto, considerado na perspectiva do Estado mínimo, v. particularmente NETTO, José Paulo. **Capitalismo monopolista y servicio social**. Traducción de Carlos E. Montaño. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.
[22] TOYNBEE, Arnold. **História**: função e valor (por que estudar história?). Tradução de Jarbas Maciel. Recife: Imprensa Universitária, 1966. p. 28.

e mais eternizados [...]"[23]. A averiguação histórica é particularmente relevante para que se possa fugir do que Hannah ARENDT chamava de "alienação do mundo", no sentido de que os homens não mais se prestam à contemplação do passado, apenas se dedicando ao que podem gerar, pela sua ação, para o futuro. Destarte, segundo dicção da autora, se, para os gregos, a história era uma forma de "imortalizar" os homens, preservando o que de grandioso deles derivava enquanto homens, aproximando-os, pois, da natureza, essa sim imortal, hoje, pelo descobrimento de que eles, homens, podem "fazer a natureza", os processos de criação passaram a valer de *per si*, independentemente do indivíduo, pois tais processos implicaram a "imortalidade potencial do ser humano". Não concebendo um fim, e, portanto, também o esquecimento, os homens desvinculam-se do passado e desprezam a história[24]. Essa falta de apreço pela contemplação do passado pode gerar uma concepção de mundo defeituosa, pela falta do dado experiência, como conhecimento pela prática ou pela observação. Por outro lado, entretanto, é preciso que se diga que enaltecer a história não é adotar uma posição conservadora, mas buscar a identidade; não é se limitar à narração, mas adotar uma postura ativa[25]. Ainda sobre o passado, diz HOBSBAWM que "ele é uma dimensão permanente da consciência humana, um componente inevitável das instituições, valores e outros padrões da sociedade humana", bem como que "é inevitável fazer comparações entre o passado e o presente", tendo em conta que isso resulta em aprendizado a partir da experiência. Salienta, contudo, como antiquada, a visão de que o presente deve ser uma cópia do passado ou a de que o passado deve ser o modelo para o presente, estreitando-se a utilidade da História a esses limites. Sintetiza, afirmando que "o que ela [história] pode fazer [em favor da sociedade contemporânea] é descobrir os padrões e mecanismos da mudança histórica em geral, e mais particularmente das transformações das sociedades burguesas durante os últimos séculos de mudança radicalmente acelerados e abrangentes"[26]. Por todas essas razões, observar-se-á uma preocupação constante deste trabalho no sentido do enquadramento das idéias e das

---

[23] Trecho da poesia "Na Boa Canção..." de NERUDA, Pablo. **Cadernos de Temuco**: 1919-1920.Tradução de Thiago de Mello. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 74.

[24] ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Tradução Mauro Barbosa Almeida. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997. p. 70-126.

[25] V. MITRE, Emilio. **Historia y pensamiento histórico**: estudio y antología. Madrid: Cátedra, 1997. Também: LE GOFF, Jacques. **Uma vida para a história**: conversações com Marc Heurgon. Tradução de José Aluysio Reis de Andrade. 2. ed.rev.ampl. São Paulo: UNESP, 2007 (p. 250: "[...] Os jovens guardiões nacionais do patrimônio que dali saem, depois de uma excelente formação acadêmica e de campo são chamados não apenas para atuar na conservação arquivística, artística e etnográfica da França, como também para mantê-la viva na sociedade francesa. Como historiador comprometido com o passado, com o presente e com o futuro, encontro nisso a grande satisfação").

[26] HOBSBAWM, Eric. **Sobre história**. Tradução de Cid Knipel Moreira. 3. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 22, 38 e 43.

instituições no momento histórico correlato, para manter a fidedignidade de sua expressão e do seu tratamento. Nesse ponto, cumpre elucidar que os dados históricos são apresentados numa visão preponderantemente européia ocidentalizada, limitação que se reconhece, mas que se reputa não comprometedora da utilidade da pesquisa por sua condição inequívoca de parâmetro de comparação com outras realidades nacionais, especialmente a brasileira, embora não queira isso significar simploriamente assunção de posturas eurocêntricas.

Especificamente no campo jurídico, a pesquisa pretendeu abranger as três grandes fontes do direito: a norma legal, os precedentes jurisprudenciais e as interpretações doutrinárias. Em relação à legislação, o estudo não pode se afastar do tratamento constitucional da temática, bem como dos diplomas normativos editados especificamente para a regulamentação das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público. No respeitante aos precedentes jurisprudenciais, terão particular valia os casos discutidos e decididos pelo Tribunal de Contas da União, haja vista que o foco serão instituições beneficiadas patrimonialmente pela esfera federal, embora, ao ser mencionada a realidade do Estado de Pernambuco, a Corte de Contas Estadual será considerada. Ademais, em termos de produção jurisdicional, não se poderá olvidar a tramitação das ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra a lei das organizações sociais perante o Supremo Tribunal Federal. Finalmente, a doutrina subsidiará a construção da tese.

Não se olvide a contribuição, finalmente, que se pretende alcançar com o manejo do direito comparado, enquanto método que tem a sua importância acentuada na proporção do incremento da inter-comunicação, permitido com a maleabilidade das barreiras físicas e ideológicas, entre os ordenamentos jurídicos estatais. Nesse tocante, é certo que o assunto a ser destrinçado exige a análise da realidade norte-americana, seja porque o padrão econômico vigente tem muito do direcionamento norte-americano; seja porque os principais teóricos dos chamados Estado mínimo e Estado neoliberal são oriundos dos Estados Unidos da América; seja porque se evidencia a constante invocação do modelo anglo-saxão de serviço público (*public utilities*) vigente naquele Estado; seja, por fim, porque, quando se trata de debater sobre organizações da sociedade civil, os Estados Unidos da América são apresentados como paradigma, a despeito das nuaces culturais e do nível de desenvolvimento ostentado, que o tornam, senão uma realidade única, pelo menos bastante diferenciada, devendo, os resultados do cotejo, passar por um processo de relativização para garantir um adequado aproveitamento.

# PARTE PRIMEIRA: Premissas conceituais de análise.

"Não é que não possa haver valores universais globais. A questão é que ainda estamos longe de saber quais são esses valores. Os valores universais globais não estão dados; eles são criados por nós. A criação de tais valores é o maior empreendimento moral da humanidade. Mas só poderá concretizar-se quando formos capazes de ir além do ponto de vista ideológico dos fortes e de chegar a uma verdadeira apreciação conjunta (e, portanto, mais próxima de ser global) do bem. No entanto, a apreciação global exige uma base concreta diferente, uma estrutura muito mais igualitária do que todas as que construímos até hoje".
(WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu**: a retórica do poder. Tradução de Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 60)

# Capítulo 1. Uma demarcação para o conceito de serviço público.

> "Eu, na minha solidão, não poderia chamar-me com um nome genérico tal como 'homem'. A realidade que este nome representa só me aparece quando há outro ser que me responde ou reciproca [...]. Acrescento eu: falar do homem fora de uma sociedade e alheio a uma sociedade é dizer algo contraditório e sem sentido por si mesmo. [...]. O homem não *aparece* na solidão, embora sua verdade última seja a sua solidão: o homem aparece na socialidade com o Outro, alternando com o Um, com o reciprocante./[...] o poder público supõe sempre atrás de si uma opinião que seja verdadeiramente pública, portanto: unitária, com robusta vigência. Quando tal não acontece, em vez de opinião pública nos encontramos somente com a opinião particular de grupos, os quais geralmente se associam em dois grandes conglomerados de opinião. Quando tal acontece é que a sociedade se cinde, se parte ou se dissocia; então, o poder público deixa de sê-lo, fragmenta-se ou se parte em partidos. É a hora da revolução e da guerra civil./Essas dissensões máximas, porém, não são senão o superlativo de um fato que se dá em toda sociedade, fato que lhe é anexo, a saber: o caráter anti-social de muitos indivíduos [...]. A chamada sociedade nunca é o que esse nome promete. É sempre, ao mesmo tempo, em uma ou outra proporção, 'dissociedade', repulsão entre os indivíduos. [...]. Para conseguir que predomine um mínimo de sociabilidade e que, graças a isso, perdure a sociedade como tal, ela precisa fazer intervir com freqüência o seu interno 'poder público', em forma violenta, e até criar, - quando a sociedade se desenvolve e deixa de ser primitiva, - um corpo especial encarregado de fazer funcionar aquele poder, de forma incontrastável. É o que ordinariamente se chama Estado". (ORTEGA Y GASSET, José. **O homem e a gente (inter-comunicação humana)**. Tradução de J. Carlos Lisboa. 2. ed. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1973. p. 141 e 301)

Estudar as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público, inseridas no projeto reformista da Administração Pública brasileira, pressupõe considerações preliminares acerca dos serviços públicos, para se tentar compreender o tipo de atividade prestacional que essas entidades realizarão e, desse modo, o regime jurídico próprio que deverá ser observado[27].

## a) O serviço público para os clássicos e considerada a doutrina estrangeira.

Conceituar serviço público é tido como missão impraticável, admitindo-se, no máximo, a apresentação de uma noção, dadas as variações teóricas de seu tratamento e a diversificação de seu manejo prático. É possível, em certa medida, detalhar uma compreensão

[27] Tratando-se de tema cerne do Direito Administrativo e, portanto, de análise obrigatória por parte de todos os manuais dessa disciplina – levando a crer cuidar-se de noção relativamente conhecida pela comunidade jurídica – e diante da natureza de um trabalho doutoral, optou-se por trazer esses elementos, de logo, no início da investigação. Não se tiveram por desnecessários esses esclarecimentos jurídicos prévios, porquanto se pretende que este trabalho seja compreensível por grupo de leitores mais ampliado.

clássica de serviço público, a partir da tradicional Escola francesa, notoriamente conhecida como Escola do serviço público, por ter desenvolvido com particular profundidade essa idéia, servindo de molde a outros ordenamentos jurídicos, em especial o brasileiro, e da qual vai divergir a tradição anglo-saxã, das *public utilities*, hoje tão conclamada a contribuir para a construção de uma diferenciada realidade de serviço público. Desse panorama, pode-se caminhar para a apresentação das várias abordagens sobre o serviço público, buscando alcançar pontos de contato. Em verdade, é de se dizer da inadmissibilidade de tratamento do serviço público sem que se parta de uma análise do designado serviço público *à française*, de modo que merecem consideração León DUGUIT e Gastón JÈZE, como os nomes de maior expressão – segundo entendimento notório – na construção da doutrina francesa acerca do serviço público.

Ao lado de considerar que a noção de serviço público não era nova – remontando ao momento em que se distinguiram governantes e governados –, DUGUIT especificava, em síntese, que o apartamento entre essas categorias de pessoas teria gerado obrigações para a primeira em relação à segunda, bem como que a implementação desses deveres corresponderia "a la vez la consecuencia y la justificación de su mayor fuerza", sendo que "tal es esencialmente la noción de servicio público"[28]. Destacava ele, então, que o elemento de novidade repousaria na importância atribuída à idéia de serviço público naqueles dias, expressiva de uma revolução que se processava no direito moderno, como, em geral, em todas as instituições sociais no momento.

Impõe-se, destarte, de modo incontornável, a contextualização da discussão, que, a partir da situação estabelecida pelo próprio autor francês, faz lançar olhos aos fatos históricos iniciados no final do século XIX e estampados fundamentalmente em princípios do século XX, período (1875-1914) designado por Eric HOBSBAWM como a "Era dos Impérios" (de dominação dos "avançados" pelos "atrasados", dos "governantes que [antiquadamente, o que seria paradoxal diante do novo imperialismo que se instalava] se autodenominavam 'imperadores', ou que eram considerados pelos diplomatas ocidentais como merecedores desse título")[29], que se seguiu às Revoluções Francesa e Industrial

[28] DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho público**. Traducción de Ramón Jean e Adolfo Posada. Madrid: Francisco Beltran Librería, 1926. p. 86.
[29] Cf. HOBSBAWM, Eric. **A era dos impérios**. Tradução de Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel Toledo. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998 (especialmente p. 87-88). Essa obra será tomada como base para a caracterização do momento histórico em tela.

(marcantes do período que vai de 1789 a 1848[30]), com a ascensão do capitalismo e do ideário burguês. A busca competitiva por novos mercados imposta pela vertiginosa industrialização simultânea de muitos Estados, a agressiva política colonialista, a divisão do mundo entre poucos Estados (alguns deles mais favorecidos do que outros, ensejando a auto-destrutibilidade do sistema pela intensa rivalidade), a concretização de posturas globalizadoras[31], a "ocidentalização" das elites das colônias, são todas marcas registradas desse momento histórico imperialista, que, contudo, pela assimetria e pela impiedade com que muitos eram tratados por poucos – realidade externa, espelho da interna, e atinente não apenas às populações envolvidas, mas também às relações inter-estatais –, alimentou posturas oposicionistas, especialmente, os gritos pela democratização, culminando nos movimentos operários, na Revolução Russa e na Primeira Guerra Mundial. HOBSBAWM observa, inclusive, que se intentou conter as agitações socialistas através de políticas de bem-estar social, iniciadas na Alemanha de Bismarck, em 1880, no campo da previdência social, como uma tentativa de "rejustificar" e "relegitimar" o Estado – já então em processo de alargamento, em contraposição às exigências não intervencionistas do liberalismo, decorrência mesmo da necessidade do controle vigoroso dos escopos imperialistas –, o que passava pelo corpo burocrático, além de estímulos publicitários nacionalistas ou patrióticos (integração das massas ao império), reconhecendo-se, por outro lado, a irrefreabilidade do processo democratizador[32]. De todo modo, isso não ofuscou a relevância dos movimentos das massas, especialmente da classe operária e de outros grupos de pessoas ligadas por visões comuns (a exemplo do campesinato), sobrelevando o *status* da organização (ou das organizações), porfiando com o Estado ou em paralelismo a ele. No encadeamento, seguiu-se, sobretudo a partir de 1914, a chamada "Era da Catástrofe"[33], marcada pelas duas Grandes Guerras e pela Grande Depressão no entremeio, cujas conseqüências fundamentam a dupla hipérbole. Não se pode negar que esse quadro fático, de resposta ao imperialismo, encontra-se presente nas idéias de DUGUIT. Adolfo POSADA, em estudo preliminar à obra "As transformações do direito público", de León DUGUIT, enfatiza a preocupação do mestre

---

[30] Seguindo, igualmente, a cronologia eleita por HOBSBAWM, Eric. **A era do capital**. Tradução de Luciano Costa Neto. 5. ed. rev. 2. reimp. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

[31] A globalização, é certo, não pode ser vista como algo recente. Sobre a extensão da dominação francesa, nesse contexto político, HOBSBAWM nota que, no período, a França aumentou o seu território em cerca de nove milhões de quilômetros quadrados (HOBSBAWM, Eric. **A era dos impérios**. Tradução de Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel Toledo. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998. p. 91).

[32] Cf. HOBSBAWM, Eric. **A era dos impérios**. Tradução de Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel Toledo. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998. p. 141-142 e 150-161.

[33] Segundo terminologia de HOBSBAWM, Eric. **Era dos extremos**: o breve século XX. 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

francês com a influência do sindicalismo na época, assim como reforça a importância do exame no momento histórico de crise, marcado pela "catástrofe europea", pela luta de classes e pelas "aspiraciones crecientes de la democracia"[34]. Tome-se, pois, como regra, não limitada a este momento da análise, que as idéias desenvolvidas pelos estudiosos guardam estreita relação com a experiência histórica por eles vivenciada, impondo-se a sua contextualização.

Inicialmente, é de se salientar que, segundo DUGUIT, não se poderia atribuir ao Estado uma vontade (coletiva) própria (distinta), porque ele seria apenas a soma das vontades individuais (o coletivismo era por ele identificado com pretensões imperialistas e autoritárias). O Estado se constituiria, nessa visão chamada realista-individualista, tão somente na adição dos indivíduos que o compõem, dentre os quais se distinguiriam os governantes, associados aos mais fortes, aos que realmente dominariam (simplesmente por serem gestores da coisa pública), aos que detêm o poder de coação material (mas apenas enquanto cumprissem a função social representada pela prestação de serviços públicos), e os governados, relacionados com os mais débeis, entregues a essa força coativa (na medida de sua prestabilidade).

Para o professor de Burdeau, as idéias de Estado-pessoa e de soberania seriam equivocadas, tendo em conta que dotadas de robusta carga metafísica e, pois, não compatíveis com a realidade concreta, que, frisava, envolveria não apenas direitos, mas também deveres: "el Estado no tiene solamente el derecho de mandar, sino que tiene también grandes deberes que cumplir"[35]. Por isso mesmo, sua doutrina, em relação a esses dois elementos (Estado-pessoa e soberania), ficou conhecida como negativista, a teor do que se depreende no seguinte trecho de sua obra: "Esta doctrina de la soberanía [a soberania como poder que se autodetermina e não reconhece poder superior ou concorrente] es una contrucción de la metafísica formal curiosa y logicamente edificada, pero, desde luego, extraña a la realidad concreta, y que está hoy en trance de derrumbarse y desaparecer para siempre"[36].

Rejeitando a idéia de personalidade distinta do Estado (que seria, em verdade, somente um grupo de indivíduos), afastou também a de soberania, ao fundamento de que ela seria apenas uma ficção, enquanto identificada como poder de dominação ou como poder de

---

[34] V. POSADA, Adolfo. Estudio preliminar. In: DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho público**. Traducción de Ramón Jean e Adolfo Posada. Madrid: Francisco Beltran Librería, 1926. p. 05-37.

[35] DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho público**. Traducción de Ramón Jean e Adolfo Posada. Madrid: Francisco Beltran Librería, 1926. p. 86.

[36] DUGUIT, León. **Soberania y libertad**: leciones dadas en la Universidad de Columbia (New York). Traducción de José G. Acuña. Madrid: Francisco Beltran Librería, 1924. p. 142. Em outra referência clássica, DUGUIT reforçava: "Si la fe de los hombres políticos en el dogma de la soberania está profundamente

mando do Estado, quando o elemento nuclear deveria ser assentado na força de produção, pelos governantes aos governados, de serviços públicos. O que realmente se apresentaria seria, pois, um poder de fato (e não de direito), em que os governantes fixariam as normas (a elas também se obrigando) e os governados deveriam obedecer, anotando-se, contudo, que a atuação dos governantes apenas se revestiria de legitimidade, na medida em que esse agir estivesse assinalado pela conformidade aos imperativos da solidariedade social, isso porque tanto os governantes, quanto os governados, estariam submetidos às regras de direito, entendendo-se por essas a solidariedade social[37]. Em outros termos, a lei, produto da consciência jurídica do grupo, seria, "ante todo, la ley de un servicio público"[38], oponível a governantes e governados (que não poderiam, os primeiros, deixar de realizar o serviço público nos termos da lei, e, os segundos, ver executado esse serviço em descompasso com a norma legal), e a manutenção do poder dos governantes estava condicionada à sua capacidade de prestação de serviços aos governados. Em igual medida, os atos administrativos perdiam o caráter de manifestação de autoridade e passavam a referir-se ao funcionamento dos serviços públicos, esvaecendo-se a distinção entre atos administrativos de gestão e atos administrativos de autoridade, nos moldes propostos por LAFARRIÈRE e BARTHÉLEMY[39]. Se, exemplificativamente, com base na solidariedade social, o homem é obrigado a trabalhar, o Estado, conseqüentemente, é obrigado a garantir o acesso à instrução básica, necessária ao desempenho profissional do homem. Por conseguinte, a noção de soberania é suplantada pela idéia de serviço público, implicando essa uma limitação à ação estatal, na medida em que o Estado é obrigado (trata-se de dever, não de direito) a prestar todas as garantias necessárias ao amparo do indivíduo. Para DUGUIT, o sentido de soberania deveria ser permutado pelo de governo útil, em substituição ao de poder de mando, pelo que o Estado se manifestaria e se afirmaria, nesse quadro, na forma de prestação de serviço público. Dizia, o professor francês, que "la noción del servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del derecho público" ou, ainda, "el fundamento del derecho público no es el derecho subjetivo de

---

quebrantada, la de los juristas no lo está menos" (DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho público**. Traducción de Ramón Jean e Adolfo Posada. Madrid: Francisco Beltran Librería, 1926. p. 89).

[37] Cf. DUGUIT, León. **Soberania y libertad**: leciones dadas en la Universidad de Columbia (New York). Traducción de José G. Acuña. Madrid: Francisco Beltran Librería, 1924. V. também DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho público**. Traducción de Ramón Jean e Adolfo Posada. Madrid: Francisco Beltran Librería, 1926.

[38] DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho público**. Traducción de Ramón Jean e Adolfo Posada. Madrid: Francisco Beltran Librería, 1926. p. 108. Na mesma página: "los servicios públicos son instituciones de derecho objetivo".

[39] Cf. DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho público**. Traducción de Ramón Jean e Adolfo Posada. Madrid: Francisco Beltran Librería, 1926. p. 213.

mando, es la regla de organización y de gestión de los servicios públicos. El derecho público es el derecho objetivo de los servicios públicos"[40]. E, mais diante:

> Si el derecho moderno organiza garantías en pro de los particulares contra el Estado mismo; si todo interesado dispone de medios jurídicos para hacer anular todo acto del Estado contrario a la ley del servicio, es natural que el derecho público entero descanse sobre la noción de una regla de derecho que impone a los gobernantes una obligación de servicio público[41].

Sobre os serviços que deveriam ser prestados pelo Estado, não haveria uma regra de especificação – "hay ahí algo esencialmente variable, evolutivo, desde luego; es hasta difícil fijar el sentido general de esta evolución"[42] –, mas seria correto afirmar, diversamente do que pregavam as posturas liberalistas, que o desenvolvimento da civilização, com o acréscimo das necessidades humanas, deveria resultar em aumento na prestação dos serviços públicos. Destarte, se habitualmente seriam considerados serviços públicos a guerra, a polícia e a justiça, naquele momento essas prestações já não seriam suficientes, de modo que a "[...] consciencia moderna [...] no admite, por ejemplo, que el Estado no intervenga en el servicio de eseñanza [...] no admite, por ejemplo, que el Estado no organice los servicios de asistencia"[43]. O quadro de atividades que se poderia chamar de serviços públicos seria definido pela "conciencia jurídica del país"[44]. Mais além, DUGUIT afirmava que, sendo a prestação de serviços públicos um dever, o acréscimo prestacional não poderia ser interpretado restritamente como aumento necessário do poder dos governantes, mas sim, especialmente, de suas obrigações para com os governados[45]. Por outro lado, no entanto, não negou que, desse movimento de ampliação, decorreria um aumento do poder de fato (jamais de direito do poder, que não existiria) dos gestores públicos (em particular, quando considerada a carga tributária imprescindível para permitir o fornecimento de serviços públicos), mas assevera que "este aumento de fuerza está equilibrado, si no aniquilado, por un

---

[40] DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho público**. Traducción de Ramón Jean e Adolfo Posada. Madrid: Francisco Beltran Librería, 1926. p. 85 e 106-107.
[41] DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho público**. Traducción de Ramón Jean e Adolfo Posada. Madrid: Francisco Beltran Librería, 1926. p. 122.
[42] DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho público**. Traducción de Ramón Jean e Adolfo Posada. Madrid: Francisco Beltran Librería, 1926. p. 100-101. Dizia: "Las actividades cuyo cumplimiento se considera como obligatorio para los gobernantes constituyen el objeto de los servicios públicos".
[43] DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho público**. Traducción de Ramón Jean e Adolfo Posada. Madrid: Francisco Beltran Librería, 1926. p. 102.
[44] DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho público**. Traducción de Ramón Jean e Adolfo Posada. Madrid: Francisco Beltran Librería, 1926. p. 114.
[45] Cf. DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho público**. Traducción de Ramón Jean e Adolfo Posada. Madrid: Francisco Beltran Librería, 1926. p. 109.

movimiento sumamente importante, que es una de las características de la evolución moderna del derecho público, el movimiento descentralizador"[46].

É exatamente nesse instante – na obra de referência que se analisa – que o mestre de Burdeau apresenta um conceito de serviço público: "Decir que un servicio deviene o llegará a ser un servicio público, es decir que este servicio será organizado por los governantes, que funcionará bajo su intervención y que deberán asegurar su funcionamiento sin interrupción". Acentua, em continuação, que "esto no quiere decir necesariamente que los agentes encargados de la gestión del servicio, y las riquezas que están afectas a él sean colocados bajo la dependencia inmediata y directa de los gobernantes"[47]. Manifestar-se-ia, a descentralização enfatizada – ao lado de um processo de "industrialización de los servicios públicos" (perfeitamente visível no caso dos serviços de transporte) –, de várias formas, dentre as quais a concessão, conceituada como "sistema en el que la explotación del servicio está confiada a un particular que obra bajo la inspección de los gobernantes"[48]. No campo da descentralização, o autor em referência situou o que ele designou de uma transformação profunda nas sociedades modernas: "en el território del Estado, al lado de la ley nacional se forman leyes locales, leyes de grupos, que se imponen a los ciudadanos y a los tribunales"[49]. Contrapondo, à concepção imperialista de uma soberania chamada estática, o federalismo, o fracionamento da lei e a regionalização, DUGUIT sublinhou também a descentralização através das leis locais (destacando a importância dos Municípios), bem como a por serviços (serviços públicos administrados, com patrimônio próprio, por seus agentes diretos), além de se deter no que nominou de movimento associacionista, especialmente na figura dos sindicatos. Mas não parece ter se limitado aos sindicatos, historiando, genericamente, a proibição de associação, em particular a profissional, fixada na Lei Le Chapelier, de junho de 1791, refletora, na realidade, da base constitucional, que não poderia então conviver com corporações de cidadãos e seus estatutos reputados fragmentadores; propugnando pela superação dessa compreensão; discutindo a natureza jurídica dessas normas estatutárias (qualificando-as como lei); e mencionado, ademais, ainda que brevemente, as associações reconhecidas como de utilidade pública; para concluir que "el derecho público debe

[46] DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho público**. Traducción de Ramón Jean e Adolfo Posada. Madrid: Francisco Beltran Librería, 1926. p. 110.
[47] DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho público**. Traducción de Ramón Jean e Adolfo Posada. Madrid: Francisco Beltran Librería, 1926. p. 111.
[48] DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho público**. Traducción de Ramón Jean e Adolfo Posada. Madrid: Francisco Beltran Librería, 1926. p. 111.
[49] DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho público**. Traducción de Ramón Jean e Adolfo Posada. Madrid: Francisco Beltran Librería, 1926. p. 167.

forzosamente adaptarse a la existencia de estos poderosos grupos, determinar las reglas de su coordinación y sus relaciones con los gobernantes, siempre investidos de un poder de hecho"[50]. Eis a visão dos governantes como dirigentes dos serviços públicos, que "inspeccionan la acción de las agrupaciones y aseguran su coordinación"[51], e não simplesmente como mandantes. Realçava, em acréscimo que "cuando la administración interviene, no lo hace nunca como lo haría un particular, y esto porque persigue un fin propio: el funcionamiento legal de un servicio público"[52]. Em conseqüência, haveria uma certa uniformidade de regime jurídico aplicável, quando se tratasse de prestação de serviço público (ação e legitimação estatal), independente da separação meramente teórica entre gestão e autoridade, e da forma pela qual a utilidade seria prestada, a exemplo da responsabilização do Estado pela não (ou má) implementação do serviço público e da proibição da greve para os agentes prestadores.

Assim, têm-se, numa visão duguitiana (essa é a compreensão clássica), a título de serviço público, todas as atividades impostas, pelo ordenamento jurídico – expressão da vontade coletiva –, como de obrigação estatal, realizadas diretamente pelo Estado, ou, indiretamente, por outros agentes com a intervenção do ente estatal, que, por sua essencialidade, deverão ser prestadas sem solução de continuidade, sob pena de prejuízo para a legitimação da organização política, justificada exatamente pela possibilidade de resposta suficiente às demandas do grupo social, sendo essa sua função social.

Contemporâneo e discípulo de DUGUIT, Gastón JÈZE trouxe sua própria contribuição ao desenvolvimento do conceito de serviço público. Como o primeiro teórico referido, também JÈZE se valia de um método realista e centrava seu estudo do direito administrativo na noção de serviço público, influenciando suas idéias a tese de que o serviço público ascendia no direito público, assim como a compreensão de uma função social se impunha aos particulares no campo do direito privado[53], mas entendia daquele autor se afastar, por imprimir uma visão eminentemente jurídica, ao passo que DUGUIT propunha uma abordagem de caráter mais sociológico[54]. Para JÈZE,

---

[50] DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho público**. Traducción de Ramón Jean e Adolfo Posada. Madrid: Francisco Beltran Librería, 1926. p. 193-194.
[51] DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho público**. Traducción de Ramón Jean e Adolfo Posada. Madrid: Francisco Beltran Librería, 1926. p. 195.
[52] DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho público**. Traducción de Ramón Jean e Adolfo Posada. Madrid: Francisco Beltran Librería, 1926. p. 226.
[53] Cf. OVIEDO, Carlos Garcia. Prólogo. In: JÈZE, Gaston. **Los princípios generales del derecho administrativo**. Traducción de Carlos Garcia Oviedo. Madrid: Editorial Reus, 1928. p. 06.
[54] Cf. JÈZE, Gaston. **Los princípios generales del derecho administrativo**. Traducción de Carlos Garcia Oviedo. Madrid: Editorial Reus, 1928. p. 290 (nota de rodapé nº 2).

> decir que en un determinado caso existe un servicio público, es decir, que para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general existe un régimen jurídico especial y que este regímen puede ser en todo instante modificado por las leyes y reglamentos[55].

Diante do questionamento proposto, de como se reconhecer a existência de um serviço público, JÈZE asseverava que deveria ser observada a intenção dos governantes na caracterização das atividades como serviço público, não importando, juridicamente, para essa qualificação, a posição crítica sobre o (des)acerto ou a (in)justiça da opção governamental. Isso implicava concluir no sentido da variabilidade do que se integrava ao conjunto designado de serviço público. De seu turno, a identificação da vontade dos governantes se efetivaria circunstancialmente, a partir de fatos como a definição de regulamentação diferenciada para a atividade, a fixação de tributos para sustentar o exercício de um serviço, a criação de um monopólio de exploração, dentre outros, considerados em conjunto com outras condições, não tendo esse condão demarcativo exigências governamentais do tipo necessidade de aprovação administrativa de atos constitutivos de pessoa jurídica ou, ainda, submissão da instituição ao controle contábil por Cortes de Contas, apenas para citar alguns exemplos[56]. Salientava, o autor ora em exame, que, não raras vezes, necessidades de interesse geral seriam prestadas não pela Administração Pública, mas por entidades privadas, o que se verificaria em relação, *exempli gratia*, às "obras benéficas o sociales". Sobre as atividades de ensino, contrapunha os estabelecimentos de instrução pública, constituídos como serviços públicos, e as instituições particulares prestadoras de serviços educacionais privados, bem como destacava a possibilidade de certas atividades serem simplesmente deixadas à iniciativa privada, em sua inteireza, desqualificando-se como serviço público. Essa última situação poderia perdurar até que houvesse manifestação dos governantes em rumo diverso, caso ocorrido, na França, no tocante a certas "asociaciones de socorros mútuos", a partir de lei editada no ano de 1910. O autor explicava que, até aquela lei, as atividades exercitadas pelas entidades em comento haviam deixado de ser serviço público, realizando-se através da atuação dos particulares unicamente. Mas, com a lei de 1910, que previa aportes de recursos públicos, as atividades passaram a ser caracterizadas como serviço público:

---

[55] JÈZE, Gaston. **Los princípios generales del derecho administrativo**. Traducción de Carlos Garcia Oviedo. Madrid: Editorial Reus, 1928. p. 284.

[56] Cf. JÈZE, Gaston. **Los princípios generales del derecho administrativo**. Traducción de Carlos Garcia Oviedo. Madrid: Editorial Reus, 1928. p. 289-293.

> Solo existe *servicio público* para las *donaciones y bonificaciones que hace el Estado*, pero no para las pensiones de retiros constituídas por las cuotas de los asegurados y de los empresarios. Las *donaciones e bonificaciones del Estado* se agregan a estas pensiones no como una subvención sino como una *pensión distinta* concedida por el Estado y detraída de los fondos públicos. La ley de 1910 organiza, pues, un *servicio público* de pensiones[57].

Numa mesma linha, seguia, afirmando que, quando se aceita a colaboração dos particulares, "con un *patrimonio privado especial* constituído a este efecto", ter-se-ia a formação, por eles, de entidades de utilidade pública, que não poderiam ser confundidas com instituições prestadoras de serviços públicos[58]. As diferenças seriam:

> En principio, a los estabelecimientos particulares que cumplen un fin de interés general se les aplica el régimen jurídico que se califica de *derecho privado*. El funcionamiento de estos estabelecimientos está regulado por sus estatutos, y el cambio de legislación relativa al servicio público de que ellos son auxiliares no modifican de pleno derecho estos estatutos. Los *individuos empleados* en estos estabelecimientos no son *agentes públicos*; su situación jurídica es, en principio, la de los empleados de la industria privada. Los fondos de estos estabelecimientos no son fundos públicos, sino particulares. Los *bienes* que poseen están sometidos al régimen jurídico de la propiedad privada [...][59].

JÈZE acentuava, entretanto, que a diferenciação entre as entidades públicas (executoras de serviços públicos) e as entidades de utilidade pública (fornecedoras de prestações privadas) não seria de tão simples efetivação, tendo em conta as confusões comumente feitas, pelos fatos de ambas realizarem a satisfação de uma necessidade de interesse geral (as entidades de utilidade pública, com personalidade privada, especialmente de forma auxiliar), de as segundas receberem a qualificação por decisão da autoridade pública e de se desenvolver um controle administrativo em relação às instituições particulares. Enveredava, então, na análise de precedente do Conselho de Estado francês, que, em 22 de maio de 1903, teria definido critério para a distinção, no tocante às "cajas escolares", a dizer, instituições de auxílio a escolas de ensino primário, subsidiadas por valores públicos e privados, destinadas especialmente ao amparo dos alunos pobres. Aquele tribunal administrativo havia concluído no sentido de que seriam verdadeiros "estabelecimientos

---

[57] JÈZE, Gaston. **Los princípios generales del derecho administrativo**. Traducción de Carlos Garcia Oviedo. Madrid: Editorial Reus, 1928. p. 305 (nota de rodapé nº 2). Itálicos do original.

[58] Cf. JÈZE, Gaston. **Los princípios generales del derecho administrativo**. Traducción de Carlos Garcia Oviedo. Madrid: Editorial Reus, 1928. p. 305-306. O realce à frase atribuído pelo próprio autor é particularmente importante, devendo ser repetido: particulares que exercitam atividades de interesse geral através de **patrimônio privado** não executam serviço público. Ao revés, portanto, ter-se-ia a regra: particulares que realizam atividades de interesse geral através de **patrimônio público** prestam serviço público, consideradas as regras jurídicas especiais a que estão submetidos os bens públicos.

públicos", dada a natureza das ações implementadas e particularmente a partir da promulgação de lei de 1886, que as teria dirigido restritivamente ao ensino primário público, impondo uma releitura das normas estatutárias segundo as novas exigências legais[60].

De todo modo, nas palabras de JÈZE, as entidades privadas, realizadoras de fins de interesse geral, mesmo não declaradas de utilidade pública, poderiam receber ajuda do poder público na forma de subvenções e de afetação gratuita de bens imóveis, desde que observadas as disposições legais sobre esse instrumental[61].

À breve averiguação das teorias de DUGUIT e JÈZE, podem ser agregadas algumas linhas sobre a obra de HAURIOU, a quem se deve particular contribuição na filtragem do direito administrativo, de modo a afastar abordagens não jurídicas (a exemplo das políticas, econômicas, sociológicas, dentre outras). Para Maurice HAURIOU, serviço público corresponde a "un groupement organisé de fonctionnaires mettant en oeuvre le pouvoir et la compétence de l'administration pour rendre au public un service régulier, continu, et contribuant à la police de la cité"[62]. São, pois, elementos integrantes do seu conceito as idéias: de que o serviço público é um organismo constituído de homens (autoridades administrativas representantes do poder de decisão e agentes executores das decisões), dispostos hierarquicamente e sob regulamentação; de que o exercício das prerrogativas do poder público qualificam o serviço como público; de que os serviços se prestam ao público, considerados igualados os indivíduos através dos seus interesses comuns; de que esses serviços devem ser postos com regularidade e continuidade; e, por fim, de que a "polícia" ou a ordem na sociedade não se alcança apenas através da produção legislativa e da atividade dos gendarmes, mas, indiretamente, por meio da satisfação social gerada pela prestação de serviços públicos suficientes e adequados. E destaca, o autor, com particular exatidão: "Ce but des services publics implique une limite à leur extension dont nous avons déjà traité: s'ils sont pour créer de l'ordre et de l'utilité publics, ils ne sont pás pour créer de la richesse économique, parce que la richesse n'est pas un besoin public, mais au contraire un

---

[59] JÈZE, Gaston. **Los princípios generales del derecho administrativo**. Traducción de Carlos Garcia Oviedo. Madrid: Editorial Reus, 1928. p. 306-307.

[60] Cf. JÈZE, Gaston. **Los princípios generales del derecho administrativo**. Traducción de Carlos Garcia Oviedo. Madrid: Editorial Reus, 1928. p. 307-309.

[61] Cf. JÈZE, Gaston. **Los princípios generales del derecho administrativo**. Traducción de Carlos Garcia Oviedo. Madrid: Editorial Reus, 1928. p. 313-325.

[62] HAURIOU, Maurice. **Précis élémentaire de droit administratif**. 4. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1938. p. 109: "um grupo organizado de funcionários ordenados a realizar o poder e a competência da administração para entregar ao público em serviço regular, contínuo e contribuinte da ordem da cidade" (tradução livre).

besoin privé"[63]. HAURIOU também afirmava a possibilidade de os particulares colaborarem com a Administração Pública, por três vieses: ação paralela, participação e ingerência. Na colaboração por paralelismo, ter-se-ia a figura da *administration d'intérêt public*, a dizer de pessoas jurídicas de direito privado, na forma de associações ou fundações, que se dedicam à realização de interesses públicos, mas com autonomia em relação à Administração Pública (não se anexam a ela), que, contudo, a elas reconhece uma utilidade pública, subvencionando-as e controlando-as em certa medida, em função do objeto prestacional. Na colaboração participativa, a autonomia da colaboradora não se mantém, à medida que se agrega ou se incorpora, por assim dizer, ao funcionamento do serviço público. Por fim, a colaboração de ingerência, também designada de gestão de fato, materializar-se-ia em situações excepcionais e urgentes, em que haveria uma atuação individualizada forçada, sem fundamento em competência legalmente posta, na efetivação de uma atividade administrativa, gerando, eventualmente, o dever de ressarcimento pela Administração Pública[64].

Ainda na doutrina francesa, pode-se citar o conceito "funcional" ou "material" (como atividade, não como estrutura organizativa) proposto por René CHAPUS para os serviços públicos, vistos enquanto "la raison d'être de la administration"[65]: "[...] une activité constitue un service public quand elle est assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public"[66].

Detalhando a definição – reconhecida como extensiva –, o autor diz que a participação da pessoa pública se dá direta ou indiretamente, bem como que, considerado o segundo elemento (o foco no interesse público), dever-se-iam mencionar as atividades de *plus grand service* e *plus grand profit*, as primeiras associadas mais intimamente ao conceito de serviço público, enquanto as segundas referindo ao financiamento das primeiras. A separação, entretanto, não deveria ser vista em termos absolutos, mesmo porque a realização das de *plus grand profit* permitiria a implementação das de *plus grand service*, abrançando-as, então, a noção de serviço público. A par disso, algumas atividades de *plus grand profit* poderiam não

---

[63] HAURIOU, Maurice. **Précis élémentaire de droit administratif**. 4. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1938. p. 111: "Esse escopo dos serviços públicos implica um limite à sua extensão do qual nós temos de tratar desde já: se eles são para criar a ordem e a utilidade públicas, eles não são para criar a riqueza econômica, porque a riqueza não é uma necessidade pública, mas ao contrário uma necessidade privada" (tradução livre).

[64] Cf. HAURIOU, Maurice. **Précis élémentaire de droit administratif**. 4. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1938. p. 117-118.

[65] CHAPUS, René. **Droit administratif general**. 4. ed. Paris: Montchrestien, 1988, t. 1. p. 376: "a razão de ser da administração". (tradução livre).

[66] CHAPUS, René. **Droit administratif general**. 4. ed. Paris: Montchrestien, 1988, t. 1. p. 377: "uma atividade constitui um serviço público quando ele é assegurado ou assumido por uma pessoa pública em vista de um interesse público" (tradução livre).

dizer com o escopo financiador, correspondendo a empresas estatais geridas como privadas, com intuito lucrativo, que, embora com reflexos para a economia nacional e o interesse geral, têm essa repercussão como toda e qualquer empresa privada[67].

Passando à doutrina espanhola, relevante pontuação é a formulada por MONTANER, que destaca o que chama de direito dos cidadãos à prestação de serviços públicos pela Administração Pública, no viés do Estado Social de Direito. Ao lado de ressaltar que não se tem admitido um direito subjetivo à criação ou ao estabelecimento de serviços públicos pelo Estado Administrador, porque tais medidas dependeriam de autoridades estranhas à Administração Pública (estando condicionadas à edição de lei), em outro vértice situa a possibilidade de exigência, como um direito, de acesso aos serviços públicos, que, em sendo negada ou mal prestada, ensejaria o direito substitutivo, de natureza indenizatória[68]. O Estado é, assim, responsável, pela prestação dos serviços públicos que lhe são atribuídos pela norma jurídica legal, não sendo aceitável a idéia de isenção da responsabilidade pela consideração de que outras entidades não-estatais destinam-se a essa prestação, de forma, em tese, suficiente, quantitativa e qualitativamente.

Gaspar Ariño ORTIZ, por outro ângulo, partindo da concepção personalista da sociedade – "es al hombre creador, inteligente y libre – no al Estado – a quien hay que servir" ou, ainda, "el Estado, la sociedad, el Derecho, existen justamente para *garantizar la libertad del individuo porque esta es la clave de su felicidad*"[69] – e embora realçando que educação, saúde e seguridade deveriam ter prioridade máxima na política liberal[70], salienta que o conceito de serviço público não poderia ser entendido senão a partir da separação entre Estado e sociedade, o que elucidaria o declínio da dimensão da expressão hodiernamente: os "serviços públicos assistenciais" (educação, saúde, assistência social, entre outros) teriam sido qualificados como serviços públicos com inerência ao Estado com base na necessidade de apartamento das instâncias (Estado e sociedade), olvidando-se que sempre estiveram atrelados à iniciativa privada, ainda que sob os olhos estatais; hoje, com a superação da dualidade rígida, pela mudança de paradigma, essas atividades estariam retornando à sua origem. Explica-se. Destaca, o autor, que a compreensão de serviço público passa pela discussão sobre os fins do Estado, que corresponde a uma idéia cambiante segundo o

[67] Cf. CHAPUS, René. **Droit administratif general**. 4. ed. Paris: Montchrestien, 1988, t. 1. p. 377-383.
[68] Cf. MONTANER, Luis Cosculluela. **Manual de Derecho Administrativo**. 5. ed. Madrid: Civitas, 1994. p. 434-435.
[69] ORTIZ, Gaspar Ariño. **Economia y Estado**: crisis y reforma del sector público. Madrid: Marcial Pons, 1993. p. 14. Itálico do original.

momento histórico, não estando presa aos limites do direito administrativo, mas equivalendo, mais fundamentalmente, a uma questão política. Argumenta, em continuação, que, no Estado dito social, ter-se-ia atribuído uma grande quantidade de escopos de várias espécies e em inúmeras áreas ao Estado, não se podendo deixar de perceber que muitos deles poderiam ser alcançados sem que o Estado ocupasse uma posição de principal implementador ou, ainda, que a prestação direta pelo ente estatal não transformaria o resultado em serviço público. Traçando uma evolução histórica do que se entende como fins do Estado, o autor salienta o trespasse do "Estado policial" (que se limitaria a assegurar a atuação dos particulares) ao "Estado de los servicios públicos con contratista interpuesto" (em que se tentaria harmonizar a ideologia liberal com a necessidade de resposta a novas necessidades sociais, exigindo, a princípio, uma intervenção positiva do Estado, do que teria decorrido a concepção da concessão administrativa), e desse, seqüencialmente, ao Estado prestador diretamente dos serviços públicos, ao Estado produtor de bens no mercado e ao "Estado programador y conformador de la vida social", concernindo, essa última fase, ao instante em que a Administração Pública passa a ser percebida como instrumento de impulso social, que apenas realiza diretamente o que a sociedade não consegue efetivar. Diante desse escorço, o estudioso propõe um conceito de serviço público que diga com as atividades que o Estado deve executar diretamente, por suas próprias estruturas (*nomine propio*) ou mediante formas de delegação. A *publicatio* torna, o serviço, público, o que equivale a dizer que, mediante norma legal, se reconhece a titularidade das atividades assim qualificadas no Estado, que, contudo, poderá autorizar sua prestação por terceiros, através dos mecanismos previstos legalmente. No processo de construção do conceito, o autor sublinha a imprescindibilidade de distinção entre função e serviço, respeitando, a primeira, às atividades que se realizam através do exercício de poder soberano (legislativa, judicial, policial, tributária, *exempli gratia*), nota que estaria ausente no conceito de serviço, caracterizado como "prestaciones de tipo técnico". Diz discrepantes, outrossim, os sentidos de serviço público e de gestão econômica, estando essa ligada à idéia de um "serviço nacional" de produção de bens para o mercado, de forma não monopolizada, e regendo-se, de regra, por normas de direito privado, ao passo que os serviços públicos regulam-se pelo direito público, independentemente da natureza do

[70] Cf. ORTIZ, Gaspar Ariño. **Economia y Estado**: crisis y reforma del sector público. Madrid: Marcial Pons, 1993. p. 16.

prestador, além de estarem marcados pela característica da "exclusividad regalística"[71]. Assim, conceitua o serviço público:

> es aquella actividad propia del Estado o de otra Administración pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de Derecho público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social[72].

Em conseqüência, sobre os serviços de educação, saúde, cultura, assistência social e outros de natureza similar, "aunque sean prestados en estabelecimientos públicos", o autor é enfático:

> Pues que *no son servicios públicos* ni se les aplica el régimen jurídico de éstos, sino aquel que por las condiciones subjetivas – es decir, el estatuto jurídico del ente que los presta – le corresponda: se es un ente público, estará sometido al Derecho público (salvo que por ley se declare sujeto al régime jurídico-privado); si es un particular se someterá sin más al Derecho privado. Depúes de años de confusión parece lograrse un cierto acuerdo en este puento[73].

Finalmente, não se pode deixar de apontar para a definição posta pelo autor, sobre os chamados "serviços públicos virtuais ou impróprios", ou seja, as atividades que, em razão de forte interesse público, não prescindem de autorização estatal de funcionamento, a exemplo das atividades bancárias, sanitárias e dos estabelecimentos de ensino, o que não os transformaria em serviços públicos, mesmo porque o regime jurídico a que se submetem não se confunde com o público, a ser observado quando se trata de prestação direta ou delegada pelo Estado.

Na seqüência da análise, agora no respeitante à doutrina portuguesa, destaca-se, inicialmente, o debate mais geral sobre a "administração periférica do Estado", acerca da qual fala João CAUPERS, que salienta proposta de resgate dos aspectos não normativos da Administração Pública, com destaque para a ciência da administração, como instrumental dirigido à solução dos problemas administrativos, mas de forma aliada ao elemento jurídico, que deveria passar, portanto, por um processo de re-adequação. Nesse contexto, invocando valores como eficiência e participação cidadã, o autor aponta para a necessidade de diferenciação da administração pública de modo a se conformar com a diversidade dos grupos

---

[71] Cf. ORTIZ, Gaspar Ariño. **Economia y Estado**: crisis y reforma del sector público. Madrid: Marcial Pons, 1993, capítulo IX.
[72] ORTIZ, Gaspar Ariño. **Economia y Estado**: crisis y reforma del sector público. Madrid: Marcial Pons, 1993. p. 299.

integrantes do corpo social e suas necessidades especializadas, identificáveis a partir da individualidade, assim emergindo a administração autônoma, caracterizada pela superação do modelo decisório centralizado, afastado dos verdadeiros executores ou divorciado da contribuição dos beneficiários, ou, em outros termos, avessa à idéia monopolista, de redução da realização do interesse público ao Estado. Nesse quadro, elogia as unidades administrativas periféricas (a exemplo dos municípios), acentuando sua função de redução dos desequilíbrios regionais, o que, contudo, não estaria se efetivando em função do comprometimento do Estado apenas com as áreas de maior expressão fiscal, em clara ofensa à direção determinada pelo Ordenamento Constitucional português[74].

Especificamente sobre os serviços público, merece referência a produção de Marcello CAETANO, para quem serviço público é "o serviço administrativo cujo objecto consiste em facultar a quantos deles careçam os meios idôneos para a satisfação de uma necessidade colectiva individualmente sentida"[75]. Nota, o autor, que o "Estado liberal típico" será "um Estado sem serviços públicos", contrapondo-o ao "Estado socialista típico", com a organização de "todas as actividades humanas em serviços públicos", e localizando-os em dois pólos, entre os quais estaria "toda uma gama de orientações políticas"[76].

Caminhando para a doutrina italiana, citam-se três representantes. ALESSI diferencia os sentidos amplo e estrito de serviço público. O primeiro incluiria a garantia da ordem jurídica e da segurança social nas relações internas e internacionais, bem como a prestação de utilidades aos particulares. O segundo limitar-se-ia ao último feixe de atribuições (o fornecimento de utilidades), em cujo bojo incluir-se-iam os serviços *uti universi* e *uti singuli*, consoante tivessem por destinatários possíveis todos os cidadãos ou apenas alguns em particular, respectivamente, marcando-se pelo caráter prestacional propriamente dito apenas os segundos. Como elementos do conceito de serviço público, o autor referido aponta: a) "la idea de un cierto conjunto, más o menos desarrollado, a veces poco menos que embrionario, de *medios* personales o reales y sobre el cual se imprime, como elemento unificador, el común destino al ofrecimiento [contínuo e sistemático] de determinadas prestacionaes"; b) "la idea de una actividad dirigida a satisfacer necesidades que antes de ser *colectivas* son

---

[73] ORTIZ, Gaspar Ariño. **Economia y Estado**: crisis y reforma del sector público. Madrid: Marcial Pons, 1993. p. 306. Itálico do original.
[74] Cf. CAUPERS, João. **A administração periférica do Estado**: estudo de ciência da administração. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1994.
[75] CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 3. ed.rev.ampl. Coimbra: Coimbra Editora, 1951. p. 522.
[76] CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 3. ed.rev.ampl. Coimbra: Coimbra Editora, 1951. p. 522.

necesidades *individuales*, asumiendo el rango de necesidades colectivas tan sólo por su generalidad e importancia, que determinan el que su satisfacción venga a ser uno de los fines del fenómeno asociativo"; c) a idéia de prestação que objetivaria o interesse público, de modo que sua remuneração pelo usuário se daria, no máximo, através de taxa (no sentido atribuído pelo direito público, em distinção ao preço público ou tarifa), sua realização envolveria imediatamente a satisfação de necessidades dos cidadãos de importância coletiva não associadas a pretensões econômicas do poder público e o dinheiro seria apenas um meio para se alcançar a finalidade e não a própria prestação[77]. Seguindo a tipificação, ALESSI diz acolher o critério formal de qualificação, de sorte que os serviços públicos, para o alcance do interesse público, seriam os regulados essencialmente pelo direito público, admitindo-se a aplicação do direito privado na atuação de entes públicos, mas apenas para os voltados a escopos econômicos[78]. Por outro ângulo, IRELLI parte da diferenciação entre serviço público e função administrativa, apresentando essa como a atividade realizada pelo ente público, no exercício de poder administrativo, com vistas ao alcance do interesse público, ao passo que os serviços públicos se manifestariam como efetivação material e não potestativa: "E così si parla di servizi pubblici, ad esempio, a proposito dell'assistenza sanitaria, della scuola, o della previdenza, o dei trasporti; mentre si parla di funzioni pubbliche, ad esempio, a proposito della tenuta dei registri dello stato civile o a proposito della pianificazione territoriale [...]"[79]. Com outra angulação, em sentido objetivo, os serviços públicos abarcariam – considerado o momento histórico e sua reverberação na lei – atividades desenvolvidas diretamente pelo poder público (equivalência com o sentido subjetivo) ou por terceiros, mediante instrumento de concessão (com regulação e controle pela Administração, segundo poder administrativo específico); ou envolveriam atividades que o poder público não realiza diretamente, mas que estão submetidas a um regime diferenciado, dada sua relevância pública (o enfoque está no *regímen*), a exemplo das atividades bancárias; ou, ainda, empregar-se-iam no sentido de serviços públicos essenciais, reservados ao exercício exclusivo pelo Estado, sendo que essa

[77] Cf. ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Traducción de Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970, t. II. p. 363-366.
[78] Cf. ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Traducción de Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970, t. II. p. 368-371.
[79] IRELLI, Vicenzo Cerulli. **Corso di diritto administrativo**. Nuova edizione riveduta ed ampliata. Prima ristampa aggiornata e corretta. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997. p. 56: "E assim se fala de serviços públicos, por exemplo, a propósito da assistência sanitária, da escola, ou da previdência, ou dos transportes; enquanto se fala das funções públicas, por exemplo, a propósito do domínio dos registros do estado civil ou a propósito da planificação territorial [...]" (tradução livre).

última possibilidade estaria, hoje, em declínio[80]. Apontando para os serviços de educação, saúde e assistência social, dentre outros, o autor destaca o relevo, não no sujeito prestacional, mas no modo de gestão, de modo que, nesses campos, a atuação do poder público limitar-se-ia à regulação. A gerência – a dizer, a realização – tenderia a ser privatizada: "questa prospettiva è soprattutto affacciata della recente l. 14.11.1995 n. 481 sule c.d. autorità di regulazione dei servizi di pubblica utilità"[81]. Ressaltar-se-ia, nesse contexto, a atuação estatal na garantia dos direitos dos cidadãos usuários. Finalmente, de seu turno, Sabino CASSESE salienta que os serviços públicos estão passando por um processo de mutação, em quatro âmbitos: 1º) mudança da função do Estado, de gestor para controlador; 2º) substituição do cidadão-administrado pelo cidadão-usuário; 3º) desvinculação entre prestador e controlador; e 4º) fixação do controle em agentes independentes, fora das interferências estatal e privada[82].

Passando à compreensão inglesa, WADE e FORSYTH salientam especificidades do sistema anglo-americano, a exemplo da competência da justiça comum para a verificação da regularidade dos atos administrativos (diversamente do verificado em relação às realidades francesa e italiana, dentre outras, do sistema continental, em que há uma justiça administrativa, dedicada, exclusivamente, aos casos administrativos). Disso decorreria, segundo a expressão neles colhida, um direito administrativo, no sistema continental, desenvolvido autonomamente em relação ao direito privado, característica não ostentada pelo sistema anglo-americano (o *common law* – o direito comum – é que solucionaria, segundo a concepção tradicional diceyana, as contendas, inclusive as qualificadas como administrativas, não se desunindo o direito como fenômeno único, embora alguns autores admitam a existência de um regramento diferenciado que afastaria algumas normas do direito comum[83]). Analisando, outrossim, o impacto recente do direito comunitário no direito administrativo britânico (pela preferência que se deveria dar ao primeiro, quando conflitante com o *Act* do

---

[80] Cf. IRELLI, Vicenzo Cerulli. **Corso di diritto administrativo**. Nuova edizione riveduta ed ampliata. Prima ristampa aggiornata e corretta. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997. p. 59-63.

[81] IRELLI, Vicenzo Cerulli. **Corso di diritto administrativo**. Nuova edizione riveduta ed ampliata. Prima ristampa aggiornata e corretta. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997. p. 67: "essa perspectiva é sobretudo apresentada pela recente l. [lei] 14.11.1995 n. 481 sobre a autoridade de regulação dos serviços de utilidade pública" (tradução livre).

[82] Cf. CASSESE, Sabino. De la vieja a la nueva disciplina en los servicios públicos. **Actualidad en el derecho público**, n. 8, Buenos Aires: AdHoc, sep./dic., 1998. p. 23-24.

[83] Sobre a discussão, cf. RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado**. Tradução de J. Cretella Jr. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 124-137. (RT Textos Fundamentais, 10). O autor diz que marcariam esse quadro normativo diverso as prerrogativas gozadas pela Coroa (limitadas pelo *Crown Proceeding Act*, de 1947) e os instrumento de proteção especial aos agentes públicos, no direito inglês, assim como, nesse mesmo âmbito, o reconhecimento de função julgadora internamente ao aparelho executivo. As "derrogações do direito comum" estariam, ainda, na ampla autoridade regulamentar da Administração. O estudioso compreende que há uma tendência à libertação do direito administrativo em relação ao direito comum.

"soberano" Parlamento, segundo a lógica do projeto integrador), vislumbrando-se um verdadeiro amálgama normativo, e, mais remotamente, os períodos de desenvolvimento do direito administrativo inglês, um dos quais marcado por uma maciça produção regulatória da Administração, em detrimento da atuação dos tribunais (a função executiva ampliada às raias da arbitrariedade, com o enfraquecimento da judicial), que gerou insatisfação contra "o novo despotismo" e a "burocracia triunfante", os autores salientam a passagem desse momento de amplo poder aos ministérios à restauração do vigor judicial[84], com negação das instituições administrativas arbitrárias, mas sem prejuízo de um *administrative law* (expressão que tem um sentido próprio, de certo modo afastada, no tocante às origens, do *droit administratif*). Seqüencialmente, consolidou-se uma estrutura de direito administrativo calcado na *rule of law*, no sentido, não apenas de submissão da atuação administrativa ao princípio da legalidade, mas de controle pelas *courts* do exercício dos poderes discricionários autorizados na lei, que deveriam sempre ser interpretados restritivamente e face à doutrina do *ultra vires* (a Administração não poderia desbordar do seu campo), tendo esses tribunais maior independência, se comparados com o modelo francês concentracionista em uma hierarquia própria. A maior parte da obra dos autores se dedica à concepção subjetiva de Administração Pública, ou seja, à apresentação de sua conformação estrutural, bem como dos remédios que podem ser utilizados na prevenção e repressão dos abusos, embora algumas linhas sejam brevemente destinadas ao detalhamento de algumas funções governamentais, a exemplo da saúde e da seguridade social. Outros autores, americanos, conceituam o direito administrativo como o que se preocupa com os poderes e processos das *administrative agencies*, compreendendo como agência administrativa "a governmental body which makes rules and/or adjudicates disputes of private parties"[85]. Resta perquirir sobre a posição dos serviços públicos nesse contexto específico:

> DIREITOS ADMINISTRATIVOS NÃO INCLUÍDOS NOS SISTEMAS ANGLO-SAXÃO E SOVIÉTICO.
> [...] A *noção de serviço público* fornece um exemplo. Na época em que o direito administrativo francês fazia dessa noção sua *pedra angular*, ela não tinha ainda conseguido atravessar as fronteiras[86].

---

[84] Cf. WADE, William & FORSYTH, Christopher. **Administrative law**. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 12-22.

[85] HILL, Jr., Myron G.; ROSSEN, Howard M.; SOGG, Wilton S. **Smith's review**: legal gem series: administrative law: for law school and bar examinations. Cleveland: West Publishing, 1974. p. 01: "um corpo governamental que faz regras e/ou julga disputas de grupos privados" (tradução livre).

[86] RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado**. Tradução de J. Cretella Jr. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 213. (RT Textos Fundamentais, 10). Para Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO, as obras doutrinárias anglo-americanas reduzem o direito administrativo a quatro pontos: poder

Fala-se, ao revés, nos sistemas anglo-americanos, de *public goods*, *collective goods* ou *public utilities*, enquanto espécies de produtos ou serviços que não conseguem ser lucrativamente desenvolvidos por empresas privadas e que não se destinam ao uso exclusivo de um ou de alguns indivíduos. Certos bens dessa natureza – como educação e atividades caritativas – são objeto de prestação, primariamente, pelas chamadas organizações não-governamentais, mas, eventualmente, "they were 'secularized', with government taking the leading role in their provision on the theory that it was in the general public interest to do so, and that universal public education or welfare could not be provided successfully solely by private groups"[87]. Interessante, na leitura dos autores americanos, a posição em que são colocados os administrados diante da Administração Pública: ora como litigantes, ora como partícipes, ora como sujeitos à regulação, ora como interagentes imediatos, ora como clientes, ou seja, de trás para frente, obtendo benefícios ou serviços do Estado Administrante, diante do burocrata definidor da incidência da regra ou do fornecimento da assistência, submetendo-se ao constrangimento legal, tomando parte nos programas de administração pública e reclamando contra a esfera administrativa[88]. O cidadão, simplesmente, parece ter sido suplantado pelo freguês, e o argumento é que se precisava tornar mais concreto o conceito de "público", o que restou satisfeito numa *managerial approach* ("aproximação gerencial"), em relação ao setor privado. Mas, há, outrossim, o viés político e a perspectiva legal, representando, o primeiro, a percepção do indivíduo integrado nos grupos de interesse social e econômico, e, o segundo, o conjunto de indivíduos titulares de estatutos de direitos protetivos contra os excessos da Administração Pública[89]. Em suma: quando o Estado não é o

---

regulamentar, prerrogativas da Administração Pública, revisão judicial dos atos administrativos e responsabilidade administrativa pelos atos dos agentes públicos. Outras questões seriam relagadas ao campo mais político que jurídico, a exemplo das *public utilities*, "pertinentes ao regime dos serviços públicos cujo exercício seja delegado aos particulares". V. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, v. 1. p. 132-133. V. também SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público 'à brasileira'? **Revista de Direito Administrativo**, n. 230, out./dez., 2002. p. 45-74: "Nos Estados Unidos inexiste o conceito de serviço público [...]" (p. 47).

[87] ROSENBLOOM, David H. **Public administration**: understanding management, politics and law in the public sector. 3. ed. New York: McGraw-Hill, 1993. p. 11: "eles foram 'secularizados', com o governo tomando o papel principal na sua provisão na teoria de que foi feito no interesse público geral, e que a educação pública universal ou o bem-estar não poderiam ser providos com sucesso exclusivamente pelos grupos privados" (tradução livre).

[88] Cf. ROSENBLOOM, David H. **Public administration**: understanding management, politics and law in the public sector. 3. ed. New York: McGraw-Hill, 1993. p. 438-440.

[89] Cf. ROSENBLOOM, David H. **Public administration**: understanding management, politics and law in the public sector. 3. ed. New York: McGraw-Hill, 1993. p. 465-466.

fornecedor (e o cidadão meramente o consumidor), então é o violador (e o cidadão simplesmente dele deve ser resguardado).

Não se mostra, ao que parece, sequer conjecturável, nessa linha de raciocínio, um Estado compromissivo e garantidor de cidadania, que não se esgota como parte de uma relação de consumo, que tem o dever fundamental de satisfazer as necessidades essenciais do homem, visto, esse, não como *homo economicus*, mas como integrante de uma comunidade, materializada na forma de interesse público. Sintetize-se a posição deste trabalho: "[...] preferimos chamar [o usuário] de cidadão [...]"[90]. Mesmo porque "o mercado [*locus* do usuário, consumidor ou freguês, não do cidadão] funciona sobre uma situação social dada", "não garante cidadania"[91].

De resto, cumpre lembrar que a União Européia adotou, desde os primórdios, com o Tratado de Roma, o conceito de "serviço de interesse econômico geral", numa aproximação da matriz norte-americana das *public utilities*, o que é coerente com a origem da instituição, marcadamente econômica, e com uma "esencia altamente 'neoliberal'"[92]. Assim, "o direito comunitário impõe que se adote uma nova postura diante do setor tradicionalmente regido pelo direito público, deixando que as regras de direito privado e a lógica do mercado sejam, respectivamente, o fundamento e o vetor do novo serviço público"[93].

**b) O serviço público no direito brasileiro.**

Em relação à doutrina brasileira, é necessário citar, dentro do marco teórico, os principais manuais (os antigos e os mais novos), bem como as produções mais específicas e atualizadas, preocupados todos com a definição do serviço público, de modo a permitir o enquadramento dos institutos que se tem concebido no âmbito da última reforma administrativa, iniciada, fundamentalmente (em termos legiferantes), no ano de 1995.

---

[90] LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à reforma administrativa**: de acordo com as Emendas Constitucionais 18, de 05.02.1998, e 19, de 04.06.1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 141.

[91] ARAÚJO, João Lizardo R. Hermes. Qualidade dos serviços públicos no Brasil. In: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC. **A proteção ao consumidor de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 295. Apenas em nome da completude, é de se dizer que a obra citada se dedica à esfera diversa da do terceiro setor, tendo sido resultado, inclusive, de convênio firmado entre o IDEC e o BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento), embora a referência especificamente feita se ajuste aos limites deste trabalho, haja vista as propostas de "mercantilização do social".

[92] PLATA, Alberto Montaña. **El concepto de servicio público en el derecho administrativo**. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 20.

[93] JUSTEN, Mônica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 169.

De logo, é preciso antecipar que a posição no sentido da "morte" dos serviços públicos – numa última crise, dentre as várias pelas quais o conceito teria passado, particular da mais recente reforma do Estado Administrador –, especialmente enquanto prestados pelo Estado ou por quem a ele responda em regime de direito público, não se mostra sustentável, especialmente para os Estados não desenvolvidos, segundo a antiga tipologia, mas, é importante que se diga, não limitado a eles. Se, como afirma Marçal JUSTEN Filho, "o serviço público somente desaparecerá se e quando houver viabilidade de satisfação dos direitos fundamentais mediante atuação privativa da iniciativa privada, sem a intervenção estatal [...][94]", seria excesso de otimismo, para não dizer ingenuidade, insensibilidade ou ignorância, imaginar, num mundo cada vez mais marcado pelo estalão lucro, a ponto de se restringir o homem ao *homo oeconomicus* (que se fala uniformizado pela globalização[95]), que a esfera privada se desincumbiria de saciar, adequada e suficientemente, as necessidades de inerência humana mínimas, ainda que o exercício das atividades correspondentes não traga qualquer resultado econômico significativo. Ainda que se admitisse a possibilidade de prestação ampla desses serviços no âmbito privado, é certo que, a) em sendo eles tomados como atividade lucrativa, parcela da sociedade, não seria por eles amparada, por não terem condição de efetivar qualquer tipo de paga, persistindo imprescindível a presença estatal, e, b) em existindo eles como atividade econômica e como atividade solidarística (no sentido de prestação pela própria comunidade sem qualquer intuito lucrativo), ainda assim a realidade demonstra que parte dos indivíduos não seriam beneficiados, a demanda não seria atendida a contento, em particular no caso daqueles serviços que exigissem expressivos investimentos. Para ilustrar, observe-se a situação dos Estados Unidos da América – já que sempre citado como modelo de participação social "sem esperar pelo Estado", marcado pela "porosidade da divisão entre público e privado: segundo uma tradição centenária recolocada na ordem do dia pela 'guerra à pobreza" nos anos 60, uma boa parte dos programas sociais [...] são 'terceirizados' e confiados a organismos privados [associações sem fins lucrativos e empresas comerciais] que os distribuem e administram em nome da coletividade"[96] –:

[94] JUSTEN Filho, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 498.
[95] V. ZAOUAL, Hassan. **Globalização e diversidade cultural.** Tradução de Michel Thiollent. São Paulo: Cortez, 2003.
[96] WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Sem referência a tradutor. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Freitas Bastos Editora, 2001. p. 22. (Pensamento Criminológico, 6).

> [...] A ausência de uma tradição de serviço público [...] faz com que o aparelho administrativo fique diretamente submetido às forças do dinheiro de um lado e aos interesses do 'patrimonialismo eleitoral' de outro. [...].
> Os Estados Unidos apresentam assim o paradoxo de uma sociedade que venera as crianças, mas não tem uma política familiar e educacional, de maneira que uma criança em cada quatro (e uma criança negra em cada duas) nela vive abaixo da 'linha' oficial de pobreza; uma sociedade que gasta mais que todas as suas rivais em saúde, mas deixa sem cobertura médica 50 milhões de pessoas (das quais 12 milhões de crianças); uma sociedade onde se sacraliza o trabalho, mas não dispõe de nenhum instrumento nacional de formação e de apoio ao emprego digno desse nome. Isso porque a 'caridade de Estado' tem como objetivo primeiro reforçar os mecanismos de mercado e sobretudo impor às populações marginais a rude disciplina do salariado desqualificado [...][97].

Em síntese, não se pode dispensar o Estado como prestador de serviços públicos, por mais panglossiano (como em "Cândido", de Voltaire) que se seja.

Posta essa premissa, parte-se à conceituação.

Vicente Pereira do REGO, professor da Faculdade de Direito do Recife, em 1857 – portanto, ainda sob o prisma da primeira Constituição brasileira –, conceituava a administração pública como "o governo do paiz, menos a factura das leis, e a acção da justiça entre os particulares"[98]. Classificava a administração pública em ativa, consultiva e contenciosa, destacando o objeto da "administração activa": a execução da lei e a utilidade pública. No tocante à utilidade pública, acentuava que, embora determinada legislativamente, "gyra num circulo elástico, que o interesse geral, ora amplia, e ora restringe". E seguia:

> A este respeito é que se manifeste a administração propriamente dita. A sua missão é tão extensa como as necessidades geraes da sociedade, sobre que ella provê. Para apreciar e satisfazer essas necessidades recorre a administração á sciencia e á economia política: attende também aos tempos, aos lugares, e ás circumstancias que pódem modificar diversamente a intensidade da necessidade e a opportunidade da satisfação[99].

Referencial no administrativismo brasileiro moderno, Celso Antônio Bandeira de MELLO, a despeito de alertar para a sua compreensão restrita, conceitua serviço público como:

---

[97] WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Sem referência a tradutor. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Freitas Bastos Editora, 2001. p. 22 e 23. (Pensamento Criminológico, 6).

[98] REGO, Vicente Pereira do. **Elementos de direito administrativo brasileiro**: comparado com o direito administrativo francês, segundo o methodo de P.Pradier-Foderé. Recife: Typographia Universal, 1857, t. 1. p. 03 (mantidas as características idiomáticas da época).

[99] REGO, Vicente Pereira do. **Elementos de direito administrativo brasileiro**: comparado com o direito administrativo francês, segundo o methodo de P.Pradier-Foderé. Recife: Typographia Universal, 1857, t. 1. p. 05-06 (mantidas as características idiomáticas da época).

> [...] toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo[100].

Para o mencionado autor, serviços públicos são aqueles que o Estado reputa como próprios de sua incumbência, ainda que não os preste diretamente, o que remete, desde já, à Constituição, como norma primeira a definir o que se tomará como serviço público, obrigatoriamente, por estar integrado ao rol de atribuições do poder público. Assim, obsrvando-se o Texto Constitucional, tem-se como impostos ao Estado, a título de deveres, o serviço postal, telecomunicações, energia elétrica, seguridade social, saúde e educação, dentre outros, correspondendo eles a serviços públicos, portanto. Ressalta-se, em acréscimo, que esse arrolamento constitucional não esgota as atividades que podem ser qualificadas como serviço público, bem como não elimina, para algumas delas, a possibilidade de serem também prestadas pela iniciativa privada, não cabendo, em tal hipótese, falar de concessão, permissão ou autorização, mecanismos esses destinados apenas às atividades outorgadas com exclusividade ao Estado, quando ele não pretende executá-las por si. Desse modo, o autor realça a possibilidade de existência de "serviços públicos privativos de Estado" e de "serviços públicos não privativos de Estado", diferenciando-os a partir da necessidade de exercício de atos de império. No primeiro caso – citando-se como exemplo os serviços de energia elétrica –, a iniciativa privada não é livre para realizá-los, dependendo de títulos jurídicos específicos (a exemplo da concessão) para a correspondente exploração, sem prejuízo da titularidade estatal. No segundo tipo – é o caso da saúde, *exempli gratia* –, o Estado tem a obrigação de prestar o serviço, fazendo-o como serviço público, mas não tira a possibilidade de a iniciativa privada também livremente explorá-lo, gratuita ou onerosamente, sem necessidade de outorga específica (quando não serão serviços públicos, enquadrando-se, inclusive, no campo das atividades econômicas). Resume o autor, dizendo que os serviços públicos não privativos de Estado – saúde, educação, previdência social e assistência social – podem ser livremente executados pelos particulares, mas, por sua imprescindibilidade, estão sujeitos a uma regulação diferenciada, que atenda a essa relevância social ou condizente com sua digidade[101]. Na seqüência, categoriza os serviços públicos de berço constitucional em

---

[100] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 628.

[101] Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 644.

"serviços de prestação obrigatória e exclusiva de Estado" (serviço postal e correio aéreo nacional), "serviços de prestação obrigatória de Estado, também com obrigação de oferecer outorga de concessão" (serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens), "serviços de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade" (educação, saúde, previdência social, assistência social e radiodifusão sonora e de sons e imagens) e "serviços de prestação não obrigatória pelo Estado, mas cuja prestação deve ser por ele promovida" (todos os demais serviços, não incluídos nas categorias anteriores)[102]. Importante a observação feita pelo administrativista em relação ao terceiro tipo: "o Estado não pode permitir que sejam prestados exclusivamente por terceiros, seja a título de atividade privada livre, seja a título de concessão, autorização ou permissão"[103]. Disso se conclui que serviços de educação, saúde, previdência social e assistência social (serviços públicos não privativos de Estado) PODEM ser prestados pela iniciativa privada, mas DEVEM ser prestados pelo Estado, independentemente do exercício efetivo da liberdade de execução pelos particulares. Conseguintemente, qualquer comportamento tendente à mera substituição da iniciativa pública pela privada nessas áreas ferirá o Texto Constitucional. Ainda de relevo sublinhar as palavras do teórico, em relação à possibilidade de o legislador infraconstitucional definir outras atividades, além das constitucionalmente enumeradas, como serviço público: tal é possível, mas desde que respeitados os limites impressos na Constituição, baseados na regra de que o exercício de atividades econômicas – assim consideradas segundo a "convicção predominante na Sociedade" – está reservado à iniciativa privada e apenas excepcionalmente poderá ser levado a efeito pelo Estado (por imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo)[104]. Conclui, então, não serem serviços públicos as atividades econômicas desempenhadas pelo Estado, em regime de monopólio (exploração de minérios e minerais nucleares e derivados) ou em concorrência com os particulares. Sobre as atividades desempenhadas pelas organizações sociais, Celso Antônio Bandeira de MELLO sublinha que "os serviços trespassáveis a organizações sociais são serviços públicos *insuscetíveis de serem dados em concessão ou permissão*", de modo que o Estado deles não pode se desincumbir[105].

---

[102] Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 645-646.
[103] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 646.
[104] Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 648.
[105] Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 225 (o itálico na citação é do original).

Hely Lopes MEIRELLES propunha um conceito geral de serviço público, com maior perenidade: "todo aquele prestado pela Administração Pública ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado", cabendo ao Estado, soberanamente, qualificar o serviço como público ou de utilidade pública[106].

José dos Santos CARVALHO Filho, de seu lado, buscando imprimir um sentido moderno ao seu conceito de serviço público, apresenta-o nos seguintes termos: "toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade"[107]. Ressalta o autor que certas atividades, embora genericamente pudessem ser identificadas como serviços públicos, quando prestadas por particulares, descaracterizam-se como tais: "um posto médico municipal enseja a prestação de serviço público de assistência médica, mas um posto médico mantido por entidade religiosa reflete o exercício de atividade privada, embora também de assistência médica"[108]. Além disso, classifica os serviços públicos em sociais e econômicos, ao lado de outras categorias, abrindo espaço para o que chama de novas formas de prestação de serviços públicos, dentre as quais a atinente aos regimes de parceria, em que se aliam o poder público e os particulares na execução de atividades benéficas à coletividade. Entende o autor que essa atuação descentralizada "se revestirá da qualificação de ***função delegada*** do Poder Público" e será cumprida por entidades híbridas, por serem privadas, mas por desempenharem função pública, dando-se a elas a denominação de "entidades de terceiro setor", um *tertium genus*[109]. As executoras de "serviços públicos em regime de parceria com o Poder Público, formalizado por ***contratos de gestão***, constituem as ***organizações sociais***"[110], decorrendo do programa de "publicização"[111] editado através da Lei nº 9.637/98, com absorção de atividades anteriormente desempenhadas por instituições públicas, por entidades de direito privado. De outro lado, através de um regime de parceria por colaboração, exsurgiriam as organizações da sociedade civil de interesse público,

---

[106] Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 330-331.
[107] CARVALHO Filho, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17. ed.rev.ampl.atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 281.
[108] CARVALHO Filho, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17. ed.rev.ampl.atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 282.
[109] Cf. CARVALHO Filho, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17. ed.rev.ampl.atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 303-304 (o itálico e o negrito na citação estão no original).
[110] CARVALHO Filho, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17. ed.rev.ampl.atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 305 (itálico e negrito do original).
[111] Expressão entre aspas, porque o próprio autor não concorda com a designação, asseverando que ela se aproxima mais de um fenômeno de desestatização.

enquanto “entidades da iniciativa privada, usualmente representativas de diversos segmentos da sociedade civil, que desenvolvem ações de utilidade pública”[112], com as quais o poder público poderia firmar termos de parceria. Portanto, compreende o teórico que as atividades executadas pelas organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público são serviço público, quando delegadas pelo poder público, através de contratos de gestão e termos de parceria, respectivamente.

Marçal JUSTEN Filho, tratando sobre o assunto, conceitua serviço público:

> [...] é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público[113].

Ao lado de realçar que o suposto necessário (causa) dos serviços públicos é a realização de um direito fundamental e que isso se dá (conseqüência) através de um regime jurídico de direito público (os dois núcleos de sua definição), acrescenta o autor que, rigorosamente, “a aplicação do regime de direito privado desnatura o serviço público”, bem como que “a expressão *serviço público sob regime de direito privado* indica serviços privados subordinados a uma regulação jurídica intensa”[114], não havendo que se falar, nesse caso, em serviço público no sentido próprio. Observa, ato contínuo, que não é o fato de estar na titularidade do Estado que torna, o serviço, público, mas, ao inverso, é seu caráter público que o desloca para o Estado (“o serviço é público antes de ser estatal”). E, então, destaca:

> Essa formulação deve ser complementada para apontar a tendência à afirmação da prestação do serviço público por entidades não estatais, que atuam em nome próprio e não por delegação pública. Surgem serviços públicos não estatais, o que não significa o desaparecimento de serviços públicos privativos do Estado. Alguns dos mais relevantes serviços públicos continuam a ser de titularidade exclusiva do Estado[115].

Acentua que certas atividades são serviços públicos, mas não açambarcadas com exclusividade pelo Estado. Quando o Estado as presta, sob regime jurídico de direito público, elas se caracterizam como serviço público. Quando os particulares as exercitam sob normas privadas, as atividades passam a ter índole econômica. Dentre essas atividades, destaca a

---

[112] CARVALHO Filho, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17. ed.rev.ampl.atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 307-308.
[113] JUSTEN Filho, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 478.
[114] JUSTEN Filho, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 481 (itálico do original).

educação, a saúde e a ssistência social. No entanto, quando instituições da sociedade civil realizam atividades equivalentes a serviços públicos, nessas áreas, sujeitando-se a um regime aproximado ao do serviço público, registra-se uma propensão de admitir que "o serviço público pode ser exercitado por particulares"[116]. Assim, as organizações sociais, com as quais se firma contrato de gestão, passam a ser delegatárias (em sentido amplo) de serviços públicos, não visando, diversamente das empresas, o lucro, mas a satisfação de uma necessidade de índole pública[117].

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO traça uma linha evolutiva do conceito de serviço público, passando pelo Estado liberal ("o serviço público abrangia as atividades de interesse geral, prestadas pelo Estado sob regime jurídico publicístico") e pelo Estado providência (quando se admitiu a possibilidade de prestação de serviços públicos por particulares e não mais sob regime jurídico exclusivamente público), para lançar seu posicionamento: serviço público é "toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público"[118].

Ainda para fins de qualificação, é de se citar Diógenes GASPARINI. A par de iniciar os estudos com a asseveração quanto à dificuldade conceitual, como constante de regra em todos os manuais, o autor, invocando as influências de Celso Antônio Bandeira de MELLO, define o serviço público, de forma ampla, segundo considera:

> [...] toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade fruível preponderantemente pelos administrados, prestada pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público, instituído em favor de interesses definidos como próprios pelo ordenamento jurídico[119].

Tratando da descentralização dos serviços públicos para pessoas jurídicas de direito privado, como uma das suas modalidades, especificamente a realizada na forma de delegação, o autor cita as fundações, as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Mais além, contudo no mesmo campo, insere os convênios, consórcios, serviço social autônomo e as organizações sociais, apontando, em relação a essas últimas, a condição de prestadoras de atividades públicas, ao mesmo tempo em que afirma que essas formas "não

---

[115] JUSTEN Filho, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 482.
[116] JUSTEN Filho, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 488.
[117] Cf. JUSTEN Filho, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 133.
[118] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 99.

integram a Administração Pública indireta, embora, em termos de atividade que prestam à comunidade, muito se aproximam, daí sua colocação nesta parte do capítulo que trata da Execução do Serviço Público"[120]. E segue:

> Sabendo da existência de associações civis e de fundações constituídas, organizadas e dirigidas segundo as regras de Direito Privado que, sem fins lucrativos, estão voltadas ao desempenho de atividades de interesse público, como são as de saúde e educação, o Estado dispôs-se a aproveitá-las visando diminuir sua atuação nesse setor em que não age com exclusividade e, com isso, melhorar a prestação desses serviços, já que a Constituição faculta essa parceria em mais de um de seus dispositivos [...]
> [...] São entidades privadas que se valem do contrato de gestão para prestar atividades públicas, com apoio das pessoas políticas que as aceitam como parceiras[121].

Também deve ser referida Odete MEDAUAR, para quem a caracterização como serviço público deve levar em conta a concepção política dominante e, especialmente, a compreensão vigente sobre o Estado e os escopos que lhe são atribuídos. Entende, a autora, que, embora haja, por tradição, um "núcleo pacífico de serviços públicos" (a exemplo da água e da luz), outras atividades são consideradas por certas finalidades, em função daqueles pressupostos, como o atendimento das necessidades dos mais carentes. De todo modo, seria possível identificar "elementos comuns às atividades qualificadas de serviço público", quais sejam: a) "o vínculo orgânico com a Administração" (nem sempre o poder público executa os serviços públicos diretamente, mas sempre exerce controle sobre a prestação extra-estatal); e b) "a atividade de prestação é submetida total ou parcialmente ao direito administrativo" ("não há serviços públicos submetidos exclusivamente ao direito privado")[122]. No respeitante ao primeiro tópico, a estudiosa alerta:

> [...] Por isso, os chamados 'serviços de utilidade pública', realizados por particulares e reconhecidos pela Administração como de 'utilidade pública', não podem ser qualificados como serviços públicos, em sentido técnico, por faltar o vínculo orgânico com a Administração, por não incumbir ao poder público; este apenas reconhece que tais atividades trazem benefício à população, sobretudo se forem assistenciais, culturais, educacionais[123].

---

[119] GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 9. ed.rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 278.
[120] GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 9. ed.rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 398.
[121] GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 9. ed.rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 405-406.
[122] MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 2. ed.rev.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 330-331.
[123] MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 2. ed.rev.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 331.

Em manual específico, Alexandre Santos de ARAGÃO assevera existirem quatro concepções acerca do serviço público. A primeira, chamada amplíssima, corresponderia aos conceitos desenvolvidos por DUGUIT e JÈZE, limitando-se, respectivamente aos autores, à consideração das atividades prestadas pelo Estado ou dos serviços executados estatalmente por meio de regime jurídico diferenciado. A segunda corrente, denominada de ampla, incluiria os chamados serviços públicos econômicos (ou remuneráveis e delegáveis por serem exclusivos), os serviços públicos sociais (prestados pelo Estado, mas sem exclusividade, e, pois, indelegáveis) e os serviços designados de universais (com atendimento generalizado, sem identificação dos beneficiários), não abarcando, por outro lado, as atividades relacionadas com polícia administrativa e fomento, porquanto não atinentes à prestação de utilidades pelo próprio Estado. A terceira possibilidade conceitual – designada de restrita – excluiria da imediatamente anterior os serviços *uti universi*, de sorte que corresponderiam ao conceito de serviço público apenas os econômicos e sociais. Finalmente, numa compreensão restritíssima, seriam serviços públicos os de natureza econômica ("apenas os serviços que pudessem ser financiados dessa forma (os serviços específicos e divisíveis, em que é possível a identificação de quem usufruiu o serviço e em que proporção), devendo ainda, nos termos do art. 175 [da CF/88], ser de titularidade exclusiva do Estado, exploráveis pela iniciativa privada apenas mediante concessão ou permissão"[124]). Em seguida, ARAGÃO, após consignar a interpretação casuística dada pelo Supremo Tribunal Federal, posiciona-se no sentido do acatamento da concepção restrita, por ser "mais operacional", conceituando, então, os serviços públicos como:

> [...] atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocados pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade[125].

Os serviços públicos poderiam, segundo ARAGÃO, ser classificados em serviços públicos econômicos e serviços públicos sociais. Enquadrando os primeiros, o autor menciona sua inserção dentre as atividades econômicas *lato sensu* desenvolvidas pelo Estado, caracterizando-os como os que, podendo ser delegados, guardam pertinência com as necessidades/utilidades coletivas, regendo-se no Brasil pelo art. 175, da CF/88[126]. Em nome

[124] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 147-149.
[125] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 157.
[126] "Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos" (BRASIL. Constituição Federal da República

da completude, é de se mencionar que, ao lado dos serviços públicos econômicos, posicionar-se-iam as atividades econômicas *stricto sensu* exercitadas pelo Estado, que se vinculariam, na organização proposta pelo autor, a motivos de ordem fiscal, estratégica ou econômica propriamente. Portanto, essas atividades econômicas em sentido estrito se subdividiriam em a) situações monopolísticas (com rol exaustivo no Texto Constitucional e passíveis de delegação), reguladas pelos arts. 176[127] e 177[128], da CF/88, e b) em atividades, previstas nos ordenamentos constitucional ou infra-constitucional, desenvolvidas em concorrência com a iniciativa privada, quando necessárias aos imperativos de segurança nacional ou atendimento de relevante interesse coletivo, nos termos do art. 173[129], da CF/88. Sobre os serviços públicos sociais, de seu turno, identificados também como serviços públicos culturais, o teórico acentua que o Estado os executa sem excluvidade, de modo que à iniciativa privada está aberta a possibilidade de realizar essas atividades de interesse público livremente (sem necessidade de delegação). Destaca, ainda, nesse tocante, que o que for executado pelo Estado será reputado serviço público, sob regime de direito público, ao passo que o exercitado pela iniciativa privada, considerada a nomenclatura constitucionalmente cristalizada, será apenas "serviço de relevância pública" (citam-se como exemplos os arts. 197[130] e 198[131] da CF/88 em

---

Federativa do Brasil. Organização de Nelson Mannrich. 8. ed.ampl.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 119).

[127] "Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra./§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o *caput* deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas [...]" (BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Organização de Nelson Mannrich. 8. ed.ampl.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 120).

[128] "Art. 177. Constituem monopólio da União:/I-a pesquisa e a lavra de jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;/II-a refinação de petróleo nacional ou estrangeiro;/III-a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;/[...]./§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei [...]" (BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Organização de Nelson Mannrich. 8. ed.ampl.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 120).

[129] "Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei [...]" (BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Organização de Nelson Mannrich. 8. ed.ampl.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 118).

[130] "Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado" (BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Organização de Nelson Mannrich. 8. ed.ampl.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 126).

[131] "Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes [...]" (BRASIL. Constituição

cotejo), sujeito a regime jurídico de direito privado, embora, em alguns casos, por sua essencialidade, sob forte regulação estatal, "constituindo-as como atividades econômicas privadas de interesse público"[132]. Sobre o tema dos serviços públicos sociais e em face da tese de que os serviços sociais não seriam serviços públicos (segundo Carlos Ari SUNDFELD e Ariño ORTIZ), o autor sintetiza:

> Entendemos [...] que, apesar da plausibilidade da tese exposta, essas atividades (saúde, educação etc.) devem ser denominadas em seu conjunto como 'serviços compartidos', sendo que, quando exploradas pelos particulares, são atividades econômicas privadas, eventualmente, de interesse público ou regulamentadas (caso sujeitas às autorizações operativas [...]), e, quando exploradas pelo Poder Público, são serviços públicos sociais, espécie classificatória do gênero serviço público caracterizada, ao contrário dos demais serviços públicos, pela inexistência da reserva de titularidade estatal[133].

Especificamente levando em conta os contratos de gestão, passíveis de serem firmados com as novéis organizações sociais, o autor menciona a tendência de se estender o instituto da delegação aos serviços públicos sociais, quando tradicionalmente ele sempre foi destinado aos serviços públicos econômicos, cujas exclusividade e lucratividade os tornam cedíveis, a dizer, delegáveis. Mas ressalva que "o que é delegado não é o exercício de uma atividade que, sem esse transpasse, seria defesa à iniciativa privada, mas sim o exercício **com apoio do Estado** de atividade que poderia ser exercida por direito próprio, tanto pelo Estado, como pelo particular"[134]. Qualifica, em seguida, nesse contexto, as organizações sociais, pelas nuances legislativas próprias (ter um regulamento de licitação para seus contratos, receber bens e recursos públicos, contar com o trabalho de servidores públicos, compor o Conselho de Administração da entidade, entre outros), como integrantes da Administração Pública descentralizada ("descentralização por colaboração"), situadas entre as delegatárias de serviços públicos e as instituições da Administração Pública Indireta, ou "delegatárias de atividades públicas, descentralizadas mas não integrantes da Administração Indireta"[135]. Por fim, distinguindo organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público, identificando, na primeira, um caráter substitutivo, e divisando, na segunda, efetivamente a condição de parceira, frente aos diplomas legais respectivos, ressalta ARAGÃO que, no caso

---

Federal da República Federativa do Brasil. Organização de Nelson Mannrich. 8. ed.ampl.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 126-127).

[132] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 182.

[133] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 185.

[134] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 744 (negrito do original).

[135] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 747.

das organizações sociais de interesse público, quando o Estado se limita a ajudar uma prestação que já acontece na prática, não haveria que se falar em delegação[136].

Carlos Ari SUNDFELD, antes brevemente mencionado, tem uma visão mais restritiva de serviço público, assim considerando as atividades que são reservadas com exclusividade ao Estado, que as pode delegar, posicionando ao lado dele os serviços sociais, prestáveis pelo Estado ou pela iniciativa privada, dualidade que lhes retiraria a qualidade de serviço público, em se pretendendo manter a utilidade da denominação[137]. Mais que isso, o autor referido, em companhia de outros teóricos do direito administrativo (Gaspar Ariño ORTIZ[138] e Diogo de Figueiredo MOREIRA Neto[139], exemplificativamente), tem sido apontado, nos últimos tempos, como defensor da superação do conceito de serviço público na atualidade do direito administrativo, especialmente considerada a forma derivada da origem francesa, na medida em que não seria mais condizente com a evolução verificada em relação a esse ramo do direito, reflexo das mutações generalizadas para adequação aos novos paradigmas mundiais[140]. A transformação a que os autores se reportam concerne à admissão de um sistema aberto, a dizer, de livre tráfego para a iniciativa privada e para os prestadores públicos (localizados no âmbito estatal), com desfazimento da divisão entre público e privado, na medida em que deveria ser aceita a idéia de um campo único, não mais hierarquizado e sim equilibrado, para o qual todos poderiam contribuir, o que reverteria, pela extensão das possibilidades contributivas, em benefício da comunidade atendida. Fala-se, pois, em releitura da institucionalidade estatal e em abandono da posição de esgotamento do público no Estado, redefinindo-se o público a partir da relevância do privado, quando, então, essas esferas convergiriam à formação de um único espaço, que se poderia chamar público, no sentido de que a ele todos poderiam afluir para realizar o fim maior de satisfação das necessidades de interesse geral, não mais identificando o adjetivo com a força impositiva

---

[136] Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 751.

[137] V. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. 2. tir. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 16. No mesmo sentido, cf. AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 150-159, para quem a expressão serviço público, utilizada de forma larga, seria apenas sinônimo de formas de atuação do Estado, que poderiam se subdividir em três: função pública (atividade não econômica irrenunciável pelo Estado, prestada em caráter exclusivo ou não exclusivo), serviço público (sentido próprio de atividade econômica em regime de privilégio e delegável) e atividade econômica (através de monopólio ou concorrência com as instituições privadas).

[138] Cf. ORTIZ, Gaspar Ariño. **Economia y Estado**: crisis y reforma del sector público. Madrid: Marcial Pons, 1993.

[139] Cf. MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. **Apontamentos sobre a reforma administrativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

[140] Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 246-254.

estatal. Conseguintemente, a construção da figura do público não-estatal[141]. Segundo Diogo de Figueiredo MOREIRA Neto, falando em superação do "público formal" (competência) pelo "público material" (finalidade), "serviços públicos seriam, nesse conceito transicional e provisório, as atividades pelas quais o Estado, direta ou indiretamente, promove ou assegura a satisfação de interesses públicos, assim por lei considerados, sob regime jurídico próprio a elas aplicável, ainda que não necessariamente de direito público"[142]. O mesmo autor sustenta que está sendo marcada "a sucessão das eras de hegemonia na prestação de serviços públicos: da estatal à paraestatal e, desta, à extraestatal"[143].

Resta estabelecer a posição assumida neste trabalho.

**c) Uma percepção preludial dos serviços públicos.**

Os serviços públicos – enquanto atividades de significado eleito pelo ordenamento jurídico como merecedor de amparo, por dizerem de um sentido de bem-estar (segurança, conforto, tranqüilidade e prosperidade) da coletividade, a ser saciado através da fruição de utilidades de expressão econômica pelos integrantes dessa comunidade, prestadas, pelo Estado, como dever seu, ou por quem lhe faça as vezes, no implemento dessa obrigação, sob regime de direito público, diferenciado do privado, fundado na supremacia do interesse resguardado – não morreram, nem arrefeceram. Continuam vívidos e cada vez mais relevantes, diante do individualismo recrudescido, à medida que conferem concretamente congruência e coesão na grande desordem, instalada essa, contraditoriamente, num mundo moderno (para outros, pós-moderno[144]) que se diz uno.

Marshall BERMAN, sobre o mundo da modernidade, diz, tomando de empréstimo uma idéia de Karl MARX, que é uma "unidade [compartilhada por todos os homens e mulheres do planeta] paradoxal, uma unidade de desunidade: ela nos despeja a todos num turbilhão de permanente desintegração e mudança, de luta e contradição, de ambigüidade e

---

[141] Cf. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Nuria Cunill (orgs.). **O público não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

[142] MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. Tranferência de atividades estatais a entes da sociedade. Tese apresentada no XXIV Congresso Nacional de Procuradores do Estado de São Paulo, 1998.

[143] MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. O futuro do Estado: do pluralismo à desmonopolização do poder. In: MARTINS, Ives Gandra (coord.). **O Estado do futuro**. São Paulo: Pioneira; Associação Internacional de Direito e Economia, 1998. p. 59.

[144] Cf. ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

angústia”[145]. Considerando fases de modernidade, nota que, numa segunda fase (a primeira – de XVI a XVIII – marcada por um estado de choque pela ainda incompreensão quanto ao compartilhamento de uma vida comum), os pensadores do século XIX (a exemplo de Octavio PAZ), revolucionário, perceberam quão promissora seria a vida moderna, a despeito das suas ambigüidades, contra essas se insurgindo dialeticamente (são críticos)[146], ao passo que os pensadores do século XX (como Max WEBER[147]), do acesso ao mundo com todas as suas realidades fragmentárias, não foram capazes de entender a riqueza dessas diferenças, posicionando-se, radicalmente, ou como defensores enceguecidos (mas que não sabiam dizer até que ponto caminhar, quais os limites), ou como opositores ferrenhos (mas que não acreditavam no homem, nem exergavam na pluralidade senão subversão a uma ordem ideal não concreta), ou seja, “visões abertas da vida moderna foram suplantadas por visões fechadas: Isto *e* Aquilo substituídos por Isto *ou* Aquilo”[148]. A pós-modernidade, expressa nessa última etapa, se desagregou da modernidade. Propõe, então, o autor, um retorno ao modernismo do século XIX, que pemitiria “iluminar as forças contraditórias e as necessidades que nos inspiram e nos atormentam”, dentre as quais: nosso desejo de raiz (passado estável) e, ao mesmo tempo, de crescimento (de busca do novo); nossa lealdade a nossos grupos identitários e a transnacionalização que torna um[149].

Acrescenta-se, neste trabalho, por inspiração nessas considerações: se a idéia de intangibilidade do Estado sofreu um processo de arrefecimento – externamente, pela instantaneidade da informação, pela incorporeidade das forças econômicas e pelas conflituosidades agregadoras, e, internamente, pela emergência da sociedade civil, da iniciativa privada ativa, com negação do público como restritamente estatal – e, nesse contexto, se enalteceu a participação dos particulares (individualmente ou em grupo) na prestabilidade de serviços essenciais, vinculados a direitos fundamentais, de interesse geral,

---

[145] BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar**: a aventura da modernidade. Tradução de Carlos Felipe Moisés, Ana Maria L. Ioriatti e Marcelo Macca. São Paulo: Companhia das Letras, 1986. p. 15.

[146] Nesse sentido, observe-se a compreensão de PAZ: “[...] o presente não tem cara. Nossa tarefa é, justamente, dar-lhe uma cara [...]. pelo mero fato de estarmos vivos, temos de enfrentar o presente e formar um rosto dessa confusão de linhas e volumes. Converter o presente em presença. Por isso a pergunta sobre o lugar do amor no mundo atual é, ao mesmo tempo, iniludível e crucial [...]/As sementes e os germes de liberdade que defendemos contra os totalitarismos deste século hoje secam nas bolsas de plástico do capitalismo democrático. Devemos resgatá-las e espargi-las pelos quatro pontos cardeais. Há uma conexão íntima e casual entre amor e liberdade” (PAZ, Octavio. **A dupla chama**: amor e erotismo. Tradução de Wladir Dupont. 4. ed. São Paulo: Siciliano, 2001. p. 141).

[147] A ser discutido mais adiante.

[148] BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar**: a aventura da modernidade. Tradução de Carlos Felipe Moisés, Ana Maria L. Ioriatti e Marcelo Macca. São Paulo: Companhia das Letras, 1986. p. 26.

[149] Cf. BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar**: a aventura da modernidade. Tradução de Carlos Felipe Moisés, Ana Maria L. Ioriatti e Marcelo Macca. São Paulo: Companhia das Letras, 1986. p. 38-39.

de outro lado, defender a extinção da figura dos serviços públicos, enquanto deveres prestacionais inerentes ao Estado, considerando, inclusive, não ser ele, em muitos casos, o titular exclusivo do fornecimento, é lançar à incerteza, para dizer o mínimo, parcela expressiva do povo, destituída de condições de acesso a funções desempenhadas num ambiente movido pela defesa de uma grotesca liberdade individual. O ponto positivo desse processo de adequação do espaço do Estado é a formação ou aprimoramento de uma consciência comum de responsabilidade de todos para com todos (ou, nas palavras de LÉVINAS: "um-para-o-outro como um-guardião-de-seu-irmão, como um-responsável-pelo-outro"[150]), o que deve ser reconhecido. Mas isso não pode ser tomado pela equação: "OU a prestação ineficiente do serviço público pelo Estado OU a emergência promissora da sociedade civil organizada". O ponto negativo da realidade moderna é a hegemonização das manifestações individuais, com a "competição exacerbada de todos contra todos"[151], e, conseqüentemente, a fragilidade das relações pela negação ou pelo contingenciamento (no sentido filosófico do termo, *id est*, como indeterminação) de uma autoridade a que se possa reportar em caso de conflito (mesmo porque, nas atuais circunstâncias não há como aceitar a tese da emergência de uma sociedade perfeita)[152]. Isso, contudo, de igual modo, não pode ser aceito em termos excludentes: "OU a prestação salvante do serviço público pelo Estado OU a emergência diruptiva de uma sociedade civil desorganizada". Em verdade, a questão deve ser colocada em função de uma adição: a emergência promissora da sociedade civil organizada **E** a prestação salvante de serviço público pelo Estado. Em outras palavras: o serviço público (na especificidade do denominado serviço público social) é dever do Estado para com seus cidadãos e não tem como efeito sufocar sua prestação, lucrativa ou não lucrativa, pela iniciativa privada – sendo convenientes políticas de estímulo a esse setor, mas jamais de

---

[150] No prólogo de LÉVINAS, Emmanuel. **Humanismo do outro homem**. Tradução de Pergentino S. Pivatto *et al*. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 14. Interessante anotação: "[...] Com efeito, a face do Outro vem ao teu encontro e te diz: 'Não matarás'. A face do Outro entra em nosso mundo, é uma 'visitação'. É responsabilidade: olha e volta a me olhar, torna-me imediatamente responsável. Responsável também do Outro a quem podes fazer mal: daqui nasce a necessidade do Estado: não basta a caridade, é necessária também a justiça" (REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia**: de Nietzsche à Escola de Frankfurt. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2006. p. 423. (Coleção História da Filosofia, 6)).

[151] ZAIDAN Filho, Michel. Imagens da cidadania global. In: _____. **Pernambuco falando para o mundo**: ensaios sobre educação, multiculturalismo, globalização, teoria e história. Recife: Livro Rápido, 2004. p. 71.

[152] Ulrich BECK salienta que não teria sido ainda concebido um "quadro de referência" para o caso de esfacelamento do "contêiner do Estado nacional", de modo que, diante de uma situação em que "a próxima recessão é inevitável, a próxima crise, colapsos no mundo inteiro", "não haverá nenhuma autoridade que equilibre, que amenize, nenhuma autoridade política que esteja disposta e em condições de tirar a economia mundial da crise e evitar o pior" (BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo**: Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2003. p. 42-43).

substitutividade –, além de funcionar na contenção dos parâmetros individualistas reinantes, retratados pelos seguintes números, tão chocantes:

> A *desregulamentação* global, marca registrada do turbocapitalismo, deferiu um golpe mortal também no sistema de 1944, com o resultado de que, na virada de 1999 para 2000, 98% do volume de capitais diariamente flutuantes no montante de 1,5 trilhões de dólares já era de natureza especulativa [...].
> As conseqüências sócio-econômicas dessa política global são desastrosas: as diferenças de renda são cada vez maiores, 20% da humanidade frue entrementes 90% dos bens; os 200 cidadãos mais ricos do mundo dispõem de um patrimônio correspondente à renda anual de metade da população mundial (mais de um trilhão de dólares); um bilhão de pessoas vive no bem-estar, um bilhão em cruel miséria, quatro bilhões vegetam à beira do mínimo necessário para a subsistência[153].

Não se esqueça, ademais, que "o estado de serviços [...] foi, agrade ou não, a resposta de uma demanda vinda de baixo, a uma demanda democrática no sentido pleno da palavra"[154]. Simplesmente extirpá-lo, portanto, não favorece a democratização. Ademais, considerado o caso brasileiro, a prestação de serviços públicos pelo Estado, inclusive os sociais (como educação e saúde), encontra assento no Texto Constitucional, de modo que

> a supressão do 'velho' conceito de serviço público, se entendido nos moldes defendidos pelo jurista espanhol [Gaspar Arño Ortiz, para quem "o velho conceito não se ajusta aos pressupostos econômicos, sociais e políticos que hoje vivemos e que a nova realidade demanda um sistema aberto em que não haveria reserva de titularidade a favor do Estado que passaria a ser da iniciativa privada, flexibilizando-se pois o regime jurídico que lhes seria aplicável"], espanca o texto constitucional, porque desconsidera a importância de tal atividade como atuadora do princípio da dignidade da pessoa humana[155].

Mas, então, serviços como educação e saúde são públicos ou não (considerada, em particular, a realidade administrativa brasileira, em reformulação, e especialmente os arts. 196 e 205, da Carta Magna de 1988)? Primeiramente, é de se dizer que a ilustração com saúde e educação se faz – como se fará ao longo deste estudo – em função de serem os serviços de maior magnitude a serem prestados por organizações sociais e por organizações da sociedade civil de interesse público, na forma das legislações de regência, compondo elas o objeto de análise do presente trabalho. Diante das discussões doutrinárias e das conclusões a que se

---

[153] MÜLLER, Friedrich. A limitação das possibilidades de atuação do Estado-Nação face à crescente globalização e o papel da sociedade civil em possíveis estratégias de resistência. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (coord.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao professor J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 210 (itálico do original).
[154] BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1992. p. 35.

chegou, pelo menos para efeitos introdutórios, têm-se: a) os serviços de educação e de saúde são serviços públicos, quando prestados pelo Estado, sob regime de direito público, valendo salientar que, nos termos da Constituição brasileira em vigor, a titularidade não é exclusiva do Estado, estando aberta sua exploração, desde logo, pela iniciativa privada, sob o regime próprio, embora com uma regulação estatal mais vigorosa, se comparada com outras áreas de atuação não exclusivas, em razão dos bens jurídicos a proteger; b) quando prestados pela iniciativa privada, sob o regime de direito privado, mesmo que com forte regulação, com intuito lucrativo, os serviços de educação e de saúde não são serviços públicos, embora persistam com relevância pública, segundo o Texto Constitucional; c) quando prestados pela iniciativa privada, sob regime de direito privado, mesmo que com forte regulação, sem intuito lucrativo, os serviços de educação e de saúde não são serviços públicos, nos mesmos moldes do contido na letra imediatamente anterior; d) quando prestados por entes privados, criados na forma prevista pelas normas jurídicas de direito privado, sem intuito lucrativo, mas sujeitos à interferência estatal, que não se limita a impor a regulação exigida para todos os prestadores privados de serviços dessa natureza, sustentando-os com recursos públicos, "patrimonializando-os" com bens públicos e movimentando-os através de servidores públicos cedidos de quadros formados pela extinção de entidades públicas, então, os serviços de educação e de saúde são efetivamente serviços públicos, com todas as conseqüências daí derivadas, especialmente a vinculação às normas do regime jurídico de direito público, como se fora uma delegação anômala.

---

[155] FORTINI, Cristiana. Organizações sociais: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face dos danos causados a terceiros. **Interesse Público**, v. 8, n. 38, jul./ago., 2006. p. 115 (comentário constante da nota de rodapé nº 5, do estudo citado).

# Capítulo 2. Remodelações da organização política moderna e reforma do Estado Administrante – Fatores da culminância e do decaimento dos padrões de Estado e redirecionamento da Administração Pública.

> "Examinada de forma séria, a propalada divisão entre os setores públicos e privados não faz sentido. Não é realidade, é retórica. Uma grande parte, vital e cada vez maior do que é chamado de setor público está, para todos os efeitos práticos, no setor privado. [...]./Falar do mito dos dois setores é, na verdade, bem pouco original. Isso foi observado pela primeira vez, e de forma influente, pelo presidente Dwight D. Einsenhower, em seu famoso alerta sobre o complexo industrial-militar. Ficou explícita a aproximação da política pública de armamentos pela indústria de defesa. Daí a irrelevância da distinção comum entre os dois setores. A verdade é esmagadora quando vem de um presidente que foi a mais notável *persona* militar do seu tempo./O mito dos dois setores e suas conseqüências impressionantes se diluem com uma sensação de que é preciso agir com urgência, mas não se trata de nada muito original, como já foi dito. E essa não é uma fraude inocente, nem social, nem politicamente". (GALBRAITH, John Kenneth. **A economia das fraudes inocentes**: verdades para o nosso tempo. Tradução de Paulo Anthero Soares Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 52-54)

O mundo está em revisão[156]. Em verdade – e isso é evidente –, não se pode dizer que não tenha passado por outros períodos de implementação de modificações, mas é certo que o atual se processa com características peculiares. Agita-se com a possibilidade de discussão acerca da própria pertinência da organização política moderna – o Estado –, colocada em xeque, segundo alguns dizem[157], tanto externa, quanto internamente. De fato, no âmbito internacional, os processos de globalização (de esgarçamento de fronteiras) e de integração (consórcio de Estados), levam os estudiosos a questionar a manutenção do paradigma de instituição política surgida na Idade Moderna. Internamente, aponta-se para um processo de recolhimento do Estado com a emergência de outros atores capazes de desempenhar as tarefas das quais se incumbia até então o ente estatal, sendo enaltecidas as noções de sociedade civil e de parceria com a iniciativa privada. Nessa direção, assevera Martin van CREVELD:

> O Estado, que desde meados do século XVII é a mais importante e a mais característica das instituições modernas, está em declínio. Da Europa ocidental à África, voluntária ou involuntariamente, muitos Estados estão se fundindo em comunidades maiores ou desmoronando. Quer se desmoronem, quer se fundam,

[156] É um "mundo em descontrole", no dizer de GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**: o que a globalização está fazendo de nós. Tradução de Maria Luiza X de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000.

[157] Tratando-se de idéia muito comumente defendida, é prescindível apontar o nome de um ou mais estudiosos que seguem essa linha. A despeito das teorias de desaparecimento do Estado, parecem mais consistentes as que sustentam a simples remodelação – confirmatória – da organização política moderna.

> muitas de suas funções estão passando às mãos de uma série de instituições que, seja qual for sua natureza exata, não são Estados.
> Globalmente falando, o sistema internacional está se afastando da configuração de Estados distintos, territoriais, soberanos, legalmente iguais, rumo a estruturas diferentes, mais hierárquicas e, em muitos aspectos, mais complicadas. No tocante a cada Estado, há bons motivos para achar que muitos deles em breve não estarão mais dispostos ou não serão mais capazes de controlar e proteger a vida política, militar, econômica, social e cultural dos seus cidadãos tanto quanto o faziam antes. [...].[158]

Destarte, falar, hoje, em mudança no mundo é, em grande medida, discorrer sobre reforma do Estado, o que reverbera na consideração dos demais atores sociais, impulsionados pelas exigências da "cidadania ativa"[159].

De seu turno, analisar o tema reforma do Estado passa necessariamente pela compreensão dos modelos de organização política moderna que se buscou alterar, ou, dito de outro modo, pela perscrutação da evolução – expressão esta empregada sem qualquer carga valorativa, mas apenas designando, neutralmente, o processo de transformação – das formas e das medidas de atuação do Estado. Essa verificação se impõe com vistas à percepção da transmudação estatal em todos os seus meandros, com a identificação das suas causas, das deficiências que se pretendeu corrigir, dos mecanismos que se procurou implementar, do perfil de administração almejado, das conseqüências derivadas das alterações, das falhas e distorções renitentes, das perspectivas de melhoramento.

Nesse sentido, convém observar que o Estado que, hodiernamente, se engendra – denominado de Estado subsidiário (também designado comumente de Estado regulador) – é associado, no enredo do Estado mínimo, que se identifica com o Estado neoliberal (ou Estado anêmico ou abúlico[160]), à rejeição do modelo do *Welfare State*, do Estado providência-interventor ou Estado caritativo (ou, ainda, *Big Government*), que, por sua vez, foi gestado para fazer frente à insuficiência do Estado liberal, sendo este, no encadeamento para o passado, concebido em oposição ao regime absolutista, que instalou, por assim dizer, a organização política moderna, na forma do Estado absoluto[161].

---

[158] CREVELD, Martin van. **Ascensão e declínio do Estado.** Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. VII.

[159] Expressão utilizada por BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade:** conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 63.

[160] Cf. REALE, Miguel. O renascimento do liberalismo. In: MARTINS, Ives Gandra (coord.). **O Estado do futuro**. São Paulo: Pioneira; Associação Internacional de Direito e Economia, 1998. p. 36.

[161] Produto, esse Estado absoluto, de transformações profundas e graduais no mundo medieval, que Norbert ELIAS apresenta, de forma peculiar: "a propriedade territorial de uma família de guerreiros, o controle que ela exercia sobre certas terras e seu direito a dízimos ou a serviços de vários tipos prestados por indivíduos que viviam nessas terras, foram transformados, com o aumento da divisão de funções e no curso de numerosas lutas, no controle centralizado do poder militar e dos tributos e impostos regulares sobre uma área muito mais ampla"

**a) O Estado imperioso.**

No Estado Absoluto – também chamado patrimonial –, considerado o seu mais conhecido teórico – Thomas HOBBES (1588-1679) –, bem como o contratualismo que construiu (o Estado seria decorrência de um contrato social, firmado pelos homens, que abririam mão de sua liberdade plena, para que pudessem sair da situação anti-social de bestialidade inata em que se encontravam, num retrato do momento histórico (a partir do século XVI) vivenciado pelo referido autor), a liberdade dos súditos estava atrelada ao beneplácito do soberano, ou seja, "a liberdade dos Súditos está, somente, naquelas coisas permitidas pelo Soberano ao regular suas ações [...]", mesmo porque, não se olvidando a vertente contratualista, "cada Súdito é Autor de todos os atos praticados pelo Soberano"[162]. Assim, o que fosse autorizado pelo soberano poderia ser realizado pelo súdito, mas também, o que não estivesse a esse proibido pelo Estado poderia ser entendido como dentro de sua esfera de liberdade remanescente, delimitada estatalmente, exatamente por não dizer respeito ao exercício de poder político.

HOBBES reconheceu, a partir dessa premissa, a possibilidade de formação, dentro do estado de sociedade (estatal, a dizer, diverso do estado de natureza), de sistemas, enquanto ajuntamentos de homens voltados a determinado escopo, classificando-os em regulares ou irregulares, consoante tivessem ou não, respectivamente, um representante, bem como, os regulares, em independentes ou dependentes, segundo, na ordem, fossem sujeitos apenas ao próprio representante (unicamente o Estado, idéia na qual se embute a soberania) ou subordinados ao poder soberano. Ainda em termos classificatórios, salientava que os sistemas regulares dependentes poderiam ser de natureza política ou de feição privada, e os privados poderiam ser categorizados em legítimos ou ilegítimos, a depender da existência ou não da antes referida permissão do Estado[163]. De igual modo, os sistemas irregulares também poderiam ser tipificados como legítimos ou ilegítimos, a teor da intenção (benévola ou malévola) neles impressa. Corpos regulares, privados e legítimos seriam representados pela família, em que o pai ou senhor os comandaria, ao passo que os corpos regulares, privados e

---

(ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, v. 2 (Formação do Estado e Civilização). p. 172).

[162] HOBBES, Thomas. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000. p. 156.

[163] Cf. HOBBES, Thomas. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000. p. 164.

ilegítimos corresponderiam aos "concentrados em uma só pessoa Representativa que não tem nenhuma espécie de Autoridade pública"[164]. Finalmente, os corpos irregulares, "como as Ligas ou a mera concorrência de pessoas sem qualquer identificação para realizar um determinado desígnio e que não estão unidas por qualquer laço de obrigação recíproca, derivando apenas de uma semelhança de vontades e inclinações"[165], deveriam ter a legitimidade aferida em função de uma série de fatores, como objetivos individuais envolvidos, interpretados segundo as circunstâncias, e número dos integrantes por padrões de suficiência.

De outro ângulo, abordando o Estado organicamente, o teórico em referência asseverou sua composição por Ministros Públicos: "Ministros, a medida em que não fazem tudo isso [todas as funções: Tesouro, Milícia, Justiça, Relações Internacionais, dentre outras] por sua própria Autoridade, e sim pela de outrem, e Públicos, porque o fazem (ou deveriam fazê-lo) apenas em virtude da Autoridade do Soberano"[166]. Depreende-se, de logo, que nada, que pressupusesse poder político, deveria extrapolar o Estado, sendo os serviços, realizados por subordinados, qualificados como públicos, porque fundados no poder do soberano e sendo exercitados em favor dele, não cabendo falar propriamente em serviços dirigidos à sociedade.

Tendo em conta que toda a engrenagem estatal se movia em torno da autoridade soberana, as atividades que não fossem vistas como atingindo diretamente esse núcleo eram admitidas a outras esferas, como a religiosa, à qual se havia negado o poder político com a formação do Estado. Assim, da atuação na assistência aos desamparados, especialmente, incumbiu-se a Igreja, o que a marcará a partir de então com significância. Ademais, tem-se analisado, como antevisto em linhas atrás, que, embora o Estado fosse o "senhor do espaço público", persitiria um "espaço privado", de exercício da liberdade inerente ao homem. A doutrina, nesse sentido, registra:

> Essa concepção contém ao mesmo tempo uma resposta e um problema: uma resposta – estritamente política – aos problemas que foram e continuam a ser postos pelas guerras nascidas dos conflitos religiosos nos reinos da Europa Ocidental; um projeto – que leva em conta transformações que afetaram as condições da produção agrícola e manufatureira, o comércio e o mercado de trabalho –, o de uma sociedade que, tendo resolvido mediante uma lógica estrita a questão de sua *forma* política,

[164] HOBBES, Thomas. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000. p. 172.
[165] HOBBES, Thomas. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000. p. 172.
[166] HOBBES, Thomas. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000. p. 176.

> deixaria aos indivíduos o cuidado de regular suas vidas privadas e de usar livremente as próprias capacidades[167].

Impondo-se o Estado, como um *Leviathan*, inicialmente para se fazer valer como expressão do poder absoluto (necessário à contenção da violência desenfreada que impediria a convivência social e, portanto, não tirânico) e, após, identificado como arbitrário e asfixiante de tentativas de reconhecimento de direitos fundamentais ligados à humanidade, especialmente dos relativos à liberdade, é certo que ele produziu adversários.

**b) O Estado ausente (nem tanto assim).**

O liberalismo remonta ao século XVII[168]. Constituiu-se na base ideológica das sublevações contra o absolutismo[169] e o mercantilismo[170] na Europa, manifestando-se como liberalismo político e como liberalismo econômico:

> Fala-se numa era liberal, não apenas porque nesse período toma-se consciência da liberdade como valor supremo da vida individual e social, mas também porque a liberdade é categoria geradora que explica todo um conjunto de comportamentos políticos e sociais intimamente relacionados entre si[171].

No contexto econômico, preconizava-se a livre iniciativa e a livre concorrência, de modo que ao Estado era vedado interferir na economia, exceto para proteger e estimular esse sistema de liberdades. Tratava-se unicamente do Estado guardião do *laissez faire*, *laissez passer*, da *free enterprise*. Ao indivíduo se conferia a possibilidade de agir e decidir, na medida em que a ele se reconhecia a capacidade de alcançar, por si mesmo – individualismo – ou, em certo sentido, em associação com outros homens – associacionismo (mas com ênfase

---

[167] CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das idéias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000. p. 54 (itálico do original).

[168] Embora seja "difícil individuar, no plano sincrônico, o momento liberal capaz de unificar histórias diferentes". Afirmação de MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo (verbete). In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen Varriale *et al*. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, v. II. p. 687.

[169] Principais teóricos: o já mencionado Thomas HOBBES e Niccoló MACHIAVELLI (1469-1527). V. MACHIAVELLI, Niccoló. **O príncipe.** Tradução de Lívio Xavier. 4. ed. São Paulo: Athena, 1957. (Biblioteca Clássica, 27).

[170] "Teoria pela qual a prosperidade nacional pode ser conseguida através de uma balança comercial positiva e pela acumulação de metais preciosos", segundo WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald. **Introdução à economia**. Tradução de Nuno Renan Lopes de Figueiredo Pinto *et al*. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1985. p. 539.

[171] MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo (verbete). In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen Varriale *et al*. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, v. II. p. 690.

nas partículas individuais de composição e não no grupo mesmo, contra o qual o indivíduo deveria ser protegido) – a satisfação de suas necessidades, o progresso econômico e social.

Adam SMITH (1723-1790), um dos maiores teóricos do liberalismo econômico, asseverava, em plena Revolução Industrial[172], que "o soberano fica totalmente desonerado de um dever que, se ele tentar cumprir, sempre o deverá expor a inúmeras decepções e para essa obrigação não haveria jamais sabedoria ou conhecimento humano que bastassem: a obrigação de superintender a atividade das pessoas particulares e de orientá-las para as ocupações mais condizentes com o interesse da sociedade". E ainda:

> Segundo o sistema da liberdade natural, ao soberano cabem apenas três deveres; três deveres por certo de grande relevância, mas simples e inteligíveis ao entendimento comum: primeiro, o dever de proteger a sociedade contra a violência e a invasão de outros países independentes; segundo, o dever de proteger, na medida do possível, cada membro da sociedade contra a injustiça e a opressão de qualquer outro membro da mesma, ou seja, o dever de implantar uma administração judicial exata; e terceiro, o dever de criar e manter certas obras e instituições públicas que jamais algum indivíduo ou pequeno contingente de indivíduos poderão ter interesse em criar e manter, já que o lucro jamais poderia compensar o gasto de um indivíduo ou de um pequeno contingente de indivíduos, embora muitas vezes ele possa até compensar em maior grau o gasto de uma grande sociedade[173].

---

[172] "[...] provavelmente o mais importante acontecimento na história do mundo, pelo menos desde a invenção da agricultura e das cidades", segundo HOBSBAWM, Eric J. **A era das revoluções:** 1789/1848. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 45. V. também ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do trabalho e pós-modernidade:** fundamentos para uma teoria geral**.** São Paulo: LTr, 2005. p. 44. Juntamente com a Revolução Francesa, a Revolução Industrial ensejou mudanças fundamentais (explosão demográfica, urbanização, desenvolvimento das comunicações, aumento do volume do comércio e das emigrações, formação de um novo proletariado, admissão do *self-made-man*, marginalização dos trabalhadores pobres). No que respeita a essa última característica – o lançar à margem certo grupo de homens – dizia Zygmunt BAUMAN que "a emancipação de alguns exigia a supressão de outros", bem como que "para que se adaptassem aos novos trajes [o chão da fábrica], os futuros trabalhadores tinham que ser antes transformados numa 'massa': despidos da antiga roupagem dos hábitos comunitariamente sustentados [pois esses conferiam autonomia demais]". E concluía: "O capitalismo moderno, na expressão célebre de Marx e Engels, 'derrete todos os sólidos'; as comunidades auto-sustentadas e auto-reprodutivas figuravam em lugar de destaque no rol de sólidos a serem liquefeitos. Mas o trabalho de fusão não era um fim em si mesmo: os sólidos eram liquefeitos para que outros sólidos, mais sólidos do que os derretidos, pudessem ser forjados. Se para os poucos escolhidos o advento da ordem moderna significava o começo de uma extraordinariamente grande expansão da auto-afirmação individual – para a grande maioria apenas anunciava o deslocamento de uma situação estreita e dura para outra equivalente. Destruídos os laços comunitários que a mantinham em seu lugar, essa maioria viria a ser submetida a uma rotina inteiramente diferente, ostensivamente artificial, sustentada pela coação nua e sem sentido em termos de 'dignidade, mérito e honra'" (BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade:** a busca por segurança no mundo atual. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003. p. 30-31). Com o mesmo detalhamento, está em HOBSBAWN: "Todos [os trabalhadores] estavam realmente unidos por um sentido comum do trabalho manual e da exploração, e de forma crescente, pelo destino comum de viverem do salário. Eles estavam unidos pela crescente segregação da sociedade burguesa, cuja riqueza crescia dramaticamente, enquanto a situação dos trabalhadores permanecia precária, uma burguesia que se tornava mais e mais restrita e inflexível na admissão dos que vinham de baixo" (HOBSBAWM, Eric J. **A era do capital:** 1848/1875. Tradução de Luciano Costa Neto. 5. ed.rev. 2. reimp. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 311). Esses fatos foram determinantes para a alteração do modelo de Estado, como se verá na seqüência.

No tocante às relações de trabalho – termômetro do tipo de relacionamento inaugurado com o liberalismo –, o economista referenciado apresentava a divisão do trabalho (partição em etapas produtivas) como "conseqüência necessária, embora muito lenta e gradual, de uma certa tendência ou propensão existente na natureza humana [...]: a propensão a intercambiar, permutar ou trocar uma coisa pela outra"[174], salientando que "como é o poder de troca que leva à divisão do trabalho, assim a extensão dessa divisão deve ser sempre limitada pela extensão desse poder, ou, em outros termos, pela extensão do mercado"[175]. Desse modo, instalava-se a sociedade no seu sentido apropriado, ou seja, como sociedade de comércio ou sociedade comercial[176], à medida que o homem deixava de produzir para o seu consumo próprio, satisfazendo-o a partir das trocas exercitadas com os outros produtores, segundo as suas necessidades de subsistência. Se, inicialmente, o escambo efetivava-se com o uso de mercadorias, as dificuldades emergentes dessa prática deram lugar à utilização, para tal escopo, dos metais, originando dinheiro. Nesse contexto, afirmava que "o produto do trabalho é a recompensa natural do trabalho, ou seja, seu salário"[177]. Nesse momento de sua obra, o autor realçava o associativismo dos trabalhadores e dos patrões em torno dessa questão, nos seguintes termos:

> [...] Os trabalhadores desejam ganhar o máximo possível, os patrões pagar o mínimo possível. Os primeiros procuram associar-se entre si para levantar os salários do trabalho, os patrões fazem o mesmo para baixá-los.
> Não é difícil prever qual das duas partes, normalmente, leva vantagem na disputa e no poder de forçar a outra a concordar com as suas próprias cláusulas. Os patrões, por serem menos numerosos, podem associar-se com maior facilidade; além disso, a lei autoriza ou pelo menos não os proíbe, ao passo que para os trabalhadores ela proíbe. [...].
> Tem-se afirmado que é raro ouvir falar das associações entre patrões, ao passo que com freqüência se ouve falar das associações entre operários. Entretanto, se alguém imaginar que os patrões raramente se associam para combinar medidas comuns, dá provas de que desconhece completamente o assunto. Os patrões estão sempre e em toda parte em conluio tácito, mas constante e uniforme para não elevar os salários do trabalho acima de sua taxa em vigor. [...].
> Muitas vezes, porém, os trabalhadores reagem a tais conluios com suas associações defensivas; por vezes, sem serem provocados, os trabalhadores combinam entre si elevar o preço de seu trabalho. Seus pretextos usuais são, às vezes, os altos preços

---

[173] SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, v. II. p. 169-170.
[174] SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, v. I. p. 73.
[175] SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, v. I. p. 77.
[176] O que "transforma cada relação humana em uma relação de comércio utilitarista" (BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 356).
[177] SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, v. I. p. 117.

> dos mantimentos; por vezes reclamam contra os altos lucros que os patrões auferem do trabalho deles. Entretanto, quer se trate de conchavos ofensivos, quer defensivos, todos são sempre alvo de comentário geral. [...][178].

Assim como se revela, no liberalismo, a postura contrária ao agrupamento de trabalhadores em torno de uma demanda comum (que perturbava a liberdade empresarial), deve ser de já ressaltada a posição adotada pelo Estado liberal, no sentido de inadmitir a atuação de grupos ditos intermediários, como as corporações e a Igreja – o que, como o tempo demonstra, resultou na assunção de muitas atividades pelo Estado, diante do desaparecimento de quem as prestava. Nota-se que, pela política liberal, "o indivíduo deve ser protegido, ao mesmo tempo, contra o Estado e contra as massas"[179]. Em outros termos: a vinculação ao Estado era condição de garantia da liberdade individual, sendo que a admissão de coletividades atuantes, que não o Estado, resultaria em rompimento da unidade que o ente estatal representava, invalidando a almejada ação livre, porquanto no interior desses agrupamentos não estatais poderiam surgir conflitos entre membros, que, não solucionados, resultariam na formação de realidades menores contrapostas, fragmentárias e fracionadoras. Problema extremamente sério e que se constituiu em um dos fatores contribuintes do esgotamento desse modelo de Estado concerniu ao fato de que as prestações estatais assumidas com a inadmissão de outros prestadores passaram a ser dirigidas, fundamentalmente, às classes que delas efetivamente não precisavam, por deterem o poder político e econômico, ao passo que as grandes massas humanas foram relegadas a cada vez maior desamparo.

Importante notar, ademais, que o Estado liberal, também chamado burguês ou monoclasse, era do tipo censitário, ou seja, a despeito de fundar-se nas idéias de liberdade e igualdade, reconhecia poder político apenas aos cidadãos que assumiam certa carga tributária ou que tinham certo nível de formação acadêmica[180].

Ainda no respeitante ao liberalismo econômico, não se pode deixar de citar David RICARDO (1772-1823), cuja vida acompanhou dois dos maiores movimentos revolucionários da civilização ocidental, a Revolução Industrial e a Revolução Francesa. Atuante capitalista – filho de bem sucedido comerciante e, ele próprio, afortunado negociante, desde muito jovem, com trânsito no campo das finanças –, é possível dizer que, pelo perfil

---

[178] SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, v. I. p. 119.
[179] CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das idéias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000. p. 105.
[180] Cf. GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto amministrativo**. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1993, v. 1. p. 37.

traçado pelos estudiosos da obra do autor, não poderia ter enveredado senão pela defesa do liberalismo. Uma passagem específica de sua obra revela seu posicionamento no sentido da falta de confiança no Estado e a sua crença na capacidade dos indivíduos de, por eles mesmos, sem necessidade de qualquer intervenção, ordenarem e equilibrarem suas relações:

> Já observei que, se houvesse total certeza de que não se abusaria do poder de emitir papel-moeda, não haveria interesse algum para a riqueza nacional em saber quem teria tal poder. E, como acabei de mostrar, a população teria um interesse direto em que a fonte emissora fosse o Estado, e não uma companhia de comerciantes e banqueiros. O perigo, no entanto, é que se abusaria mais desse poder se estivesse nas mãos do Governo do que nas mãos de uma sociedade bancária. Uma companhia, como se sabe, está mais sob os controles das leis, e embora possa estar interessada em ampliar as emissões para além dos limites aconselhados pela prudência, será refreada e moderada pelo poder que os indivíduos teriam de converter papel-moeda em lingotes ou dinheiro metálico. Há quem argumente que, se o Governo tivesse o privilégio de emitir dinheiro, deixaria em pouco tempo de respeitar esses limites, sacrificando a segurança futura aos interesses presentes, e que, portanto, alegando motivos de urgência, se livraria de qualquer obstáculo que controlasse o montante de suas emissões de papel-moeda[181].

Na esfera política, o liberalismo manifestou-se por seus teóricos como garantia dos valores liberdade e propriedade, através da restrição aos poderes do Estado, com a consolidação, segundo comumente se apregoa, da democracia representativa e da separação de poderes (LOCKE (1632-1704)[182] e MONTESQUIEU (1689-1755)[183]). O liberalismo, como reação ao Estado absolutista – mas a idéia de "Estado como mero instrumento para a criação de um povo civilizado"[184] de certo modo continuava –, fundava-se na liberdade de discussão e exercitação pelos indivíduos e pela comunidade (enquanto integrada por indivíduos) das diretrizes orientadoras do destino da vida social, política e econômica (autogoverno da sociedade civil, composta por parcelas individuais), bem como na edificação de um conjunto de instrumentos que permitissem controlar as instâncias governamentais, seja

---

[181] RICARDO, David. **Princípios de economia política e tributação**. Tradução de Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 266. (Os Economistas).

[182] LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. "Tanto o poder absoluto e arbitrário como o governo sem leis e *estabelecidas e fixas* não podem ser compatíveis com os fins da sociedade e do governo" (p. 508, com itálico do original). "[...] a sociedade política conserva perpetuamente um poder supremo de salvaguardar-se das tentativas e propósitos de qualquer pessoa, mesmo de seus próprios legisladores, sempre que estes sejam tolos e perversos o bastante para conceber e levar a cabo planos contrários às liberdades e propriedades de seus súditos" (p. 518-519).

[183] MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. "Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as coisas a que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite" (p. 166-167).

[184] Conclusão que aproximava Thomas HOBBES, John LOCKE e Jean-Jacques ROUSSEAU, segundo CREVELD, Martin van. **Ascensão e declínio do Estado.** Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 269.

através da edição de uma Constituição, produzida por instituições representativas, seja pelo delineamento limitador das áreas destinadas à atuação estatal.

O Estado liberal, assim, caracterizava-se pelo não intervencionismo. "O Estado que governa melhor é aquele que governa menos"[185]. Poder-se-ia afirmar consistir ele numa instância secundária de atuação, destinada unicamente a garantir o exercício das capacidades individuais de ação e direção, dos direitos individuais, civis e políticos, encontrando-se, destarte, o Estado liberal, sob controle por parte dos indivíduos. Deveria assumir uma postura não interferente, na medida em que o progresso social e econômico seria imanente à efetivação da liberdade dos sujeitos sociais.

O liberalismo, calcado na pregação radical do individualismo e da livre competição, contudo, cooperou grandemente para o estabelecimento de uma desigualdade profunda entre os atores sociais. Realmente, não se pode olvidar a monopolização de setores da economia, com a falência da idéia do automático equilíbrio que se estabeleceria entre os agentes econômicos (racionalidade espontânea), bem como não se pode desconsiderar o depauperamento crescente da classe trabalhadora, abandonada à regulação fixada unilateralmente pelos detentores dos meios de produção, sem a participação do Estado, fazendo com que à liberdade consagrada pelo Estado liberal fosse conferida feição meramente formal.

Analisando a situação dos trabalhadores pobres como resultado especialmente da Revolução Industrial, Eric HOBSBAWM detalhava:

> Mas naturalmente os contemporâneos que deploravam a desmoralização dos novos pobres industrializados e urbanos não estavam exagerando. Tudo concorria para aumentar essa desmoralização. As cidades e as áreas industriais cresciam rapidamente, sem planejamento ou supervisão, e os serviços mais elementares da vida das cidades fracassavam na tentativa de manter o mesmo passo: a limpeza das ruas, o fornecimento de água, os serviços sanitários, para não mencionarmos as condições habitacionais da classe trabalhadora. [...]. Em nosso período, o desenvolvimento urbano foi um gigantesco processo de segregação de classes, que empurrava os novos trabalhadores pobres para as grandes concentrações de miséria alijadas dos centros de governo e dos negócios, e das novas áreas residenciais da burguesia. [...].
> A alternativa da fuga ou da derrota era a rebelião. [...].
> Qualquer que fosse a verdadeira situação dos trabalhadores pobres, não pode haver nenhuma dúvida de que todos aqueles que pensavam um pouco sobre a sua situação [...] consideravam que o trabalhador era explorado pelo rico, que cada vez mais enriquecia, ao passo que os pobres ficavam ainda mais pobres. [...][186].

---

[185] Expressão colhida em BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política:** a filosofia política e as lições dos clássicos. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 226.

[186] HOBSBAWM, Eric J. **A era das revoluções:** 1789/1848. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 224, 226 e 229-230.

Essa situação convergiu para o desenvolvimento do movimento operário, "uma resposta ao grito do homem pobre", segundo o historiador em consideração. Diversamente dos fenômenos de reação coletiva de épocas anteriores, o que começava a emergir, em função do ápice do liberalismo, especialmente na Inglaterra (com as *trade-unions*), era a consciência de classe (a "classe trabalhadora", expressão distinta de "classes trabalhadoras")[187]: "Os 'pobres' não mais se defrontavam com os 'ricos'. Uma *classe* específica, a classe operária, trabalhadores ou proletariado, enfrentava a dos patrões ou capitalistas". Mais ainda, não deveria ele corresponder a movimento localizado e temporário, mas sim à "uma mobilização permanente", dirigida a um contexto social mais amplo. Nas palavras de Eric HOBSBAWM:

> [...]. Era necessária uma eterna vigilância, organização e atividade do 'movimento' – o sindicato, a sociedade cooperativa ou mútua, instituições trabalhistas, jornais, agitação. Mas a própria novidade e a rapidez da mudança social que os envolvia, encorajava os trabalhadores a pensar em termos de uma sociedade totalmente diversa, baseada na sua experiência e em suas idéias em oposição às de seus opressores. Seria cooperativa e não competitiva, coletivista e não individualista. Seria 'socialista', e representaria não o eterno sonho da sociedade livre, que os pobres sempre levam no recôndito de suas mentes, mas na qual só pensam em raras ocasiões de revolução social generalizada, e sim uma alternativa praticável e permanente para o sistema em vigor.
>
> As consciências jacobina e proletária se suplementavam. A experiência da classe operária dava aos trabalhadores pobres as maiores instituições para sua autodefesa diária, o sindicato e a sociedade de auxílio mútuo, e as melhores armas para as lutas coletivas, a solidariedade e greve (que por sua vez implicava em organização e disciplina)[188].

Importante considerar, entretanto, que o liberalismo insuflava disparidades dentro do próprio grupo dos trabalhadores, como se para garantir a insustentabilidade dessa categoria a partir da heterogeneidade. Assim, havia os trabalhadores que conseguiam ultrapassar o umbral da pobreza, integrando-se à burguesia ou, pelo menos, compatibilizando-se com as suas idéias (denominados "respeitáveis"), e os que persistiam pobres e, conseguintemente, excluídos (os "não-respeitáveis"). Eric HOBSBAWM faz notar que, diante desse quadro, os sindicatos – entendidos como ação coletiva que contrapunha os detentores dos meios de produção aos vendedores da força de trabalho –, embora com importância ampliada em 1860, refletiam essa distorção. Nesse contexto,

---

[187] Note-se a observação feita por Fernand BRAUDEL: "Nessas condições, é natural que a história das reivindicações e movimentos operários se apresente numa séria de episódios curtos sem muitas conexões entre si e pouca continuidade. É uma história puntiforme. Concluir, como tantas vezes se tem feito, pela ausência de qualquer mentalidade de classe é provavelmente um erro, a julgar por episódios que conhecemos razoavelmente. [...]". BRAUDEL, Fernand. **Civilização material, economia e capitalismo:** séculos XV-XVIII. Tradução de Telma Costa. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 443-444.

> aqueles que permaneciam meramente uma miscelânea de 'pobres' não podiam esperar muito dos sindicatos, e menos ainda das Sociedades de Ajuda Mútua", pois "sindicatos eram, especialmente, organizações que favoreciam minorias, embora greves pudessem ocasionalmente mobilizar as massas.

Consigna, ademais:

> Nenhum termo é mais difícil de analisar que 'respeitabilidade' da classe trabalhadora de meados do século XIX, pois expressava simultaneamente a penetração de padrões e valores da classe média e também as atitudes sem as quais não teria sido possível criar o amor-próprio da classe operária, assim como não seria possível construir um movimento de luta coletiva: sobriedade, sacrifício, o adiamento da gratificação. Se o movimento dos trabalhadores tivesse sido claramente revolucionário, ou pelo menos radicalmente segregado do mundo da classe média (como havia sido antes de 1848 e voltaria a sê-lo na era da Segunda Internacional), a distinção seria suficientemente clara. Porém, no nosso período, a linha entre melhoria individual e coletiva, entre imitar a classe média e derrotá-la com as próprias armas era difícil de traçar[189].

A dificuldade de se estabelecer a consciência de classe passava, é certo, pela ausência de homogeneidade interna (externamente, pode-se afirmar a existência de dessemelhanças importantes entre os vários Estados nacionais, com níveis de desenvolvimento diferenciados dos correspondentes movimentos operários), seja pelas diferenças existentes entre trabalhadores urbanos e rurais, seja pelas disparidades entre operários do sexo masculino e do sexo feminino, seja pela típica luta liberal pela detenção do monopólio, seja pela contraposição entre trabalhadores com maior grau de instrução e qualificação e os braçais, seja pelas diferenças "de origem social e geográfica, de nacionalidade, de língua, de cultura e de religião"[190]. Contudo, a crueldade do sistema capitalista, especialmente nos seus primeiros momentos, a cada vez mais clara percepção das injustiças da ordem social, gerando insatisfação em relação à figura dos empregadores – enriquecidos à custa do aumento da pobreza –, e a "nacionalização" (leia-se espargimento) dos movimentos operários permitiram progressivamente o caminho à unidade, ainda que relativa, percurso que foi marcado por várias designações: "sindicalismo de base territorial", "sindicalismo de profissão", "sindicalismo de indústria" e "sindicalismo de oposição" ou

---

[188] HOBSBAWM, Eric J. **A era das revoluções:** 1789/1848. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 230-232.
[189] HOBSBAWM, Eric J. **A era do capital:** 1848/1875. Tradução de Luciano Costa Neto. 5. ed.rev. 2. reimp. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 312-313.
[190] HOBSBAWM, Eric J. **A era dos impérios:** 1875/1914. Tradução de Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998. p. 172-173.

revolucionário[191]. Tem-se, então, que o liberalismo gerou o sindicalismo como uma reação aos desmandos do capitalismo individualista.

Constituíram reações de peso ao liberalismo, outrossim, as idéias marxistas e a Doutrina Social da Igreja Católica.

Karl MARX (1818-1883) afirmava que "a produção capitalista, encarada em seu conjunto, ou como processo de reprodução, produz não só mercadoria, não só mais valia; produz e reproduz a relação capitalista: de um lado, o capitalista e do outro, o assalariado"[192]. Em outros termos, o funcionamento do capitalismo – em que o capital gera mais valia e a mais valia produz capital ("acumulação de capital") – implica em perpetuação das condições de exploração do trabalhador ("servidão econômica"). Apresentava, como "ancestrais da classe trabalhadora", os expulsos de suas terras com a dissolução do feudalismo, aos quais se aplicava uma "legislação sanguinária" por não terem sido "absorvidos pela manufatura nascente com a mesma rapidez com que se tornavam disponíveis"[193], ressaltando "as leis cruéis contra a coligação dos trabalhadores"[194]. Salientava que apenas uma parte do trabalho prestado pelo trabalhador era efetivamente paga, de modo que a outra parte ("tempo de trabalho excedente", em que se despende "mais trabalho" ou "*surplus labour*"[195]) permanecia em poder do capitalista, que o utilizava, inclusive, para remessas externas para outras nações, nada revertendo em favor do trabalhador ou da sociedade por ele integrada. Vê-se em MARX a necessidade, ou mesmo a irrefreabilidade, da luta da classe trabalhadora, em função das condições instaladas pelos próprios capitalistas, de modo a permitir a fruição da produção

---

[191] V. explicação de REGINI, Marino. Sindicalismo (verbete). In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen Varriale *et al*. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, v. II. p. 1150-1157.

[192] MARX, Karl. **O capital:** crítica da economia política. Tradução de Reginaldo Sant'Anna. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996, livro I, v. II. p. 673.

[193] MARX, Karl. **O capital:** crítica da economia política. Tradução de Reginaldo Sant'Anna. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996, livro I, v. II. p. 851.

[194] MARX, Karl. **O capital:** crítica da economia política. Tradução de Reginaldo Sant'Anna. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996, livro I, v. II. p. 858. Está dito na obra: "Logo no começo da tormenta revolucionária, a burguesia francesa teve a audácia de abolir o direito de associação dos trabalhadores, que acabara de ser conquistado. Com o decreto de 14 de junho de 1791, declarou tôda coligação dos trabalhadores um 'atentado à liberdade e à declaração de direitos do homem', a ser punido com a multa de 500 francos e a privação dos direitos de cidadania por 1 ano. Essa lei que, por meio da coação policial, comprime a competição entre o capital e o trabalho dentro de limites convenientes ao capital sobreviveu a revoluções e a mudanças de dinastias. Mesmo o regime do terror deixou-a intacta. [...]. Le Chapelier, o relator da lei [...], segundo ele, não devem os trabalhadores ter permissão de estabelecerem entendimentos entre si sôbre seus próprios interêsses, de agirem em comum e assim moderarem sua 'dependência absoluta que é quase escravidão', pois sua coligação fere 'a liberdade dos empresários, os antigos mestres corporativos' (a liberdade de manterem os trabalhadores na escravidão!), e uma associação contra o despotismo dos ex-mestres (adivinhem) é uma restaurações das corporações abolidas pela constituição francesa" (p. 858-859).

[195] MARX, Karl. **O capital:** crítica da economia política. Tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1996, livro I, v. I, t. I. p. 331.

pelos que produzissem, a insurreição da humanidade contra o sistema explorador[196]. Em MARX,

> são definidos a revolução (a tomada do poder pelo povo em armas), o poder transitório (a ditadura do proletariado), seu primeiro ato (o socialismo, a socialização dos meios de produção), seu objetivo a médio prazo (o desaparecimento do Estado e a implantação de uma sociedade organizada pelos trabalhadores em benefício de todos), seu objetivo a longo prazo (comunismo, realização da era da liberdade, começo da história)[197].

Note-se que as idéias marxistas influíram, mais adiante (final do século XIX e início do século XX), na formação de partidos operários e socialistas de massa.

Contemporâneo de Karl MARX, Mijail BAKUNIN (1814-1876) a ele contrapôs-se vigorosamente[198]. Inicialmente, BAKUNIN partiu da compreensão de que o trabalho é uma necessidade e de que apenas pode ser reputado humano quando representa não apenas a satisfação dos anseios físicos, mas também dos desejos reconhecidos ao ser social que busca a efetivação da liberdade. Outra premissa de seu pensamento é que o Estado (mesmo na forma de ditadura do proletariado) corresponde à negação da humanidade, na medida em que destrói a solidariedade universal que vincula os homens, sentimento muito maior do que o que une as abelhas e as formigas. Ainda de mencionar um terceiro ponto de discussão, qual seja, o de que o capitalismo é, em essência, um sistema de exploração, no qual vender a força de trabalho não decorreria de uma ação livre[199]. De BAKUNIN é a consideração de que o homem "só realiza sua liberdade individual ou sua personalidade completando-se com todos os indivíduos que o cercam e somente graças ao trabalho e à força coletiva da sociedade, fora da qual, de todos os animais ferozes que existem na Terra, ele seria, sem dúvida e sempre, o mais estúpido e miserável"[200]. Assim, o autor em comento dizia: "Ya temos expresado nuestro rechazo a las teorías de Lassalle y Marx, teorías que aconsejan a los trabajadores [...] *formar*

---

[196] V. MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. **O manifesto comunista**. Tradução de Maria Lúcia Como. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

[197] CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das idéias políticas.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000. p. 137.

[198] Dizendo que "os *marxianos* tiraram a máscara, e, como convém a homens amantes do poder, sempre em nome desta soberania do povo que, doravante, servirá de estribo a todos os pretendentes ao governo das massas, decretaram audaciosamente a escravidão do povo da Internacional" (BAKUNIN, Michael. **Textos anarquistas**. Tradução de Zilá Bernd. Porto Alegre: L&PM, 1999. p. 45-46. (L&PM Pocket, 157). Itálico do original).

[199] Cf. BAKUNIN, Mijail. **Escritos de filosofía política:** crítica de la sociedad**.** Traducción de Antonio Escohotado. Madrid: Alianza Editorial, 1990, v. I. p. 84, 159, 171 e 220-221.

[200] BAKUNIN, Michael. **Textos anarquistas**. Tradução de Zilá Bernd. Porto Alegre: L&PM, 1999. p. 45-46. (L&PM Pocket, 157). E mais: "[...] o homem isolado não pode ter consciência de sua liberdade. Ser livre, para o homem, significa ser reconhecido, considerado e tratado como tal por um outro homem, por todos os homens que o circundam. A liberdade não é, pois, um fato de isolamento, mas de reflexão mútua, não de exclusão, mas de ligação [...]" (p. 48).

*el Estado popular*, el cual, según su interpretación, será solamente 'el proletariado elevado a la posición de clase dominante'"[201]. Traz, então, o programa de sua sociedade livre (anarquista), com abolição do Estado, organização livre pelo povo na forma de federação:

> Nuestro programa puede ser resumido en pocas palabras:
> Paz, emancipación y felicidad para los oprimidos.
> Guerra contra todos los opresores y explotadores.
> Plena restitución a los trabajadores: todo el capital, todas las fábricas y todos los instrumentos de trabajo y materias primas pasarán a las asociaciones, y la tierra a quienes la cultivan con sus propias manos.
> Libertad, justicia y fraternidad para todos los seres humanos nascidos sobre la tierra.
> Igualdad para todos.
> Para todos, sin distinción, todos los medios de desarrollo, educación y formación, e iguales posibilidades de vida mediante el trabajo.
> Organización de la sociedad por medio de la libre federatión de abajo arriba de las asociaciones de trabajadores, tanto industriales como agrarias, científicas e literarias, primero en una comuna, depués en una federación de comunas en regiones, de regiones en naciones y de naciones en una fraterna asociación internacional[202].

De seu turno, em relação à Igreja Católica, o destaque é para a Encíclica *Rerum Novarum* (1891)[203] – posteriormente complementada pela *Quadragesimo Anno* (1931)[204] –

---

[201] BAKUNIN, Mijail. **Escritos de filosofía política:** el anarquismo e sus tácticas**.** Traducción de Antonio Escohotado. Madrid: Alianza Editorial, 1990, v. II. p. 41. Itálico do original.

[202] BAKUNIN, Mijail. **Escritos de filosofía política:** el anarquismo e sus tácticas. Traducción de Antonio Escohotado. Madrid: Alianza Editorial, 1990, v. II. p. 57-58.

[203] De se transcrever um de seus trechos: "Os direitos, em que eles se encontram, devem ser religiosamente respeitados e o Estado deve assegurá-los a todos os cidadãos, prevenindo ou vingando a sua violação. Todavia, na protecção dos direitos particulares, deve preocupar-se, de maneira especial, dos fracos e dos indigentes. A classe rica faz das suas riquezas uma espécie de baluarte e tem menos necessidade de tutela pública. A classe indigente, ao contrário, sem riquezas que a ponham a coberto das injustiças, conta principalmente com a protecção do Estado. Que o Estado se faça, pois, sob um particularíssimo título, a providência dos trabalhadores, que em geral pertencem à classe pobre" (CARTA ENCÍCLICA *RERUM NOVARUM* do Papa Leão XII sobre a Condição dos Operários. Disponível em: <http://www.vatican.va/holyfather/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_lxiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html>. Acesso em: 16 out. 2006).

[204] Nela está dito: "Como não pode a unidade social basear-se na luta de classes, assim a recta ordem da economia não pode nascer da livre concorrência de forças. Deste princípio como de fonte envenenada derivaram para a economia universal todos os erros da ciência económica « individualista »; olvidando esta ou ignorando, que a economia é juntamente social e moral, julgou que a autoridade pública a devia deixar em plena liberdade, visto que no mercado ou livre concorrência possuía um princípio directivo capaz de a reger muito mais perfeitamente, que qualquer inteligência criada. Ora a livre concorrência, ainda que dentro de certos limites é justa e vantajosa, não pode de modo nenhum servir de norma reguladora à vida económica. Aí estão a comprová-lo os factos desde que se puseram em prática as teorias de espírito individualista. Urge por tanto sujeitar e subordinar de novo a economia a um princípio directivo, que seja seguro e eficaz. A prepotência económica, que sucedeu à livre concorrência não o pode ser; tanto mais que, indómita e violenta por natureza, precisa, para ser útil a humanidade, de ser energicamente enfreada e governada com prudência; ora não pode enfrear-se nem governar-se a si mesma. Força é portanto recorrer a princípios mais nobres e elevados : à justiça e caridade sociais. E preciso que esta justiça penetre completamente as instituições dos povos e toda a vida da sociedade; é sobre tudo preciso que esse espírito de justiça manifeste a sua. eficácia constituindo uma ordem jurídica e social que informe toda a economia, e cuja alma seja a caridade. Em defender e reivindicar eficazmente esta ordem jurídica e social deve insistir a autoridade pública; e fá-lo-á com menos dificuldade se se desembaraçar daqueles encargos, que já antes declarámos não serem próprios dela" (CARTA ENCÍCLICA *QUADRAGESIMO ANNO* de sua Santidade Papa Pio XI sobre a Restauração e Aperfeiçoamento da Ordem Social em Conformidade com a Lei Evangélica no XL Aniversário da Encíclica de Leão XII *Rerum Novarum.* Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father

que dava conta da miséria humana em que se encontravam os trabalhadores e que advogava pela intervenção do Estado na regulamentação e acompanhamento das relações sociais, especialmente no tocante aos hipossuficientes – sem que isso representasse autorização geral ao estrangulamento de outros atores sociais.

Era a busca do Estado Social, a ser considerado no próximo tópico.

Não se poderia, contudo, dar por concluída a análise do Estado liberal sem mencionar um dos seus teóricos mais importantes, John Stuart MILL (1806-1873), justificando-se sua alusão neste momento por ser perceptível, da leitura de MILL, uma certa aproximação com o socialismo[205], a ponto de se considerar tal autor como representante do que se convencionou chamar de liberal socialismo[206]. Para MILL, dever-se-ia garantir o máximo de liberdade, o que não significaria liberdade absoluta, haja vista que algumas limitações seriam necessárias para permitir a vida em sociedade. Por outro lado, a liberdade de construção da individualidade reverteria para a própria sociedade, através do progresso. Opôs-se à interferência estatal, mas não inteiramente, por percebê-la concretizável de forma positiva (boa), mas também negativa (ruim), cabendo ao Estado ampliar os efeitos benignos e reduzir os maléficos. A regra geral consistiria, nesse sentido, na garantia da liberdade para a obtenção dos resultados tidos como bons (a restrição da liberdade ensejaria, pois, os resultados ruins indesejados)[207]. O economista diferenciava as funções do governo em necessárias ("inseparáveis do conceito de governo") e opcionais ("exercidas habitualmente e sem objeção por todos os governos"), considerando as últimas como decorrentes da noção de conveniência. Assim, o autor ia além da idéia de proteção contra a violência e a fraude como única atividade estatal, mencionado a eventual possibilidade de o Estado administrar uma propriedade por exigência do interesse público, bem como de o ente estatal editar regulamentos acerca de "bens que constituem a herança da humanidade" (terra, floresta, águas e demais riquezas naturais), além de trazer à consideração a organização judiciária

---

/pius_xi/encyclicals/documents/hf_pxi_enc_19310515_quadragesimo-anno_po.html>. Acesso em: 16 out. 2006).

[205] Esclareça-se que essa expressão tem muitas variantes: contrapondo-se ao individualismo, manifestando-se no marxismo ou referindo-se ao leninismo, para não especificar seu emprego como etapa transitória ao comunismo em Marx, sem mencionar, ademais, a forma anárquica. *In casu*, a utilização pretende abarcar a compreensão marxista e marxista-leninista. Cf. PIANCIOLA, Cesare. Socialismo (verbete). In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varialle *et al*. 11. ed. Brasilia: UNB, 1998, v. 2. p. 1196-1202.

[206] Sobre o assunto, cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e a lição dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 356-358.

[207] Cf. EKERMAN, Raul. Apresentação. In: MILL, John Stuart. **Princípios de economia política**: com algumas de suas aplicações à filosofia social. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996, v. 1. p. 05-22. (Os Economistas).

imprescindível à solução dos conflitos e a promoção dos interesses das crianças e loucos. Relacionava, outrossim, várias medidas a cargo do Estado, por motivo de "conveniência geral", a exemplo da cunhagem de moeda, da pavimentação e da limpeza de ruas, da construção e do melhoramento de portos, entre outras[208]. Ademais, na especificação dos limites da atuação governamental – admitia algumas políticas de interferência estatal –, classificava as posturas interventivas em autoritárias e não autoritárias. Por intervenção autoritária entendia a que se estendia ao "controle da livre ação dos indivíduos" ("o governo pode proibir a todas as pessoas de fazerem certas coisas, ou de fazê-las sem a autorização dele; ou, então, pode prescrever-lhes que façam certas coisas, ou pode prescrever-lhes apenas determinada maneira de fazer as coisas [...]"[209]). A intervenção não autoritária se daria:

> quando um governo, em vez de emitir uma ordem e de exigir seu cumprimento mediante penalidades, adota o expediente ao qual é tão raro os governos recorrerem, e do qual se poderia fazer um uso tão importante, o de assessorar e de publicar informações; ou, então, quando, deixando aos indivíduos a liberdade de utilizar os seus próprios meios para conseguir algum objeto de interesse geral, o governo, sem interferir, mas ao mesmo tempo não deixando o assunto inteiramente entregue aos cuidados deles, cria, a par das providências dos indivíduos, um órgão de estrutura própria para o mesmo fim. [...]. Pode haver hospitais públicos, sem restrição alguma para a prática da medicina ou da cirurgia por particulares[210].

Para o economista em tela, o campo de ação no Estado, no tocante à intervenção autoritária, era significativamente menor que em relação à interferência não autoritária. E mais: "existe em torno de cada ser humano individual um círculo que a nenhum governo – quer se trate do governo de uma pessoa ou do governo de alguns, ou do governo da comunidade – deve ser permitido ultrapassar"[211]. Esse "território reservado" abrangeria a vida íntima e social do indivíduo, desde que não ferida a esfera de interesse dos demais. Em acréscimo, não se poderia deixar de apontar as áreas em que o autor admitia alguma postura interventiva: quanto à educação (em especial, a elementar), dizia "admissível" o governo ter que fornecê-la ao povo, não se aplicando o princípio da não intervenção, repousando sua utilidade no fato de ser a educação um meio de aperfeiçoamento do caráter humano e de formação de consumidores com competência para julgar as mercadorias disponibilizadas pelo

---

[208] Cf. MILL, John Stuart. **Princípios de economia política**: com algumas de suas aplicações à filosofia social. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996, v. 2. p. 370-374. (Os Economistas).
[209] MILL, John Stuart. **Princípios de economia política**: com algumas de suas aplicações à filosofia social. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996, v. 2. p. 514. (Os Economistas).
[210] MILL, John Stuart. **Princípios de economia política**: com algumas de suas aplicações à filosofia social. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996, v. 2. p. 514. (Os Economistas).
[211] MILL, John Stuart. **Princípios de economia política**: com algumas de suas aplicações à filosofia social. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996, v. 2. p. 515. (Os Economistas).

mercado, o que não deveria significar autorização à formação de monopólio estatal; no atinente ao direito à ajuda em caso de indigência (caridade pública), observava que tal auxílio seria benéfico apenas se servisse para dar "motivação forte de passar sem ela [ajuda]", ao passo que seria pernicioso se "a condição da pessoa ajudada se torne tão desejável quanto a da pessoa que consegue fazer a mesma coisa sem ajuda"; no que toca à execução de "importantes serviços públicos, e até agora não há nenhum indivíduo particularmente interessado em prestá-los, e tampouco esses serviços assegurariam natural e espontaneamente uma remuneração adequada" (para citar apenas algumas situações)[212].

**c) O Estado interferente.**

À contextura de desgaste da forma de Estado liberal, estão consorciadas as várias crises que se verificaram nos sistemas capitalistas de cunho liberal, como a quebra da Bolsa de Nova Iorque (1929) e as recessões pós-guerra, *exempli gratia*, gerando grande instabilidade, e, conseqüentemente, a necessidade de uma maior intervenção do Estado, que passou, em conseqüência, a dirigir inúmeros setores da economia, com vistas a garantir sua manutenção e seu equilíbrio. A intervenção estatal, então, deveria se multiplicar para consubstanciar-se em interferência participativa, diretiva e indutiva[213]. "O século XX multiplicou as ocasiões em que se tornava essencial aos governos governar. O tipo de Estado que se limitava a prover regras básicas para o comércio e a sociedade civil, e oferecer polícia, prisões e Forças Armadas para manter afastado o perigo interno e externo, o 'Estado-guarda-nortuno' das piadas políticas, tornou-se tão obsoleto quanto o 'guarda-nortuno' que inspirou a metáfora"[214]. De outro lado, o Estado agente-interventor também se mostrou necessário em face do surgimento de vários organismos internacionais, como o Fundo Monetário Internacional, fundado em 1944, para promover a cooperação internacional, e da assinatura de acordos internacionais, a exemplo do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) – atual OMC (Organização Mundial do Comércio) –, que, assinado em 1947, iniciou o processo de liberalização do comércio internacional e de derrubada de barreiras e discriminações comerciais. Tais organismos impõem uma série de diretrizes que terminam por refletir no

[212] MILL, John Stuart. **Princípios de economia política**: com algumas de suas aplicações à filosofia social. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996, v. 2. p. 524-526, 537-539 e 545. (Os Economistas).
[213] V. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 4.ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 122.

âmbito estatal interno, de regulação das relações econômicas. Demais, também merece realce, nesse quadro, a Política de Bem-Estar Social, iniciada fundamentalmente em 1880, na Alemanha, por meio da qual o Estado objetivava atenuar as desigualdades sociais produzidas pelo liberalismo, através da determinação da instrução obrigatória, no campo educacional, bem como da assunção pelo Estado da previdência social, no âmbito da seguridade, ao lado da progressiva tributação, na seara das finanças públicas, além da definição de outras medidas de amparo aos desvalidos. Na Inglaterra, o *Welfare State* remonta ao *National Insurance Act 1911* (e, mesmo antes, ao *Education Act 1902*, ao *Old Age Pensions Act 1908* e ao *Housing and Town Planning Act 1909*)[215]. Segundo HOBSBAWM, tratava-se de "Estados em que os gastos com seguridade social – manutenção de renda, assistência e educação – se tornaram a *maior parte* dos gastos públicos totais", fato que iria ocasionar "consideráveis problemas após o fim da Era de Ouro"[216]. "A preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade"[217].

Sobre esse momento histórico, referencia-se:

> Através de medidas intervencionistas, atuaram primeiro, na eliminação das patologias sociais e foram configurando progressivamente uma sociedade onde se garantia a prestação, aos cidadãos, de uma série de serviços sociais. Daí haver se configurado uma ordem política fundamentada no equilíbrio e na harmonia sociais, onde a seguridade adquiriu grande importância. Todavia, a mais destacada dessas políticas foi, sem dúvida, aquela que se ocupou do mercado de trabalho na promoção do pleno emprego[218].

---

[214] HOBSBAWM, Eric. **A era dos extremos**: o breve século XX. 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 142.

[215] Cf. WADE, William & FORSYTH, Christopher. **Administrative law**. 7. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 03. Referem eles, ademais, a formação de uma vasta e poderosa burocracia (p. 04).

[216] HOBSBAWM, Eric J. **Era dos extremos:** o breve século XX: 1914/1991. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 278 e 279. Itálico do autor.

[217] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 20. Interessantes, quanto a essa questão da relação entre liberdade e igualdade, são as discrepâncias entre as doutrinas de Benjamin CONSTANT ("o liberalismo contra a democracia") e Alexis de TOCQUEVILLE ("a democracia liberal"), o primeiro apregoando o triunfo da individualidade sobre a autoridade estatal e sobre as massas, e o segundo vendo no associacionismo uma forma de garantir o desenvolvimento da igualdade combinada com a liberdade. Especificamente, v. CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **Histórias das idéias políticas.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000. p. 105-114. Em Benjamin CONSTANT, lê-se: "Essa liberdade [a individual], de fato, é o objetivo de toda associação humana. Ela se apóia na moral pública e privada; sobre ela repousam os cálculos da indústria, sem ela não há para os homens nem paz, nem dignidade, nem felicidade" (CONSTANT, Benjamin. **Escritos de política**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 153). Em Alexis de TOCQUEVILLE, tem-se que "[...] cada indivíduo é isolado e fraco; a sociedade é ágil, previdente e forte; os particulares fazem pequenas coisas, o Estado, imensas" (TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América:** sentimentos e opiniões: de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático faz nascer entre os americanos. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, livro II. p. 406).

[218] ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Neoliberalismo no direito do trabalho**. Disponível em: <http://www.amatra.com.br/anais2.html>. Acesso em: 03 fev. 2006.

JOUVENEL designa o período de "Estado de la Abundancia", precedido da chamada "Sociedade Fabiana" (*Fabian Society*), fundada pouco depois da morte de Karl MARX, na qual se propugnava por um socialismo reformista de integração às estruturas do capitalismo, diverso do "utópico" socialismo marxista. Sobre "la época de los fabianos, origen del Estado del Bienestar", afirmava o autor:

> Ya se trate de nacionalizaciones limitadas, de seguridad social, de democratización de la enseñanza, de su orientación hacia la técnica, de economia dirigida, todo lo que ha sido llevado a cabo en esas direcciones había sido ya propuesto por los fabianos, y de manera detallada, como se puede comprobar si se leen los innumerables memorándumes de los Webb. Quizá nos sorprenda aún más el saber que el programma americano titularizado 'La Grand Sociedad' toma el nombre de un libro de Graham Wallas, uno de los tres grandes del fabianismo (George Bernard Shaw, Sydney Webb y él), toma de Charles Booth el ataque a la pobreza [...], y toma de William Moris el empeño de introducir los goces estéticos en la vida contidiana del pueblo anónimo [...][219].

Um dos grandes teóricos desse período foi o economista John Maynard KEYNES (1883-1946), inimigo veemente de HAYEK (1899-1992), pensador esse que seria posteriormente enaltecido como construtor do Estado neoliberal. KEYNES, com participação ativa nos acordos de *Bretton Woods* e integrante de corpo burocrático estatal britânico, apontava como principais defeitos da sociedade econômica da época a incapacidade para proporcionar o pleno emprego e a desigualdade na distribuição das riquezas, sustentando que o capitalismo individualista seria o grande responsável pelo desemprego crescente (visto no período que vai do final da década de 1920 a início da de 1930), o que não significa que se opusesse – mesmo porque não se opunha; muito ao contrário, pois pretendia resguardar – ao sistema de reconhecimento da propriedade privada. Nesse contexto, embora não professador de idéias marxistas, defendia que caberia ao Estado interferir, "exercer uma influência orientadora sobre a propensão de consumir", haja vista a relação necessária entre consumo e investimento e o nível de ocupação da população (aumento do consumo + implemento dos investimentos = diminuição do desemprego). Salientava, o que foi absorvido pelos construtores do *New Deal* americano, especialmente identificado pela pessoa de Roosevelt (sim, os Estados Unidos da América tiveram um período de não aderência plena ao liberalismo):

---

[219] JOUVENEL, Bertrand. **Los orígenes del Estado moderno**: historía de las idas políticas en el siglo XIX. Traducción de Gerardo Novás Peleteiro. Madrid: Aladaba, 1977. p. 340 (v. ainda p. 81). O autor distingue o "fabianismo" do marxismo, acentuando que o primeiro está convicto de que a mudança da sociedade se efetivaria através dos poderes do Estado, o que se daria de forma pacífica (pacifismo político). V., naquela obra, p. 353.

> enquanto a ampliação das funções do governo, que supõe a tarefa de ajustar a propensão a consumir com o incentivo para investir, poderia parecer a um publicista do século XIX ou a um financista americano contemporâneo uma terrível transgressão do individualismo, eu a defendo, ao contrário, como o único meio exeqüível de evitar a destruição total das instituições econômicas atuais e como condição de um bem-sucedido exercício da iniciativa individual[220].

Nicola MATTEUCCI realça, sobre a peculiaridade do momento:

> O Liberalismo lutara fundamentalmente pelas liberdades *de* (isto é, de religião, de palavra, de imprensa, de reunião, de associação, de participação no poder político, de iniciativa econômica para o indivíduo), e conseqüentemente reivindicara a não interferência por parte do Estado e a garantia para estes direitos individuais, civis e políticos. O enfoque atual é orientado para as liberdades *do* ou *da* (isto é, da necessidade, do medo, da ignorância) e para atingir essas finalidades implícitas na lógica universalista do Liberalismo renunciou-se ao dogma da não-intervenção do Estado na vida econômica e social"[221].

Harold LASKI, de seu ângulo, salientava que os resultados do *laissez faire, laissez passer* foram péssimos, até mesmo para os "protagonistas que lo defendían", especialmente em vista da desigualdade de tratamento do poder, que invalidava a pretensa liberdade de formação de vínculos relacionais e gerava profunda miséria social, de tal modo que as idéias posteriores que se opuseram ao liberalismo não corresponderam propriamente a uma tentativa de equilíbrio, mas sim de mitigação das "peores consecuencias de un industrialismo sin ningún control". Nesse ponto, o autor destaca que não se negava a tese básica do liberalismo – qual seja, a de que a economia deveria ser deixada à iniciativa privada –, representando, a mudança que se seguiu, simplesmente uma forma de o capitalismo, ao proceder a certas concessões, garantir a sua sobrevivência. Acentuava:

> Desde la doctrina que establece que todo hombre es el mejor juez de su propia conducta, la necesidad pública evolucionó, hacia fines del siglo pasado, hasta la doctrina que presenta un área de acción cada vez más amplia, en lo cual la voluntad individual deja de ser lo primordial. El salário mínimo, la regulación de las horas de

---

[220] KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. Tradução de Mário R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 345 e 347.

[221] MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo (verbete). In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen Varriale *et al*. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, v. II. p. 702-703. Nessa contextura: "El sutil cambio de significado a que fue sometida la palabra libertad para que esta argumentación se recibiese con aplauso es importante. Para los grandes apóstoles de la libertad política la palabra había significado libertad frente a la coerción, libertad frente al poder arbitrario de outros hombres, supresión de los lazos que impiden al individuo toda elección y le obligan a obedecer las órdenes de un superior a quien está sujeto. La nueva libertad prometida era, en cambio, libertad frente a la indigencia, supresión del apremio de las circunstancias, que, inevitablemente, nos limitan a todos el campo de elección, aunque a algunos mucho más que a otros [...]" (HAYEK, Friedrich A. **Camino de servidumbre**. Traducción de José Vegara. Madrid: Alianza Editorial, 2003. p. 55).

> trabajo, la legislación de la salubridad pública, el subsidio al desocupado, la educación, la maternidad y el bienestar del niño, el alojamiento y la atención a las utilidades públicas, constituyeron un conjunto de síntomas de este cambio de actitud[222].

Por conseguinte, foi concebido o Estado social, também designado de Estado de Bem-Estar, de Estado Providência e de Estado Intervencionista, o *Big Government* norte-americano, o *Sozialstaat,* o Estado "Deus-ex-Machina"[223], reputado espécie de Estado Pluriclasse, no qual se reconheceu direito de participação a todos os indivíduos e não apenas aos detentores de determinado nível de renda, adotando-se, inclusive, posturas assistenciais, para transformar em cidadãos – no sentido de integrados – os então mantidos em forte exclusão. Ressalte-se que não se mostra errôneo afirmar que, na origem dessa mudança de perspectiva, estão as idéias desenvolvidas por Jean-Jacques ROUSSEAU (1712-1778), especialmente a partir da suplantação do esquema individualista pelo modelo de comunidade (vontade geral e interesse comum)[224]. Martin van CREVELD sublinha que ROUSSEAU estava no início da "Grande Transformação", apresentando-a:

> Mesmo quando o Estado estava chegando à maturidade, por volta de meados do século XVIII, havia forças em ação prestes a transformá-lo de meio em fim e, mais tarde, em deus vivo. [...]. Estimulado por essas forças e também na tentativa de limitá-las, o Estado passou a patrociná-las. Foi assim que a burocracia estendeu seus tentáculos a setores que antes estavam praticamente livres de interferência governamental – tais como educação, saúde e, por fim, esportes e também bem-estar social. Quando o século XX ingressou em suas primeiras décadas, muitos Estados haviam assumido todas essas atividades e esses serviços, a ponto de proibir a existência dos que não fossem estatais; a conseqüência disso foi o surgimento dos regimes 'totalitários', tanto de direita quanto de esquerda. Por fim, quando o Estado se tornou tão poderoso que podia decidir o que era e o que não era dinheiro, as restrições financeiras que sempre limitaram os atos dos governantes anteriores também desapareceram. [...][225].

É de se acentuar, outrossim, que o Estado Social apresentou diversos graus, no dizer de Nelson SALDANHA. Nesse sentido, pode-se mencionar um grau moderado, no tocante aos Estados que preservaram o capitalismo, mas segundo o direcionamento estatal, bem como aos Estados que passaram a se organizar sob um socialismo dito não extremado.

---

[222] LASKI, Harold. **La crisis de la democracia**. Traducción de Armando Bazan. Buenos Aires: Ediciones Siglo Viente, 1950. p. 18-19. (Colección Economia y Política Social).

[223] Essa última expressão é inspirada nos "deuses do teatro grego que, quando os pobres mortais erguiam os olhos súplices para o céu por não ter a solução de um determinado problema, desciam ao palco para socorrê-los com seus poderes ilimitados" (CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. Os contornos do Estado e da burocracia no Brasil. In: _____ *et al*. **Burocracia e reforma do Estado**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. p. 25. (Cadernos Adenauer II, 3).).

[224] V. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social.** Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

No mesmo contexto, contudo, desenvolveram-se, em graus mais exacerbados, os Estados socialistas, diversificados entre si por nuances específicas, a exemplo da relativa à pregação da abolição total ou parcial da propriedade[226].

Paulo BONAVIDES dá uma idéia da dimensão assumida pelo Estado Social, numa descrição que deixaria sem fôlego o leitor, não fossem os recursos de pontuação:

> Valendo-se da técnica intervencionista, o estado social combate o desemprego, institui a previdência social, disciplina o crédito, a moeda e o câmbio, combate a inflação, faz da lei tributária instrumento de justiça e redistribuição de renda, planeja o desenvolvimento, reprime os abusos do poder econômico, regula a concorrência nos mercados, reconhece a função social do trabalho, promovendo-lhe a valorização, estabelece o salário mínimo, paga ou faz pagar o salário-família, garante o repouso semanal remunerado, abre ao trabalhador a possibilidade da participação nos lucros das empresas e até mesmo da co-gestão, decreta a função social da propriedade, ampara a família na educação, no trabalho e na enfermidade, eleva o ensino e a cultura à categoria de deveres do estado e, enfim, proporciona ao homem todas as prestações e todos os meios materiais indispensável a uma convivência efetivamente democrática, numa sociedade aberta e pluralista, inspirada em conceitos de igualdade, postulados da liberdade e princípios de solidariedade e justiça social[227].

Diz-se que "quasi ogni attività umana trova una corrispondenza in una qualche pubblica amministrazione"[228].

Desse panorama – de reconhecimento da necessidade do Estado assistencial, associado à proteção do bem comum – emergiu um Estado intumescido, chamado, por alguns, "Estado forte"[229], cujas funções foram enormemente ampliadas, em desconsideração, segundo algumas vozes, à capacidade de iniciativa privada. Martin van CREVELD observa que "a cada estágio, destacava-se [o Estado] da sociedade civil e se elevava acima dela"[230]. Segundo

---

[225] CREVELD, Martin van. **Ascensão e declínio do Estado.** Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 271-272.

[226] Cf. SALDANHA, Nelson. O Estado. In: UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. **Curso de introdução à ciência política**. Unidade III: Formas de Estado e de governo. 2.ed. Brasília: UNB, 1984. p. 75.

[227] BONAVIDES, Paulo. Formas de Estado e de governo. In: UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. **Curso de introdução à ciência política**. Unidade III: Formas de Estado e de governo. 2. ed. Brasília: UNB, 1984. p. 24.

[228] GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto amministrativo**. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1993, v. 1. p. 49: "quase toda atividade humana encontrava uma correspondência em alguma administração pública" (tradução livre).

[229] Com "governo forte" ou com "predomínio inequívoco do poder executivo", segundo SALDANHA, Nelson. O Estado. In: UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. **Curso de introdução à ciência política**. Unidade III: Formas de Estado e de governo. 2. ed. Brasília, UNB, 1984. p. 76. Embora, diante da incapacidade de realização, pudessem ser designados de "Estados fracos ou fracassados". V., nesse sentido, FUKUYAMA, Francis. **Construção de Estados**: governo e organização no século XXI. Tradução de Nivaldo Montingelli. Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2005. V. os itens 2 e 3, da parte 1 – intitulados de "A Fraqueza dos Estados Fortes", de FUKUYAMA, Francis. **The end of the history and the last man**. England: Penguin Books, 1992.

[230] CREVELD, Martin van. **Ascensão e declínio do Estado.** Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 370. Registra, ainda, o autor: "Recorrendo [o Estado] a ferramentas como estatísticas, impostos, polícia, prisão, educação compulsória e bem-estar social, o Estado vem a séculos ampliando seu poder sobre a

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, várias foram as atitudes adotadas pelo Estado, ao lado do processo de alargamento do poder de polícia estatal:

> a. algumas atribuições foram assumidas pelo Estado como serviços públicos, entrando na categoria de serviços públicos comerciais, industriais e sociais; para desempenhar esses serviços, o Estado passou a criar maior número de empresas estatais e fundações; b. outras atividades, também de natureza econômica, o Estado deixou na iniciativa privada, mas passou a exercê-las a título de intervenção no domínio econômico, por meio de sociedades de economia mista, empresas públicas e outras empresas sob controle acionário do Estado; c. finalmente, outras atividades, o Estado nem definiu como serviço público nem passou a exercer a título de intervenção no domínio econômico; ele as deixou na iniciativa privada e limitou-se a fomentá-las por considerá-las de interesse para a coletividade. Desenvolve-se, então, o fomento como uma atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de interesse público. O Estado fomenta a iniciativa privada por diferentes meios, como os honoríficos (prêmios, recompensas, títulos e menções honrosas), os jurídicos (outorga de rivilégios próprios do Poder Público, que outras entidades não têm) e os econômicos (auxílios, subvenções, financiamentos, isenções fiscais, desapropriações por interesse social etc.)[231].

A dilatação sofrida pelo Estado é apontada como causa das trincas vislumbradas na sua estrutura, principalmente no respeitante às suas pretendidas eficiência e economicidade. Também é indicada como motivo para uma crise de legitimidade correspondente à crescente atuação normativa da função executiva, em detrimento da legislativa típica. Afirma-se que tantas foram as responsabilidades assumidas pelo Estado, muitas das quais sequer abrangidas pelo conceito de interesse público, que o ente estatal não conseguiu desempenhar todas elas a contento, mostrando-se como aparelho excessivamente burocrático (procedimentos complexos e demorados), dispendioso (insuficiência dos recursos destinados às atividades estatais), ineficiente (improficiência quantitativa e qualitativa) e restritivo (exautoração da capacidade contributiva de outros agentes sociais). A grandiosidade do Estado agigantou o déficit público, a distinção entre Estado e sociedade civil foi se desvanecendo (para que se considerasse o Estado personificação da sociedade, ela nele se esgotando), a amplitude do Estado gerou apatia política nos cidadãos, que, de participantes (sujeitos ativos), passaram a pedintes do que a máquina estatal lhes poderia oferecer (paternalismo), o volume dos gastos públicos deu ensanchas à licenciosidade com o dinheiro

---

sociedade, impondo suas próprias leis, erradicando ou, pelo menos, enfraquecendo muito as instituições menores nas quais o povo costumava passar a vida, e se expandindo até dominar a sociedade civil" (p. 507). Como nota Nelson SALDANHA, o Poder Executivo se torna ostensivo com a associação que se faz da idéia de prestação de serviços (desenvolvida por León DUGUIT e Gastón JÈZE) à Administração Pública (SALDANHA, Nelson. O Estado. In: UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. **Curso de introdução à ciência política**. Unidade III: Formas de Estado e de governo. 2. ed. Brasília: UNB, 1984. p. 70).

[231] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 21-22.

público. A autoridade executiva, túrgida, com ramificações em todos os setores da vida social e econômica, com poder de regulamentação expandido, fez, ademais, desacreditar os princípios da legalidade e da separação de poderes. Em Gilberto FREYRE, lê-se:

> De onde o muito oportuno ensaio 'La fin de la social-democratie', de Alain Grotteray [...] de 1981, no qual se dá a ideologia representada pela social-democracia, como tendo atingido seu vigor máximo nos últimos dois decênios nos Estados Unidos e na Europa, como tentativa de equilíbrio entre *liberdade* e *igualdade*, vir fracassando tanto no aspecto social como no econômico dessa tentativa e suscitando, para corretivo, soluções ou de caráter ressurgente, ou de caráter insurgente. Seu principal fracasso estaria, segundo crítica sociológica do professor Daniel Bell [...] em desmotivar, no plano econômico com repercussão sobre o social, o produtor e em transformar o cidadão em passivo assistido ou passivo – e não ativo – protegido pelo Estado. O que explicaria especificamente a crise britânica, com um trabalhismo extremado em poder com pretensões a estatal, e este assistencial, de modo a auxiliar quer a figura do cidadão, quer a ação da livre-iniciativa. Daí a própria social-democracia sueca ter se tornado, para Roland Handfor [...], através de uma superburocratização, um *novo totalitarismo*. [...][232].

ROSANVALLON assevera que o processo de desmoronamento do Estado Providência passou, fundamentalmente, por três etapas: a de ordem financeira, a de natureza ideológica e a de índole filosófica. No tocante à primeira fase, observa o autor que, no fim da década de 1970, enquanto as depesas sociais aumentavam em percentuais de 7% a 8% ao ano, as receitas correspondentes não conseguiam acompanhar esse ritmo, crescendo apenas de 1% a 3% no mesmo período, o que gerou um progressiva escalada de elevação de tributos. A despeito da cobrança de mais tributos, o Estado não conseguiu responder a contento a todas as demandas sociais de que se incumbia, passando a impressão de ineficiência empresarial e administrativa, o que ensejou, em momento seguinte, nos anos 80, a chamada crise ideológica, correspondente "à dúvida a respeito de um instrumental cada vez mais opaco e crescentemente burocratizado, que prejudica a percepção de sua finalidade e provoca uma crise de legitimidade". Vislumbra-se, mais adiante, segundo o estudioso referido, um momento crítico de feição filosófica, que consiste em perquirir sobre uma "nova questão social" ou, ainda, sobre uma "relegitimação do Estado", a partir de uma "reinstalação intelectual e moral do Estado Providência", campo no qual dois grandes problemas estariam a exigir apreciação: a perfeita delimitação da solidariedade (que não se confundiria com seguro social), de modo a afastar a antiga compreensão do Estado como simples "sociedade securitária", e a definição de uma nova concepção de direitos sociais, que não limite o Estado

[232] FREYRE, Gilberto. **Insurgências e ressurgências atuais**: cruzamentos de sins e de nãos num mundo em transição. 2. ed. rev. São Paulo: Global, 2006. p. 96 (itálicos do original). Consulte-se, outrossim, na mesma obra, sobre os assunto, as p. 193-194.

a um sistema de compensação por exclusão, mas que dirija à construção de instrumentos de inserção, como na passagem do passivo ao ativo, segundo a antípoda empregada pelo autor comentado[233].

**d) O Estado menor (mas bem menor mesmo).**

Foi em oposição ao Estado de Bem-Estar, dito em situação falimentar, que se projetou, o Estado neoliberal, que alguns identificam com a denominação de Estado Mínimo[234], falando outros em Estado anêmico, unicamente responsável pela estabilidade da moeda (Escola Monetarista de Chicago). Bresser PEREIRA diz que "a Grande Depressão dos anos 30 decorreu do mal funcionamento do mercado, a Grande Crise dos anos 80, do colapso do Estado Social do século vinte"[235].

Segundo o Consenso de Washington – agenda editada em 1989, para ser discutida em seminário organizado pelo Instituto de Economia Internacional, naquela cidade americana, cartilha na qual não raramente se enxerga uma proposição neoliberal –, ao (Neo)Estado (especialmente o latino-americano, pois o documento foi concebido para explicar a situação emergente na América Latina) caberia proceder às seguintes reformas:

> 1) disciplina fiscal para eliminação do déficit público; 2) mudança das prioridades em relação às despesas públicas, com a superação dos subsídios; 3) reforma tributária, mediante a universalização dos contribuintes e o aumento dos impostos; 4) adoção de taxas de juros positivas; 5) determinação da taxa de câmbio pelo mercado; 6) liberalização do comércio exterior; 7) extinção de restrições para os investimentos diretos; 8) privatização das empresas públicas; 9) desregulação das atividades produtivas; e 10) ampliação da segurança patrimonial, por meio do fortalecimento do direito à propriedade[236].

Nesse ponto, é preciso trazer à tona o realce que se tem dado à defesa da idéia da incompreensão do Consenso de Washington, que não poderia ser reputado, simplesmente,

---

[233] Cf. ROSANVALLON, Pierre. **A nova questão social**: repensando o Estado Providência. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998. *passim.*

[234] Reputado como "o mais extenso que se pode justificar", diante mesmo da diversidade (de interesses, objetivos, formas de vida) inerente às pessoas e às comunidades que elas formam. Segundo, NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994. p. 170.

[235] PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Estado dos anos 90**: lógica e mecanismos de controle. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997. p. 09. (Cadernos MARE da Reforma do Estado, 1).

[236] FARIA, José Eduardo. Democracia e governabilidade: os direitos do homem à luz da globalização econômica. In: _____ (org.). **Direito e globalização econômica:** implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 148. Sobre o histórico do Consenso de Washington, cf. WILLIAMSON, John. Nossa agenda e o Consenso de Washington. In: KUCZYNSKI, Pedro-Pablo; WILLIAMSON, John (org.). **Depois do Consenso de Washington**: retomando o crescimento e a reforma na América Latina. Tradução de Célio Knipel Moreira e Cid Knipel Moreira. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 283-291.

instrumento de instalação do neoliberalismo, sublinhando-se, ademais, que os melhoramentos que por ele teriam sido prometidos não teriam alcançado efetivação por defeito de captação e de aplicação do temário.

Sobre a imperfeita implantação do Consenso de Washington em alguns Estados, devem ser referidas as palavras do próprio economista que contribuiu diretamente na sua concepção. John WILLIAMSON assevera que os grandes problemas que se verificaram na América Latina, em relação às reformas propugnadas pelo documento, devem-se, substancialmente, a duas causas: "as reformas não foram levadas adiante o bastante" e "a vulnerabilidade da região a crises". Afirma, outrossim, que, na busca de melhores resultados, deveria ser observada uma "nova agenda", ou "agenda de reformas da segunda fase", ou mesmo "segunda geração de reformas", que incluiria: a) "imunização às crises" ("políticas fiscais anticíclicas, restrições orçamentárias rígidas a governos subnacionais, fundos de estabilização, taxas de câmbio flexíveis, fixação de metas de inflação, fortalecimento adicional dos saldos das contas fiscais e conclusão da reforma das pensões [...]"); b) "conclusão das reformas de primeira geração" (concessão ao setor informal das vantagens atualmente apenas disponíveis na formalidade, acesso ao mercado dos Estados industriais e continuidade do programa de privatização); "reformas (institucionais) agressivas de segunda geração" (com variações de Estado a Estado, mas abarcando "o sistema político, o serviço público, o Judiciário e o setor financeiro); e "distribuição de renda e agenda social" (deve-se voltar para a inserção dos pobres, através de investimentos na educação, terra, crédito e credenciamento, adotando-se medidas como "cobrança de impostos sobre a propriedade e a concentração de gastos na provisão universal de educação básica e assistência médica de alta qualidade")[237]. O autor em comento reforça seu aborrecimento em relação ao desvirtuamento do Consenso de Washington, dizendo tê-lo concebido como uma lista de reformas específicas importantes a serem realizadas em determinada localidade e em certo momento histórico, mas vendo sua aceitação como uma agenda ideológica, a do neoliberalismo, "conjunto de idéias emanadas da Sociedade Mont Pellerin e desenvolvidas principalmente por Milton Friedman e Friedrich von Hayek [...]". Enfatiza, nesse sentido, que não desconhece – e, pois, reconhece – que existem pontos de contato entre o Consenso de Washington e o neoliberalismo, a exemplo das privatizações e do livre comércio, mas argumenta que "também havia diferenças fundamentais, pelo fato de que nunca pretendi detectar um consenso em favor de livres

[237] WILLIAMSON, John. Resumindo. In: KUCZYNSKI, Pedro-Pablo; WILLIAMSON, John (org.). **Depois do Consenso de Washington**: retomando o crescimento e a reforma na América Latina. Tradução de Célio Knipel Moreira e Cid Knipel Moreira. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 282.

movimentos de capital, monetarismo, alíquotas mínimas de imposto [...] ou do Estado mínimo, que não aceita nenhuma responsabilização pela correção da distribuição de renda ou pela absorção de externalidades". De igual modo, acredita que o emprego deturpado da expressão Consenso de Washington, igualando-o ao neoliberalismo, "talvez [...] tenha sido legitimado pelo fato de que, pelo menos durante um período nos anos 1990, algumas instituições de Washington – o FMI e agências-chave do governo americano como o Departamento do Tesouro – realmente defenderam itens dessa agenda estendida [...]"[238]. O economista, contudo, admite que o Consenso de Washington – mesmo não visto como modelo neoliberal – tinha imperfeições: "[...] mesmo minha versão do Consenso de Washington ficou aquém como manifesto para nortear a política econômica nos anos 1990. Não conseguiu alertar os países sobre alguns riscos que eles encontraram. Negligenciou as reformas institucionais. E também enfocou o crescimento de modo estreito demais [...]"[239]. Mesmo que não tenha sido inicialmente concebido para caracterizar o neoliberalismo, o fato é que os defensores dessa ideologia se reconheceram nas disposições fixadas na agenda, tendo havido uma generalização no tratamento conjunto dessas idéias.

Francis FUKUYAMA, de seu turno, partindo da distinção entre "escopos da atividade do Estado" (que poderiam ser reduzidos) e capacidade ou "força do poder do Estado" (que mereceria incremento), que chama de dimensões da "estatidade", diz que o Consenso de Washington não foi assimilado em toda a sua amplitude, pois não deveria ter sido visto exclusivamente em termos de posturas reducionistas do tamanho do Estado, mas também no sentido de "construção do Estado" (idéia tomada enquanto "criação de novas instituições governamentais e fortalecimento daquelas já existentes", com realce na capacidade de planejamento, execução e imposição):

> Na verdade, o problema era que, embora os Estados precisassem ser reduzidos em determinadas áreas, ao mesmo tempo precisavam ser fortalecidos em outras. Os economistas que promoveram a reforma econômica liberalizante compreendiam isto muito bem, em teoria. Mas, naquele período, a ênfase relativa estava fortemente na redução da atividade estatal, a qual muitas vezes podia ser, deliberadamente ou não, entendida como uma tentativa de corte generalizado na capacidade do Estado. A agenda da construção do Estado, no mínimo tão importante quanto à da redução, nunca recebeu tanta atenção ou ênfase. O resultado foi que, em muitos países, a reforma econômica liberalizante deixou de cumprir sua promessa. De fato, em

[238] WILLIAMSON, John. Nossa agenda e o Consenso de Washington. In: KUCZYNSKI, Pedro-Pablo; WILLIAMSON, John (org.). **Depois do Consenso de Washington**: retomando o crescimento e a reforma na América Latina. Tradução de Célio Knipel Moreira e Cid Knipel Moreira. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 285-286.
[239] WILLIAMSON, John. Nossa agenda e o Consenso de Washington. In: KUCZYNSKI, Pedro-Pablo; WILLIAMSON, John (org.). **Depois do Consenso de Washington**: retomando o crescimento e a reforma na América Latina. Tradução de Célio Knipel Moreira e Cid Knipel Moreira. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 289.

> alguns países, a ausência de uma estrutura institucional adequada os deixou em situação pior depois da liberalização do que se esta não tivesse ocorrido [...][240].

O fato, contudo, é que, nos termos da agenda do Consenso de Washington, postularam-se a retomada das políticas de não intervenção, a redução do tamanho do Estado, com a limitação de sua interferência no campo econômico, que não lhe seria próprio, com a privatização dos setores não relacionados à atividade tipicamente estatal, bem como com a redefinição do seu papel, promovendo-se a passagem do Estado provedor, tido por lasso, ao Estado austero, com funções resumidas ao aconselhamento e à orientação. E é certo que esses aspectos guardam particular aproximação com o ideário neoliberal, ainda que esse não se resuma àquele ou que aquele apresente outros entretons que não tenham sido percebidos nas entrelinhas.

Pode-se afirmar que o neoliberalismo manifestou-se como liberalismo recrudescido, retomando-se a compreensão individualista, embora não se deva confundir neoliberalismo e liberalismo, por concernirem mesmo a momentos históricos diferentes. Segundo Everaldo Gaspar Lopes de ANDRADE, nesse momento, alcançou-se "a apoteose do individualismo lúdico, do triunfo daquilo que Gilles Lipovetsky chamou de a 'era do vazio', onde só existe a busca do ego e do próprio interesse, o êxtase da libertação pessoal [...] a hiper invasão do privado e, em conseqüência, a desmobilização do espaço público"[241].

"Sólo indicaremos que, hasta el presente, al desarrollo de la civilización ha acompañado una constante reducción de la esfera en que las acciones individuales están sujetas a reglas fijas"[242]. Esse trecho, extraído de Friedrich August von HAYEK, contribuinte representativo da formação das teses neoliberais ou, segundo denominação alternativa, do liberalismo do século XX, dá conta da sua compreensão acerca da postura que deveria ser assumida pelo Estado, em função da percepção da absoluta incompatibilidade entre "la seguridad material (total) a cargo del Estado y la libertad individual"[243]. O representante da Escola austríaca e depois (1949) integrante da Escola de Chicago (compondo o grupo que se

---

[240] FUKUYAMA, Francis. **Construção de Estados**: governo e organização no século XXI. Tradução de Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2005. p. 09 e 20.

[241] ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Neoliberalismo no direito do trabalho**. Disponível em: <http://www.amatra.com.br/anais2.html>. Acesso em: 03 fev. 2006.

[242] HAYEK, Friedrich A. **Camino de servidumbre**. Traducción de José Vegara. Madrid: Alianza Editorial, 2003. p. 90.

[243] QUINTANA, Fernado. **La ONU y la exégesis de los derechos humanos** (una discusión teórica de la nación). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor/UNIGRANRIO, 1999. p. 250.

convencionou chamar de *Chicago boys*; para outros, *tecnopols*[244]), fundador da *Mont Pèlerin Society*, em 1947, com Milton FRIEDMAN e Karl POPPER, dentre outros, prêmio Nobel de economia em 1974, discípulo de von MISES (1881-1973)[245] e êmulo de KEYNES, diz moralmente condenável entender que o Estado deveria garantir mais do que os chamados direitos negativos, relativos fundamentalmente à liberdade, tendo em conta que a promoção da chamada justiça social pelo ente estatal resultaria em tratamento desigual dos cidadãos, o que também se manifestaria em qualquer medida tomada no sentido da interferência no mercado, de forma a transtornar a ordem natural das coisas[246].

Para HAYEK, o controle do mercado (como de outras áreas[247]) pelo Estado (a planificação econômica concentrada dos socialistas construtivistas), com perda da liberdade, convergiria ao totalitarismo (seria o caminho da servidão, como no título de sua obra mais destacada), mostrando-se, pois, o estudioso, preocupado especialmente com a situação da Inglaterra, vista como aproximada da Alemanha nazista pela depreciação, à época, de padrões de liberdade e pela assunção, ainda que negada, de tendências centralizadoras, tidas por socialistas, próprias da maneira totalitária[248]. Defensor do individualismo metodológico (em oposição ao coletivismo metodológico), ao compreender que não se poderia atribuir realidade

---

[244] Cf. NATANSON, José. **Buenos muchachos**: vida y obra de los economistas del *establishment*. Caracas: Monte Ávila Editores Latinoamericana, 2006 (especialmente p. 07). *tecnopols*: incorporação do técnico, em detrimento de valores antes preponderantes, ao campo político.

[245] Para quem, "para uma coletividade social não há existência e realidade fora das ações dos membros individuais", "a vida de uma coletividade é vivida nas ações dos indivíduos que constituem seu corpo" e "não há coletividade social concebível que não funcione pelas ações de algum indivíduo". MISES acentuava que o "eu" ("unidade do ser agente") e o "nós" ("resultado de uma somatória que põe junto dois ou mais *eus*") equivaliam, haja vista que a segunda partícula equivaleria apenas a uma "articulação de indivíduos particulares": "O *nós* não pode agir diversamente de cada um deles por sua conta. Eles podem agir juntos e em uníssono; ou então um deles pode agir por eles todos. No segundo caso a cooperação dos outros consiste na determinação da situação que torna a ação de um homem efetiva para todos. Apenas nesse sentido o funcionário de uma entidade social age pelo todo; os membros individuais do corpo coletivo ou determinam ou permitem que a ação de um homem particular se refira a eles próprios" (MISES, Ludwig von. **A ação humana**. Trecho extraído de seleta composta por REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia**: de Freud à atualidade. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2006, v. 7. p. 49-50. (Coleção História da Filosofia).).

[246] Cf. QUINTANA, Fernando. **La ONU y la exégesis de los derechos humanos** (una discusión teórica de la nación). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor/UNIGRANRIO, 1999. p. 251 (itálicos do original): "Frente a ese constructivismo (igualitarista) que pretende diseñar el orden social a partir de la razón o voluntad humana (*taxis*), y de las leyes por ella instituida (*thesis*), Hayek defiende el oden natural (*cosmos*), no construído sino descubierto; y en oposición a la ley instituída, opone la ley inscripta en la naturaleza (*nomos/fusis*). Ahora bien, el reemplazo de la dupla: *taxis/thesis* por *cosmos/nomos* no debe ser interpretada como un retorno a los Antiguos, al naturalismo político-jurídico de los griegos [...] puesto que las leyes y orden natural, a los que se refiere Hayek dicen respecto al mercado entendido este último como un orden espontáneo de intercambio (*catallactic*)". Acerca das idéias de HAYEK, convém indicar a leitura de PRUNES, Cândido Mendes (org.). **Hayek no Brasil**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2006.

[247] Mas principalmente do mercado, porque a liberdade de atividade econômica é pressuposto de qualquer outra liberdade (HAYEK, Friedrich A. **Camino de servidumbre**. Traducción de José Vegara. Madrid: Alianza Editorial, 2003. p. 136).

[248] Cf. HAYEK, Friedrich A. **Camino de servidumbre**. Traducción de José Vegara. Madrid: Alianza Editorial, 2003. p. 29-38.

substancial a meros conceitos teóricos coletivos (como os de sociedade e de Estado), enquanto desvinculados e independentes de cada um dos indivíduos que, de fato, a eles dariam vida (como von MISES, entende que os agentes são unicamente os indivíduos)[249]; antagonista do construtivismo, que vê todos os fenômenos como decorrentes de produção humana dirigida, sem considerar o que decorre espontaneamente do agir individual (o homem, portanto, faz e desfaz ao seu critério); e, conseqüentemente, adversário da centralização, que identifica no socialismo e nos regimes totalitários, pela manipulação de instrumentos e de objetivos, com imposição de uma inimaginável unidade de meios e finalidade (essa última que pensa designada por termos vagos como "bem comum" ou "interesse geral"), HAYEK sustenta que o sistema perfeito é o da ênfase na liberdade, em vista do fato de que os indivíduos livres, na sua multiplicidade, contribuem com suas aptidões e capacidades individuais, que, em concorrência, podem ser objeto de seleção da que for reputada mais adequada à acessibilidade dos fins, eleitos também por sua melhor adequação ("el bienestar y la felicidad de millones de gentes no pueden medirse con una sola escala de menos y más"[250]). Interessante notar sua concepção de "fim social", "o, mejor, de una coincidência de fines individuales que aconseja a los hombres concertarse para su consecución"; ação comum limitada "a los casos en que coinciden las opiniones individuales": "lo que se llhaman 'fines sociales' son para ella [posição individualista] simplesmente fines idénticos de muchos individuos o fines a cuyo logro los individuos están dispuestos a contribuir, en pago de la asistencia que reciben para la satisfacción de sus propios deseos"[251]. Nesse instante, HAYEK, em seu livro *The Road of Serfdom* ("O Caminho da Servidão"), tece considerações sobre o risco de acatamento da democracia como valor, quando o verdadeiro valor a ser garantido é a liberdade. Nesse contexto, chama a atenção para a insatisfação gerada nos indivíduos, quando os órgãos legiferantes democraticamente formados por seus representantes, não favorecem o êxito dos resultados esperados. A falta de afinidade com as especificidades da gestão dos negócios econômicos (não se conseguiria,

[249] Cf. HAYEK, Friedrich A. **Camino de servidumbre**. Traducción de José Vegara. Madrid: Alianza Editorial, 2003. p. 181: "Se la 'comunidad' o el Estado son antes que el individuo; si tiene fines propios, independientes y superiores a los individuales, sólo aquellos individuos que laboran para dicho fines pueden ser considerados como miembros de la comunidad. Consecuencia necesaria de este criterio es que a una persona sólo se la respeta en cuanto miembro del grupo [...]. En realidad, los conceitos mismos de humanidad y, por consiguiente, de internacionalismo, en cualquiera de sus formas, son por entero productos de la concepción individualista del hombre, y no hay lugar para ellos en un sistema ideológico colectivista".

[250] HAYEK, Friedrich A. **Camino de servidumbre**. Traducción de José Vegara. Madrid: Alianza Editorial, 2003. p. 89.

[251] HAYEK, Friedrich A. **Camino de servidumbre**. Traducción de José Vegara. Madrid: Alianza Editorial, 2003. p. 92.

ilustrativamente, enxergar a absoluta impossibilidade de imposição da regra da maioria diante da totalidade do conjunto envolvido, com a grande divergência de interesses abrangidos, que não permitiria uma composição nos moldes desse cânon, mesmo porque, em certos momentos, apenas as minorias teriam condição de chegar a uma solução útil), sem respostas eficientes por parte dos parlamentos, levaria à aceitação pelos próprios cidadãos de regimes totalitários, sem que para isso fosse necessário, sequer, pôr termo à democracia. Assim, entende que "el grand mérito del credo liberal está en que redujo el ámbito de las cuestiones sobre las cuales era necesario el acuerdo a aquellas en que era probable que existiese dentro de una sociedad de hombres libres"[252]. E, finalmente, assevera que a democracia deveria ser percebida, utilitariamente, como um instrumento (e, pois, um meio) para se alcançar o fim verdadeiro, qual seja a garantia da liberdade individual.

Embora ponha a salvo a submissão à lei, desde que entendida como regra espontaneamente advinda e dotada de universalidade, o autor austríaco demonstra a utilização que tem sido dada à expressão legislação, que não se confundiria com a lei (que é, em essência, de defesa da liberdade individual, mesmo porque o desenvolvimento do Estado de Direito seu deu por ocasião do liberalismo), para justificar o injustificável, ou seja, a adoção de políticas governamentais particularizadas (forjadoras de assimetrias) de justiça social, através das quais, nas palavras de HAYEK, "os governos se tornam institutos de beneficência expostos à chantagem dos interesses organizados"[253]. Assim, a necessidade de sobriedade estatal, de deixar as expressões individuais emergirem e livremente caminharem com destino ao equilíbrio, o que não significa que o Estado não tenha um função, reconhecida também pelo teórico liberal Adam SMITH. O que não pode ser fornecido suficientemente pelo mercado, as relações exteriores, o enfrentamento de situações de anormalidade seriam tipicamente da esfera estatal, assim como se imporia a atuação estatal em relação aos indivíduos improdutivos ou incapacitados de se auto-prover, como os idosos e deficientes físicos, para evitar dissolução. Nessa direção, comenta que "no existe tampoco razón alguna para que el Estado no asista a los indivíduos cuando tratan de percaverse de aquellos azares comunes de la vida contra los cuales, por su incertidumbre, pocas personas están en condiciones de hacerlo por sí mismas". E mais adiante: "cuando, en resumen, se trata de riesgos genuinamente asegurables, los argumentos para que el Estado ayude a organizar un

[252] HAYEK, Friedrich A. **Camino de servidumbre**. Traducción de José Vegara. Madrid: Alianza Editorial, 2003. p. 103.
[253] Leitura de REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia**: de Freud à atualidade. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2006, v. 7. p. 43. (Coleção História da Filosofia).

amplio sistema de seguros sociales son muy fuertes". Conclui, em seguida, não vendo incompatibilidade entre "mayor seguridad" e "mantenimiento de la libertad individual": "Siempre que una acción común pueda mitigar desastres contra los cuales el individuo ni puede intentar protegerse a sí mismo ni prepararse para sus consecuenciais, esta acción común debe, sin duda, emprenderse"[254]. Se essa forma de resguardo (bastante limitada) é admitida, de outro lado, não o seria a proteção contra as vicissitudes do mercado ou a fixação de instrumentos de controle das variações com garantia a certos grupos de estabilidade dos seus resultados econômicos, haja vista que isso afetaria negativamente os outros grupos e o próprio sistema de seguro social aceitável (contra a perplexidade que inviabiliza a auto-subsistência):

> Así, cuanto más intentamos proporcionar seguridad plena, mediante intromisiones en el sistema del mercado, mayor se hace la inseguridad; y, lo que es peor, mayor se hace el contraste entre la seguridad de quienes la han obtenido como un privilegio y la creciente inseguridad de los postergados. Y cuanto más privilegio es la seguridad y mayor el peligro para los excluidos de ella, más apreciada será. A medida que el número de los privilegiados aumenta y la diferencia entre su seguridad y la inseguridad de los demás se eleva, surge gradualmente un conjunto de valores sociales completamente nuevos. Y no es la independencia, sino la seguridad, lo que da categoría e posición social. El derecho seguro a una pensión, más que la confianza en su capacidad, hace a un joven preferido para el matrimonio. La inseguridad lleva al temido estado del paria, en el que permanecen por toda su vida quienes en su juventud no fueron admitidos en el refugio de un empleo a sueldo[255].

Ao lado de HAYEK, deve ser também referido como teórico importante do neoliberalismo Milton FRIEDMAN (1912-), autor de "Capitalismo e Liberdade", publicado em 1962, obra seguida do repetitivo "Liberdade de Escolher", de mesma autoria. Começando com a famosa frase dita pelo Presidente americano John Kennedy – "não pergunte o que a sua pátria pode fazer por você, mas o que você pode fazer por sua pátria" –, salienta que o homem livre, diversamente, questionará sobre "o que ele e seus compatriotas podem fazer por intermédio do governo" ("what can I and my compatriots do through government") como ajuda na desoneração de suas responsabilidades individuais, para a obtenção dos vários propósitos e, especialmente, para proteção de sua liberdade (o foco mirado pelo autor americano, que resultaria na percepção do assunto como uma forma de moralidade[256]), assim

---

[254] HAYEK, Friedrich A. **Camino de servidumbre**. Traducción de José Vegara. Madrid: Alianza Editorial, 2003. p. 159.

[255] HAYEK, Friedrich A. **Camino de servidumbre**. Traducción de José Vegara. Madrid: Alianza Editorial, 2003. p. 168-169.

[256] Cf. VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 32. (Justiça e Direito). Na obra, lê-se: "Os partidários do Estado mínimo argumentaram que, quanto maior fosse a presença do Estado na economia, maiores também seriam as oportunidades de captura de recursos e capacidades

como arguirá sobre como manter o governo por eles criado sem transformá-lo num monstro (*Frankenstein*) de destruição da liberdade por eles estabelecida em sua proteção, sendo a liberdade "uma planta rara e delicada" ("a rare and delicated plant")[257]. Enfatiza que, se o governo é necessário para fins de manutenção da liberdade (para determinar as regras através das quais o "jogo" será praticado), por outro ângulo, a concentração de poder ameaça essa liberdade. Destarte, para afastar esse prejuízo, dois princípios se imporiam: a) a esfera de ação governamental deveria ser limitada à proteção da liberdade individual. Eventualmente, o governo poderia auxiliar no cumprimento de tarefas particularmente difíceis e dispendiosas, que, em sendo assumidas pelos indivíduos, teriam contra eles uma carga de severidade significativa. Mas, mesmo nessa última hipótese, para evitar os perigos decorrentes, a ação governamental deveria ser apreendida como algo secundário, preferindo-se a cooperação voluntária e os empreendimentos privados, percebidos como forma de contenção do poder governamental; b) o poder governamental deve ser, outrossim, diluído, descentralizado, priorizando-se a capacidade de resposta das comunidades locais[258]. Ainda em termos introdutórios, o economista salienta o traje diferenciado que o termo liberalismo recebeu (foi corrompido, segundo diz), em particular a partir de 1930, nos Estados Unidos da América, pela preferência dada, na busca dos objetivos eleitos como desejáveis, ao Estado, em detrimento das instituições privadas, em função da prioridade conferida ao bem-estar e à igualdade, com apagamento, por assim dizer, da ênfase na liberdade, o que resultou na retomada de políticas estatais intervencionistas e paternalistas. Sublinha, então, que seu objetivo é empregar "the word liberalism in its original sense – as the doctrines pertaining to a free man"[259]. Para o autor, não é possível conceber uma separação entre economia e política, diversamente dos que sustentam a possibilidade de coexistência de uma política de garantia da liberdade individual com uma economia controlada. Nesse sentido, destaca que a liberdade econômica é apenas parcela da liberdade como um todo, valendo de *per si*, ao mesmo tempo em que é reputada essencial na definição da liberdade política por estar vinculada ao

---

estatais por parte de interesses privados (o que os economistas norte-americanos da escola da escolha pública denominaram *rent seeking*). De outro, argumentaram – e agora se trata de um argumento de tipo muito distinto – que políticas públicas redistributivas de qualquer tipo, tais como as implementadas pelos *welfares states*, constituíam uma afronta à liberdade" (p. 33).

[257] Cf. FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom.** 40. anniversary ed. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2002. p. 01-02. Tradução livre.

[258] Cf. FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom.** 40. anniversary ed. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2002. p. 02-03.

[259] Cf. FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom.** 40. anniversary ed. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2002. p. 06: "a palavra liberalismo no seu sentido original – como uma doutrina concernente ao homem livre" (tradução livre).

direcionamento pela concentração ou pela desconcentração de poder[260]. Citando a "penetrante análise" de HAYEK, na qual a liberdade econômica é vista como um instrumento para a liberdade política[261], FRIEDMAN destaca, acentuando, no mesmo momento, que o poder econômico é mais facilmente diluível, comparado com o poder político, que não prescinde do vigor econômico para tanto:

> [...] The fundamental threat to freedom is power to coerce, be it in the hands of a monarch, a dictator, an oligarchy, or a momentary majority. The preservation of freedom requires the elimination of such concentration of power to the fullest possible extent and the dispersal and distribution of whatever power cannot be eliminated – a system of checks and balances. By removing the organization of economic activity from the control of political authority, the market eliminates this source of coercive power. It enables economic strength to be a check to political power rather than a reinforcement[262].

Assim, ao lado de perceber a recíproca interferência entre política e economia (para se ter liberdade política não se poderia prescindir da liberdade econômica), o autor parte para a consideração de que, enquanto na via econômica, em razão da diversidade, é possível a "unanimidade sem conformação" ("unanimity without conformity"), algumas matérias, de outro ângulo, deveriam ser tratadas essencialmente pelo canal político, com imposição de submissão – apenas realizável quando se tivesse na sociedade uma visão relativamente comum sobre o assunto, mesmo porque não haveria que se falar numa liberdade absoluta, nem se poderia equiparar o liberalismo à anarquia –, sendo esse o caso da atinente à proteção dos indivíduos e do Estado contra a coerção, salientando-se que, nesse caso, "the use of political channels, while inevitable, tends to strain the social cohesion essential for a estable society"[263]. Desse modo, ao governo caberia a manutenção da lei e da ordem – de modo que

---

[260] Cf. FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom.** 40. anniversary ed. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2002. p. 08-09.

[261] Cf. FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom.** 40. anniversary ed. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2002. p. 11 ("economic freedom as a means toward political freedom").

[262] FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom.** 40. anniversary ed. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2002. p. 15: "[…] A ameaça fundamental à liberdade é o poder de coagir, esteja ele nas mãos de um monarca, de um ditador, de uma oligaquia ou de uma maioria momentânea. A preservação da liberdade requer a eliminação dessa concentração de poder, na mais completa extensão possível e a dispersão e distribuição de qualquer poder que não possa ser eliminado – um sistema de freios e contrapesos. Removendo a organização da atividade econômica do controle da autoridade política, o mercado elimina essa causa de poder coercitivo. Isso habilita a força econômica a ser um freio para o poder político, ao invés de um reforço" (tradução livre).

[263] FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom.** 40. anniversary ed. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2002. p. 23: "o uso dos canais políticos, enquanto inevitáveis, propendem a forçar a coesão social essencial para uma sociedade estável" (tradução livre). BORON sublinha que, em FRIEDMAN, a questão central é o mercado: "O mercado – âmbito extrapolítico por excelência – eximirá a sociedade da conflituosidade inerente à adoção de uma decisão em um contexto marcado por uma pluralidade de condições e preferências (éticas, religiosas, culturais, econômicas, políticas etc). Na medida em que aquele se consolida como o foro em

um indivíduo não se impusesse em relação ao outro, que os contratos consensualmente acordados fossem devidamente cumpridos e que houvesse uma exata percepção do significado dos direitos de propriedade –, bem como, o que seria próprio, a responsabilidade pelo sistema monetário[264]. Além disso, também competiria à via política impedir situações monopolísticas e enfrentar o problema designado de *neighborhood effects*, consistente na ação individual que alcança outros indivíduos sem possibilidade de mudança voluntária ou com recompensa inservível para restaurar a situação original (cita-se como exemplo a poluição de uma corrente de água). Entretanto, mesmo nessas hipóteses – como, em verdade, em qualquer situação que impusesse algum tipo de intervenção estatal – não se poderia afastar a necessidade de ponderação acerca das vantagens e desvantagens da intercessão[265]. De igual modo, não estariam absolutamente excluídas as políticas chamadas de paternalistas, embora em relação a elas as discussões fossem vigorosas, haja vista que "paternalism is inescapable for those whom we designate as not responsible"[266], a exemplo dos doentes mentais e das crianças, atuação que se efetivaria, contudo, suplementarmente à caridade privada e à família[267].

Quando passa à visualização temática da aplicabilidade desse quadro teórico geral, FRIEDMAN traça delineamentos em várias áreas, das quais três chamam a atenção, especialmente pelos objetivos do presente trabalho. No campo da educação, o mencionado teórico parte da distinção entre *schooling* e *education*, bem como diferencia as formas de intervenção governamental na *general education for citizenship* e na *specialized vocational education*, devendo, em qualquer caso, essa interferência atender aos pressupostos anteriormente traçados, no que concerne à justificação (a presença governamental é legítima quando tratando de questões de repercussão geral, que dizem com todos, a exemplo das atinentes aos incapazes). Desse modo, prevê, no âmbito da "educação geral para a cidadania", a necessidade de exigência, por parte do Estado, de que as crianças recebam um mínimo de

---

que os indivíduos decidem sobre seus assuntos, menor será a possibilidade de que o governo intervenha impondo opções excludentes e parciais. Só o mercado garante unanimidade [...] o mercado representa a harmonia social, o consenso e a liberdade; o Estado – e a política –, a esfera da imposição e do conflito". Mas "o liberal não é um anarquista [...]" (BORON, Atílio A. **Estado, capitalismo e democracia na América Latina**. Tradução de Emir Sader. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994. p. 56 e 57).

[264] Cf. FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom.** 40. anniversary ed. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2002. p. 27.

[265] Cf. FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom.** 40. anniversary ed. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2002. p. 27-32.

[266] FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom.** 40. anniversary ed. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2002. p. 30-33: "paternalismo é inescapável para aqueles a quem chamamos de não responsáveis" (tradução livre).

escolaridade específica, à medida que a educação da criança gera benefícios para outros membros da sociedade, e não apenas para ela ou para seu núcleo familiar, repercutindo no grau de estabilidade social e de democratização. O pagamento por essa educação ficaria a cargo dos pais, tendo em conta, entre outros aspectos, o fato de que "os custos pelos pais tenderiam a equalizar os custos social e privado de ter crianças e assim promover uma melhor distribuição das famílias por tamanho"[268]. A figura do subsídio pelo Estado surgiria quando os pais não tivessem condição de pagar pela educação, mas, nesse caso, limitada à prestação de formação para a cidadania, não alcançando treinamento vocacional, por exemplo, e especialmente vinculado aos primeiros níveis escolares, não se aprovando, entretanto, o que designa de "nacionalização" da educação, mesmo porque, dentre outras opções, os serviços educacionais poderiam ser prestados "fora do Estado", por empresas privadas voltadas ao lucro (parte dos custos até poderiam ser pagos pelo Estado na forma de *vouchers*) ou por *non-profit institutions* (instituições sem interesse lucrativo ou de beneficência), caso em que caberia ao Estado fundamentalmente fiscalizar o oferecimento adequado desses serviços (observar, por exemplo, se estaria sendo ministrado o conteúdo programático mínimo exigido, atrelado à construção de valores comuns essenciais para a estabilidade social). Se, em tempos anteriores, a assunção dessas atividades pelo Estado tinha algum sentido (formação de um espírito de unidade), nos dias atuais a manutenção de um sistema escolar público poderia resultar em recrudescimento da desigualdade de oportunidades. No tocante ao ensino superior, ainda mais vigorosa se mostraria a afirmação da inadmissibilidade de "nacionalização" da educação, devendo ser enfatizada uma efetiva competição entre as instituições de ensino. De seu lado, a "educação vocacional especializada", consistente, essencialmente, no investimento em capital humano para fins de aumento da produtividade econômica, deveria ter seus custos suportados pelos indivíduos, haja vista que eles receberiam a recompensa pelo investimento. O Estado, nessa área, poderia se propor a financiar a formação, em troca do compromisso do beneficiado de pagar às instâncias governamentais uma percentagem dos seus ganhos, de sorte a configurar um programa auto-financiável, sem arbitrária distribuição de ônus a todos os contribuintes, no caso de o Estado assumir uma posição de simples pagador. De todo modo, ainda assim não se poderia deixar de preferir a realização desse tipo de projeto por instituições financeiras privadas ou por *non-profit*

---

[267] Cf. FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom.** 40. anniversary ed. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2002. p. 33-34.

*institutions*[269]. No campo das medidas de bem-estar social, o autor afirma, logo no início de sua exposição, que o "sentimento humanitário", que influiu na tributação inidividual, implicou também na adoção de medidas de *welfare* para grupos particulares, através, exemplificativamente, da seguridade social, representando essa, em verdade, uma invasão injustificada da esfera individual: "Those of us who believe in freedom must believe also in the freedom of individuals to make their own mmistakes. If a man knowingly prefers to live for today, to use his resources for current enjoyment, deliberately choosing a penurious old age, by what right do we prevent him from doing so?"[270]. No atinente à mitigação da pobreza, salienta a preferência pela *private charity* (caridade privada), realçando que as tão importantes instituições caritativas declinaram a partir do momento em que houve a ampliação das atividades de bem-estar governamentais (o que implica dizer do seu renascimento com o afastamento estatal). Salienta que qualquer programa de combate à pobreza deve atender a dois pressupostos: a não especificação de grupos a proteger (deve-se amparar o desafortunado, não o conjunto mais particular por ele integrado); e o funcionamento através do mercado (não como uma negação a essa realidade). Enfatizando que "the heart of the liberal philosophy is a belief in the dignity of the individual, in his freedom to make the most of his capacities and opportunities according to his own lights, subject only to the proviso that he not interfere with the freedom of other individuals to do the same"[271], destaca que o liberal acolherá mecanismo de promoção da liberdade e da igualdade, através da repressão ao monopólio e do estímulo ao mercado, bem como que enxergará nas instituições privadas caritativas de apoio aos indigentes "um exemplo de uso apropriado da liberdade" ("an example of the proper use of freedom"), podendo até aprovar ações estatais de combate à pobreza, mas, nesse caso, com pesar pela ausência de voluntariedade da ação e, de todo modo, não admitindo a idéia de que um indivíduo seja sacrificado em benefício do outro.

---

[268] FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom.** 40. anniversary ed. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2002. p. 87 ("imposing the costs on the parents would tend to equalize the social and private costs of having children and so promote a better distribution of families by size" – tradução livre).

[269] Cf. FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom.** 40. anniversary ed. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2002. p. 85-107.

[270] FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom.** 40. anniversary ed. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2002. p. 188: "Aqueles de nós que acreditamos na liberdade devemos acreditar também na liberdade dos indivíduos de cometerem seus próprios erros. Se um homem intencionalmente prefere viver para hoje, usando seus recursos para prazer presente, deliberadamente escolhendo uma velhice de penúria, com que direito nós o impedimos de fazê-lo? [...]" (tradução livre).

[271] FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom.** 40. anniversary ed. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2002. p. 195: "o coração da filosofia liberal é a crença na dignidade do indivíduo, na sua liberdade de fazer o maior de suas capacidades e oportunidades de acordo com sua própria inteligência, sujeito apenas à condição de que não deve interferir com a liberdade dos outros indivíduos de fazerem o mesmo" (tradução livre).

Finalmente, o autor arremata que o grande equívoco que se pode praticar é "obrigar as pessoas a agirem contra seus próprios interesses imediatos a fim de promover um suposto interesse geral" ("to force people to acto against their own immediate interests in order to promote a supposedly general interest"), haja vista que "uma das maiores e mais criativas forças conhecidas pelo homem" ("one of the strongest and most creative forces known to man") é o "esforço de milhões de indivíduos para promover seus próprios interesses, para viver suas vidas segundo seus próprios valores" ("the attempt by millions of individuals to promote their own interests, to live their lives by their own values")[272].

Finalmente, completa a tríade dos teóricos mais relevantes à concepção neoliberal, Robert NOZICK (1938-2002), com o seu conceito de Estado mínimo, calcado numa noção de direito natural. Sua obra fundamental para o presente trabalho é "Anarquia, Estado e utopia", concebida em clara oposição à conhecida produção de John RAWLS ("Uma teoria da justiça")[273]. Eminentemente individulista, a grande questão que NOZICK pretende resolver é sobre a extensão que os indivíduos toleraram ao Estado ("que espaço os direitos individuais deixam ao Estado?"[274]), de modo a não permitir a ingerência estatal na vida individual, do que decorreu a construção da idéia de um Estado mínimo. Portanto, não se trata de um autor anarquista, porquanto a figura do Estado é admitida, inclusive como útil (motivo pelo qual deveria existir – e existiria independentemente de qualquer intenção direcionada a tanto – e se justificaria), decorrente de um antecedente estado de natureza anárquico, segundo a concepção lockeana ("a melhor situação anárquica que poderíamos razoavelmente esperar"[275]), mas decursivo não de um contrato e sim do movimento natural das coisas vislumbrado por Adam SMITH. Nesse sentido, haveria um processo espontâneo de construção da realidade estatal, transpondo-se fases evolutivas, das "associações de proteção" (com dificuldades de adimplemento de direitos dentro da própria agência de proteção mútua, pela adoção de procedimentos arbitrários e destituídos de força impositiva) para a "associação de proteção dominante" (em caso de conflito entre diferentes associações de proteção, alguma se impõe por definição de jurisdição ou por submissão à autoridade de terceiro, dando cumprimento aos direitos, mas ainda sem a presença de monopólio do uso da força, "sem que

[272] FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom.** 40. anniversary ed. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2002. p. 200. Tradução livre.
[273] Cf. NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994. p. 201 *et seq.*
[274] NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994. p. 09.
[275] NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994. p. 20.

alegue que é o[a] único[a] que pode autorizar o emprego da violência", e sem alcançar todos os indivíduos, exceto quando dominante em um território, enfraquecida nesse caso a exigência daquela alegação, quando se aproxima do molde estatal, chamando-se "entidade estatóide"[276]), tudo em razão da "mão invisível", como, numa analogia, "não é necessário qualquer acordo expresso nem um contrato social que fixe um meio de troca"[277]. Ainda antes do Estado mínimo (ou Estado guarda-noturno da teoria liberal clássica), em continuação ao processo evolutivo natural, haveria ainda o "Estado ultramínimo", que, apesar do monopólio do uso da força, "exceto a necessária à autodefesa imediata", "proporciona serviços de proteção e cumprimento de leis *apenas* àqueles que adquirem suas apólices de proteção e respeito às leis. Pessoas que não adquirem ao monopólio um contrato de proteção nenhuma proteção recebem"[278]. Nesse contexto, o Estado mínimo corresponderia ao Estado ultramínimo acrescido de instrumentos – custeados pelas receitas tributárias – de acesso à proteção por todos os indivíduos. O Estado, portanto, alcança todos os indivíduos e o faz, com monopólio da violência, para protegê-los. Sendo o indivíduo a única realidade que efetivamente tem existência, o Estado não poderia estabelecer vantagens para uns em detrimento de outros ("não pode usar sua máquina coercitiva para obrigar certos cidadãos a ajudarem a outros ou para proibir atividades a pessoas que desejam realizá-las para seu próprio bem ou proteção"[279], mas a força pode ser empregada para garantir esse funcionamento) e teria como função a proteção dos indivíduos contra a opressão, a fraude e o descumprimento das obrigações voluntariamente assumidas. O surgimento do Estado seria, ademais, moralmente legítimo – diferentemente do alegado pelos anarquistas –, porquanto, nesse processo, não haveria violação de direitos individuais, especialmente pela incidência de um sistema de compensação para os que sofressem desvantagens em favor dos benefícios

---

[276] NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994. p. 135.

[277] NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994. p. 33.

[278] NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994. p. 42. Itálico do original.

[279] NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994. p. 09. Mais adiante, NOZICK observa que "Rawls não demonstrou que o indivídio mais favorecido, *A*, não tem motivos para queixar-se ao ser obrigado a ter menos, para que outro, *B*, possa ter mais do que seria o caso em outra situação. E não pode demonstrar isso uma vez que *A de fato* tem motivo para queixa [...]" (p. 214. Itálico do original). E mais: "Pessoas que trabalham para instituir um esquema compulsório poderiam dedicar suas energias ao estabelecimento de um começo coordenado. Essa tarefa é facilitada pelo fato de que as pessoas querem não só que alguma mal seja reduzido ou eliminado, mas também ajudar nisso e ser parte do que produz o alívio do problema [...]" (p. 289). E ainda: "Uma vez que violaria limitações morais obrigar indivíduos que têm direito a suas propriedades a contribuir contra a sua vontade, os proponentes dessa obrigação deveriam tentar convencer as pessoas a ignorar os relativamente poucos que não 'topam' o esquema de contribuições voluntárias" (p. 290).

conferidos aos outros indivíduos. Sendo, o Estado mínimo, o mais amplo que se poderia admitir, em resguardo aos direitos individuais, questionar-se-ia sobre o "Estado mais-que-mínimo", e, através de uma "historinha", o autor, que assim a designa, demonstra que esse Estado maior que o mínimo não é aconselhável por criar situações dispendiosas; de grande opressão (apesar de poderem estar fundadas em base legal); de amplitude e complexidade geradoras de caos e de ineficiência; difíceis de administrar; em que "quase todo mundo está decidindo sobre elas [pessoas] e elas [pessoas] estão decidindo sobre quase todas as pessoas"; em que, equivocadamente, se pensa "que todas as pessoas se beneficiam com os esforços de todos os demais para governar sabiamente os demais, e todos são iguais nesse esforço, tendo a mesma voz que os outros"; nas quais há a falsa crença da propriedade pelo que se produz[280]. O autor aponta, ao lado de outras, uma grande vantagem no acatamento do Estado mínimo, qual seja, a de que ele chamaria pouca atenção de pessoas ansiosas pela detenção do poder, à medida que "fortalecer o Estado [...] transforma-o em prêmio mais valioso"[281]. Ademais, considerada a diversidade inerente aos indivíduos, não seria possível definir uma sociedade perfeita, pela pluralidade de visões que se pretenderiam perficientes, de modo que a legitimação moral apenas se verificaria em relação à forma de Estado que cuidasse exatamente de proteger essa individualidade, em toda sua dignidade e exuberância:

> O Estado mínimo trata-nos como indivíduos invioláveis, que não podem ser usados de certas maneiras por outros como meios, ferramentas, instrumentos ou recursos. Trata-nos como pessoas que têm direitos individuais, com a dignidade que isso pressupõe. Tratando-nos com respeito ao acatar nossos direitos, ele nos permite, individualmente ou em conjunto com aqueles que escolhermos, determinar nosso tipo de vida, atingir nossos fins e nossas concepções de nós mesmos, na medida em que sejamos capazes disso, auxiliados pela cooperação voluntária de outros indivíduos possuidores da mesma dignidade. Como *ousaria* qualquer Estado ou grupo de indivíduos fazer mais, ou menos?[282]

Postas as bases teóricas, lançam-se os olhos aos fatos.

A Inglaterra, com a Primeira-Ministra Magaret Thatcher, partiu na frente, nesse novo momento neoliberal, realizando desestatização em larga escala, pelo menos em dois grandes períodos (de 1964 a 1978 e a partir de 1982). Assim, foram oferecidas aos particulares a *British Petroleum*, a *British Aerospace*, a *Cable and Wireless*, a *Britoil*, a

---

[280] Cf. NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994. p. 308-321.
[281] NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994. p. 294.
[282] NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994. p. 357-358 (itálico do original).

*Associated British Ports*, a *British Airways*, a *British Steel*, a *National Freight*, a *British Gas*, a *British Telecom*, a *British Sugar*, a *British Rail Hotels*, a *Royal Ordnance* e a *British Leyland*. Martin van CREVELD observa, quanto à "cura inglesa" ou "lavagem inglesa", que, "por volta de 1988 [na Inglaterra], quase 40% dos setores que até 1979 tinham sido estatais foram devolvidos à iniciativa privada, ao passo que a parcela do PIB nas mãos do governo caíra de 10,5% para 6,5%"[283]. Além disso, aquele Estado levou à frente projetos de transferência de serviços de água, esgoto, penitenciários e de saúde. Seguindo-a, a Itália, a França, a Holanda, a Bélgica, a Alemanha, o Canadá e os Estados Unidos, estes sob a presidência de Ronald Reagan, dentre outros, liquidaram empresas estatais com atuação em vários setores. Mesmo os Estados de governos ditos mais rígidos – como Coréia do Sul e Taiwan – e de esquerda foram atingidos por esse movimento[284]. Ao lado da desestatização, adotaram-se políticas de redução dos investimentos sociais e de minimização dos programas assistenciais e corporativos. Nesse tocante, cumpre ressaltar "o recuo do Estado caritativo [norte-]americano", na expressão de Loïc WACQUANT, que se concretizou em várias medidas: a) redução do programa AFDC, de ajuda pecuniária a famílias carentes e mães solteiras sem fonte de renda, de 221 dólares/mês (em 1970) para 128 dólares/mês (em 1990); b) aumento das exigências para acesso aos benefícios de ajuda social, a ponto de se denominar as imposições burocráticas de *churning* ("passar na batedeira"); c) programas assistenciais que alcançavam 81% das crianças, em 1983, passaram a atingir apenas 40%, em 1998; d) seguro desemprego que beneficiava 81% dos assalariados, em 1975, passou a cobrir apenas um entre quatro trabalhadores, em 1990; e) os que tinham direito à cobertura por invalidez, caíram de 7,1 assalariados em mil (em 1975) para 4,5 em mil (em 1991); f) o orçamento dirigido aos gastos com moradia baixou de 32 bilhões de dólares (em 1978) para 10 bilhões de dólares (em 1988); g) suprimido plano de integração de desempregados ao mercado, em 1984; h) votação da reforma dos serviços sociais em 1996, com a assinatura do Presidente Clinton, que causou grande comoção dentro da própria estrutura governamental

[283] CREVELD, Martin van. **Ascensão e declínio do Estado.** Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 529. V. também WADE, William; FORSYTH, Christopher. **Administrative law**. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 167-169.

[284] Cf. CREVELD, Martin van. **Ascensão e declínio do Estado.** Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 531-532. "Não só no Ocidente e no Oriente, mas em todos os continentes, era quase impossível encontrar um país que não estivesse se privatizando o mais depressa possível. Quase sempre o preço era uma considerável ruptura social: [...]. A tendência era tão forte que chegou até a países cuja própria *raison d'être* desde a independência estivera vinculada à ideologia de esquerda, como Vietnã, Índia, Síria, Israel, Egito, Tunísia, Argélia e muitos outros em toda a África e em toda a Ásia" (p. 538).

dada a previsão de aumento expressivo da miséria[285]. Na Espanha, discutiu-se, dentre outros assuntos, sobre a dimensão ideal da Seguridade Social, defendendo-se posições no sentido de que, das quatro contingências básicas cobertas no momento ("asistencia sanitaria, jubilación, prestaciones de desempleo y ayuda familiar"), deveriam se manter apenas duas ("las pensiones y el seguro de desempleo"), realçando-se que a garantia de uma renda mínima pelo Estado não deveria estar vinculada a qualquer "trayectoria personal y profesional del individuo y de la duración temporal de la situación de carencia en que pudiera encontrarse", além de se prever a participação da iniciativa privada na provisão dos benefícios referenciados[286]. De Portugal, a mais ilustrativa referência é a que aponta para o Relatório da Comissão para a Qualidade e Racionalização da Administração Pública, instituída pelo Conselho de Ministros, em abril de 1992, que fixou os princípios regentes da reforma administrativa portuguesa ("a) repensar as missões da Administração; b) dinamizar novos modelos estruturais; c) desintervir; d) envolver a sociedade"), propôs as estratégias correlatas ("controlo das despesas públicas e privatizações") e definiu os escopos ("a) redução do leque de actividades do Estado; b) diminuição das despesas públicas; c) criação de receitas a partir do património do Estado; d) aumento da qualidade, pela introdução de mecanismos de concorrência; e) viabilização da economia através do tecido empresarial privado")[287]. Especificamente, sobre a América Latina, merecem realce as experiências vivenciadas por México (de Carlos Salinas), Chile (de Augusto Pinochet), Argentina (de Carlos Menem) e Brasil (em particular no governo Fernado Henrique Cardoso), que também empreenderam processo expressivo de privatização, de retorno ao mercado, e de desfazimento das estruturas estatais dirigidas à prestação de serviços sociais[288].

O enxugamento da máquina estatal passou a conviver, algum tempo depois, com políticas de incremento da participação popular nas decisões e no controle do Estado. Cuida-

---

[285] Cf. WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Sem referência a tradutor. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. p. 23-26 e 39-40.

[286] Cf. SEGURA, Julio; CABRILLO, Francisco; TORTELLA, Gabril. **La reforma del Estado asistencial**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. (Cuadernos y Debates, 2).

[287] Cf. ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1999. p. 11-12.

[288] Especialmente sobre essas reformas, cf., dentre outros, SADER, Emir (comp.). **El ajuste estructural en América Latina**: costos sociales y alternativas. Buenos Aires: CLACSO/ASDI, 2001; MENEM, Carlos; DROMI, Roberto. **Reforma del Estado**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997; NATANSON, José. **Buenos muchachos**: vida y obra de los economistas del *establishment*. Caracas: Monte Ávila Editores Latinoamericana, 2006; BORON, Atílio A. **Estado, capitalismo e democracia na América Latina**. Tradução de Amir Sader. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994; PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (org.). **O público não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999; KRAWCZYK, Nora Rut; WANDERLEY, Luiz Eduardo (org.). **América Latina**: Estado e reformas numa perspectiva comparada. São Paulo: Cortez, 2003.

se do decaimento da separação rígida entre o público e o privado – ou, em outros termos, da abolição da restrição do público ao estatal –, com a conseqüente aproximação entre Estado e sociedade civil[289], não mais concebidos como reciprocamente excludentes, mas como compartes, com a pretensa substituição das relações de comando pelo relacionamento dialogado e complementar.

Desenha-se, hodiernamente, no embate entre intervencionismo e minimalismo estatal, o Estado subsidiário. Nicola MATTEUCCI resume:

> O Liberalismo, fiel à sua vocação antiutilitarista, segundo a qual não se deve destruir o espírito livre do homem para alimentar o corpo, fiel à sua velha aversão aristocrática por tudo o que vem do alto, pode optar pela sociedade civil, de modo que a resposta aos problemas da justiça e da segurança social seja dada ao nível da sociedade civil e não ao nível institucional-estatal, mediante subsistemas autônomos do sistema político, mediante iniciativas independentes e convergentes, realizadas por forças sociais espontâneas, e não mediante ações burocráticas-administrativas. Em outras palavras, os problemas históricos, que atualmente está agitando o pensamento liberal – de direito e de esquerda – , é uma nova descoberta e uma adaptação a novos contextos da função anteriormente desenvolvida pelas autonomias locais contra o Estado burocrático-centralizador; é a afirmação sempre renovada da primazia da sociedade civil, buscando formas novas para que esta primazia possa se exprimir, deixando com o Estado apenas a tarefa de garantir para todos a lei comum, bem como a função de órgão equilibrador e incentivador de iniciativas autônomas da sociedade civil. A única alternativa desta volta à sociedade civil e ao mercado é o NEOCOPORATIVISMO ou Estado de corporações, que se baseia nas organizações dos grandes interesses privados e na sua colaboração, a nível político, nas decisões estatais. Desse modo, tais organizações se incorporam ao Estado[290].

Note-se que, em toda essa linha e apesar das teorias acerca de sua crise, o capitalismo tem resistido como modelo histórico de produção, com algumas variações de ênfase ou releituras, no tocante aos elementos que compõem a base – a propriedade privada, a conexão capital-trabalho, o sistema de mercado e "processos de racionalização dos meios e métodos direitos e indiretos para valorização do capital e a exploração das oportunidades de mercado para efeito de lucro" –, que devem ser compreendidos dentro do sistema social como um todo, não limitadamente ao âmbito restritamente econômico, mesmo porque resultado da história[291].

---

[289] O conceito será estudado a seguir, a partir de suas origens.

[290] MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo (verbete). In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Incola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen Varriale *et al*. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, v. 2. p. 704-705.

[291] Cf. RUSCONI, Gian Enrico. Capitalismo (verbete). In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varialle *et al*. 11. ed. Brasilia: Editora Universidade de Brasília, 1998, v.1. p. 141-148 (a da citação é a p. 141).

**e) O Estado secundário e a (neo)Administração Pública: situação do tema a partir do caso brasileiro.**

Diante do quadro antes detalhado, especialmente da manifestação do Estado subsidiário dentro do prosseguimento das propostas trazidas com o Estado mínimo[292] ou pós-social, ao Estado administrante se atribuiu novo perfil.

No Brasil, esse novo viés é representado pelas reformas administrativas iniciadas, fundamentalmente, em 1995[293], e que tiveram o seu ápice com a Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, aclamada como a "Emenda da Reforma do Estado". Embora algumas vozes se manifestem pela impropriedade da designação, por entenderem que os objetivos da norma jurídica em comento eram menos pretensiosos (alcançavam apenas algumas disposições jurídicas atinentes à Administração Pública)[294], a alcunha parece ter sido forjada para destacar um momento diferenciado da realidade nacional (e também da internacional): as modificações propostas para a Administração Pública diziam com um processo muito mais ampliado de reconfiguração do Estado, como se procurou evidenciar nos tópicos antecedentes. Como um primeiro passo, em que o significado repousa mais na iniciativa, do que na dimensão da marcha, tanto que a emenda remete a regulação efetiva de alguns dos institutos que apresenta à legislação infraconstitucional.

Na exposição de motivos interministerial de agosto de 1995, apresentada ao Presidente da República à época, em que se propunham alterações importantes na Administração Pública brasileira e que culminou na emenda em questão, consignaram-se, a título de "resultados esperados da reforma administrativa", a inserção da eficiência como norte da prestação dos serviços públicos, com ampla descentralização de sua promoção (federalismo administrativo), com foco no administrado e com supressão de "controles e obstruções legais desnecessários"; e a promoção instrumentalizada do equilíbrio das contas

---

[292] Há quem sustente que, em verdade, "nos anos 90, se verificou a inviabilidade da proposta conservadora de Estado mínimo", tendo sido proposta uma remodelação do Estado, "para que este pudesse realizar não apenas suas tarefas clássicas de garantia da propriedade e dos contratos, mas também seu papel de garantidor dos direitos sociais e de promotor da competitividade do seu respectivo país" (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Estado dos anos 90**: lógica e mecanismos de controle. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997. p. 07. (Cadernos MARE da reforma do Estado, 1).).

[293] Entre as alterações empreendidas nesse momento, podem ser citados: o acesso de embarcações estrangeiras à navegação de cabotagem, com a eliminação do monopólio até então vigorante (EC n. 07, de 15.08.95, que modificou a redação do art. 178, da CF/88); o desaparecimento do protecionismo anteriormente assegurado à figura da empresa brasileira de capital nacional (EC n. 06, de 15.08.95, que alterou o art. 171 e deu nova redação ao art. 176, § 1º, da Carta Magna); a flexibilização do regime de monopólio do petróleo (EC n. 09, de 10.11.95); as modificações no setor de telecomunicações com a EC n. 08, de 15.08.95; dentre outras.

[294] Cf. PEREIRA Júnior, Jessé Torres. **Da reforma administrativa constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 03-04.

públicas, com a permissão de diminuição do quadro de pessoal a partir da consideração da ineficiência. Ao que parece a preocupação em assinalar a ocasião está não somente no cognome, o que antes se ressaltou, mas na inclusão do princípio da eficiência, dentre os que se inserem como fundantes da Administração Pública brasileira, nos termos do *caput*, do art. 37, da Carta Magna de 1988, tendo em conta que, a par de não estar, antes, explicitamente registrada no Texto Constitucional, a regra do agir eficiente se mostrava inerente à prestação dos serviços públicos, independente da concepção que sobre eles se tivesse. Em outros termos, não parece que exigir eficiência dos servidores públicos dependesse da inclusão de um "princípio da eficiência" no rol constitucional. Sobre esse aspecto, quadra mencionar os argumentos de Maurício Antônio Ribeiro LOPES:

> [...] *eficiência*, ao contrário do que são capazes de supor os próceres do Poder Executivo federal, jamais será *princípio* da Administração Pública, mas sempre terá sido – salvo se deixou de ser em recente gestão política – *finalidade* da mesma Administração Pública. Nada é *eficiente* por princípio, mas por conseqüência, e não será razoável imaginar que a Administração, simplesmente para atender a lei, será doravante *eficiente*, se persistir a miserável remuneração do grande contingente dos seus membros, se as injunções políticas, o nepotismo desavergonhado e a entrega de funções de alto escalão a pessoas inescrupulosas ou de manifesta incompetência não tiver um paradeiro[295].

De todo modo, a inserção do preceito da eficiência de forma explícita serviu à imposição de absorção de raciocínios próprios da área econômica e à justificação mais segura da adoção de medidas constitucionais várias, com mudança da postura então dominante: a admissão de regulamento específico sobre licitações para pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta; a pretensão de incremento da autonomia dos entes administrativos, tomada como condição de maximização de benefícios, através do manejo de contratos de gestão; fim da estabilidade no serviço público, no sentido de que passará a ser alcançada pelo servidor público apenas com o transcurso do prazo de três anos de exercício e a depender de avaliação de desempenho, a ser também aplicada periodicamente para fins de acompanhamento de sua atividade produtiva, com possibilidade de perda do cargo, se não atendidos padrões de rendimento; previsão de instrumento legal de regulação da participação dos usuários nos serviços públicos.

Ressalta, a doutrina, que "a reforma trazida pela Emenda 19 – deveras inovadora em alguns aspectos – não diverge, na essência de sua estrutura, da reforma administrativa

---

[295] LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à reforma administrativa**: de acordo com as Emendas Constitucionais 18, de 05.02.1998, e 19, de 04.06.1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 108.

veiculada pelo Decreto-lei nº 200, de 25.02.1967 [...]"[296], haja vista que mantidos os conceitos nucleares, como, ilustrativamente, o da divisão da Administração Pública em direta e indireta, o da rejeição a controles meramente formais (o art. 14, daquele decreto-lei, diz que "o trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco"[297]) e o da diferenciação de regime jurídico licitatório para as pessoas estatais exercentes de atividades econômicas. Por outro lado, entretanto, a emenda não teria a flexibilidade do decreto-lei, considerados os procedimentos legislativos peculiares – mais tortuosos – para a aprovação de alteração ao Texto Constitucional, além de mostrar-se notadamente dependente de regulação complementária por trinta e uma leis específicas, que se somariam a um déficit legislativo acumulado, desde a edição da Constituição Federal de 1988, de quase vinte leis[298].

O fato é que a Emenda Constitucional nº 19/98 é, para o Brasil Administrante, um marco, permitindo, por sua síntese, traçar um quadro de características desejáveis para uma organização administrativa que, segundo se diz, efetivamente realize os escopos que a ele são atribuídos. Pretende-se, hoje, nesse contexto, uma Administração Pública centrada nos seguintes preceitos[299]: imparcialidade e moralização; transparência e publicidade; eficiência (produção, qualidade, maximização da satisfação e desburocratização); consensualidade (estímulo ao debate, à negociação entre a Administração, os administrados, os particulares e os prestadores de serviços públicos); flexibilidade (decorrente do consenso, impondo o equilíbrio dos acordos firmados entre o Estado e os demais atores sociais); discricionariedade (para tornar possível o exercício da flexibilização, na averiguação da conveniência ou oportunidade de uma mais intensa descentralização ou da adoção de certas políticas públicas); democratização (participação direta de todos na Administração Pública e na proteção da coisa pública); redutibilidade, privatização, desestatização e desmonopolização (diminuição do tamanho e do plano de interferência estatal, com a sua saída da seara econômica, mas tendo por contrapartida a priorização de suas funções ordenadoras); economicidade; descentralização dos serviços públicos (concepção do público não-estatal); colaboração e

[296] PEREIRA Júnior, Jessé Torres. **Da reforma administrativa constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 12.
[297] BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. In: MEDAUAR, Odete (org.). **Constituição Federal, Coletânea de legislação administrativa**. 6. ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 892.
[298] Cf. PEREIRA Júnior, Jessé Torres. **Da reforma administrativa constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 12-16.
[299] Procurou-se reunir as características mais citadas pela doutrina brasileira atinente ao direito administrativo.

coordenação entre os setores público e privado, entre Estado, indivíduo e sociedade; realce na atividade administrativa de fomento (estímulo à iniciativa privada, quando essa se propõe a prestar serviços públicos). "Esse Estado fomentador, regulador e supervisor corresponde ao que se chama, hoje em dia, de Estado necessário"[300].

O Estado concentrado e onipresente – que se procura vincular a regimes absolutistas, despóticos e totalitários, sufocantes e violentadores, sob a denominação de Estados regalistas, que se teria travestido de Estado burocrático – é substituído pelo Estado pluriclasse, fundado, substancialmente, nas idéias de gestão participativa – também chamada "gestão-cidadã"[301] –, de associação e de parceria, noção essa correspondente à reunião de pessoas para lograr desígnios comuns ou, pelo menos, reciprocamente dependentes. Essa figura substitutiva é apontada, no contraponto, como consorciada a Estados ditos democráticos, de respeito à integridade individual em seu sentido mais amplo. Busca-se a substituição da administração pública burocrático-hierárquica por uma administração pública gerencial[302], a deslocação da ênfase, da forma/meios (racionalidade instrumental) para os resultados/fins (racionalidade substancial). Fala-se na superação do padrão rígido de solução na lei pela resposta derivada direta e consensualmente dos interessados:

> Tudo isso justifica repensarmos o Estado, suas formas de organização, a adequação dos sistemas políticos, das práticas econômicas e das formas de organização social que nós mesmos criamos, instituímos e mantemos, por ação ou omissão, e pela crença naquilo que Alberto Torres chamou de 'o fetiche da lei'. O ordenamento jurídico do País tem sido encarado entre nós como um fim, quando, na realidade, não deveria passar de um meio para atingirmos os mais nobres propósitos a que pode aspirar qualquer civilização[303].

---

[300] MARTINS, Estevão de Rezende. Reforma do Estado: uma questão de interesse público e de realismo social. In: HOLLENSTEINER, Stephan (org.). **Estado e sociedade civil no processo de reformas no Brasil e na Alemanha.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 170. Em crítica, alude-se à privatização do público como "uma falsa consciência de desnecessidade do público" (OLIVEIRA, Francisco de. Privatização do público, destituição da fala e anulação da política: o totalitarismo neoliberal. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia (org.). **Os sentidos da democracia**: políticas do dissenso e hegemonia global. 2. ed. Petrópolis: Vozes; Brasília: NEDIC, 1999. p. 68).

[301] Cf. PINTO, Luiz Fernando da Silva. **Gestão-cidadã:** ações estratégicas para a participação social no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002.

[302] Cf. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (org.). **O público não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 22.

[303] MACIEL, Marco. **Reformas e governabilidade**. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 90. Faz lembrar, *mutatis mutandis*, Jean CRUET: "Se o Estado nada pode sem a colaboração das forças espontâneas, cada um de nós, na esfera modesta da sua ação, torna-se um pequeno governo, participando da execução das leis. Onde está o indivíduo que não possua na sociedade um poder, de que seja senhor de usar pró ou contra o Estado?/O Estado deve contar com o indivíduo, mas o indivíduo deve compreender que a melhor lei é estéril, se ele não presta o seu auxílio ao Estado. Há, entre os dois, antes uma *associação* que uma *hierarquia*. O Estado não é no fundo uma forma de operar da sociedade?" (CRUET, Jean. **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Sem referência a tradutor. 2. ed. Leme: Edijur, 2003. p. 162). Ou ainda, "a normatividade social à Gurvitch" (MORAIS, José Luis Bolzan de. **A idéia de direito social**: o pluralismo jurídico de George Gurvitch. São Paulo: Livraria do Advogado, 1997. p. 94).

Nessa mesma direção, Agustín GORDILLO, após asseverar o nascimento de um pseudosistema normativo, paralelamente ao sistema normativo formalmente vigorante, resultante do largo desrespeito a que esse está submetido, em função de uma insatisfação generalizada, enfatiza o equívoco de se insistir num controle administrativo preponderantemente formalista, a dizer, de legalidade, "porque por lo general no suele ser demasiado difícil dar cumplimiento a los recaudos formales, si el funcionário simultáneamente se despreocupa de que sus actos sean además eficaces de acuerdo a las circunstancias"[304]. E segue:

> [...] las normas innecesarias y detalladas que se van dictando constriñen cada vez más la creatividad e imaginación de los funcionarios, refuerzan la idea de que el actuar conforme a las normas es garantía suficiente de corrección y acierto, como si no fuera también posible actuar incorrecta e ineficazmente aún habiendo dado cumplimiento formal a las disposiciones vigentes: y la profecía autocumplida a veces se realiza, de que la irregularidad y el abuso, cuando no el delito, pasan por medio del mejor cumplimiento y control reglamentario[305].

A opção estaria, então, no estímulo à cidadania, à participação ativa dos cidadãos, especialmente no controle da Administração Pública, que se poderia dar através dos meios semi-diretos – como referendo e plebiscito –, ou por via de ação no âmbito dos serviços públicos dos quais se é usuário, ou na composição de órgãos decisórios de áreas de interesse, ou na realização de audiências públicas, ou pela figura do *ombudsman*[306].

Ao questionamento sobre "quais são os componentes ou processos básicos da reforma do Estado nos anos 90, que levarão ao [almejado] Estado Social-Liberal [nem o Social-Burocrático, nem o Neoliberal] do século vinte-e-um", Bresser PEREIRA lista:

> (a) a delimitação das funções do Estado, reduzindo seu tamanho em termos principalmente de pessoal através de programas de privatização, terceirização e 'publicização' (este último processo implicando na transferência para o setor público não-estatal dos serviços sociais e científicos que hoje o Estado presta);
> (b) a redução do grau de interferência do Estado ao efetivamente necessário através de programas de desregulação que aumentem o recurso aos mecanismos do controle via mercado, transformando o Estado em um promotor da capacidade de competição do país a nível internacional ao invés de protetor da economia nacional contra a competição internacional;

---

[304] GORDILLO, Agustín A. **La administración paralela**: el parasistema jurídico-administrativo. Madrid: Civitas, 2001. p. 116.
[305] GORDILLO, Agustín A. **La administración paralela**: el parasistema jurídico-administrativo. Madrid: Civitas, 2001. p. 116.
[306] Cf. GORDILLO, Agustín A. **La administración paralela**: el parasistema jurídico-administrativo. Madrid: Civitas, 2001. p. 125 *et seq*.

> (c) o aumento da governança do Estado, ou seja, da sua capacidade de tornar efetivas as decisões do governo, através do ajuste fiscal, que devolve autonomia financeira ao Estado, da reforma administrativa rumo a uma adminitração pública gerencial (ao invés de burocrática), e a separação, dentro do Estado, ao nível das atividades exclusivas de Estado, entre a formulação de políticas públicas e a sua execução; e, finalmente,
> (d) o aumento da governabilidade, ou seja, do poder do governo, graças à existência de instituições políticas que garantam uma melhor intermediação de interesses e tornem mais legítimos e democráticos os governos, aperfeiçoando a democracia representativa e abrindo espaço para o controle social ou democracia direta[307].

Assim, o autor acima citado propõe o seguinte quadro esquemático do Estado redimensionado[308]:

| | Atividades Exclusivas de Estado | Serviços Sociais e Científicos | Produção de Bens e Serviços para o Mercado |
|---|---|---|---|
| Atividades Principais (*Core*) | ESTADO (Enquanto Pessoal) | Entidades Públicas Não-Estatais | Empresas privatizadas |
| Atividades Auxiliares | Empresas terceirizadas | Empresas Terceirizadas | Empresas Terceirizadas |

Essa compreensão de uma Administração Pública gerencial remete aos conceitos trazidos à baila pelo *New Public Management*, dentre os quais o de *accountability*. Opondo-se ao modelo weberiano, de legitimação pelo padrão racional-legal, os teóricos do *New Public Management*, concebido pela "Nova Direita" – outra designação para os ideólogos neoliberais –, aproveitam-se do que entendem como ambivalência das idéias de Max WEBER, em relação à burocracia, para enaltecerem a perspectiva de que o tratamento segundo regras (o abstrato definindo o concreto) se dá em desfavor da própria humanidade (em prejuízo do real subjetivo), além de considerarem que a burocratização de um Estado fechado tende à personalização do exercício do poder, na direção de que os servidores do público (corpo burocrático), aos quais se atribui significa autoridade, terminam vendo na máquina administrativa um instrumento para o alcance de seus interesses próprios, desvirtuando o que se entende por função pública e, não raras vezes, subvertendo as políticas públicas determinadas pelos que efetivamente se encontram investidos de poder de representação popular. PIERSON, de quem se extraíram as idéias antes destacadas, falando sobre o autoritarismo burocrático, inclusive com referência à conhecida percepção de KAFKA sobre

[307] PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Estado dos anos 90**: lógica e mecanismos de controle. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997. p. 18-19. (Cadernos MARE da reforma do Estado, 1).
[308] PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Estado dos anos 90**: lógica e mecanismos de controle. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997. p. 30. (Cadernos MARE da reforma do

o fenômeno, salienta que o termo burocracia é tomado, hoje, como o sentido ineficiente de administração, justificando-se a adoção de um "new governing common sense of the twenty-first century" ("novo senso comum de governo do século vinte e um"), sob a rubrica da *New Public Manangement*[309], ou seja, uma "Nova Gerência Pública" ou um "Novo Manejo Público".

Cotejando o "Estado tradicional" – denominado também de "pré-moderno" –, marcado pelo territorialismo e pela ênfase no exercício da força, inclusive considerando a gradual transição histórica, subdividida em vários instantes (império, feudalismo, absolutismo, entre outras), com o Estado dito moderno, seqüencial, PIERSON nota que esse último não nega sua relação, em termos evolutivos, com concepções absolutistas – com o absolutismo numa fase madura –, porquanto muitas de suas características (soberania, monopólio da coercitividade, burocracia e tributação) são preexistentes, sendo que algumas persistiram com conformações arcaicas, bastando notar a aproximação entre as teorias de HOBBES e WEBER, no tocante à idéia de legitimidade do Estado. Realça, demais disso, que manifestações de um "constitucionalismo" primário aparecem no absolutismo – desenvolvendo-se no Estado moderno – pela pregação, ainda que em tese, da vinculação às "regras do jogo". Acentua, por fim, que, na passagem ao Estado moderno, a idéia de cidadania, subdesenvolvida no absolutismo, vai ter vez no período que sucedeu esse regime, dando nome à "Idade da Democracia" ("Age of Democracy"). Já no campo do Estado da modernidade, salienta que ouve particular crescimento dessa organização – "States used to be tiny and now they are enormous"[310] –, asseverando que o Estado moderno se envolveu de tal modo nos mínimos detalhes da vida dos cidadãos que não seria compreensível sequer para os

---

Estado, 1): "Estado 'Enquanto Pessoal' porque é preciso ter claro que o Estado é maior do que o seu pessoal, na medida em que temos um Estado Social e não um Estado Liberal, como o foi o do século dezenove [...]".

[309] PIERSON, Christopher. **The modern State**. 2. ed. London: Routledge, 2004. p. 17. É importante acentuar a observação do autor de que o objetivo do seu estudo, a despeito do título da obra, não é estudar "o" Estado moderno, mas sim Estados que operam modernamente, na sua interação histórica recíproca e com outras forças sociais, de modo mais geral, portanto (p. 27). Sobre o tema, deve ser lido, ainda, LANE, Jan-Erik. **New public management.** London: Routledge, 2000. Apenas em nome da completude, é de se dizer que a terminologia "Estado moderno" mostra-se tautológica, considerando que, historicamente, o Estado é fenômeno próprio da Idade Moderna, não havendo que se falar nessa forma de organização política em períodos antecedentes (cf. DANTAS, Ivo. O direito constitucional e o Estado. **Revista da Amatra**, Recife, n. 4, fev., 1998, p. 42-50). Neste momento, é empregada apenas como delimitador de um aspecto de seu desenvolvimento e em respeito à nomeclatura adotada na obra em comento. V. KAFKA, Franz. **Le procès**. Traduction d' Alexandre Viatalle. [S. l.]: Gallimard, 2000. Em apresentação a esse livro, Claude DAVID resume, à p. 19, que, em KAFKA, "la Loi est lointaine et l'homme a peur" ("a Lei é distante e o homem tem medo" – tradução livre).

[310] PIERSON, Christopher. **The modern State**. 2. ed. London: Routledge, 2004. p. 42: "Estados acostumados a serem delgados e agora eles são enormes" (tradução livre).

mais despóticos Estados pré-modernos[311], o que, contudo, não se perpetuou. O soçobro do tipo de Estado keynesiano, intervencionista, nesse contexto, foi estimulado, especialmente, pela dinâmica irreprimível das forças econômicas internacionais, que caracterizaram, num primeiro momento, a globalização, haja vista que o Estado deixou de ser capaz de conter ou dirigir essa realidade, passando por um processo de discussão de suas forma (o enfoque passa a ser o transnacional), autoridade (a inefetividade trouxe perda de legitimidade), competências (emergiu a inaptidão de resposta para as demandas dos próprios cidadãos) e autonomia (a restrição às políticas possíveis de controle, diante da abertura, tornou o Estado dependente das demais economias). Se, por um lado, fala-se do decaimento da própria noção de Estado, por outro, não falta sensibilidade para perceber que a organização política estatal se manteve, mas, não como "Estado-nação" de políticas centralizadoras, e sim com uma estruturação que se pretendeu mais compatível com as novidades, fazendo com que o Estado forte se tornasse mais necessário, em certas áreas, enquanto se ausentava de outras, por prescindível[312]. Desse panorama, brevemente traçado, emergiu a necessidade de uma nova forma de Administração Pública, tendo sido concebido o *New Public Management*, como uma diferenciada modalidade de governança, sintetizado pela expressão "governing without government", que, numa tentativa simplória de tradução, poderia ser entendido como "governar sem governo" (governo aí compreendido como sinônimo de estrutura estatal). PIERSON detalha:

> [...] Its essence lies in the idea that governing – that is, the business of making binding and effective collective decisions for a given political community – is less and less the exclusive business of the state and its agencies (including law enforcement) and more and more a matter of the negociation of decision-making (and implementation) between state actors (at various levels) and societal interests, a process mediated through both formal and informal channels[313].

---

[311] Cf. PIERSON, Christopher. **The modern State**. 2. ed. London: Routledge, 2004. p. 45 ("[…] the modern state involves itself chronically in the most intimate details of its citizens' day-to-day lives in the way which would be unrecognizable to the subjects of even the most despotic of premodern states").

[312] PIERSON, Christopher. **The modern State**. 2. ed. London: Routledge, 2004. p. 99-105. Mais adiante, o autor salienta que o Estado ainda é crucial, por deter o poder da tributação e o monopólio da força legítima (p. 158). Parece evidente que o Estado, enquanto instância de controle e garantia da aceitação dos padrões eleitos pelo mercado, persiste, de modo manipulado, pois. Nesse sentido, diz-se que o Estado é, na atualidade, mínimo, ou seja, "máximo al servicio del capital, sus intereses e sus representantes" (NETTO, José Paulo. **Capitalismo monopolista y servicio social**. Traducción Carlos E. Montaño. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. XXII).

[313] PIERSON, Christopher. **The modern State**. 2. ed. London: Routledge, 2004. p. 155: "Sua essência repousa na idéia de que governar – isto é, o negócio de tomar decisões coletivas obrigatórias e efetivas para uma dada comunidade política – é cada vez menos o exclusivo negócio do Estado e de suas agências (incluindo coerção legal) e cada vez mais um assunto de negociação de tomada de decisão (e implementação) entre os atores estatais (em vários níveis) e interesses societais, um processo mediado por ambos os canais formal e informal" (tradução livre).

Nesse sentido, o Estado não está em declínio, enquanto organização política dominante, mas sofre um processo de ajustamento, nos assuntos públicos, à sociedade, da qual havia se divorciado, quando se fez valer por si, como se fora uma instância independente. Tal processo, que leva à necessidade de revisão de conceitos vinculados ao de Estado moderno, a exemplo dos de soberania e burocracia, é indicado como decorrente de vários motivos: o Estado se sobrecarregou com uma gama enorme de atividades, algumas das quais poderiam ser – mas não são – custeadas adequadamente por outros sujeitos; a complexidade social gera exigências que não podem ser satisfeitas por uma única esfera de autoridade, até por falta de conhecimento; o mercado, por seus êxito e vigor, toma para si a atenção que antes se dirigia ao Estado, que passa a ser tratado com a pecha de falido; a globalização enfraqueceu o Estado internamente, por não mais dependerem dele a normalidade dos negócios firmados intrafronteiriçamente e suas repercussões; há uma busca sendenta por novas alternativas de ação para enfrentar os problemas de deficiência prestacional, especialmente para permitir o crescimento; é preciso preservar a função política dos desgastes decorrentes de eventuais decisões impopulares que precisem ser tomadas para a correção das distorções percebidas[314]. Nessa concepção de gestão, outros atores – que não o Estado – são chamados a agir, seja no âmbito supra-estatal (observem-se os processos de integração regional, a exemplo da União Européia e do Mercosul, bem como o que se designa, num campo mais amplo, de *global governance*), seja no nível infra-estatal (com as organizações da sociedade civil, nas suas várias manifestações, ao lado da ênfase na "municipalização"). Caracteriza o período, outrossim, o processo de privatização das *public utilities*, a dizer, das prestações dirigidas ao público, e, nesse contexto, marcante se apresenta a desestruturação do Estado que comanda e controla, pelo Estado que negocia com seus *societal partners* ("parceiros sociais"), assomando a noção de parceria, diversa da do simples enfraquecimento das instâncias estatais[315]. As redes de ação, assim, correspondem à idéia, hoje dominante, de que os programas de governo não se reduzem a políticas fabricadas e impostas pelo Estado, enquanto esfera fechada, autônoma, dotada de autoridade hierarquicamente posta, desconsiderados os demais atores sociais, concretizando-se, ao revés, em foros de discussão e compartilhamento, em um mesmo nível, até pelos interesses comuns que são lançados a esse diálogo, e dando forma ao que se denomina de *open government* ("governo aberto"):

---

[314] Cf. PIERSON, Christopher. **The modern State**. 2. ed. London: Routledge, 2004. p. 156.
[315] Cf. PIERSON, Christopher. **The modern State**. 2. ed. London: Routledge, 2004. p. 157.

> [...] we now live in a age of 'open government' in which the government is open to the negotiation of its agenda with each and every societal interest. Government is interested in those network actors who have resources to offer, and these are, as we know, very unevenly distributed[316].

Vem à tona, então, a *multi-level governance*[317], ou seja, a governação plural ou governança multi-facetada marcada pelo fato de que o poder de ação e decisão encontra-se espalhado entre os vários atores sociais, em muitos níveis, não mais apenas concentrado no Estado, inclusive em termos territoriais. Nesse ponto, PIERSON assevera que essa novel compreensão de governabilidade é um dos aspectos centrais do processo de integração representado pela União Européia, cujos efeitos se espargiram para alcançar as realidades nacionais, em suas interações com as instâncias sub-nacionais, a partir de quatro idéias-chave, postas por HOOGHE e MARKS: a) "decision-making competencies are shared by actors at different levels rather than monopolized by national governments" ("as competências de tomada de decisão são repartidas entre atores em diferentes níveis, ao invés de monopolizadas pelos governos nacionais"); b) "collective decision making amond states involves a significant loss of control for individual national governments" ("tomada de decisões coletivas entre Estados involve uma significativa perda de controle pelos governos nacionais individuais"); c) "political arenas are interconnected rather than nested" ("arenas políticas estão interconectadas, ao invés de encerradas"); d) "an emergent individual right's framework for citizens at the EU [European Union] level places significant constraints upon what individual nations states may do to their citizens" ("uma emergente construção de direitos individuais para os cidadãos no nível da UE [União Européia] instala significativos constrangimentos ao que os Estados nacionais individuais podem fazer para os seus cidadãos")[318]. Sintetizando o raciocínio, ter-se-ia a formação de uma governança calcada na capacidade contributiva e impositiva de entidades estatais, infra-estatais e supra-estatais, de modo que se colocariam no mesmo patamar, de determinação pelo debate, os Estados, as

---

[316] PIERSON, Christopher. **The modern State**. 2. ed. London: Routledge, 2004. p. 158: "[…] nós hoje vivemos na era do 'governo aberto, na qual o governo é aberto para a negociação de sua agenda com cada e todo interesse societal. O governo está interessado naqueles atores em rede que têm recursos para oferecer, e eles são, como nós sabemos, distribuídos muito desigualmente" (tradução livre).
[317] Cf. PIERSON, Christopher. **The modern State**. 2. ed. London: Routledge, 2004. p. 160.
[318] PIERSON, Christopher. **The modern State**. 2. ed. London: Routledge, 2004. p. 161. Tradução livre.

realidades supranacionais por eles integradas, e os entes da sociedade civil nacional e internacional[319].

De se acrescentar que um dos conceitos nodais do momento é o de *accountability*, de origem anglo-saxã, da qual também remonta, como se viu, o sentido de serviço público que se busca, hodiernamente, fazer prevalecer, no contexto do *New Public Management*. Árdua é considerada a tarefa de apresentar uma tradução satisfatória, no idioma português, para a expressão *accountability*[320], em vista da variabilidade de significados que ela pode assumir e do seu emprego plural (nas áreas – somente para citar alguns exemplos mais comuns – de comunicação, política, fiscalidade, economia e, agora, em específico, na da Administração Pública). De todo modo, há um certo consenso de que ela pode designar responsabilidade pela gestão ou responsabilidade pela prestação de contas, dizendo, no contexto do Estado Administrante, com uma política de acompanhamento e controle social das medidas administrativas prestacionais, com neutralização do pernicioso nos trâmites burocráticos. Em outros termos, a idéia de *accountability*, ou de responsabilidade gerencial, está consorciada, na seara da Administração Pública, com o desenvolvimento ou amadurecimento de uma consciência dos administrados quanto à sua condição de fiscalizadores da utilização dos recursos públicos, materiais e humanos, de modo que a expressão é, em alguns momentos, adjetivada com a palavra "democrática", para realçar essa perspectiva de ênfase numa cidadania ativa. Vê-se, pois, que a definição em tela está na ordem do dia, quando se sustenta uma Administração Pública transparente e eficiente. Contudo, basta mudar a perspectiva de

---

[319] PIERSON aponta que essa nova perspective recebe várias denominações, a exemplo de *cosmocracy* (em KEANE) e *multi-levelled cosmopolitan democracy* (em HELD). V. PIERSON, Christopher. **The modern State**. 2. ed. London: Routledge, 2004. p. 162.

[320] Cf. CAMPOS, Anna Maria. *Accountability*: quando poderemos traduzi-la para o português? **Revista de Administração Pública**, v. 24, n. 02, mar./abr., 1990. p. 30-50. Sobre a delimitação do conceito, numa perspectiva eminentemente política, merece consulta MAINWARING, Scott; WELNA, Chistorpher (ed.). **Democratic accountability in Latin America.** Oxford: Oxford University Press, 2005. (Oxford Studies in Democratization): "Accountability is a key concept in the social sciences, yet its meaning varies widely from one author to the next" ("Accountability é um conceito chave nas ciências sociais, não obstante seu significado varie muitíssimo de um autor para o outro"). Tradução livre de trecho contido na p. 03. Ainda sobre o tema, v. PEDERIVA, João Henrique. *Accountability*, Constituição e contabilidade. **Revista de Informação Legislativa**, v. 35, n. 140, out./dez., 1998. p. 17-39. PACHECO, Regina Silvia. **Reformando a Administração Pública no Brasil**: eficiência e *accountability* democrática. In: Seminário "A Reforma da Administração Pública: possibilidades e obstáculos". Recife: Fundação Joaquim Nabuco, ago., 1998. Por fim, cumpre ressaltar que as entidades fiscalizadoras superiores (Tribunais de Contas) têm buscado desenvolver dois tipos de *accountability*: a *accountability* de conformidade ("garante a conduta apropriada daqueles que cuidam de dinheiro público") e a *accountability* de desempenho ("busca preencher uma lacuna de expectativa", "a lacuna entre aquilo que as sociedades esperam em relação a bons serviços públicos e aquilo que é praticado de fato"). Sobre essa perspectiva, a despeito de não se tratar de texto sobre o terceiro setor, cf. GOMES, Marcelo Barros. Entidades fiscalizadoras superiores-EFSs na busca pelo aperfeiçoamento da *accountability* e do desempenho em agências reguladoras de serviços públicos. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, n. 104, abr./jun., 2005. p. 62-74.

uso da terminologia para se estabelecer problemática relevante. Quando empregada como instrumento de garantia de austeridade, no campo das finanças públicas, no qual ascende, no caso brasileiro, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 04.05.2000), choca-se com as exigências de efetivação de gastos, quando sejam necessários à concretização da almejada eficiência. Em decorrência, discute-se como compatibilizar *accountability* e *governmental effectiveness* (efetividade governamental)[321]. Pode-se dizer que, da tensão entre a severidade fiscal (redução dos gastos públicos) e a demanda prestacional da sociedade a ser satisfeita (realização de gastos públicos), alimenta-se a idéia de parceria entre Estado e particulares, não limitada a controle, mas estendendo-se à realização direta, como forma de implementação dos dois desideratos.

Retornando, em específico, ao contexto brasileiro, é de se observar que, no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado Brasileiro (de 21.09.1995), de autoria do Ministério da Administração e Reforma do Estado - MARE, foram fixadas metas para cada uma das áreas de atuação do ente estatal, segundo os princípios acima apontados. Para o "núcleo estratégico", concernente aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, propôs-se a renovação do aparelho estatal, mediante "política de profissionalização do serviço público" (política de carreira, anuidade dos concursos públicos, administração salarial) e realce na capacidade de gerenciamento; para as "atividades exclusivas de Estado", ou seja, as que apenas o Estado pode executar, definiu-se a necessidade de incremento dos instrumentos de participação e controle popular, bem delineou-se a figura das agências autônomas com escopos fixados em contratos de gestão; para o "setor de produção de bens e serviços para o mercado", atinente às atividades econômicas com intuito lucrativo, buscou-se a consolidação do programa de privatização e a instalação de agências reguladoras; e, especialmente, para os "serviços não exclusivos", assim, compreendidos os serviços sociais (educação, saúde, cultura, previdência), cuja prestação se dá pelo Estado e pelas entidades da iniciativa privada, com e sem fins lucrativos, concebeu-se um programa de publicização, com a instituição de organizações sociais, pessoas jurídicas de direito privado que viessem a desempenhar serviços públicos, sem finalidade lucrativa, mediante fomento do Estado (repasse de dotações orçamentárias, utilização de bens e servidores públicos, regras próprias de licitação e

[321] Cf. MAINWARING, Scott; WELNA, Chistorpher (ed.). **Democratic accountability in Latin America.** Oxford: Oxford University Press, 2005. (Oxford Studies in Democratization).

contratação) e acompanhamento de suas atividades segundo as balizas e finalidades estabelecidas em contrato de gestão firmado com a União (perspectiva federal)[322].

Em seu programa de governo, editado sob o título "Avança Brasil", o então candidato à reeleição para o cargo de Presidente da República, Fernando Henrique CARDOSO, destacava, como um dos seus objetivos, a "modernização do Estado". Nesse sentido, discursava sobre a necessidade de se estabelecer novos mecanismos de "interlocução entre o governo e a sociedade civil", especialmente através da promoção da participação comunitária, inclusive no controle de instituições públicas e privadas, e do estímulo à solidariedade social (filantropia e voluntariado). Asseverava:

> Pelo menos por dois motivos essenciais, o aprofundamento da reforma do Estado é indispensável à construção de uma sociedade mais democrática e participativa: por um lado, o fato indisfarçável de que, em todos os seus níveis, o Estado, do modo como se foi constituindo ao longo da história e da forma como ainda funciona, inibe a democratização das relações entre povo e governo. Não só ele tende a se fechar às iniciativas da sociedade civil; tampouco se julga no dever de lhe prestar contas, como parte inseparável de suas incumbências.
> [...]
> Por outro lado, há o fato – este talvez ainda pouco nítido, porém não menos verdadeiro – de que, a nova divisão entre poder público e cidadania, o Estado terá responsabilidades ainda maiores – e não menores –, embora diversas das tradicionais. Pois, além de conservar suas atribuições intransferíveis no campo social – muito ao contrário do que alguns propagam, por desconhecimento ou má-fé –, União, estados e municípios terão também de apresentar padrões de desempenho compatíveis com as novas exigências da população que os sustentam e com a qual deverão formar parcerias[323].

Sob a epítome "mais sociedade, menos Estado"[324], advém o terceiro setor.

---

[322] Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 44-46. Também, BARRETO, Maria Inês. As organizações sociais na reforma do Estado brasileiro. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (org.). **O público não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 117-118.

[323] CARDOSO, Fernando Henrique. **Avança, Brasil**: proposta de governo / Fernando Henrique Cardoso. Brasília: [s.n.], 1998. p. 271-272. Não se esqueça o papel e a influência que teve a primeira-dama, a socióloga Ruth CARDOSO, à frente do Programa Comunidade Solidária. A propósito, v. CARDOSO, Ruth. A valorização do voluntariado. In: PEREZ, Clotilde; JUNQUEIRA, Luciano Prates (org.). **Voluntariado e a gestão das políticas sociais**. São Paulo: Futura, 2002. p. 20-23.

[324] GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 93.

# Capítulo 3. A tese da coordenação: subsidiariedade e parceria. Definindo o terceiro setor.

> "A democracia representativa constituiu até agora o máximo de consciência política possível do capitalismo. Este máximo não é uma quantidade fixa, é uma relação social. A complementação ou o aprofundamento da democracia representativa através de outras formas mais complexas de democracia pode conduzir à elasticização e aumento do máximo de consciência possível, caso em que o capitalismo encontrará um modo de convivência com a nova configuração democrática, ou pode conduzir, perante a rigidificação desse máximo, a uma ruptura ou, melhor, a uma sucessão histórica de micro-rupturas que apontem para uma ordem social pós-capitalista. Não é possível determinar qual será o resultado mais provável. A transformação social ocorre sem teleologia nem garantia. É esta indeterminação que faz o futuro ser futuro./A renovação da teoria democrática assenta, antes de mais, na formulação de critérios democráticos de participação política que não confinem esta ao acto de votar. Implica, pois, uma articulação entre democracia representativa e democracia participativa [...]" (SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003. p. 270-271).

Pode-se afirmar que há, nos tempos atuais, um movimento intenso e significativo em torno da busca de novos paradigmas, que se consubstanciem numa opção aos já consagrados, mas também, de certa forma, já extenuados. Fala-se, assim, numa "terceira via", além da social-democracia clássica e do neoliberalismo, numa "terceira onda" de democratização, bem como num "terceiro setor", além do Estado e do mercado.

Numa perspectiva eminentemente política, Anthony GIDDENS modela a terceira via, e a ela associa um "processo de aprofundamento e ampliação da democracia"[325]. Cotejando a social-democracia clássica – também chamada de "velha esquerda", caracterizada pelo domínio da sociedade civil pelo Estado, cujas malhas de interferência se estenderiam por toda a vida social e econômica, materializando-se num "*welfare state* abrangente, protegendo os cidadãos 'do berço ao túmulo'" – com o neoliberalismo, ou "thatcherismo", ou "nova direita" – tipificado pelas teses de abreviamento do Estado, de negação do *welfare state* e de autonomia da sociedade civil, cuja integridade, entretanto, seria garantida pelo mercado, que, por sua vez, seria ditoso na medida da capacidade de iniciativa individual (individualismo econômico) –[326], o autor aponta para a teceira via, concebendo-a

[325] GIDDENS, Anthony. **A terceira via:** reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 79. Sobre a origem da expressão "terceira via", v. p. 35-36: "tentativa de transcender tanto a social-democracia do velho estilo quanto o neoliberalismo".

[326] Cf. GIDDENS, Anthony. **A terceira via:** reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 17-18. À "social-democracia do

com fundamento na tríade descentralização/transparência/eficiência do Estado e na valorização da participação e da responsabilidade da sociedade civil (democratização): "o governo pode agir em parceria com instituições da sociedade civil para fomentar a renovação e o desenvolvimento da comunidade"[327]. Assim, um dos principais pilares da denominada terceira via é o estímulo à sociedade civil ativa. Especificamente, quanto ao *welfare state*, a terceira via proporia, segundo se diz, a permuta pela "sociedade de *welfare*", em que "a concessão de benefícios de cima para baixo [do Estado para a sociedade civil] deveria ceder lugar a sistemas de distribuição mais localizados [concernentes às organizações da sociedade]"[328]. Realça, outrossim, GIDDENS:

> A coesão social não pode ser assegurada pela ação de cima para baixo do Estado ou pelo apelo à tradição. Temos de moldar nossas vidas de uma maneira mais ativa do que o fizeram gerações anteriores, e precisamos aceitar mais ativamente responsabilidades pelas conseqüências do que fazemos e dos hábitos de estilo de vida que adotamos. O tema da responsabilidade, ou da obrigação mútua, estava lá na social-democracia do velho estilo, mas permanecia em grande parte latente, já que era submergido no conceito de provisão coletiva. Temos de encontrar um novo equilíbrio entre indivíduo e responsabilidades coletivas hoje[329].

Em síntese: "não há direitos sem responsabilidades"[330], ou, dito de outro modo, direitos apenas existirão, na medida em que todos os indivíduos se convençam e atuem no sentido da responsabilidade coletiva que os vincula, responsabilidade essa que não pode ser atribuída integralmente ao Estado, como se fossem apenas dele os deveres de ordenar, aprovisionar e acudir. Isso porque os direitos não são "exigências incondicionais", encontrando-se atrelados a obrigações correlatas, que os garantem e mesmo justificam. De

---

velho estilo", associa, o autor, a visão de que "uma forte presença do governo na economia, e também em outros setores da sociedade, é normal e desejável, uma vez que, numa sociedade democrática, o poder público representa a vontade coletiva". Afirma, ainda que, os social-democratas da antiga desconfiavam das associações voluntárias: "Tais grupos freqüentemente fazem mais mal do que bem porque, comparados com os serviços sociais fornecidos pelo Estado, tendem a ser não profissionais, e a ser erráticos e condescendentes para com aqueles com quem lidam" (p. 19). Acerca do neoliberalismo, expõe que "a tese do Estado mínimo está estreitamente ligada a uma visão peculiar da sociedade civil como um mecanismo auto-gerador de solidariedade social" (p. 21), bem como que "do Estado, em particular o *welfare state*, diz-se ser destrutivo para a ordem civil, mas os mercados não o são, porque prosperam a partir da iniciativa individual" (p. 22).

[327] GIDDENS, Anthony. **A terceira via:** reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 79. Assim, o cerne da discussão não seria "mais governo" ou "menos governo", mas sim renovação da forma de governo (p. 82).

[328] GIDDENS, Anthony. **A terceira via:** reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 128.

[329] GIDDENS, Anthony. **A terceira via:** reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 47.

[330] GIDDENS, Anthony. **A terceira via:** reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 75.

outro lado, ao Estado se impõem a admissão e a fomentação de instâncias extra-estatais de atuação, também orientadas para a satisfação do bem comum.

Acerca da base econômica da parceria a ser estruturada entre o Estado e a sociedade civil, GIDDENS menciona a "nova economia mista". Essa buscaria "uma nova sinergia entre os setores público e privado, utilizando o dinamismo do mercado mas tendo em mente o interesse público", ou seja não trataria a geração de riqueza, nem como uma eventualidade (social-democracia clássica), nem como uma prioridade (neoliberalismo), mas em equilíbrio com as necessidades de caráter não-econômico[331]. Nessa contextura, disserta o autor sobre o papel dos movimentos sociais, do voluntariado e das organizações não-governamentais (o chamado "terceiro setor"), destacando que, não obstante sua ascendência, no mundo contemporâneo, ao Estado continua sendo conferida a função de governar, não se podendo falar em substituição do Estado pela sociedade civil, mas, de modo positivo, na qualificação do Estado como investidor social, como parceiro da sociedade civil, com a qual estaria, de conformidade com seu novo perfil, coordenado e não contraposto.

Note-se que a terceira via se diversifica, passando a ser referida no plural – "as terceiras vias" –, para indicar formas peculiares de materialização: "[a)] a via voltada ao mercado: o Novo Partido Trabalhista;/[b)] a via voltada ao mercado e ao consenso: o 'modelo pôlder' holandês;/[c)] a via do Estado de bem-estar social reformado: a Suécia;/[d)] a via estatista: o *Parti Socialiste Français*"[332]. A via do mercado neotrabalhista, típica do governo Blair, na Inglaterra, iniciado em 1997, rejeitaria o padrão keynesiano tradicional, manteria uma política fiscal conservadora, mas tomaria medidas para minimizar a exclusão, do mercado, das classes desfavorecidas, de modo que se registraria um aumento do número de empregos atribuídos às políticas de desregulamentação. Quanto às políticas ditas sociais, esse modelo considera as medidas a serem adotadas "pelo grau em que aumentam a pressão pelo ingresso no mercado de trabalho": "o Estado de bem-estar social passivo deve assim reestruturar-se progressivamente para se tornar um Estado de investimento social ativo, sendo a saúde, a educação e as crianças as áreas de investimento preferidas"[333]. Mais além, registra-se uma tendência de inadmissão da tese do universalismo de acesso – com imposição de requisitos mais rígidos para o gozo dos benefícios sociais – para afastar o que se chama de

---

[331] Cf. GIDDENS, Anthony. **A terceira via:** reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 109.
[332] MERKEL, Wolfgang. As terceiras vias da democracia social. In: GIDDENS, Anthony (org.). **O debate global sobre a terceira via**. Tradução de Roger Maioli dos Santos. São Paulo: UNESP, 2007. p. 84.
[333] MERKEL, Wolfgang. As terceiras vias da democracia social. In: GIDDENS, Anthony (org.). **O debate global sobre a terceira via**. Tradução de Roger Maioli dos Santos. São Paulo: UNESP, 2007. p. 96.

"cultura dos benefícios sociais", o que reduziria o descomedimento, mas poderia implicar engrossamento do corpo burocrático. Dentre as vantagens apontadas para esse modelo estariam o destaque na educação e na formação do capital humano, responsabilidade reputada individual, e o deslocamento da preocupação da classe média para os menos abastados. A carga negativa repousaria, em particular, na opção pelos controles automáticos de mercado. Pelo paradigma holandês, de outro lado, ter-se-ia a ênfase no consenso (diversamente do modelo britânico majoritário), na coalização, caracterizando-se pela adoção de políticas decorrentes dos ajustes harmonizadores entre os políticos e os parceiros sociais. Assim, o *Partij van de Arbeid* holandês tentou unir a política de restrição orçamentária (redução dos gastos públicos) com a de incitamento do emprego pela redução da carga tributária e pela deregulamentação moderada do mercado de trabalho, além de ter procurado acabar com o Estado de bem-estar do tipo passivo compensatório, através de maior controle por parte do Estado[334], em relação às áreas nucleares, a exemplo da seguridade social, para evitar as práticas abusivas e o mau uso das políticas sociais. É associado, positivamente, ao apoio popular às medidas adotadas consensualmente ("inclusão participativa"), mas, negativamente, à manutenção do ainda amplo Estado de bem-estar voltado às necessidades da classe média, e não às dos mais pobres. Em outro vértice, ter-se-ia o padrão sueco de terceira via, como reação à "era dourada" dos anos 50 e 60, de um expressivo Estado de bem-estar social, que teria redundado em incremento da dívida pública e do desemprego. Supressão de despesas, aumento da carga tributária (por um período, seguido de redução) e ortodoxia fiscal identificariam essa opção, que se concertaria com uma persistente alta regulamentação do mercado de trabalho pelo Estado e com reduções não significativas do alcance do Estado de bem-estar social, que continuaria com benefícios expressivamente vantajosos. Dentre as vantagens do molde, têm sido posicionada a efetivação da justiça social (porque as medidas limitadoras do *Welfare State* teriam se voltado apenas para as situações exorbitantes, preservando-se a posição dos efetivamente necessitados). Como grande fraqueza, aponta-se para a força de trabalho pouco participativa, gerando novas obrigações para o Estado de resguardo social. Por fim, é de se referir à via estatista francesa, ligada à sua histórica cultura política, em que as "estruturas paralelas de governança" ainda seriam extremamente frágeis, o que se teria mantido no governo Jospin, o mais representativo do modelo em comento, calcado, não no Estado austero, mas no que adota medidas de apoio à economia e de

[334] Sobre um "Estado vigilante", v. ORTEGA, Ricardo Rivero. **El Estado vigilante**: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración. Madrid: Tecnos, 2000.

subdídios à renda, com pouca flexibilização do mercado de trabalho e sem inovações representativas no Estado providência. Em termos de pontos positivos e negativos, têm-se, quanto ao primeiro, o controle do mercado no que pode ocasionar prejuízos sociais, e, no tocante ao segundo, a dependência em relação a políticas estatais tendentes ao esgotamento[335]. A indicação, ainda que superficial dessas diferenças, é importante para evitar visões uniformizadoras.

De seu turno, como *tercera ola*, HUNTINGTON – numa versão explicativa, como pretende (não histórica, nem teórica) e, sobretudo, americana, como não poderia deixar de ser em vista de sua formação, das características democráticas ao longo dos tempos, e partindo, segundo ele mesmo afirma de um conceito procedimental de democracia de inspiração schumpeteriana ("siempre que la mayoría de los que toman las decisiones colectivas del poder sean seleccionados a través de limpias, honestas y periódicas elecciones, en las que los candidatos compiten libremente por los votos y em las que virtualmente toda la población adulta tiene derecho a votar"[336]) –, insere-a no contexto de três grandes ondas de democratização. A *primera ola* remonta, segundo ele, às revoluções norte-americana e francesa, que teriam concebido as primeiras instituições democráticas, como hoje são conhecidas, materializando-se como fenômeno do século XIX. Houve, é certo, uma *primeira contraola*, representada pelos Estados que retornaram (ou nunca saíram) às (das) formas autoritárias, dando ensejo a regimes totalitários, a exemplo da Itália fascista. Com a Segunda Guerra Mundial, iniciou-se, segundo o autor, uma *segunda ola*, que se manifestou, fundamentalmente, pela "imposição" de democracia pelas forças aliadas, que ocuparam vários Estados, como a Itália e o Japão, assim como, na América Latina, pelas lutas de deposição das estruturas ditatoriais e pela previsão de eleições em Estados como o argentino, o que, contudo, não teve perenidade, gerando uma *segunda contraola*, localizada no início dos anos sessenta. Marcando esse momento, o autor aponta a forte ditadura espalhada na América Latina, com a derrubada dos governos civis pelos militares, que teriam elegido um "autoritarismo burocrático" para fundar suas gestões, e, em igual medida, os golpes verificados nos Estados recém independentes do colonialismo. A *tercera ola*, finalmente, teria se manifestado com o fim da ditadura portuguesa em 1974 e com a deposição dos regimes

[335] Cf. MERKEL, Wolfgang. As terceiras vias da democracia social. In: GIDDENS, Anthony (org.). **O debate global sobre a terceira via**. Tradução de Roger Maioli dos Santos. São Paulo: UNESP, 2007. p.92-112.

[336] HUNTINGTON, Samuel P. **La tercera ola**: la democratización a finales del siglo XIX. Traducción de Josefina Delgado. Barcelona: Paidós, 2002. p. 20. Sobre os modelos de democracia, em termos de concentração e desconcentração de poder, cf. LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia**: desempenho e padrões de governo em 36 países. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

ditatoriais em grande parte dos Estados que anteriormente haviam sucumbido ao autoritarismo. Além disso, essa terceira onda estaria presente na democratização do mundo comunista (a abertura soviética, com a *glasnost* e a *perestroika*, de Mikhail Gorbatchov; o Movimento Solidariedade de Lech Walesa, na Polônia, entre outros)[337]. Está realçado nos escritos do autor em comento que democracia, especialmente oriunda da *tercera ola*, é produto de um quadro de negociação, de diálogo e de compromissos assumidos mutuamente, na forma de expressões como "desradicalización mediante la incorporación" (de Giovanni GIOLITTI) e tolerância:

> Un compromiso primordial en la mayoría de los casos de democratización fue lo que podría llamarse la 'negociación democrática', la transacción entre participación y moderación. De manera implícita o explícita, durante el proceso de negociación que llevaba a la democratización se ampliaba el alcance de la participación, y más figuras y grupos políticos ganaban la oportunidad de competir por el poder e influir en el entendimiento implícito o explícito de que serían moderados en sus tácticas y políticas[338].

Conquanto essas linhas sejam limitadas a um conceito de democracia anteposto, do campo político, atinente à participação eleitoral ("las democracias operan mediante elecciones"[339]), o fato é que ele traz um signo que transborda para outras searas, até mesmo como especificação.

Assim, não se trata apenas de ampliar a participação política, mas também de alargar a participação administrativa, isso se se considera a distinção entre Governo e Administração Pública, entre poder político e poder técnico administrativo[340]. Do mesmo modo que, na participação política, se consagra a extensão da capacidade pacificadora e contributiva aos diversos grupos políticos, na participação administrativa, finca-se a idéia de

---

[337] Cf. HUNTINGTON, Samuel P. **La tercera ola**: la democratización a finales del siglo XIX. Traducción de Josefina Delgado. Barcelona: Paidós, 2002. p. 25-40.

[338] HUNTINGTON, Samuel P. **La tercera ola**: la democratización a finales del siglo XIX. Traducción de Josefina Delgado. Barcelona: Paidós, 2002. p. 157.

[339] HUNTINGTON, Samuel P. **La tercera ola**: la democratización a finales del siglo XIX. Traducción de Josefina Delgado. Barcelona: Paidós, 2002. p. 162.

[340] Clássica é a distinção: "Dela [da função executiva ou administrativa] diferem [os atos da função política ou de governo], porque é fácil perceber que a função administrativa, ao contrário dos atos citados, vota-se, conforme a caracterização que lhe deram os autores adeptos deste critério, para a gestão concreta, prática, direta, imediata e, portanto, de certo modo, rotineira dos assuntos da Sociedade, os quais, bem por isto, se acomodam muito confortavelmente dentre de um quadro legal pré-existente. *In casu* [função política ou de governo], diversamente, estão em pauta atos de superior gestão da vida estatal ou de enfrentamento de contingências extremas que pressupõem, acima de tudo, decisões eminentemente *políticas*. Diferem igualmente da função administrativa do ponto de vista formal, que é o que interessa, por não estarem em pauta comportamentoss infralegais ou infraconstitucionais expedidos na intimidade de uma relação hierárquica, suscetíveis de revisão quanto à legitimidade" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 34-35. Itálico do original).

colaboração mútua dos vários agentes e interessados, sendo certo que, em ambas as esferas, os vários envolvidos têm que ceder para permitir uma acomodação satisfatória.

Nessa contextura, HUNTINGTON, definindo um "guia para democratizadores", aponta, como um dos problemas contextuais principais, a serem sanados no processo de democratização da *tercera ola*, a excessiva participação do Estado na economia, citando, a título de exemplo, o Brasil, encabeçando, o Estado brasileiro, mais que isso, a lista dos Estados que mais problemas contextuais, a serem enfrentados, possuem[341]. Destaque-se que tais dificuldades são apontadas como geradoras de insatisfação e de descrença no regime instalado, a ponto de ocasionar saudosismo em relação aos momentos que, apesar de ditatoriais, pareciam concretizar correspondência mais eficiente em relação às necessidades prestacionais do elemento humano nacional, para cuja sensação teve importância a atuação publicitária, a exemplo da que gritou aos quatro ventos sobre o "milagre econômico" brasileiro[342]. Questionar-se-ia, então, ao remate, sobre a possibilidade de uma *tercera contraola*, partindo da consideração dos motivos gerais que levaram às primeira e segunda *contraolas* (debilidade dos valores democráticos, crises econômicas, introdução de reformas sem atenção à relação entre complexidade-tempo, negação de abertura aos movimentos sociais dos ditos excluídos pelas classes conservadoras, ruptura da ordem, intervenção estrangeira, o efeito "bola de neve" ou dominó de restrições anti-democráticas espalhando-se territorialmente)[343]. E a conclusão a que o autor chega é que, pela diversidade de motivos ensejadores de retrocesso nos processos de democratização, não seria possível prever um retorno a situações autoritárias, embora tais razões não devessem ser simplesmente olvidadas. Além disso, considera a possibilidade de uma *cuarta ola*, já que "la 'revolución democrática mundial' de fines del siglo XX, no durará siempre"[344].

Emerge, em conseqüência, particularmente, desse panorama, o princípio da subsidiariedade, nele se realçando a exigência de parceria.

A parceria liga-se, assim, à compreensão de comunidade, que, por seu turno, refere-se à organização concertada (com repartição de tarefas e encargos e compartilhamento dos benefícios) e ao controle mútuo. A associação entre Estado e sociedade se sustenta, em

---

[341] Cf. HUNTINGTON, Samuel P. **La tercera ola**: la democratización a finales del siglo XIX. Traducción de Josefina Delgado. Barcelona: Paidós, 2002. p. 228-229.
[342] Cf. HUNTINGTON, Samuel P. **La tercera ola**: la democratización a finales del siglo XIX. Traducción de Josefina Delgado. Barcelona: Paidós, 2002. p. 230-231.
[343] Cf. HUNTINGTON, Samuel P. **La tercera ola**: la democratización a finales del siglo XIX. Traducción de Josefina Delgado. Barcelona: Paidós, 2002. p. 259-260.
[344] HUNTINGTON, Samuel P. **La tercera ola**: la democratización a finales del siglo XIX. Traducción de Josefina Delgado. Barcelona: Paidós, 2002. p. 281.

suma, no respeito ao senso de que o ente estatal – o "grupo maior" – deve admitir e incitar a capacidade produtiva e distributiva das instituições organizadas pela sociedade – "grupos menores" –, seja em razão de retratarem estes, mais fidedignamente, os anseios da comunidade que eles representam e da qual estão mais próximos, seja em virtude do próprio reconhecimento, pelo ente público, da impossibilidade de, sozinho, fazer frente a todas as necessidades que lhe são apresentadas. Em suma, define-se pelas idéias de composição e assistência. A parceria abrange, segundo DI PIETRO – ao apreciar o conceito no âmbito do direito administrativo –, "todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público", manifestando-se como delegação (concessão e permissão de serviços públicos), fomento (convênio, contrato de gestão e termos de parceria), cooperação (terceirização) e desburocratização (administração gerencial)[345]. Aponta-se, então, para o terceiro setor.

### 3.1. O quadro de princípios regentes da Administração Pública contemporânea e sua inclusão constitucional.

Está dito no *caput*, do art. 37, da Constituição Federal brasileira de 1988 – e esse é o ponto de partida e o foco –, já na dicção emendada, que a Administração Pública é regida pelos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, bem como pelas demais normas jurídicas estabelecidas no Documento Magno.

Importante realçar, de início, que a Carta Constitucional de 1988, comparativamente com as que lhe antecederam, é a que mais dispositivos traz acerca da Administação Pública[346], mas não o faz, consoante se depreende de uma leitura abrangente,

---

[345] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 33.

[346] Para o cotejo, v. NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições brasileiras**: 1824. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia; Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Constituições Brasileiras, 1); BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras**: 1891. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia; Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Constituições Brasileiras, 2); POLETTI, Ronaldo. **Constituições brasileiras**: 1934. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia; Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Constituições Brasileiras, 3); PORTO, Walter Costa. **Constituições brasileiras**: 1937. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia; Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Constituições Brasileiras, 4); BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. **Constituições brasileiras**: 1946. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia; Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Constituições Brasileiras, 5); CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras**: 1967. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia; Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Constituições Brasileiras, 6); **CONSTITUIÇÕES brasileiras**: 1969. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia; Centro de Estudos Estratégicos, 1999. (Constituições

em desprestígio dos administrados, aos quais se reconhece uma séries de direitos e garantias oponíveis ao Estado Administrante. Os princípios constitucionais antes referidos são a materialização da limitação do agir estatal, que deve se concretizar: a) em estrito cumprimento às determinações constitucionais e legais (e o respeito à legalidade é uma fiança aos cidadãos, pela previsibilidade do comportamento administrativo e pela segurança que daí decorre, inclusive para fins de controle); b) sem discriminações infundadas entre os administrados – que devem ser vistos, sobretudo, enquanto integrantes do corpo humano maior abarcado pelo Estado, valendo suas características individualizadoras, para efeito de tratamento diferenciado, apenas quando o ordenamento jurídico chancelar a prerrogativa dissonante como necessária à equalização do tratamento administrativo dispensado – e com a percepção de que, na máquina administrativa, os servidores públicos não detêm os cargos, mas apenas os ocupam na implementação dos deveres que lhe são próprios (e a impessoalidade é condição de acessibilidade ampla à Administração Pública); c) de modo virtuoso, em compasso com os valores agasalhados pela sociedade, compondo-se como experiência ética de promoção do bem comum (e a ação moral se traduz em legitimidade); d) com transparência em todas as etapas, sendo o sigilo exceção justificável em casos cada vez mais raros – quando absolutamente necessário à segurança nacional e quando objeto de discussão interesses privados sem qualquer repercussão pública –, e com atendimento à obrigação de informação, esclarecimento, justificação, aos administrados (e a publicidade é expressão de regimes livres e compromissados com a verdade); e) e com resultados úteis, através de prestações tempestivas, adequadas e suficientes (e a eficiência é inerente à idéia de agir administrativo, pois o Estado é concebido para servir ao seu elemento humano, na garantia da manutenção da convivência social). Explícitos e informadores das regras jurídicas, tais princípios, advêm de um preceito implícito de particular magnitude, o da supremacia do interesse público sobre o privado, que está na base, não apenas do direito administrativo, mas da própria noção de direito, e que superpõe a qualquer interesse particularizado o do grupo visto em sua inteireza, sem autorizar, entretanto, a partir desse raciocínio, a possibilidade de violação dos interesses parciais. Outrossim, os princípios constitucionais da Administração Pública se comunicam e formam um conjunto único com as demais normas "principiológicas" constantes, expressa ou tacitamente, no Texto Constitucional, a exemplo dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, aos quais se tem dado particular atenção na

---

Brasileiras, 6a); TÁCITO, Caio. **Constituições brasileiras**: 1988. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia; Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Constituições Brasileiras, 7).

contemporaneidade, o primeiro designando a ação ponderada, fundada no senso comum, o exercício em normalidade numa situação de equilíbrio, e o segundo traduzindo-se como garantia de relação de simetria entre prestação administrativa e demanda administrada[347].

Há quem considere, contudo, que essa visão do direito administrativo de proteção aos cidadãos é romântica e que, em verdade, embora não se possa afirmar simploriamente a vertente oposta (maquiavélica, de imposição de dominação), dever-se-ia perceber a Administração Pública em função de sua íntima paradoxalidade: "Mais correto é pensar a evolução histórica da disciplina como uma sucessão de *impulsos contraditórios*, produto da tensão dialética entre a *lógica da autoridade* e a *lógica da liberdade*"[348]. Nessa direção, os teóricos sustentam que teria havido, ao longo dos tempos, uma fuga do direito administrativo em relação à normatização constitucional, propondo-se, destarte, reativamente, a "constitucionalização do direito administrativo", processo inconfundível com a simples integração de normativa ordinária no Texto Constitucional. Diz-se que "a Constituição brasileira de 1988 discorre longamente sobre a Administração Pública, descendo a minúcias que exibem uma feição *corporativa* muito mais nítida que qualquer preocupação *garantística*"[349]. Assim, para mudar esse quadro, a conformação do Estado Administrador no Brasil deveria estar atrelada ao sistema de direitos fundamentais e ao princípio democrático, o que geraria, como conseqüência, a relativização do princípio da legalidade, pelo reconhecimento da realidade plural, de novas formas de juridicidade, atualmente sufocadas por posturas absolutistas uniformizadoras através da lei formal, e a superação da idéia de hegemonia do interesse público, pela adesão à compreensão de ponderação, mesmo porque seriam evidentes – em relação ao princípio da supremacia do público sobre o privado – "sua inconsistência teórica e sua incompatibilidade visceral com a sistemática constitucional dos direitos fundamentais"[350]. Mais ainda, defende-se, diante dessa novel abordagem, uma

---

[347] A natureza do presente trabalho que se pretende científico não se coaduna com desenvolvimentos conceituais acerca de noções já amplamente consolidadas na doutrina, de modo que as linhas traçadas em relação à temática específica (princípios constitucionais explícitos da Administração Pública brasileira) se limitarão a essas, sem maior aprofundamento, que pode ser buscado em fontes amplamente acessíveis. De todo modo, a inserção dessas considerações pareceu necessária ao desenvolvimento da tese – na localização de sua problematização principal – e para permitir uma mais perfeita compreensão por um conjunto maior de leitores, inclusive os não versados em direito.

[348] BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalidade do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Brasileira de Direito Público**, n. 14, jul./set., 2006. p. 10 (itálico do original).

[349] BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalidade do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Brasileira de Direito Público**, n. 14, jul./set., 2006. p. 34 (itálico do original).

[350] BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalidade do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Brasileira de Direito Público**, n. 14, jul./set., 2006. p. 46. Essencial sobre o assunto, a leitura de SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos *versus* interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. V. também BAPTISTA,

redefinição (dentre várias sugeridas) do campo de atuação da Função Judiciária, no tocante à Administração Pública:

> Com efeito, naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nestes casos, a *expertise* e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle. Há, ainda, situações em que, pelas circunstâncias específicas de sua configuração, a decisão final deva estar preferencialmente a cargo do Poder Executivo, seja por seu lastro (direto ou imediato) de legitimação democrática, seja em deferência à legitimação alcançada após um procedimento amplo e efetivo de participação dos administrados na decisão.
> Os *standards* básicos a serem levados em conta pelo magistrado, no momento de exercer o controle jurisdicional sobre atos administrativos, são os seguintes: (i) grau de restrição a direitos fundamentais (quanto maior, mais intenso o controle); (ii) grau de objetividade extraível do relato normativo (quanto maior, mais intenso o controle); (iii) grau de *tecnicidade* da matéria (quanto maior, mais intenso o controle); (iv) grau de *politicidade* da matéria (quanto maior, menos intenso o controle); (v) grau de participação efetiva e consenso obtido em torno da decisão administrativa (quanto maior, menos intenso o controle)[351].

De logo, é de se apontar a discordância, contida neste trabalho, em relação a essa leitura, que parece estar ferida do mesmo vício que aponta na visão do direito administrativo de resguardo dos administrados, ou seja, é tão romantizada quanto, especialmente quando parte do pressuposto – independente de qualquer referência à uma ampla promoção de acesso à educação das camadas mais pobres da população – da formação de um consenso democrático na definição das políticas públicas e na tomada de decisões administrativas (ou será que essa participação dos cidadãos deve se limitar aos ora "esclarecidos" e isso, espontaneamente, como na lógica do mercado, representará o que o grupo social todo almeja?). Ademais, nas leituras feitas acerca do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, considerado o rumo por ele tomado, ao longo de sua evolução – admite-se até um defeito original, de autoritarismo, que foi passando a uma construção mais coletivista (talvez por isso a razão dos discursos de mudança dessa estrutura estatal, que não sejam mais convenientes ao *status quo*) –, não se depreende uma negação dos direitos fundamentais, mas sua garantia através, inclusive, dos princípios impostos à Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência). Assim, exemplificativamente, deve-se preservar a intimidade e a vida privada das pessoas, sem prejuízo da quebra de sigilos, quando

---

Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro Renovar, 2003 (em especial, capítulo II, da segunda parte).

[351] BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalidade do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Brasileira de Direito Público**, n. 14, jul./set., 2006. p. 51 (itálico do original).

presentes indícios consistentes de mácula ao patrimônio público. Outrossim, pode-se dizer que são arcaicas as posturas de isolação dos direitos fundamentais, como se absolutos fossem (eis a mesma imperfeição vergastada), sem sequer serem mencionados os deveres fundamentais, que também têm foro constitucional[352]. Se isso se justifica por um lado – medo de regimes totalitários que restringem os direitos fundamentais individuais e coletivos –, por outro lado, revela uma profunda insensibilidade com as obrigações recíprocas que vinculam entes integrantes da sociedade, para garantir a sua existência e, especialmente, o máximo de bem-estar para todos. Perigoso, ademais, pensar numa redução da importância da Função

[352] Pode-se dizer que os deveres fundamentais correspondem a uma categoria nomeada expressamente na Norma Constitucional, mas olvidada pelos intérpretes. De fato, depreende-se da designação do Capítulo I, do Título II, da CF/88, tratar, a Lei Fundamental, nesse tocante, "dos direitos e deveres individuais e coletivos". De outro lado, lançando olhos à doutrina, poucos os textos que assinalam, com especificidade, os deveres fundamentais, preferindo enfatizar os direitos, liberdades e garantias. Como diz José Casalta NABAIS, os deveres fundamentais compõem a "face oculta do estatuto constitucional do indivíduo" (NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: <www.agu.gov.br/ce/cenovo/revista>. Acesso em: 15 jul. 2003). É do autor a constatação de que, hodiernamente, a ênfase nos direitos fundamentais e o entorpecimento dos sentidos em relação aos deveres fundamentais devem-se, grandemente, a três fatores, historicamente localizados, quais sejam a) a preocupação com o passado totalitário – a exemplo da Itália e da Alemanha, da década de quarenta, e do Brasil, dos anos oitenta –, fazendo com que a fixação de deveres, dirigidos não ao Estado e seus agentes, mas aos indivíduos, seja concebida como mecanismo de injunção, controle e constrangimento desses pelo poder público; b) a perspectiva estritamente liberal com que foram esculpidos os direitos fundamentais, por influência da Declaração [francesa] de Direitos do Homem e do Cidadão; e c) o "discurso quantitativo dos direitos fundamentais", que privilegia a multiplicação dos tipos de direitos reconhecidos, em detrimento da idéia de efetivação. Apesar do evidente retraimento em relação ao tratamento teórico dos deveres fundamentais, tem-se mostrado claro, pelo menos, o agigantamento de uma tendência – evidenciada pelas novas necessidades humanas, de feição mais coletiva que individualizada, bem como pelo incremento e pela ascedência da noção de comunidade –, qual seja, a de responsabilidade social. Trata-se de perceber os deveres fundamentais enquanto inseridos propriamente na ligação entre indivíduos, afastando-se a percepção que os vinculava à relação entre indivíduo e Estado, ou seja, cuida-se de buscar construir uma noção de dever fundamental que se associe às obrigações recíprocas que unem as pessoas em vida coletiva, apartando-se a visão que o faz combinado a instrumentos de repressão estatal. De se considerar que os deveres fundamentais não são simplesmente aqueles que se apreende, por correlação, a certos direitos fundamentais, a dizer por ilações do tipo: direito fundamental: direito à vida/dever fundamental correspondente: dever de respeitar o direito à vida. Consoante apresenta José Casalta NABAIS, os deveres fundamentais constituem uma categoria autônoma, uma "categoria jurídica constitucional própria", embora integrem o "domínio dos direitos fundamentais", não admitindo, em decorrência, "visões extremistas" – "seja a do liberalismo, que não conhecia senão direitos, esquecendo a responsabilidade comunitária dos indivíduos", "seja a do comunitarismo que apenas conhece deveres". Os deveres fundamentais são definidos pelo autor como "proposições jurídicas passivas (não activas), atónomas (face aos direitos fundamentais), subjectivas (já que exprimem uma categoria subjectiva e não uma categoria objectiva), individuais (pois têm por destinatários os indivíduos e só por analogia as pessoas colectivas) e universais e permanentes (pois têm por base a regra da universalidade ou da não discriminação)". Trata-se, numa expressão mais modesta, de obrigações com lastro constitucional, marcadas pela essencialidade. José Casalta NABAIS realça que os deveres fundamentais correspondem aos "custos *lato sensu* ou suportes da existência e funcionamento" da sociedade, organizada com vistas à implementação de direitos fundamentais. Assim, são deveres fundamentais: o de realizar a função social da propriedade, o de votar, o de cumprir as leis, o de pagar tributos, entre outros. Sobre o assunto, v., além do autor antes referenciado, FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Direitos fundamentais e deveres fundamentais** (a quebra de sigilo bancário especialmente deferida ao Fisco). Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização)-Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004; e LIMA, Francisco Gérson Marques de. Os deveres constitucionais: o cidadão responsável. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira

Judiciária no controle dos atos da Administração Pública, a) na contra-mão do também princípio constitucional da inafastabilidade de jurisdição, arrolado dentre os direitos fundamentais, que se quer proteger, b) em descompasso com a concretização histórica dessa participação (já que essa é a expressão da moda) judicial na construção de uma Administração Pública mais fidedigna com os interesses públicos e privados a serem resguardados (basta uma leitura de precedentes de jurisprudência, especialmente do Supremo Tribunal Federal, a exemplo dos seguintes: Recursos Extraordinários nºs 58332/RS, 264621/CE e 93108/SP, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410715/SP e *Habeas Corpus* nº 82788/RJ[353]), c) impondo, os defensores daquela tese, uma interpretação distorcida de agigantamento do jurisdicional, em detrimento do Executivo – mesmo porque os Juízes – especialmente os das Cortes mais elevadas na estrutura judiciária – sempre partiram da idéia-base de que uma área de atuação do Executivo não poderia ser objeto de controle judicial, por dizer com opções políticas, de conveniência e oportunidade, não sendo isso uma novidade –, quando se busca o redimensionamento ao inverso (ampliação desmedida do Executivo, em defavor da contribuição jurisdicional) e d) invocado premissa, a de que é possível isolar os aspectos técnicos (passíveis de controle judicial) dos aspectos políticos (não sindicáveis judicialmente), por grande parte desses mesmos teóricos negada, ao sustentarem que as opções técnicas são fundadas em ideologias ou posicionamentos políticos específicos, de modo que, ao final, a função judiciária não teria o que controlar.

Ao lado de tais considerações, é de se ver que a contextualização da discussão a partir dos princípios constitucionais tem uma razão de ser: a dignidade que foi conferida aos princípios. Ademais, outros princípios têm sido revelados e agregados pelos juristas como identificadores de uma pretendida Administração Pública reformulada. É o caso do princípio da subsidiariedade. Neste momento, cumpre realçar a nova dimensão em que têm sido tratados os princípios nos ordenamentos jurídicos, especialmente no brasileiro.

Princípio se traduz por começo, origem, causa, germe, base, razão, "verdades primeiras"[354]. Trata-se, por conseguinte, de uma expressão a qual se pode atribuir várias acepções: princípio como designação do que inicia, do que precede, de proveniência; princípio como preceito fundamental, como núcleo, alicerce ou suporte essencial de um

---

(coord.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao professor J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 140-187.

[353] Todos eles disponíveis à consulta no sítio institucional do STF na internet (www.stf.gov.br). Acesso realizado em 10 abr. 2007.

[354] V. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 228-229.

sistema; princípio como elemento motivador, movente e de identificação de uma estrutura, mandamento determinante, justificador, diretivo e de percepção. É vocábulo que se pode dizer plurívoco, não obstante deva se reconhecer que, de certo modo, todos os seus sentidos convergem para a idéia de fonte (de raiz, de sustentação e de movimento). Miguel REALE define, os princípios, como "'verdades fundantes' de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades de pesquisa e da *praxis*"[355]. Os princípios jurídicos ou princípios de direito podem ser identificados, inicialmente, como enunciados fundamentais embasadores do direito, as razões informadoras e edificadoras do sistema jurídico e das suas estruturas e instituições. Celso Antônio Bandeira de MELLO, sempre citado na matéria, assevera que princípio:

> é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico[356].

Eros Roberto GRAU, citando Genaro CARRIÓ e Jerzy WRÓBLEWSKI, especificamente quanto aos princípios jurídicos, aponta para a polissemia da expressão. Realça a distinção promovida por Antoine JEAMMAUD entre "princípios gerais de direito" e "princípios jurídicos como regras jurídicas", estando estes explicitamente previstos (positivados) nos textos jurídicos (e sendo considerados segundo critérios de vigência e eficácia), e correspondendo, aqueles, a proposições não-positivadas, não-normativas. Assevera, Eros Roberto GRAU, que tal diferenciação não seria de todo adequada, na medida em que os princípios não se confundiriam com as regras jurídicas – "regulamentação de caráter geral" –, bem como porquanto a expressão "princípios gerais de direito" seria, de igual modo, polissêmica. Assim, agasalha a separação proposta por JEAMMAUD, distanciando-se, contudo, da terminologia "princípios jurídicos como regras jurídicas", e utilizando-se da expressão "princípios positivos de direito", para distingui-los dos "princípios gerais de direito" ou "princípios descobertos do ordenamento positivo". Estes, por sua vez, poderiam assumir dois sentidos distintos: a) conjunto dos preceitos descritivos do direito em geral e b) parcela das proposições de determinado ordenamento jurídico que, embora não explicitadas em textos normativos, encontram-se contempladas, em "estado de latência", nesse

[355] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 305.

ordenamento. GRAU perfaz, então, a distinção entre princípios e regras, dotados, todos eles, de normatividade (normas como enunciados prescritos de dever ser). Esse caráter normativo, quanto aos princípios, verifica-se nos princípios positivados – expressos em textos normativos escritos –, bem como nos princípios gerais de direito, no sentido do item b[357].

Dos ensinamentos de Ronald DWORKIN e Robert ALEXY, observa-se que as espécies normativas referidas – princípios e regras – apresentam três pontos de dissonância: a) a verificação de uma exceção, não enunciada teoricamente, à aplicação de princípio jurídico não resulta na sua extirpação da ordem jurídica ou no reconhecimento de sua incompletude; as regras jurídicas, por sua vez, ou se aplicam integralmente, ou não são aplicáveis, de modo que a existência de exceções, não enunciadas ao lado da correspondente regra jurídica, impõe a conclusão pelo defeito normativo excludente da regra; b) os princípios aplicam-se a uma série indefinida de situações; as regras, a situações jurídicas determinadas (embora indeterminadas quanto ao número); c) no caso de conflito entre princípios (antinomia jurídica imprópria), nenhum dos princípios será eliminado do sistema jurídico, pois, entre eles, não haverá propriamente antinomia, mas apenas uma relação de coexistência-afastamento, gerada pela maior adequação de um dos princípios ao momento e à situação (aplicação por ponderação); na hipótese de conflito entre regras, uma delas será eliminada do sistema jurídico, para que a outra incida (aplicação por subsunção). Ou, ainda, aos princípios se atribui dimensão de peso e importância; às regras, dimensão de validade[358]. Segundo

---

[356] MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo.** 11. ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 629-630.

[357] GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** 4. ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 76. Paulo BONAVIDES destaca que o "traço de normatividade"constitui o "passo mais largo dado pela doutrina contemporânea para a caracterização dos princípios". Cita, o autor, os seis conceitos de princípio propostos por Ricardo GUASTINI, tendo por elemento comum a normatividade: a) princípio como norma dotada de alto grau de generalidade; b) princípio como norma dotada de alto grau de indeterminação; c) princípio como norma programática; d) princípio como norma hierarquicamente superior; e) princípio como norma fundamental do sistema; f) princípio como normas de orientação na escolha de disposições normativas aplicáveis no caso. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 230-231.

[358] Cf. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** 4. ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 89-99, e ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, n. 217, jul./set., 1999. p. 67-79. CANOTILHO apresenta os seguintes critérios de distinção: "a) *Grau de abstracção*: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida; b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa; c) *Caráter de fundamentalidade* no sistema das fontes do direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentre do sistema jurídico (ex.: princípios do Estado de Direito); d) '*Proximidade' da ideia de direito*: os *princípios* são 'standards' juridicamente vinculantes radicados nas exigências de 'justiça' (Dworkin) ou da 'ideia de direito' (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; f)

ALEXY: “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, portanto, mandamentos de otimização”; “regras são normas que, sempre, ou só podem ser cumpridas ou não cumpridas, se uma regra vale, é ordenado fazer exatamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, com isso, determinações no quadro do fática e juridicamente possível. Elas são, portanto, mandamentos definitivos”[359]. De conformidade com DWORKIN:

> A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.
> [...]
> Mas não é assim que funcionam os princípios [...]. Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas[360].

Sublinhe-se a importância que tem sido conferida à distinção entre regras jurídicas e princípios jurídicos – sendo ambos, segundo se sustenta, espécies do gênero norma jurídica (preceito de regulamentação jurídica das condutas humanas em sociedade, ordenador de obrigações jurídicas) –, com a enfatização dos princípios. Pode-se afirmar que esse relevo se deve, de certa maneira, à inserção dos princípios nos textos normativos – especialmente na Constituição –, resultante do reconhecimento de sua força coercitiva, e à crescente tendência de invocação dos princípios nas discussões jurídicas, seja na sua vertente teórica ou zetética, seja no contexto da aplicabilidade ou de concretização da solução dos conflitos intersubjetivos juridicamente relevantes. Os princípios avultam, assim, como verdadeiras normas de conduta, e não meramente como diretrizes hermenêuticas.

Despertou-se, por assim dizer, para o fato de que os princípios jurídicos – escritos ou implícitos – representam as bases sobre as quais o direito se constrói e das quais ele deriva (as regras jurídicas, inclusive, seriam concreção dos princípios), ou, dito de outro modo, os elementos fundamentais que inspiram o sistema jurídico e que, portanto, devem funcionar

---

*Natureza normogenética*: os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, dezempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante”. CANOTILHO, J J Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 5. ed. Lisboa: Almedina, [2002]. p. 1144-1145.

[359] ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, n. 217, jul./set., 1999. p. 67-79.

como orientadores preferenciais da interpretação, da aplicação e da integração normativa, com o conseqüente afastamento de uma postura mais legalista. Mais que isso, vislumbrou-se que os princípios de direito não estão localizados fora do sistema jurídico positivo (no direito natural, *exempli gratia*), mas sim no seu interior (com promoção da unidade e da coerência sistêmica), conquanto não se confundindo com as regras jurídicas, bem como que, muitos deles, embora não consagrados com estrutura de regra jurídica ou especificados como proposições jurídicas escritas particulares, detêm normatividade, dada a função que lhes é reservada[361].

Paulo BONAVIDES bem analisa a evolução observada no processo de juridicização dos princípios. Destaca ele a existência de três fases. A primeira é chamada jusnaturalista e nela "os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça". Nessa etapa, os princípios eram concebidos como "axiomas jurídicos", "normas universais de bem obrar", decorrentes de um direito ideal[362]. A segunda fase, é a juspositivista, na qual os princípios eram considerados como "fontes normativas subsidiárias", derivadas da própria lei, confirmadores, assim, do império da norma legal, tendo em conta que afastariam, por sua atribuição supletória, a possibilidade de lacunas[363]. Por fim, tem-se a fase do pós-positivismo. Nesse momento, aos princípios se confere a normatividade inerente ao conceito de direito, fundada na generalidade e na "fecundidade" (Domenico FARIAS), ou seja, atribui-se-lhe a condição de "fonte primária de normatividade", de "normas-chaves de todo o sistema jurídico". BONAVIDES sublinha, em relação a essa fase, que "as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais", bem como que, ao lado do processo de constitucionalização dos princípios, teve particular importância, no desenvolvimento da idéia de princípio como norma, o apadrinhamento dos princípios gerais de direito pelas Cortes Internacionais de Justiça[364]. Por fim, BONAVIDES

---

[360] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson. Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39-40.

[361] Cf. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 4. ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 89-99.

[362] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 232 e 234.

[363] Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 235-237.

[364] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 237-259.

ressalta que, para a teoria contemporânea dos princípios, deve-se reconhecer a "superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder"[365]. Remata, o autor:

> Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda do seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretudo por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo dos seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios[366].

Os princípios jurídicos desempenham, nessa contextura, várias funções: a) fundamentadora, isto é, constituem-se em fundamento da ordem jurídica; b) normativa, ou seja, regulatória das condutas humanas juridicamente relevantes; c) interpretativa e esclarecedora, no sentido de que orientam o processo de investigação do conteúdo e do alcance das regras jurídicas, por serem, estas, numa análise mais percuciente, expressão de princípios; d) criadora, integradora e supletiva (subsidiariedade), na medida em que preenchem as lacunas existentes em razão de deficiência da lei; e) diretiva, porquanto funcionam como rumo, indicando objetivos a serem alcançados; f) hierarquizadora de preceito normativos, segundo os valores a serem protegidos; g) favorecedora da unidade e da coerência do sistema jurídico, fucionando como normas-vínculos.

Percebe-se, pois, a dignidade que está associada aos princípios de índole constitucional, não apenas relativa ao documento em que eles se encontram inseridos, mas em razão da própria categoria normativa por eles ocupada. A legislação ordinária decorrente deve se coadunar com essa quadro de princípios, sob pena de restar ferida de invalidade.

---

[365] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 259.
[366] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 265.

## 3.2. O princípio da subsidiariedade e sua incidência no âmbito do Direito Administrativo[367].

A expressão "subsidiário", ao que aparenta, considerada, inclusive, sua matriz etimológica, pode ser apresentada sob duas perspectivas principais: a) pode designar o que auxilia, ajuda, socorre, reforça, aumenta, acrescenta, contribui, soma (*subsidiarius*, *subsidium*); b) pode exprimir o que é de menor importância, o que vem em segundo lugar, o que é inferior. É possível entrelaçar esses dois sentidos, traçando uma carga de significado única: "Nesta razão, o que se mostra subsidiário, como secundário, revela, ou pressupõe, o *principal*, a que vem, conforme as circunstâncias, *auxiliar*, *apoiar*, ou *reforçar*"[368]. Portanto, numa relação de subsidiariedade, ter-se-iam duas realidades de ação, a precípua (essencial, indispensável), que realiza, e a secundária (acessória, dispensável), que ajuda a realizar. Note-se que a ocupação de um desses pólos depende, por óbvio, das funções que se outorgou, por razão de ser, a cada uma das esferas abrangidas. Ademais, neste trabalho, entende-se que, invocando a subsidiariedade atrelada a um ideal de parceria, a segunda acepção, listada anteriormente, arrefece, dando lugar à ênfase na colaboração em mesmo nível de relevância, não em termos de preeminência. São, pois, duas possibilidades interpretativas.

Essa observação é fundamental para se compreender os limites da incidência do princípio da subsidiariedade no contexto do direito administrativo e, mais especificamente, da reforma administrativa. Assim, **considerada a díade principal (não subsidiário)/acessório (subsidiário)**, o encaixe, nessas qualificações, do Estado e da sociedade civil, vai depender do que tiver sido definido como inerente a cada uma dessas áreas: diante de um dever estatal, subsidiária será a participação da sociedade civil; diante de uma incumbência da sociedade civil, o Estado pode ser qualificado de subsidiário. Mas, **tomada a subsidiariedade como comparticipação**, nenhum dos dois campos ostentará condição de inferioridade ou de

---

[367] A análise do princípio da subsidiariedade será aqui feita, fundamentalmente, com base em BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade:** conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997. V. também: TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001; GONÇALVES, Vânia Mara Nascimento. **Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; FERREIRA, Paulo Marrecas. Le principe de subsidiarité comme principe de droit constitutionnel. **Documentação e Direito Comparado.** Boletim do Ministério da Justiça, n. 57-58, 1994. p. 129-169; e as palestras proferidas no 7º painel do Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha constantes de MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo (coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Una evaluación de las tendencias del derecho administrativo. Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Anais do Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 483-539.

[368] "Subsidiário" (vocábulo). In: SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. IV. p. 278 (com itálicos do original).

dispensabilidade, pois Estado e sociedade civil desempenharão, com o mesmo grau de exigência, as funções que lhes forem definidas.

### 3.2.1. Origem e evolução do conceito.

Segundo José Alfredo de Oliveira BARACHO, o conceito jurídico de subsidiariedade poderia ser mais adequadamente compreendido através da idéia de supletividade, sendo que ela, por seu turno, envolveria as noções de complementariedade e de suplementariedade. "A suplementariedade é o que se acrescenta, entende-se que ela representa a questão subsidiária, destinada suplementariamente a desempatar os concorrentes", de modo que não haveria como associar a subsidiariedade à idéia de algo secundário, dado o seu caráter decisório ("designar o vencedor"). "A subsidiariedade implica, nesse aspecto, em conservar a repartição entre duas categorias de atribuições, meios, órgãos que se distinguem uns dos outros por suas relações entre si", definindo qual dessas categorias se impõe numa dada realidade (alternatividade frente à dualidade de categorias aplicáveis). Por outro lado, a feição complementar, que é mais dilatada, repousa no reconhecimento de uma situação de pluralidade e diversidade de necessidades, no contexto de uma mesma estrutura, a exigirem respostas apropriadas, que resultarão, estas, do adicionamento congruente entre regimes possíveis (assistência). Afirma o professor BARACHO, de modo mais específico:

> As organizações são o fruto dos compromissos de exigências diferentes, desde que a pluralidade dos direitos aplicáveis são resultado de reivindicações opostas. De um lado está o poder público, cuja própria existência é um fato incontornável, qualquer que seja a teoria que pretenda explicá-lo. Do outro lado, estão as pessoas privadas que, em uma democracia, podem agir livremente, sob certas reservas, em todos os domínios. O Direito Público explica a intensidade de suas regras, ao passo que o Direito Privado aparece como complementar um do outro[369].

Tanto na suplementariedade, como na complementariedade, a idéia-base é a da coexistência coordenada. Fala-se, nesse contexto, numa "interdependência inevitável", conceito segundo o qual "nenhuma entidade isolada possui todos os elementos necessários para abordar com eficácia uma necessidade social identificada", de sorte que "a cooperação

[369] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade:** conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 24.

torna-se um pré-requisito para a eficácia"[370]. Interessante realçar, portanto, que a noção de subsidiariedade compreende a de unidade.

Ainda, segundo BARACHO, o princípio da subsidiariedade tem antecedentes em Encíclicas da Igreja Católica, que reputava injusto "retirar dos agrupamentos de ordem inferior, conferindo-as a uma coletividade bem mais vasta e elevada, funções que elas próprias poderiam exercer"[371]. A norma era, segundo o autor, em seus primórdios eclesiásticos, naturalmente atinente à organização da Igreja Católica[372], mas se viu, em especial, com a Doutrina Social da Igreja Católica, atrelada à relação entre Estado e sociedade civil, quando se passou, então, a defender a proteção da autonomia individual, frente às estruturas sociais, e da autodeterminação dos organismos sociais de menor porte, face aos de maior dimensão.

A relevância jurídica do preceito, destarte, se deve ao fato de estar associado diretamente à organização social e política, ao reconhecimento de um pluralismo que é inato à sociedade, bem como à idéia de se conferir independência a coletividades menores, diante de comunidades maiores, com o conseqüente partimento de atribuições (função descentralizadora). Diz, o professor referido, sublinhando a interpretação do enunciado, no sentido da limitação da ingerência estatal, para tornar possível a manifestação autônoma dos particulares, individualmente ou em associação, sem descurar – e isso é particularmente relevante – do desiderato titularizado pelo Estado:

> [...] Apesar de sugerir uma função de suplência, convém ressaltar que compreende, também, a limitação da intervenção de órgão ou coletividade superior. Pode ser

---

[370] AUSTIN, James E. **Parcerias**: fundamentos e benefícios para o terceiro setor. Tradução de Lente Peres. São Paulo: Editora Futura, 2001. p. 25. Sobre o "direito de parceria", v. WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. **O direito de parceira e a nova lei de concessões.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 27-34.

[371] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 26. V. as Encíclicas *Rerum Novarum* e *Quadragesimo Anno*. De igual relevância, as Encíclicas *Mater et Magistra*, *Pacem in Terris* e *Centesimus Annus.*

[372] Nisso discrepa Silvia Faber Torres, destacando que "[...] alguns teóricos chegaram a reclamar a aplicação do princípio à própria Igreja Católica, de modo a permitir uma descentralização das estruturas eclesiásticas com conferir certa autonomia às igrejas periféricas, as igrejas locais e aos templos, sem que isso implicasse na desestruturação da Igreja, que contituiria sendo centralizadora. Para a maior parte dos estudiosos, porém, estender o princípio à Igreja, que não de uma maneira indireta e análoga, consiste em uma contradição, porquanto, ao contrário da sociedade civil moderna, a Igreja é uma sociedade fechada. Não obstante se houvesse procurado proceder àquela extensão, o certo é que a subsidiariedade foi originariamente enunciada como um princípio aplicável na organização hierárquica da sociedade, reconhecendo-se, diretamente, como reitor de uma divisão de competências, pela qual ao Estado são atribuídas as atividades que lhe são exclusivas, ou seja, 'dirigir, vigiar, urgir e reprimir', e, subsidiariamente, a missão de fomentar, estimular, coordenar, suprir e completar, reservando-se aos indivíduos e às comunidades o que podem 'realizar com seu próprio esforço e indústria'" (TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 33-34).

> interpretado ou utilizado como argumento para *conter ou restringir a intervenção do Estado*. Postula-se, necessariamente, o respeito das liberdades, dos indivíduos e dos grupos, desde que não implica determinada concepção das funções do Estado na sociedade.
> [...]
> [...] A compreensão do princípio da subsidiariedade, em certo sentido, procura saber como em organização complexa pode-se dispor de competências e poderes. Aceitá-lo é, para os governantes, admitir a idéia pela qual as autoridades locais devem dispor de certos poderes. O princípio da subsidiariedade intui certa idéia de Estado, sendo instrumento de liberdade, ao mesmo tempo que não propõe a absorção de todos os poderes da autoridade central. A modificação da repartição de competência, na compreensão do princípio da subsidiariedade, pode ocorrer com as reformas que propõem transferir competências do Estado para outras coletividades. Através de sua aplicação, **todas as competências que não são imperativamente detidas pelo Estado**, devem ser transferidas às coletividades. Procura-se resolver a questão de saber quando o Estado e as demais coletividades devam ser reconhecidos na amplitude de suas competências. Deverá ser ela exercida, em nível local, ao mesmo tempo que se propõe determinar qual coletividade terá sua competência definida. Nem sempre o princípio da subsidiariedade dá resposta precisa a todas essas questões. Ele fixa apenas o essencial, quando visa a orientar uma reforma, uma política, indicando direção, inspirada na filosofia da descentralização[373].

Em síntese, o princípio da subsidiariedade – invocando as idéias de oposição à arbitrariedade, de aceitabilidade (legitimidade) social, de coerência sistêmica, de assistência e de descentralização – aponta para a necessidade de repartição de poderes e atribuições, de sorte a que esses sejam distribuídos às coletividades, segundo a sua capacidade para exercitá-los, ou ainda, em virtude das especialidades atrativas consagradas pela coletividade.

CANOTILHO apresenta um "princípio geral de subsidiariedade" – articulado ao "princípio da descentralização democrática" e ao "princípio da desburocratização" –, que se traduziria na fórmula: "as comunidades ou esquemas organizatório-políticos superiores só deverão assumir as funções que as comunidades mais pequenas não podem cumprir da mesma forma ou de forma mais eficiente"[374].

Em Nascimento GONÇALVES, tem-se:

> [...] o conceito do Princípio da Subsidiariedade, em sua evolução, sempre preconizou que a autoridade só faça o que é preciso para o bem comum, naquilo que os particulares não possam ou não saibam fazer por si mesmos. A necessidade de intervenção da autoridade se estabelece, pois, eventualmente, e cessa rapidamente assim que os particulares voltem a manifestar capacidade para resolver o problema sem ajuda alheia[375].

---

[373] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 26 e 30-31 (itálicos do original e negritos acrescidos).
[374] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, [2002]. p. 361.
[375] GONÇALVES, Vânia Mara Nascimento. **Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 106.

Silvia Faber TORRES propõe um sentido atual para a subsidiariedade, enunciando-o nos seguintes termos:

> É, pois, em sua formulação contemporânea, um princípio de divisão de competências e de cooperação, que procura definir os domínios próprios dos indivíduos, dos grupos intermediários e do Estado, exigindo que se atribuam as responsabilidades públicas às autoridades mais próximas dos cidadãos, que se encontram em condições de exercê-las de forma mais eficiente. E tem, diga-se ainda, por elemento primordial, a descentralização, porquanto seu objetivo é justamente coibir a atribuição à autoridade centralizadora de tarefas que a entidade menor pode realizar por si mesma[376].

Essas considerações permitem uma compreensão suficiente do enunciado, ao qual se atribui um sem número de definições.

Inicialmente circunscrito ao campo doutrinário, o princípio da subsidiariedade foi tomando lugar expressamente na produção legislativa, a começar pelas normas jurídicas internacionais – algumas com pretensão de comunitárias – que disciplinaram os processos de integração europeu e mercosulino, por exemplo. Considerada, em outro canto, a perspectiva da política interna, tem-se sua consagração com a ênfase na municipalização e, genericamente, com a distribuição de competência entre os entes integrantes da federação. No direito administrativo, vem especificando uma nova forma de Estado Administrante, que passa a ostentar a mesma nomenclatura (Estado subsidiário). E isso no nível constitucional. Comentando a situação portuguesa, Paulo Marrecas FERREIRA, ao lado de considerar que a subsidiariedade é mais fortemente afirmada no campo comunitário, destaca que, na Constituição de Portugal, o princípio da subsidiariedade é encontrado "au niveau de la décentralisation administrative sur le plan territorial et de la participation des intéressés à l'activité de l'Administration"[377]. Cita, então, o autor, dispositivo constitucional representativo:

> l' Administration Publique aura une structure ordonnée en sorte à éviter la bureaucratisation, a repprocher les services des populations et à assurer la participation des intéressés dans sa gestion effective, nommément par lê moyen d'associations publiques, d'organizations d'habitants et d'autres formes de représetation démocratique[378].

---

[376] TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 35.

[377] FERREIRA, Paulo Marrecas. Le principe de subsidiarité comme principe de droit constitutionnel. **Documentação e Direito Comparado.** Boletim do Ministério da Justiça, n. 57-58, 1994. p. 136: "ao nível da descentralização administrativa sobre o plano territorial e da participação dos interessados nas atividades da Administração" (tradução livre).

[378] FERREIRA, Paulo Marrecas. Le principe de subsidiarité comme principe de droit constitutionnel. **Documentação e Direito Comparado.** Boletim do Ministério da Justiça, n. 57-58, 1994. p. 139: "a

Pondera, ainda, FERREIRA, que os graves problemas sociais, econômicos e ecológicos que se alastram por Portugal decorreriam da ausência ou da insuficiência de afirmação dos meios de ação do poder local (da Administração regional autônoma[379]), num excesso de centralismo. Mas, por outro lado, ultrapassada a perspectiva territorial, não deixa de ensejar, em termos de referência à participação de instituições privadas nas atividades administrativas (outro viés de manifestação da subsidiariedade), questionamento sobre os verdadeiros interesses em questão, se atinentes às medidas pretendidas pelas coletividades ou se aos objetivos industriais e comerciais das empresas privadas[380]. Essa discussão fica para mais tarde.

Pode-se afirmar que, de seu lado, a Constituição Federal brasileira de 1988, especialmente com as alterações que lhe foram posteriormente inseridas, embora não se refira explicitamente ao princípio da subsidiariedade, traz enunciandos nele inspirados, a exemplo dos que dividem as atribuições legislativas e administrativas entre os entes federativos, bem como dos que tratam das novas conformações da Administração Pública.

### 3.2.2. As perspectivas interna e externa de atuação do Estado subsidiário: corpos sociais autônomos intermediários para a satisfação de interesses locais e processos agregadores internacionais em assuntos de índole global.

Harold LASKI, um dos representantes mais expressivos da chamada escola pluralista, posicionando-se contrariamente à filosofia monista, que entendia ser destruidora da personalidade do indivíduo[381], sustentava que seria ingenuidade pensar que o Estado teria um

---

Administração Pública terá uma estrutura ordenada a evitar a burocratização, a aproximar os serviços da população e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efetiva, nomeadamente por meio das associações públicas, das organizações de habitantes e de outras formas de representação democrática" (tradução livre).

379 Cf. a amplitude dada ao conceito por MOREIRA, Vital. **Administração autónoma e associações públicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

380 Cf. FERREIRA, Paulo Marrecas. Le principe de subsidiarité comme principe de droit constitutionnel. **Documentação e Direito Comparado.** Boletim do Ministério da Justiça, n. 57-58, 1994, especialmente p. 169 e 136.

381 Conforme Laski: "No deseamos hacer de nuestro Estado un establo donde sólo el pastor pueda distinguir a un animal de otro", "a pesar de ser orgánica la comunidad en que vivimos, el hombre es también un ser solitario, no menos que social, y que su mundo ideal es, en el fondo, un mundo dividido. Es cierto que actúa en común, generalmente; pero desea también, muchas veces, la soledad; y a pesar de que piensa como un miembro de la sociedad, a veces desea pensar como un solitario vagabundo. El hombre es quizá una antinomia; pero no hay teoria del Estado que se atreva a olvidar esta circunstancia. Porque toda actitud que tienda a imponerse límites a la libertad del espíritu, está en guerra abierta con los más agudos instintos que buscan la felicidad humana".

poder que "está a margen de la voluntad de sus miembros", tendo em conta que seria uma organização voluntária, dotada dos mesmos fins concernentes a qualquer sindicato, igreja ou sociedade científica[382]. E mais que isso, a lealdade do indivíduo estaria seccionada entre os diferentes grupos a que ele pertenceria, de modo que a ação do indivíduo seria determinada pela "naturaleza de una situación particular"[383]. Assim, o Estado não seria o único sistema em que se desenvolveria uma organização de poder. Há quem defenda, nessa contextura, a necessidade de um "direito reflexivo"[384], enquanto um conjunto de normas, produzido nos foros de discussão e negociação relacionados a hipóteses concretas, reconhecendo-se fontes autônomas do direito, não vinculadas ao Estado, na medida em que este seria apenas uma, dentre as plurais instâncias de regulação. Não obstante se aduza o afastamento definitivo e completo do Estado em relação a determinadas esferas de atuação, predomina o entendimento de que, ao Estado caberia apenas o papel de orientador de novas posturas, mas sem nelas intervir através da imposição de comportamentos predeterminados. O Estado perderia, assim, os seus poderes de gerência e comando, mas teria fortalecidas as suas funções harmonizadora e ajustadora das mais diversificadas e conflituosas pretensões, passando a ser um sujeito participativo. Dessarte, ter-se-ia uma espécie de pluralismo mitigado, alicerçado numa racionalidade procedimental, em que centros de poder autônomos ditariam normas mais coadunáveis com a realidade concreta, enquanto o Estado, embora sem se imiscuir nessa produção normativa, funcionaria como guia, estabelecendo os fins que deveriam ser alcançados e os princípios que deveriam ser respeitados, e também como garantidor dessa liberdade normativa, ou seja, empregando toda sua diligência para asseverar essa capacidade e tornar seguro o seu exercício.

Confere-se força, pois, em LASKI, à sociedade civil, tornando-a produtora normativa em potencial, à proporção que se verifica a inadequação do modelo legislativo tradicional. Tem-se, pois, uma "visualização sociologicamente aberta do direito", na reflexão de que sendo "o Estado [...] apenas um dos inúmeros grupos sociais constitutivos das

---

LASKI, Harold. **El problema de la soberanía**. Traducción de Armando Bazan. Buenos Aires: Editorial Dedalo. 1960. p. 27 e 167-168.

[382] Cf. LASKI, Harold. **La libertad en el Estado moderno**. Traducción de Eduardo Warshver. Buenos Aires: Abril, 1946. p. 179.

[383] LASKI, Harold. **El problema de la soberanía.** Traducción de Armando Bazan. Buenos Aires: Editorial Dedalo. 1960. p. 20.

[384] Cf. ROTH, André-Nöel. O direito em crise: fim do Estado moderno. Tradução de Margaret C Toba & Márcia Maria Lopes Romero. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e globalização econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 22-24. V. também OLGIATI, Vittorio. Direito positivo e ordens sócio-jurídicas: um "engate operacional" para uma sociologia do direito européia. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e globalização econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 89-92.

sociedades globais modernas, será ingênuo reduzir conceitualmente o direito como fato social tão-só ao fato social estatal"[385]. Argumenta-se que, embora a ordem estatal tenha a aspiração de se constituir numa universalidade, no sentido de abarcar e regular todos os fenômenos sociais existentes e, bem assim, os emergentes, não representa, ela, na verdade, um universo ilimitado, de sorte a ensejar o nascimento de "direitos secundários" de conteúdo funcionalista, para suprir-lhe as deficiências, quando ela mesma não o faça. Contemporaneamente, com a redefinição do papel do Estado, tem-se postulado a superação da plenitude absoluta do ordenamento estatal.

O pluralismo corresponderia, assim, ao reconhecimento de uma multiplicidade de centros de poder, opondo-se à tendência de concentração e unificação do poder tipificadora do Estado moderno. Pluralismo, ainda, como sustentáculo para a defesa da alternatividade jurídica, ou seja, como contextura fundamentadora da criação normativa popular, dentro dos limites territoriais do Estado, não obstante em nível infra-estatal, ou, dito de outro modo, do surgimento de grupos microssociais (como os sindicatos) com poderes de fixação de disposições normativas ou de ordenamentos parciais.

Substituir-se-ia, por conseguinte, o dogma da completude do sistema jurídico pela factibilidade das mudanças e complexificações e pelo reconhecimento da produção normativa por grupos sociais organizados extra-estatalmente (corpos sociais autônomos), através da descoberta da sociedade enquanto agente e não, unicamente, enquanto destinatária das normas produzidas, isolada e distanciadamente, pelo Estado. Em verdade, constatar-se-ia a incompatibilidade entre a concepção de um ordenamento jurídico - "estático" -, atrelado necessariamente ao Estado, e as atuais contingências caracterizadoras do mundo "pós-moderno" dinamicizado, embasado no atrelamento das condutas estatais aos conceitos que alicerçam a globalização, dentre os quais os da livre determinação e o da liberdade de mercado, na busca do acompanhamento das velozes flutuações mercatórias e sociais.

No contexto do direito interno, diz-se que é evidente a força influenciadora do princípio da subsidiariedade, podendo ser realçado, no caso brasileiro, tratar-se de princípio diretor da recente reforma administrativa, baseada na figura do Estado subsidiário[386], que

---

[385] SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro; São Paulo: Livros Técnicos e Científicos, 1981. p. 96-97.

[386] Convém sublinhar que alguns autores utilizam a expressão "Estado subsidiário" como sinônimo de "Estado mínimo". Maria Sylvia Zanella Di Pietro, contudo, apresenta distinção (este trabalho já tinha partido da diferenciação, ressalte-se, no capítulo antecedente): "Não se confunde o Estado Subsidiário com o Estado Mínimo; neste, o Estado só exercia as atividades essenciais, deixando tudo o mais para a iniciativa privada, dentro da idéia de liberdade individual que era inerente ao período do Estado Liberal, naquele, o Estado exerce as atividades essenciais, típicas do Poder Público, e também as atividades sociais e econômicas que o particular

resultou no afastamento do Estado-agente em relação àquelas atividades de índole eminentemente privada (diminuição do volume do Estado, mediante processos de privatização), e na ênfase à parceria entre o público e o privado (repartição de poderes entre o Estado e a sociedade). Acerca dessa concepção de Estado, resume José Alfredo de Oliveira BARACHO:

> A colaboração do Estado, com as comunidades secundárias e organismos particulares, é um fenômeno inerente à aplicabilidade do princípio da subsidiariedade. O Estado não pode ser considerado como corpo estranho, no qual os cidadãos são vistos burocraticamente. Suas atividades precisam ser compreendidas, em relação às comunidades menores e aos particulares.
> [...]
> O princípio da subsidiariedade, visto em confronto com a noção de Estado, na teoria do controle, deve ser encarado nas diversas maneiras de desmembramento do Estado através das coletividades secundárias. A natureza dessas coletividades impõe que sejam as mesmas depositárias de certas parcelas de poder público, principalmente em nível local.
> [...]
> O princípio de subsidiariedade assemelha-se a uma repartição de competências entre sociedade e Estado. Ao mesmo tempo, impede o avanço intervencionista do Estado, exigindo desse ajuda e promoção das atividades próprias do pluralismo social. Possibilita desenvolver as formas associativas e uma coordenação das atividades estatais de fomento. O princípio da subsidiariedade aplica-se nos âmbitos em que a ordem e o poder têm limitações razoáveis, ao mesmo tempo em que a economia deve conviver com a liberdade. O princípio da subsidiariedade visa a suprir a iniciativa privada impotente ou ineficaz, mediante a ação do Estado, propiciando à sociedade resultados benéficos. Ele equilibra a liberdade, detém o intervencionismo estatal indevido em áreas próprias da sociedade, possibilitando ao Estado ajudar, promover, coordenar, controlar e suprir as atividades do pluralismo social[387].

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO aponta as idéias inerentes ao princípio da subsidiariedade:

> De um lado, de respeito aos direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada, seja através dos indivíduos, seja através das associações, têm primazia sobre a iniciativa estatal; em consonância com essa idéia, o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos; em conseqüência, sob esse aspecto,

---

não consiga desempenhar a contento no regime da livre iniciativa e da livre competição; além disso, com relação a estas últimas, o Estado deve incentivar a iniciativa privada, auxiliando-a pela atividade de fomento". DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 31. Segundo BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 48: "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 reordená-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".

[387] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 40 e 48-49.

> o princípio implica uma limitação à intervenção estatal. De outro lado, o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos. E uma terceira idéia ligada ao princípio da subsidiariedade seria a de parceria entre público e privado, também dentro do objetivo de subsidiar a iniciativa privada, quando ela seja deficiente[388].

No âmbito internacional, o princípio da subsidiariedade deve ser considerado em face das finalidades e dos mecanismos de atuação que se conferem aos Estados, assim como dos tipos de relação que a sociedade internacional engendra. Ensina BARACHO: "Às federações e à sociedade internacional (*communitas orbis*), aplica-se o princípio da subsidiariedade, objetivando a integração, sem reduzir as potencialidades dos entes circunjacentes". E, em parágrafo seguinte: "O princípio da subsidiariedade leva-nos a considerar a coexistência de fins inferiores e superiores, através de suas coexistências"[389]. Depreende-se que o estatocentrismo ou estatalismo arraigado obscurece o princípio da subsidiariedade, na medida em que nega ou limita substancialmente o agir de outros atores sociais não-estatais. Por outro lado, o internacionalismo, embora pressupondo a existência de Estados, identifica-os enquanto um dos elementos integrantes de uma realidade mais abrangente, denominada sociedade internacional, sociedade essa que pretende seja transformada em uma comunidade internacional[390]. Trata-se, assim, de um projeto de convivência, pelo reconhecimento – repita-se – do pluralismo social.

Tem-se visto uma evolução expressiva das relações internacionais, resultado, sobretudo, da interdependência entre os Estados. Conseguintemente, surge a necessidade de composição de forças:

> Para o novo internacionalismo propõe-se, também, a construção da sociedade internacional com os princípios configuradores de subsidiariedade. Assenta-se, essa compreensão, no fato de que além dos governos e nações, surgem na vida da humanidade necessidades que não podem ser apenas consideradas isoladamente pelos Estados, desde que é necessária a *coordenação de esforços*[391].

Mas essa coordenação deve ser feita de forma equilibrada e tolerante em relação à capacidade e às condições dos grupos menores (heterogeneidade), de sorte que, em sendo

---

[388] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 27.
[389] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 34.
[390] Tradicionalmente, a distinção entre sociedade e comunidade é posta em termos de nível de agregação.
[391] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 35 (itálico do original).

eventualmente consolidada a comunidade mundial, ou o Estado Único, este não se converta em opressor das comunidades menores nele abrangidas:

> As propostas de um mundo homogeneizado, do Estado-nação ou do Estado Federal, não podem assentarem categorias institucionalizadas, esquecendo-se das comunidades menores. A organização temporal da sociedade e do mundo parte da proclamação da igualdade essencial dos homens, favorecedora da comunicação fraternal entre os seres humanos, através de políticas conciliatórias entre as nações, o Estado e as comunidades inferiores ou primárias, no que diz respeito às suas origens. **O princípio de subsidiariedade, na ordem internacional ou na ordem interna de cada Estado, toma como pressuposto essencial a consideração das entidades menores.** [...]. A convivência das estruturas nacionais, com a supranacional é vista através do respeito ao princípio da subsidiariedade. O supergoverno mundial seria legitimado pelo cumprimento do princípio de subsidiariedade, respeitando o que, por sua própria conta, façam ou possam fazer os Estados[392].

O princípio da subsidiariedade, assim, está embutido em todos os projetos de integração regional. Está no Tratado de *Maastricht* (União Européia)[393]. Inspirou o tratado de formação do Mercosul[394]. "Os estados-membros confiam às instituições comuns, nos termos do princípio da subsidiariedade, as competências necessárias para manter as tarefas que podem realizar, de maneira mais satisfatória do que os estados isoladamente"[395].

Demais disso, o princípio da subsidiariedade também se materializa e tem particular relevância no contexto dos instrumentos de proteção dos direitos humanos. Sublinhe-se, nesse tocante, a regra da "aplicação da norma mais favorável", na qual está pressuposta um alto grau de coordenação entre o direito nacional dos Estados e o direito internacional, com vistas à perfectibilização, em nível ótimo, do objetivo pretendido (resguardo dos direitos de humanidade). Destarte, independentemente de se tratar de direito interno ou de direito internacional, ou de serem eles conflitantes, deve ser aplicada a norma que expresse o maior nível de favorecimento dos direitos humanos. A necessidade de coordenação é apontada por Antônio Augusto Cançado TRINDADE: "O gradual reconhecimento pelos Estados da natureza *subsidiária* dos procedimentos internacionais de

---

[392] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 35-36 (negritos que não estão no original).

[393] Cf. DIEZ-MORENO, Fernando. **Manual de derecho de la Unión Europea**. Madri: Editorial Civitas, 1996. p. 57-59. V. também FERREIRA, Paulo Marrecas. Le principe de subsidiarité comme principe de droit constitutionnel. **Documentação e Direito Comparado.** Boletim do Ministério da Justiça, n. 57-58, 1994. p. 129-169.

[394] Cf. BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. Seção Brasileira e Ministério das Relações Exteriores. **Mercosul**: legislação e textos básicos. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2000.

[395] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 72.

solução de supostas violações de direitos humanos contribuiu consideravelmente para tornar possível o progresso nesta área"[396]. E, páginas depois:

> Para a superação dos velhos e infundados temores contribuiu decisivamente a consciência da necessidade de prevenir ou evitar conflitos entre as jurisdições internacional e nacional, e de compatibilizar os dispositivos convencionais e de direito interno. Voltadas a este propósito encontram-se, e.g.: [...] a consagração do princípio do prévio esgotamento dos recursos de direito interno nos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, a evidenciar a responsabilidade *primária* de proteção dos órgãos internos ou nacionais e o caráter *subsidiário* dos procedimentos internacionais, e a insistir na proteção local (função primordial dos órgãos internos dos Estados) como parte integrante do sistema internacional de proteção dos direitos humanos [...][397].

De fato, em termos mais dilatados, consolida-se o entendimento de que não é mais possível, nem suficiente, explicar o relacionamento entre as ordens jurídicas interna e internacional a partir das teses monistas e dualistas. A interdependência crescente entre os Estados, a intensificação das suas relações, o fortalecimento e a expansão das organizações internacionais, a ampliação e diversificação da normativa internacional, a admissão de temáticas universalizadoras com reflexos na demarcação da responsabilidade dos Estados diante da sociedade internacional da qual participa, são os fatores que mais contribuem para o reconhecimento da esterilidade das concepções clássicas, na medida em que permitem duas inferências: a) enquanto o monismo e o dualismo estão construídos em torno da identificação do que seja interno e do que seja internacional (componham eles ou não a mesma ordem jurídica), tendo por paradigma o Estado, verifica-se hoje um evidente cruzamento entre essas esferas, interpenetração tão acentuada e significativa que estaria gerando, consoante se afirma – embora não nos pareça totalmente acertado –, um espaço supranacional; b) enquanto, no monismo e no dualismo, a idéia que se enfatiza é a alternatividade excludente/modificante (ou direito interno, ou direito internacional), hodiernamente, progride o projeto de redirecionamento das discussões, para a coordenação complementária/participativa (direito interno e direito internacional). a interdependência entre os Estados implica no reconhecimento de campos de interesse que lhes passam a ser comuns e reciprocamente significantes. Essa comunhão de interesse, por conseqüência, demanda compartilhamento de atuação, e não emulação, entre os agentes envolvidos. A partilha do agir, por sua vez, associa-se à idéia de complementação, haja vista que uma determinada realidade pode não oferecer a

[396] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos:** fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 05.

resposta mais adequada para certo tipo de problema. Em acréscimo, parece conveniente que nesse contato sejam também consideradas as discrepâncias e as necessidades específicas de cada Estado. Cuida-se, portanto, de uma operação tão complexa quanto o sistema em que ela é posta a funcionar, e que não se encerra nos estreitos limites da noção de primazia. A preocupação dos estudiosos e dos aplicadores do direito, assim, deveria estar não em optar entre direito interno e direito internacional ou em apontar a primazia de um e de outro, mas sim em coordená-los, de sorte a que ou se promovesse um concerto entre as ordens jurídicas interna e internacional, por complementares, ou se definisse a prevalência, diante da insuficiência de uma das ordens, mas sempre em função da maior utilidade obtenível para o todo. Isso, porque não teria relevância prática a eleição da ordem jurídica prevalecente, se ambas poderiam e deveriam contribuir no alcance do escopo comum. A vantagem repousa, de outro modo, não na definição da ordem prioritária, mas sim no interligamento coerente e eficiente, através da divisão de obrigações, responsabilidades e benefícios (solidariedade).

### 3.2.3. Corporificação do princípio da subsidiariedade na organização da Administração Pública: os fins do Estado.

Para afastar o perfil protagonista do Estado Administrador, invoca-se o princípio da subsidiariedade. Diz-se que o Estado, nessa perspectiva, se agigantou, enveredou por áreas que não lhe seriam próprias, o que, por isso mesmo, resultou em insucesso, conseqüência extremamente grave, quando considerado o sufocamento simultâneo da iniciativa de outras esferas sociais, sem falar no endividamento público. Em outros termos, o "eu" Estado Administrante, significativamente abrangente, nem deixaria fazer (porque se reconheceria e se proclamaria como instância preponderante), nem conseguiria fazer (pois não dominaria a pluralidade das especialidades e não alcançaria eficientemente todo o universo, em expansão, de destinatários). A idéia de subsidiariedade, pois, ao mesmo tempo em que reposicionaria o Estado que administra no lugar correto – o de simples coordenador, e não de ator –, reconstruiria e oxigenaria a participação dos entes extra-estatais, como os indivíduos e os grupos por eles constituídos, que, por conhecerem mais de perto as suas necessidades, teriam melhores condições de apresentarem as respostas a elas mais adequadas. E – veja-se quão conveniente! (exclamariam os defensores da idéia) –, ao mesmo tempo, esse

[397] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos:** fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 14 (itálicos do original).

reposicionamento geraria economia para as estruturas estatais, porquanto permitiria, inclusive, a redução do corpo burocrático, com a conseqüente eliminação dos fatores de corrupção. Mais ainda, a vigilância do Estado passaria a ter uma conotação de segunda ordem, na medida em que os próprios cidadãos e as organizações por eles criadas ficariam incumbidos do controle fundamental, haja vista que eles mesmos seriam os executores das medidas almejadas. A tal contexto se vincularia a percepção de evolução – expressão aqui tomada não em sentido neutro, mas como progresso, aperfeiçoamento – da democracia, tendo em vista que os indivíduos e suas realidades associacionistas sairiam do ostracismo a que teriam sido impostos pela maximização estatal, passando a ter uma postura ativa, decisória, executora e fiscalizadora.

Para tanto, destarte, o Estado Administrante deveria ser reformado, tornado mais enxuto, reconcebido em termos de subsidiariedade, ou seja, cedendo espaço – e, necessariamente, poderes (*id est*, funções) – aos atores sociais menores. Haveria, entre a Administração Pública de gestão estatal e a atuação dos particulares, uma nova relação, chamada, pelos pregadores dessa novel postura, de cooperativa, para o melhor atendimento das necessidades do elemento humano, mas em que a primazia de realização se deslocaria do Estado para o campo privado, a esfera estatal sendo dele um complemento. Note-se: a cooperação pode ser manejada como instrumento de equalização de importância de ação, pública e privada (o que é salutar, desde que sem servilismo), ou pode ser manipulada, para fixar a capacidade de ação na iniciativa privada, com negação de espaço aos agentes públicos estatais (o que não se pode admitir, seja no toante, particularmente, a deveres estatais, seja diante da expressão conceitual do cooperatismo).

Neste trabalho, pensa-se que o princípio da subsidiariedade, na contemporaneidade da reforma administrativa, não tem sido concretizado com toda sua extensão teórica, mostrando-se desfigurado. As idéias que ele embute, como antes já se esclareceu, são, ou de acessoriedade de ente diante do dever próprio de outrem, ou a de compartilhamento e de cooperação, não de absenteísmo. A dizer, considerada a relação entre Estado e sociedade civil, o ente estatal não deixa de existir, nem perde sua relevância, apenas comparticipa, com as entidades da sociedade civil, as vias de ação, mantendo, demais disso, o cumprimento dos seus deveres, assim compreendidos, especiamente, os definidos pelo Documento Magno do Estado. O que o Estado não deve é sufocar a iniciativa social, mas deve com ela se relacionar, seja em termos de suprir as lacunas que ela não consiga preencher, quando caiba efetivamente, como obrigação, à sociedade civil, preenchê-las, seja

em termos de colaboração agregadora. Concretamente, o que se depreende, ainda que em alguns momentos de forma dissimulada, subliminar, é a defesa, com base nesse princípio, do abstencionismo estatal. Assim, quando se qualifica o Estado de subsidiário, atribui-se à denominação exatamente a ênfase de algo prescindível, que age apenas quando a sociedade civil não realiza ou faz insuficientemente, sendo, portanto, dispensável, quando haja prestadores particulares. Essa idéia até pode encontrar sustentação **no âmbito das atividades de mercado**, em que o lucro é o alvo (mas, mesmo nesse campo, não se deixa de admitir – exceto quando se acredita na natural tendência à estabilidade do mercado – a intervenção do Estado para fins de garantia da sanidade da economia, reprimindo situações anti-concorrenciais e mantendo um mínimo de equilíbrio nas relações de consumo). Contudo, **no campo das prestações de caráter preponderamente social** (a exemplo **da saúde e da educação**, embora também prestáveis economicamente), associadas às necessidades fundamentais dos cidadãos – inclusive permitindo a cidadania em suas outras dimensões –, tradicionalmente fornecidas pelo Estado como serviço público, por concretizarem a razão de ser da instituição, segundo seu padrão evoluído, e por constarem nas normas jurídicas de regência, especialmente as constitucionais, como deveres estatais, a despeito de também deferidas à iniciativa privada, não é possível falar de um Estado subsidiário, no sentido de secundário ou superável. Com esse significado, subsidiária é a participação da iniciativa privada, que completa a obrigatória atuação estatal. Por outro lado, quando se consorcia a subsidiariedade com a parceria, Estado e sociedade civil são postos lado-a-lado, com iguais possibilidades contributivas, não cabendo propriamente falar de acessoriedade em relação a algum deles, muito menos em substitutividade do Estado pela sociedade civil (ou vice-versa, caso se faça questão de enfatizar). Consenqüentemente, criações legislativas de caráter meramente substitutivo (como a instituição de organizações sociais, de natureza privada, para a prestação de serviços de incumbência de entidades públicas, que se extinguem simultaneamente) não se coaduam com a dimensão teórica do enunciado da subsidiariedade. Talvez essa torcedura de sentido, do subsidiário-partilha-pluralismo ao subsidiário-exclusão-unicidade, se dê, de modo inocente, como forma de oposição a um modelo de Estado que se entende tirânico, que não deixa os particulares sequer respirarem, para enfatizar um processo de democratização, com tudo de positivo que a palavra democracia represente, no sentido mais corriqueiro. Mas preocupa a possibilidade de uma manipulação do conceito para justificar, ao revés, o despotismo do individualismo, do particularismo, que, diga-se, corresponde a um aspecto mais próximo da ideologia reinante da liberdade de mercado, da

liberdade de valores, da liberdade de formação, da liberdade política, quase uma permissibilidade total, apenas não se permitindo o que possa descontrolar a economia ou prejudicar os seus tão diligentes, dedicados e bem-intencionados agentes.

Esse aspecto tem particular relevância quando se considera a origem da organização política moderna. Não se é ingênuo para acreditar que a concepção do Estado não esteja imbricada às forças políticas e econômicas do momento histórico formativo, sendo esse o modelo que melhor atendia, na ocasião, aos propósitos dos que buscavam dominar. Mas, também não se é tão cético para desconsiderar que o Estado terminou por absorver uma expressiva função social, o que até esclarece os atuais discursos em prol de sua redução, exatamente pelas classes dominantes, que se vêem obrigadas a dividir a riqueza possível. Realmente, para além de ter funcionado na contenção da violência e de ter sido percebido como garantidor dos direitos individuais ditos fundamentais de matriz burguesa, o Estado passou a ser reputado guardião do interesse público, o que representou um grande avanço, consolidado com a enunciação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que, no momento presente, é "coerentemente" execrado, ao fundamento de que o indivíduo foi transformado em uma "coisa", "um objeto manipulado pela sociedade"[398]. Importante que se diga que não se está defendendo um modelo hegeliano de Estado – em que os indivíduos só fazem sentido enquanto integrados nessa estrutura abstrata[399] –, mas sim o Estado que se veste de protetor do interesse público – pois, isso sim, os indivíduos somente revelam significação, quando vistos em sociedade, todos eles sendo titulares de direitos de dignidade a serem satisfeitos, concorrendo todos para tanto[400]. Nesse sentido, expressivas as palavras de Alain SUPIOT:

> As 'leis da economia' presumem a existência de um mundo onde cada qual esta seguro de sua identidade. Mas o mito ocidental de uma sociedade reduzida a uma poeira de indivíduos racionais que maximizam seu interesse desconhece os dados básicos da antropologia. **A razão humana nunca é um dado imediato da**

[398] Cf. BELL, Daniel. **The end of ideology**: on the exhaustion of political ideas in the fifties. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 24.

[399] Cf. HEGEL, F. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores, 1990. p. 224 *et seq*. Especialmente da obra, é de se referir: "[...] Se o Estado é o espírito objectivo, então só como membro é que o indivíduo tem objectividade, verdade e moralidade [...]" (p. 225).

[400] Não se está retirando a importância do auto-conhecimento, da integridade individual, da pessoa enquanto "eu", mas acredita-se, ainda que isso seja uma compreensão leiga (não se tem qualquer formação em psicanálise, psicologia, antropologia ou afins), que a percepção do "eu" não prescinde do "outro", que o "eu" se realiza em função do que pode se materializar para o "outro" e do que o "outro" pode se revelar para o "eu". Cf. ORTEGA Y GASSET, José. **O homem e a gente (inter-comunicação humana)**. Tradução de J. Carlos Lisboa. 2. ed. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1973. O professor Nelson SALDANHA, sobre o indivíduo, diz que "nunca é apenas uma unidade" (SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**: o privado e o público na vida social e histórica. 2. ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Atlântica, 2005. p. 11).

> **consciência: é o produto das instituições que permitem a cada homem dar sentido à sua existência, que lhe reconhecem um lugar da sociedade e permitem-lhe expressar seu talento próprio**. [...][401].

Destaca-se, pois, o conceito de interesse público, que, embora juridicamente indeterminado e altamente complexo, é passível de uma delimitação mínima. Pereira do REGO falava que ele é "fonte da razão governamental"[402]. Para ALESSI, o interesse público corresponderia ao interesse coletivo primário, ou seja, "no es un interesse subjetivo, propio de un sujeto determinado, sino un interés de la colectividad genérica e indeterminada"[403]. Em CAETANO, tem-se a distinção entre o coletivo e o geral: "a necessidade sentida individualmente tem carácter colectivo quando cada um a sente por ser membro da colectividade. Não basta pois que seja geral, é preciso que seja uma conseqüência da vida colectiva"[404]. Celso Antônio Bandeira de MELLO também atenta para a idéia do todo, que não se restringe à soma dos "uns", mas que revela uma "'função' qualificada dos interesses das partes", conceituando o interesse público como "o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos **pessoalmente** têm quando considerados **em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem**"[405]. Como integrantes da sociedade (o todo) – e se impregnando de sentido em função dessa pertinência –, os homens (as partes) detêm direitos (em correspondência com deveres, até em função da bilateralidade atributiva do direito), alguns dos quais diretamente relacionados com essa inerente socialidade – a exemplo do direito ao meio ambiente equilibrado –, outros de feição mais individualizada (mas, ainda, assim, vinculados ao cerne social) – como é o caso o direito de propriedade, devendo ela, entretanto, cumprir a sua função social. A consciência dessa base comum a todos os homens permite compreender o interesse público, que não deve sucumbir ao interesse atomizado. Entre a satisfação pessoal de um (ou de alguns), em detrimento do bem-estar do todo (inclusive, presuntivamente, desse um ou alguns integrantes), não há como optar pelo primeiro, sem que isso implique dissolução social. Não se trata de deificar o Estado, portanto, mas de exigir que ele se concretize e se mantenha enquanto organização de interesse público.

---

[401] SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 193-194 (negritos acrescidos).

[402] REGO, Vicente Pereira do. **Elementos de direito administrativo brasileiro**: comparado com o direito administrativo francês, segundo o methodo de P.Pradier-Foderé. Recife: Typographia Universal, 1857, t. 1. p. 06.

[403] ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Traducción de Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970, t. II. p. 369.

[404] CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 3. ed.rev.ampl. Coimbra: Coimbra Editora, 1951. p. 522 (nota de rodapé nº 1)

Finalmente, cumpriria, nesse ponto, analisar a asseveração de que menos Administração Pública não significaria menos Estado[406], não havendo motivo para receio, quanto à perda de grandeza da primeira, em relação às obrigações impostas ao Estado diante do interesse público. Se a afirmação faz algum sentido, haja vista que não se poderia confundir uma função do poder, com o poder mesmo, em vários outros ângulos ela não se afina com os discursos recentes. Não é apenas o Estado Administrante que deveria ser redimensionado, segundo as vozes reformistas. O Estado Legiferante sofre – embora em menor intensidade (considerada, sobretudo, a realidade brasileira), dado o resistente princípio da legalidade, com a sua decorrência de vedação aos regulamentos autônomos – com as propostas de flexibilização e a imposição de outras fontes de regulação. O Estado Judicante, de igual modo, tem passado por reformulações, *ex vi* da recém constitucionalizada Reforma do Poder Judiciário (Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004), pois se diz praticamente inexistente a prestação jurisdicional de resultado, emergindo formas alternativas de solução de conflitos, como a arbitragem, inclusive estendida a ponto de alcançar direitos consagradamente indisponíveis[407]. É, siga-se, o próprio tipo de organização política – o Estado – que se diz extenuado. No mínimo, o Estado de molde maior deveria ser suplantado pelo de corpo menor, ou, então, deveria ter o seu funcionamento equiparado ao das empresas privadas, vistas como extremamente bem sucedidas (algumas, até sejam) numa economia de livre mercado. Nega-se, com isso, a essência do próprio Estado:

> [...] A diferença entre o Estado e a empresa é menos uma questão de estrutura do que de uma de Referência. O Estado é referido a valores qualitativos, suprapatrimoniais; ele é encarregado do destino dos homens e seu horizonte é o tempo longo da vida dos povos. A empresa é referida a valores quantitativos, patrimoniais; é encarregada da realização de produtos ou de serviços e seu horizonte é o tempo curto dos mercados. É isso que deixa tão apavorante a idéia, hoje difundida, de que se deve administrar o Estado como se administra uma empresa e

---

[405] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 53 (negritos do original).

[406] Cf. VERA, José Bermejo. Privatización y el nuevo ejercicio de función pública por particulares. In: MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo (coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Una evaluación de las tendencias del derecho administrativo. Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Anais do Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 404.

[407] Veja-se o art. 11, III, da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que trouxe à vida as parcerias público-privadas. Sobre o assunto, v. SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005; POLTRONIERI, Renato. **Parcerias público-privadas e a atuação administrativa**: reflexões sobre a instituição de parcerias entre a Administração Pública e o setor privado e os contratos administrativos aplicáveis a esta forma especial de concessão de serviço público. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005; e CRETELLA Neto, José. **Comentários à lei das parcerias público-privadas – PPPs.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

> que não há diferença de natureza entre o poder econômico, o poder político e o poder administrativo[408].

### 3.3. A aclamação da eficiência como elemento de legitimação do Estado.

A observação que finaliza o tópico anterior dá conta da idéia que se tem procurado fazer valer, na atualidade: a Administração Pública, do Estado centralizador, é ineficiente; o mercado, de realidade livre, é eficiente; portanto, faça-se o Estado Administrador à semelhança do mercado, desvencilhando-o dos entraves autoritários e favorecendo o contratualismo entre os diretamente interessados, para tornar o Estado Administrante tão eficiente quanto o mercado, como exigido pelos reclamos da sociedade, até agora, desassistida e emudecida, mas que se pretende satisfeita e participativa. Bresser PEREIRA, sobre a reforma da Administração Pública brasileira, diz que ela é "gerencial porque busca inspiração na administração das empresas privadas, e porque visa dar ao administrador público profissional condições efetivas de gerenciar com eficiência as agências públicas"[409].

Dar-se-ia, então, na visão de SUPIOT, a substituição da concepção de "governo soberano" pela de "governança eficaz"[410]. Para o autor, a gravidade dessa situação está no fato de que ela implicaria uma inversão de consideração, no sentido de que se abandonaria a concepção de "governo dos homens" e se divinizaria a "administração das coisas":

> [...] de um lado, reduzindo o Direito ao estado de uma técnica vazia de sentido, que nada teria a dizer sobre os valores e deveria ser julgada, como a norma técnica, pela extensão de sua eficácia; e, de outro, colocando a normatização tecnocientífica do 'recurso humano' no âmago de seu sistema de valores[411].

De fato, uma das primeiras lições que se aprende no curso de direito é, exatamente, a diferença entre normas éticas e regras técnicas, para fins de enquadramento do direito no âmbito das primeiras e de caracterização das normas jurídicas. A distinção se dá, fundamentalmente, a partir do elemento da superação pela não obtenção dos resultados

---

[408] SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 219.
[409] PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A reforma gerencial de 1995. In: CASTOR, Belmiro Valverde Jobim *et al*. **Burocracia e reforma do Estado**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. p. 42. (Cadernos Adenauer II, 3).
[410] Cf. SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 184.

pretendidos (descarte por ineficiência). Assim, ilustrativamente, a modalidade de construção de edifícios sem pilotis (forma caixão) é tida como regra técnica sobrepujada por sua inutilidade, haja vista a quantidade significativa de edificações desse modelo que têm apresentado problemas estruturais. De igual modo, ter-se-ia a abolição de uma espécie de vacina que não viesse a imunizar a pessoa a quem fosse ministrada. Por outro lado, entretanto, justamente por estar fundada em um valor, a norma jurídica que tipifica como crime "matar alguém" não poderia ser revogada diante do número alarmante de homicídios no Brasil. Nesse caso, a não produção do resultado esperado – a proteção ao bem jurídico vida – não pode ser entendida como inutilidade do preceito normativo, porquanto esse (ainda) é visto como representativo de um conjunto de qualidades humanas desejáveis na sociedade atual. Quando, portanto, se enfatiza a eficiência a todo custo, a utilidade da prestação, independentemente dos caminhos seguidos para alcançá-la, teme-se pelo descompromisso com os valores progressivamente cristalizados. Sobre a relação eficiência/valor, Daniel BELL apresenta exemplificação significante:

> In New York, the new Thruway pushing down from New England came smack up against the old Huguenot cemetery at New Rochelle, the burial place of the French founders of the town; should the Thruway be diverted, or the cemitery moved? In England, a new fleet of square-topped, double-decker buses found themselves unable to proceed through the ancient Gothic arch of a historic town wall; should the vault be rebuilt, the double-deckers scrapped, or the buses rerouted some distance in miles? In New York, the cemetery was removed; in England the buses rerouted. Each choice reflected the contrasting values of the society[412].

Em que pese a crítica, que não se poderia postergar, é de se desenvolver melhor a temática, partindo da conceituação de eficiência, já que SUPIOT utilizou o adjetivo "eficaz" (não eficiente), impondo-se, destarte, a diferenciação, para efeito de precisão terminológica.

Há quem assevere: "O termo 'efetividade' refere-se à qualidade do que é efetivo e que se manifesta por seu efeito real e positivo. Vera Corrêa, de modo muito apropriado, a considera como o resultado que a ação pública traz para a sociedade, distinguindo *eficiência*

---

[411] SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 185.

[412] BELL, Daniel. **The end of ideology**: on the exhaustion of political ideas in the fifties. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 228: "Em Nova Iorque, o novo Thruway arremetendo da Nova Inglaterra veio bater contra o velho cemitério huguenote de Nova Rochelle, o local fúnebre dos fundadores franceses da cidade; deveria o Thrunway ser desviado, ou o cemitério removido? Na Inglaterra, uma nova frota de elevados, autocarros de dois andares mostraram-se inaptos a prosseguirem através do antigo arco gótico de uma muralha de uma cidade histórica; deveria a abóbada ser reconstruída, os duplo-andares remetidos ao ferro velho, ou os autocarros terem os seus itinerários desviados a algumas milhas de distância? Qual seria o caminho racional em cada caso? Em Nova Iorque, o cemitério foi removido; na Inglaterra os autocarros tiveram a rota revisada. Cada escolha refletiu os valores contrastantes da sociedade" (tradução livre).

(otimizar os recursos existentes) de *eficácia* (atingir os objetivos organizacionais)"[413]. Efetividade, nesse trecho, transparece como o que outros autores chamam de eficácia social[414]. No dicionário jurídico, depreende-se que efetividade designa, genericamente (a par de sua polissemia), o que está em atividade, o que está vigente, o que está se exercitando, ao passo que a eficácia, derivando "do latim *efficacia*, de *efficax* (que tem virtude, que tem propriedade, que chega ao fim), compreende-se como a *força* ou *poder* que possa ter um *ato* ou um *fato*, para produzir os desejados efeitos"[415]. Sobre a eficiência, José Afonso da SILVA destaca não se tratar ele de um conceito jurídico, mas sim econômico – "não qualifica normas, qualifica atividade" –, compreendendo que "o *princípio da eficiência*, introduzido no art. 37 da CF pela Emenda Constitucional 19/1998, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo"[416]. Entretanto, essa caracterização da eficiência, pela transposição de seu conteúdo significante do mundo econômico para o jurídico, não seria tão fácil:

> A dificuldade está em transpor para a atividade administrativa uma noção típica da atividade econômica que leve em conta a relação *input*/*output* (insumo/produto), o que na mais das vezes não é possível aferir na prestação do serviço público, onde nem sempre há *output* (produto) identificável, nem existe *input* no sentido econômico. [...].
> [...] a *eficiência administrativa* se obtém pelo melhor emprego dos recursos e meios (humanos, materiais e institucionais) para melhor satisfazer as necessidades coletivas, num regime de igualdade dos usuários [...][417].

Realce-se que outros autores preferem enfatizar outros aspectos. FRANÇA, por exemplo, entende:

---

[413] ROSA, Denis. Ação de governo local e o dilema efetividade-eqüidade. **Revista de Sociologia e Política**, n. 22, jun., 2004. p. 217 (itálicos do original).

[414] Cf. BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (coord.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao professor J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 442. Marcelo DANTAS entende, por efetividade da lei, a "adequação de seu comando a uma circunstância que define a *expectativa* ou *probabilidade* de sua aplicação real" (DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Existência, vigência, validade, eficácia e efetividade das normas jurídicas. **Revista da Procuradoria Geral da República**, n. 2. p. 168).

[415] "Efetividade" e "eficácia" (verbetes). In: SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. II. p. 138. O mesmo consta de SIDOU, Othon (org.). **Dicionário jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 296.

[416] SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 337. Sobre o conceito de eficiência, v. LANE, Jan-Erik. **New public management**. London: Routledge, 2000. p. 60-62. Tratando da eficiência no campo da teoria organizacional, LANE equaciona: "efficiency = benefits/costs" ("eficiência = benefícios/custos" – tradução livre), decorrendo da combinação de produtividade (*output*/custos) com efetividade (benefícios/*output*). O mesmo autor apresenta os conceitos de *X-efficiency*, para designar o uso de *inputs* que maximizam os *outputs*, e de *X-capacity*, para destacar a habilidade institucional que permite, simultaneamente, a redução dos custos e a obtenção da mais alta otimização na relação entre *outputs* e *inputs*.

> Há respeito à eficiência quando a ação administrativa atinge materialmente os seus fins lícitos e por vias lícitas. Quando o administrado se sente amparado e satisfeito na resolução dos problemas que leva ininterruptamente à Administração. O princípio da eficiência administrativa estabelece o seguinte: toda a ação administrativa deve ser orientada para a concretização material e efetiva da finalidade posta pela lei, segundo os cânones do regime jurídico-administrativo[418].

De todo modo, é plausível a opção pelo emprego do adjetivo "efetivo" para designar o ato em exercício, no seu desdobramento normal em direção à concretização dos efeitos; da expressão "eficaz" para informar a aptidão para a produção de resultados; e, por fim, da terminologia "eficiente" para exprimir o instrumental que concentra o padrão ótimo de realização dos mais satisfatórios resultados.

É certo que a eficiência da atuação estatal contribui significativamente com a sua percepção como instância legítima. Poder legítimo é, de forma simples, mas suficiente, "aquele que mostra uma razão na qual acreditamos"[419]. Lucio LEVI conceitua a legitimidade como "um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela siginificativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos", tornando possível a transformação da obediência em adesão[420]. Da Escola do Recife, o professor João Maurício ADEODATO, estudando especificamente o fenômeno, a partir da leitura de Hannah ARENDT, salienta que "a legitimidade pode ser vista como termômetro indicador da adequação (ou inadequação) entre o que os destinatários das normas esperam e desejam seja decidido pela ordem em vigor e o que esta efetivamente decide"[421]. Especificamente, a satisfação das necessidades que decorre da atuação eficiente faz com que os beneficiados propugnem pela permanência da instituição prestante e se submetam ao seu domínio, ainda que isso implique restrições, que se reputam justificadas, porquanto "bem utilizadas". No entanto, diga-se que, se, genericamente, a ênfase desmedida na eficiência, resulta na conversão das normas éticas em regras técnicas, como antes se acentuou, a superestimação, especificamente, da eficiência econômica, na Administração Pública, relega, de modo temerário, outros juízos que deveriam fazer parte, necessariamente, da ponderação no âmbito de atividades de interesse público, a exemplo da

---

[417] SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 337.
[418] FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 220, abr./jun., 2000. p. 168.
[419] SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 182.
[420] LEVI, Lucio. Legitimidade (verbete). In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varialle *et al*. 11. ed. Brasilia: UNB, 1998, v. 2. p. 675.

eqüidade[422], de tal modo que prejuízo para a legitimidade pode derivar da lacuna pertinente ao discernimento desprestigiado. A legitimitação, portanto, não pode ser simplesmente atribuída à eficiência, muito menos na sua limitada vertente econômica, concernindo à questão mais complexa.

A "febre" de eficiência foi aquecida com a já comentada *New Public Management*, ou "Nova Gestão Pública", identificada como parte de uma grande "revolução gerencial", alimentada pela teoria dos jogos e pela disciplina *law and economics*[423]. Sobre a teoria dos jogos, diz-se de uma postura estratégica, nas relações intersubjetivas (de interação), para a obtenção sempre dos melhores resultados, sopesadas as várias possibilidades envolvidas na atuação dos agentes (jogadores), consideradas no momento decisório. Acerca da disciplina *law and economics*, assevera-se o entendimento no sentido da sensibilidade quanto à impacção econômica de posições não afetas originariamente ao campo econômico, de modo que a reverberação nesse âmbito possa ser estimada, dirigindo a tomada de decisões. Trazendo, em seu arcabouço teórico, noções desenvolvidas pelos economistas da *Chicago School Economics*, a *New Public Management* recomenda uma nova forma de gerir o setor público, com eficiência, a dizer, com rejeição do modelo weberiano, fundado, substancialmente, na burocracia. Nesse ponto, cumpre mencionar que seus teóricos enxergam, na doutrina, atribuindo-lhe neutralidade, a possibilidade de sua utilização para fins de fortalecimento do *Welfare State*, a partir de uma nova compreensão de eficiência, mesmo porque a esfera pública continua relevante, ou seja, "NPM does not advocate that the private sector teke over the allocation of services from the public sector, but that the public provision of services be managed differently"[424]. Essa forma diferenciada de gestão se oporia ao padrão burocrático.

Destarte, não há como deixar de estudar a percepção desenvolvida por Max WEBER (1864-1920) – contextualizada no momento imperialista por ele vivenciado, na burocracia prussiana por ele analisada e sem esquecer ter sido ele um dos partícipes da

---

[421] ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade**: no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1985. p. 02.
[422] Cf. LANE, Jan-Erik. **New public management**. London: Routledge, 2000. p. 06.
[423] Cf. LANE, Jan-Erik. **New public management**. London: Routledge, 2000. p. 03. Afirma que "the concept of efficiency is one of the fundamental concerns for all theories about the public sector" ("o conceito de eficiência é um dos assuntos fundamentais para todas as teorias sobre o setor público" - tradução livre). Sobre a teoria dos jogos, elucidativo FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**: com aplicações em economia, administração e ciências sociais. 2. ed.rev.atual. 2. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
[424] LANE, Jan-Erik. **New public management**. London: Routledge, 2000. p. 07: "NPM não advoga que o setor privado tome a alocação de serviços do setor público, mas que a provisão pública de serviços seja gerida de modo diferente" (tradução livre).

redação da Constituição de Weimar –, a permitir o cotejo da percepção do *homo burocraticus*[425] com as recentes posições anti-burocráticas.

WEBER parte do conceito de dominação, enquanto "possibilidade de encontrar obediência para ordens específicas (ou todas) dentro de determinado grupo de pessoas"[426], notando a essencialidade do elemento "vontade" ou "interesse" de obedecer, para uma autêntica relação de dominação, e destacando a pluralidade de motivos embasadores desse domínio. Sublinha, o autor, que a dominação busca galgar a legitimidade e que essa pode fundar-se – para se ter três tipos puros de dominação legítima – no caráter racional, na feição tradicional ou no status carismático, dentre as quais se revelaria preponderante o racionalismo, decorrente do processo de desenvolvimento das estruturas sociais, sustentado esse, particularmente, na distinção entre direito público e direito privado, entre "o 'Estado', como portador abstrato de direitos senhoriais e criador das 'normas jurídicas' e todas as 'autorizações' pessoais dos indivíduos"[427]. A dominação racional, ou legal, estaria "baseada na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação"; a dominação tradicional fundar-se-ia "na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições, representam a autoridade"; e a dominação carismática centrar-se-ia "na veneração extracotidiana da santidade, do poder heróico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas"[428]. WEBER enumera, então, as idéias que norteiam a dominação do tipo legal: a) há possibilidade de o direito ser estatuído de modo racional, com imposição de respeitabilidade por todos os que integram a comunidade correspondente e pelos que, no seu âmbito, interajam; b) "todo direito é, segundo sua essência, um cosmos de regras abstratas, normalmente estatuídas com determinadas intenções; que a judicatura é a aplicação dessas regras ao caso particular e que a administração é o cuidado racional de interesses previstos pelas ordens da associação, dentro dos limites das normas jurídicas e segundo princípios

---

[425] Cf. KRAMER, Paulo. Alexis de Tocqueville e Max Weber: respostas políticas ao individualismo e ao desencantamento da sociedade moderna. In: SOUZA, Jessé (org.). **A atualidade de Max Weber**. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. p. 164.

[426] WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: UNB; São Paulo: Impresa Oficial do Estado, 1999, 2004, v. 1. p. 139.

[427] WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: UNB; São Paulo: Impresa Oficial do Estado, 1999, 2004, v. 2. p. 230.

[428] WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: UNB; São Paulo: Impresa Oficial do Estado, 1999, 2004, v. 1. p. 141.

indicáveis de forma geral, os quais encontram aprovação ou pelo menos não são desaprovados nas ordens da associação"; c) quem detém a autoridade para mandar está, igualmente, obrigado a obedecer ao direito; d) a obediência é "ao direito", nos limites das competências definidas, não "ao senhor", e apenas na condição, os obedientes, de integrantes da comunidade. A realização dessas características impõe uma "autoridade institucional", dotada de um quadro administrativo, com sinais específicos, que se denomina burocrático. Para o teórico, a burocracia ou funcionalismo é a "estrutura de *dominação* mais pura dentro do quadro *administrativo*"[429].

O corpo burocrático, nesse enredo, é constituído de funcionários, qualificados pelos seguintes aspectos: são livres, obedecendo apenas às regras objetivas do cargo que ocupam; não são eleitos, são nomeados, segundo sua qualificação profissional (verificada mediante aplicação de provas e/ou aferição de títulos), em respeito à hierarquia em que dispostos os cargos na estrutura; devem observar competências funcionais estabelecidas rigorosamente; percebem remuneração em dinheiro, definida segundo o grau de responsabilidade, a partir do escalonamento dos cargos; ocupam (mas sem apropriação ou confusão) cargos dispostos em carreira, desempenhando a profissão como única ou principal e havendo possibilidade de progressão funcional, por antigüidade ou por merecimento; submetem-se a sistema de controle e sujeitam-se a regras disciplinares[430]. Segundo WEBER, a burocracia é o meio mais racional de dominação (a dominação pelo conhecimento) exatamente porque "nele se alcança *tecnicamente* o máximo de rendimento em virtude de precisão, continuidade, disciplina, rigor e confiabilidade [...], intensidade e extensibilidade dos serviços, e aplicabilidade formalmente universal a todas as espécies de tarefas"[431]. Ainda em termos conceituais, o autor salienta que a burocracia nivela, iguala os interessados, a partir de um exercício impessoal e formalista – *sine ira et studio* e sem arbitrariedade –, por funcionários selecionados por sua qualificação (e não pela propriedade que detêm),

---

[429] WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: UNB; São Paulo: Impresa Oficial do Estado, 1999, 2004, v. 1. p. 143. A burocracia weberiana é tida como próxima à chamada, pelas ciências da administração, de burocracia mecanizada. Cf. MINTZBERG, Henry. **Criando organizações eficazes**: estruturas em cinco configurações. Tradução de Ailton Bomfim Brandão. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 185 *et seq*.

[430] Cf. WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: UNB; São Paulo: Impresa Oficial do Estado, 1999, 2004, v. 1. p. 144.

[431] WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: UNB; São Paulo: Impresa Oficial do Estado, 1999, 2004, v. 1. p. 145 (itálico do original).

promovendo, numa auto-alimentação, uma "democracia de massas"[432]. Entende WEBER, em acréscimo, que "a burocratização é *o* meio específico por excelência para transformar uma 'ação comunitária' (consensual) numa 'ação associativa' racionalmente ordenada"[433], pois assentada no profissionalismo e na ordenação mediante regras. E afirma, sobre os caminhos que podem decorrer do fenômeno burocrático:

> [...] A burocratização e o nivelamento social dentro de grandes formações políticas, especialmente Estados, em conexão com a ruptura dos privilégios locais e feudais opostos a estes processos, realizaram-se, na Época Moderna, muitas vezes em favor dos interesses do capitalismo e até com seu apoio direto [...]. Mas, por outro lado, a burocratização teve também, em alguns casos de grande alcance histórico, e talvez possa ter entre nós, no futuro, um efeito que favorece o interesse da pequena burguesia no 'sustento' tradicional assegurado ou, ao contrário, o efeito de um socialismo estatal que restringe as oportunidades de lucro privadas [...][434].

Essa percepção se coaduna com a idéia de que a burocracia não é algo, necessariamente, negativo, ruinoso, como querem fazer acreditar os teóricos reformistas do Estado Administrador. Se é certo que essa forma de ação pode derivar para irregularidades, deformar-se ou ser captada para a realização de interesses próprios ou atomizados – o que é possível de acontecer genericamente, como todos os mecanismos de atuação que se conceber –, por outro lado, pode assumir conformações benéficas ou mais ajustadas aos interesses maiores envolvidos, a partir de uma inegável evolução. Nessa ordem, observe-se a afirmação de Max WEBER, de que, "tendencialmente, a administração burocrática é sempre uma administração que exclui o público", no sentido de que a burocracia se acorberta contra a crítica, criando, por exemplo, o conceito de "segredo oficial"[435]. O pernicioso não poderia ser mais translúcido. Ocorre que, evolutivamente, ao lado dos traços burocráticos da instituição, na visão weberiana em questão, impôs-se a exigência da publicidade, transformando o sigilo em exceção. Os discursos recentes em favor da transparência não podem, assim, ser reputados inovadores, porquanto a constelação de princípios administrativos já é integrada pelo preceito

---

[432] Cf. WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: UNB; São Paulo: Impresa Oficial do Estado, 1999, 2004, v. 1. p. 147.

[433] WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: UNB; São Paulo: Impresa Oficial do Estado, 1999, 2004, v. 2. p. 222.

[434] WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: UNB; São Paulo: Impresa Oficial do Estado, 1999, 2004, v. 2. p. 224.

[435] Cf. WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: UNB; São Paulo: Impresa Oficial do Estado, 1999, 2004, v. 2. p. 225-226.

fundamental da ampla publicidade, que se agregou ao esquema burocrático, aperfeiçoando-o. Ademais, merece referência a consideração de que, "na visão de Weber, líderes políticos testados na disputa eleitoral, nos debates em plenário e na cobrança de resultados à burocracia, poderiam contrabalançar, com o apoio das massas, as tendências mais negativas das máquinas burocráticas governamentais [...]"[436]. De todo modo, devem ser apresentados os principais argumentos dos opositores da burocracia.

Michel CROZIER asseverava, na década de oitenta, mas remontando às impressões por ele captadas desde vinte anos antes:

> [...] nunca se ouviram tantas queixas contra a estupidez ou a arrogância dos burocratas, nunca se reagiu tão veementemente ante os problemas suscitados pela burocracia, como a necessidade da participação e a revolta dos homens ante o peso excessivo imposto pelas disciplinas coletivas[437].

Para o autor referido, como conclusão de suas pesquisas sociológicas, tem-se que, quanto mais burocrática, "menor é a eficácia da organização", na medida em que a burocracia – no sentido, então atual, de "clima de rotina, de rigidez, de opressão e de irresponsabilidade" – "representa o legado paralisante de um passado, no qual prevalecia uma conceituação estreita e limitada dos meios de cooperação entre as pessoas"[438]. É dele a compreensão da impossibilidade de aceitação da organização como máquina, tendo em conta sua composição humana e os problemas relacionados com o exercício do poder entre os sujeitos relacionais, de tal modo que seria mais adequada a visão de um jogo, de uma manobra interesseira na maximização dos resultados em favor de um jogador, com a minimização dos benefícios de outro, uma realidade nitidamente conflitual, bem pouco – ou nada – harmoniosa, porquanto desprestigiadas as oportunidades de comunicação. A mundança dessa situação estaria,

---

[436] KRAMER, Paulo. Alexis de Tocqueville e Max Weber: respostas políticas ao individualismo e ao desencantamento da sociedade moderna. In: SOUZA, Jessé (org.). **A atualidade de Max Weber**. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. p. 183.

[437] CROZIER, Michel. **O fenômeno burocrático**: ensaio sobre as tendências burocráticas dos sistemas de organização modernos e suas relações, na França, com o sistema social e cultural. Tradução de Juan A Gili Sobrino. Brasília: UNB, 1981. p. 01. (Coleção Sociedade Moderna, 2).

[438] CROZIER, Michel. **O fenômeno burocrático**: ensaio sobre as tendências burocráticas dos sistemas de organização modernos e suas relações, na França, com o sistema social e cultural. Tradução de Juan A Gili Sobrino. Brasília: UNB, 1981. p. 06. (Coleção Sociedade Moderna, 2). No mesmo sentido, de autor que segue as mesmas linhas de pensamento de Bresser Pereira, mentor da reforma da Administração Pública n Brasil, tem-se: "[...] a burocracia é um tipo de organização que limita extremamente a liberdade e a espontaneidade dos membros de um empresa [...]. Aburocracia favorece o desenvolvimento de um tipo de personalidade limitada, oposta ao ideal do homem culto [...]. A burocracia é, de resto, incompatível com o homem integral [...]./[...] As virtudes da burocracia são as virtudes do capitalismo: um mundo de dominação e de falta de sentido [...]" (MOTTA, Fernando C. Prestes. **O que é burocracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 32. (Coleção Primeiros Passos, 21)).

destarte, na dependência da construção da "capacidade individual para enfrentar as tensões, capacidade coletiva para organizar e manter jogos baseados em mais intercâmbio e menos defesa"[439]. A palavra, portanto, seria participação: "o homem da organização está procurando uma nova cultura simultaneamente aberta a todos [...] e suficientemente dinâmica para suscitar uma participação criadora, por parte de cada um dos seus membros"[440]. CROZIER identifica na obra de WEBER um grande paradoxo, característico dos autores que trafegariam pelo estudo da burocracia, dizendo que, parte deles, vê a estrutura burocrática como manifestação de um mundo moderno racional e, por isso, superior ("burocracia-organização racional"), ao passo que outros entendem-na como expressão de um processo de escravização dos homens ("burocracia-disfunção"), mas tais raciocínios não se dão, isoladamente, ou seja, ambos os grupos de teóricos acreditariam simultaneamente nos dois efeitos, embora enfatizem um ou outro, o que dará o viés da sua (deles) obra: a burocracia caracteriza as estruturas modernas, centradas na percepção racional, mas tende a expressões anti-democráticas. Reportando-se a Robert MICHELS, sintetiza, o autor em comento: "a ação social somente pode ser exercida através de organizações e, portanto, de burocracias, e a existência de burocracias é incompatível com os valores democráticos, que são os únicos que legitimam a ação social"[441]. Partindo da consideração de que o Estado burocrático e a empresa burguesa se protegiam reciprocamente, na origem, CROZIER nota que isso se dava em desfavor da burguesia, com os seus particularismos, que não conseguia competir com a massificação generalizadora da estrutura estatal burocratizada, nem podia, por outro lado, abrir mão dela[442]. Realça que a ênfase na individualidade e na sua capacidade criadora ressurgiu com a complexificação das relações sociais, que produziu indivíduos sofisticados e que, conseqüentemente, desenvolveu a consciência individual da participação[443]. Analisando a Administração Pública burocrática francesa, o autor vislumbra a emergência de uma crise, em

---

[439] CROZIER, Michel. **O fenômeno burocrático**: ensaio sobre as tendências burocráticas dos sistemas de organização modernos e suas relações, na França, com o sistema social e cultural. Tradução de Juan A Gili Sobrino. Brasília: UNB, 1981. p. 08. (Coleção Sociedade Moderna, 2).

[440] CROZIER, Michel. **O fenômeno burocrático**: ensaio sobre as tendências burocráticas dos sistemas de organização modernos e suas relações, na França, com o sistema social e cultural. Tradução de Juan A Gili Sobrino. Brasília: UNB, 1981. p. 434. (Coleção Sociedade Moderna, 2).

[441] CROZIER, Michel. **O fenômeno burocrático**: ensaio sobre as tendências burocráticas dos sistemas de organização modernos e suas relações, na França, com o sistema social e cultural. Tradução de Juan A Gili Sobrino. Brasília: UNB, 1981. p. 258-259. (Coleção Sociedade Moderna, 2).

[442] Cf. CROZIER, Michel. **O fenômeno burocrático**: ensaio sobre as tendências burocráticas dos sistemas de organização modernos e suas relações, na França, com o sistema social e cultural. Tradução de Juan A Gili Sobrino. Brasília: UNB, 1981. p. 400-401. (Coleção Sociedade Moderna, 2).

[443] Cf. CROZIER, Michel. **O fenômeno burocrático**: ensaio sobre as tendências burocráticas dos sistemas de organização modernos e suas relações, na França, com o sistema social e cultural. Tradução de Juan A Gili Sobrino. Brasília: UNB, 1981. p. 414. (Coleção Sociedade Moderna, 2).

particular quando se depara com o Estado prestador de serviços para os cidadãos, e que ele revela nos seguintes termos:

> [...] Essa pressão [de mudança] é devida ao crescimento natural das funções públicas e à demanda cada vez mais irresistível de todas as coletividades, de serviços administrativos. Essa tendência altera a relação tradicional entre o Estado e o cidadão. Este, que antigamente recusava qualquer intervenção do Estado, reclama agora cada dia mais insistentemente seus serviços. Mas já não se trata mais do mesmo Estado nem da mesma Administração. As atividades de serviço têm preferência sobre as de controle, e essa evolução acarreta a criação contínua de novos papéis que não mais se integram no esquema tradicional e destroem seu equilíbrio. Em virtude de sua excessivamente grande extensão, o sistema chega a desintegrar-se. Os processos de especialização e diferenciação que começam a impor-se, não podem conciliar-se, a não ser de forma muito imperfeita e a curto prazo, com a lógica da centralização [...][444].

Michel BARZELAY, outro representativo teórico que discute a burocracia, fala em um "paradigma pós-burocrático", concebendo-o a partir dos resultados empiricamente demonstrados com o programa *Striving toward Excellence in Performance*, do estado norte-americano de Minnesota[445]. Entende que o enfoque deve ser deslocado da estrutura burocrática para a figura do "cliente". Esse deslocamento permitiria, entre outras mudanças, a superação da perspectiva estrutural pela do destinatário da prestação, bem como ensejaria a ultrapassagem da definição pela quantidade de recursos e atividades controlados, emergindo a delimitação a partir dos resultados alcançados. Além disso, o rotineiro seria substituído pelo criativo; os planos impostos, pela comunicação revisionista e estratégica[446]. Acrescenta que, a alteração do modelo – do burocrático ao pós-burocrático – far-se-ia, especialmente, com o decaimento do que se consideraria como retórica do interesse público, dando espaço à idéia de resultados esperados pelos cidadãos. Sublinha, o teórico em questão, que a eficiência abraçada pelo padrão burocrático não se poderia manter, haja vista que não incluía o conceito de produto, limitando-se a informar a definição de funções e responsabilidades, em auto-fechamento. Em seu lugar, a gestão eficiente passaria a designar a que ostentaria rendimentos,

---

[444] CROZIER, Michel. **O fenômeno burocrático**: ensaio sobre as tendências burocráticas dos sistemas de organização modernos e suas relações, na França, com o sistema social e cultural. Tradução de Juan A Gili Sobrino. Brasília: UNB, 1981. p. 432. (Coleção Sociedade Moderna, 2).

[445] Cf. REYES, Héctor Martínez. Estudio introductoria. In: BARZELAY, Michael. **Atravesando la burocracia**: una nueva perspectiva de la Administración Pública. Traducción de Jorge Ferreiro. México: Fondo de Cultura Econômica, 2000. p. 08.

[446] Cf. BARZELAY, Michael. **Atravesando la burocracia**: una nueva perspectiva de la Administración Pública. Traducción de Jorge Ferreiro. México: Fondo de Cultura Econômica, 2000. p. 47.

isto é, a que produziria resultados, num processo de abertura. O autoritarismo da burocracia cederia aos espaços de discussão e definição conjunta da atuação administrativa[447].

Eis o referencial teórico de base da *New Public Management*, que propõe a superação da *traditional public governance* ("governança pública tradicional") pela *modern public governance* ("governança pública moderna"), para permitir o alcance da eficiência, diferenciadas, essas modalidades de pensar a Administração Pública, pelos seguintes aspectos[448]:

| ***Traditional public governance* (governança pública tradicional)** | ***Modern public governance* (governança pública moderna)** |
|---|---|
| (1) Emphasis upon politics (ênfase na política) | (1') Emphasis upon getting the job done (ênfase no alcance da realização) |
| (2) Use of public law mechanisms: (a) bureau; (b) public enterprise (uso de mecanismos de direito público: burocracia; empresa pública) | (2') Use of private law instruments: (a) the contract; (b) tendering/bidding (uso de instrumentos de direito privado: o contrato; proposta/ordenação) |
| (3) Separation between public and private players (separação entre os jogadores público e privado) | (3') Levelling the playing field (nivelamento dos campos de jogo) |
| (4) Separation between allocation and regulation (separação entre alocação e regulação) | (4') Integration of allocation and regulation (integração de alocação e regulação) |

Duas considerações críticas podem ser formuladas. A primeira concerne ao fato de que os opositores da burocracia fazem questão de olvidar aspectos positivos que advêm dessa manifestação organizacional (ainda que isso não tenha sido pretendido pelos teóricos originais), a exemplo da impessoalidade e da segurança, que permitem o tratamento igualitário dos cidadãos, sem preferências ou detrimentos, com um mínimo de certeza em relação às regras aplicáveis e às posturas esperadas. De fato, ao enfatizar o profissionalismo, a escolha neutral dos funcionários, através de critérios objetivos de qualidade, bem como o tratamento uniforme dos destinatários das prestações – uniformidade que não deveria ser lida como descompromisso com as particularidades difereciadoras, mesmo porque o tratamento igual pressupõe igualdade de situações, desigualandado-se as medidas, em função das

[447] Cf. BARZELAY, Michael. **Atravesando la burocracia**: una nueva perspectiva de la Administración Pública. Traducción de Jorge Ferreiro. México: Fondo de Cultura Econômica, 2000. p. 176-196.
[448] Tabela constante de LANE, Jan-Erik. **New public management**. London: Routledge, 2000. p. 37. Tradução livre acrescida entre parêntesis para facilitar a leitura.

disparidades verificadas[449] –, as teorias burocráticas contribuem na construção do princípio da impessoalidade, mas também do preceito da moralidade, na medida em que se selecionam os prestadores pelo que sabem e não pelo que têm, bem como se atendem os destinatários em função das suas necessidades e não das suas relações de amizade/inimizade com os integrantes da estrutura prestacional. De outro lado, não se pode esquecer que a adesão às leis e aos regulamentos impede comportamentos arbitrários – e para isso se concebeu o princípio da legalidade –, de modo que flexibilidade em níveis menores é justificada, e mesmo compensada, pela segurança na resposta. A segunda crítica diz respeito à falsa impressão de que a burocracia é um fenômeno restrito ao Estado, não verificável no âmbito privado, que, portanto, seria, o campo privado, mais eficiente, por ter que se realizar com menos embaraços. De fato, não é verdadeira essa ilação. Constata-se, historicamente, que "nenhuma grande empresa incorporada, com uma rede mundial de agências, correspondentes, mercados distribuidores, fábricas e investidores, podia existir sem confiar nos serviços de um paciente exército de empregados na metrópole [...]"[450]. GALBRAITH, nesse tocante, de igual forma salienta, para ilustrar, que o sucesso de uma grande sociedade anônima depende de uma burocracia, e nega a tese de que "a burocracia e as realizações burocráticas existem no governo, não no mundo empresarial", chamando-a de fraudatória:

> Ignorando a realidade, a empresa moderna condena a palavra 'burocracia'. É coisa do governo. A administração empresarial, termo que se costuma tomar como referência, tem um tom ativista. Os membros da estrutura empresarial podem ser desnecessários, ineptos, egoístas, mas não são burocratas. Em organizações governamentais, decisões coletivas, ações demoradas e menos competentes são normais; é a burocracia. Mas não na indústria privada. Mais uma manifestação de fraude quase toda inocente[451].

A estrutura burocrática, assim, é necessária e útil, quando empregada, em especial, para fins de realização dos valores sociais, retratados, em particular, no Texto Constitucional. Por certo que essa afirmação não significa concordância ou indiferença com estruturas mal organizadas, repetidoras de procedimentos arcaicos e demorados, que não cumprem o papel destinado à burocracia, no seu sentido inicial, não pejorativo, o de fazer

---

[449] V. referencial estudo de MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 14. tir. São Paulo: Malheiros, 2006.

[450] MUMFORD, Lewis. **A cidade na história**: suas origens, transformações e perspectivas. Tradução de Neil R. da Silva. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 577.

[451] GALBRAITH, John Kenneth. **A economia das fraudes inocentes**: verdades para o nosso tempo. Tradução de Paulo Anthero Soares Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 40-41. Segundo o autor, prefere-se utilizar a expressão administração, mas para designar a mesma realidade burocrática, apenas de modo maquiado. V. p. 43.

andar a máquina pública (e a privada, de igual forma) para o perfazimento de resultados proveitosos. O criticável na realidade burocrática não é a burocracia em si, mas o seu inadequado funcionamento por pressão de elementos não-burocráticos, e isso foi percebido pelos teóricos que fizeram notar o cancro derivado da captação da burocracia por determinadas classes ou categorias de pessoas.

### 3.4. O público, o privado e o terceiro como opção.

A reforma do Estado Administrante parte, outrossim, de dois pressupostos, que se ligam intimamente: do decaimento da distinção rígida entre público e privado e da leitura do público não estremado no estatal.

A dualidade entre o público e o privado é sentida desde muito cedo, está presente nas lembraças mais remotas que os homens têm de suas vidas[452]. Assim, muito pequeninos, já sabem eles que algo, do que se pode fazer em casa, não se estende ao possível de realizar na rua. Tal sentimento se confirma e se espraia ao longo dos tempos. A casa, representando o espaço mais íntimo, de recolhimento ou de contato com os outros-próximos, de repercussão subjetivamente limitada (e, por conta disso, admitindo uma permissibilidade maior); a rua, o âmbito de aproximação com os outros-desconhecidos (e conhecidos), de realização propagada em termos subjetivos (e, em razão disso, com um nível permissório menor). A distinção também se tem apresentado a partir da divisão de funções ou tarefas desempenhadas pelos homens: a produção no âmbito doméstico para garantir a sobrevivência própria e dos dependentes e as relações familiares delimitam o campo privado; a participação política na definição do destino de todos que integram o grupo social, o espaço público. Em visão mais mercadológica, a instância privada se atrela às atividades em que se tenha preponderamente o intuito lucrativo, em que o indivíduo, isoladamente considerado, desponta por ter a faculdade de interagir ou não (atuação econômica dos particulares, no mercado, não propriamente a economia, pois essa tem um sentido mais geral, com alcance mais dilatado), ao passo que o público utiliza-se para designar o espaço em que o lucro, em termos econômicos[453], não tem

[452] Estão sendo considerandas, aqui, apenas para iniciar as discussões, as memórias de infância dos homens, mais particularmente dos nascidos há trinta anos, por ser essa a realidade empiricamente conhecida pelo autor deste estudo, que sabe ser essa uma compreensão bem mais antiga.

[453] "**Lucro**. Em economia, retorno ao capital e/ou à capacidade empresarial sobre e a mais que o lucro normal. Em contabilidade comercial, receitas menos custos" (WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald.

relevância na definição dos programas de atuação, pois outros seriam os escopos a alcançar, bem como em que a integração necessária de todos os indivíduos se dá como conseqüência inevitável da vida em sociedade (o social). Em termos mais simplistas, o público envolve o que interessa a todos (sendo uma região aberta); o privado, o que interessa a um ou alguns limitadamente (região reputada fechada). Por palavras, Nelson SALDANHA assinala: "[...] teremos em um sentido a cama e a mesa, a poesia lírica, o direito privado, a psicologia, o médico da família, o jogo de cartas. Em outro, o comércio, a forca, a saúde pública, a burocracia, os bancos, o direito público, o circo, a poesia épica [...]"[454].

Historicamente – a dizer, em estudos que propõem uma análise a partir dos períodos históricos da travessia humana, desde os mais remotos até os atuais –, essa separação hirta é, em certa medida, relativizada. O teórico antes referenciado, utilizando as expressivas metáforas, "o jardim" ("trecho de espaço anexo à casa") e "a praça" ("espaço amplo, que se abre, na estrutura interna das cidades, como uma confluência de ruas, ou de quaquer sorte uma interrupção nos blocos edificados"), para designar os espaços privado e público, respectivamente, afirma ser possível "que nos grupos mais elementares (em tempos se os chamava primitivos) a diferença entre ambas dimensões fosse irrelevante. Na verdade, nenhuma das duas se achava desenvolvida", sendo que "a estruturação do poder político definiu uma experiência 'pública' dentro da sociedade, deixando restar como 'privada' a vida da família e os afazeres domésticos". Mais adiante, realça:

> [...] Na verdade, a interação em privado é tão 'social' quanto em público; e o indivíduo, que nunca é apenas uma unidade, participa obviamente de ambas as dimensões, embora certamente de modo variável. Por outro lado, os enormes aumentos demográficos que ocorrem hoje em todo o mundo tendem, ao que parece, a diminuir a proporção do privado, agravando as pressões que a consciência individual sofre crescentemente[455].

Em seu estudo, o professor de Recife, nota, outrossim, a ambivalência de uma realidade comumente associada ao universo privado: a família[456]. Nascida notadamente como expressão da esfera privada, seu avolumar, no sentido, inclusive, da construção de instituições

---

**Introdução à economia**. Tradução de Nuno Renan Lopes de Figueiredo Pinto *et al*. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1985. p. 537).

[454] SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**: o privado e o público na vida social e histórica. 2. ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Atlântica, 2005. p. 35. Mais adiante, o autor afirma que "o jardim é côncavo, a praça é convexa" (p. 44).

[455] SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**: o privado e o público na vida social e histórica. 2. ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Atlântica, 2005. p. 10-11 e 13. Para o autor, a contraposição e as relações entre as vidas pública e privada são temas necessariamente históricos (p. 19).

de maior dimensão, como o próprio Estado, levaram à crise do conceito dual, permitindo o desenvolvimento de concepções acerca de um *tertium genus*. Em área, especificamente jurídica, no que tange à divisão do direito em ramos, que se faz comumente remontar a ULPIANO, à contraposição direito público/direito privado – entre as regras das relações de supremacia e de igualdade e entre as justiças distributiva e comutativa, na correspondência proposta por RADBRUCH[457] –, foi acrescida a figura do "direito misto", que compreenderia, de regra, as disciplinas originariamente vinculadas à área jurídica privada, mas sob forte regulação advinda do direito público, em função dos bens jurídicos envolvidos (ou, de modo invertido, se se preferir, de direito público, mas admitindo flexibilização, com normativa privada), a exemplo do direito do trabalho e do direito econômico. Essa mescla, RADBRUCH denomina de "direito social", com superação das teses idetificadas como individualistas e conservadoras e com predomínio das idéias sociais[458]. Há quem prefira não enfatizar a existência propriamente de um terceiro gênero, mas a aproximação e a interpenetração, simplesmente, entre as duas áreas, tratando-se, exemplificativamente, da "constitucionalização do direito civil" (*ex vi*, no caso brasileiro, das normas constitucionais (apenas formalmente, não materialmente, na clássica separação) regentes do casamento, da união estável, das obrigações conjugais e da criação dos filhos). Em outro pólo, mas nessa mesma linha de pensamento, sublinha-se um processo de "privatização do público", quando se advoga pela adoção, por instituições prestadoras de serviços públicos, de fórmulas gerenciais tradicionalmente de direito privado. Isso para não mencionar os que sufragam a absorção, pura e simplesmente, do privado pelo público (como se daria no socialismo) ou, inversamente, o desaparecimento do público pela emergência dominante do privado (como se verificaria no anarquismo)[459]. Preocupante, agora em outro ângulo, é a confusão utilitarista entre o público e o privado, para extrair de cada área o mais vantajoso – profícuo para quem, por certo, seja mais forte ou disponha de meios mais adequados para promover essa

---

[456] SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**: o privado e o público na vida social e histórica. 2. ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Atlântica, 2005. p. 21-22.

[457] Cf. RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução de Cabral de Moncada. 6. ed. rev.ampl. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979. p. 253.

[458] Na classificação proposta por RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução de Cabral de Moncada. 6. ed. rev.ampl. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979. p. 255 (individualista: preponderância do privado; conservadora ou supra-individualista: supremacia do público, enquanto estatal, sobre o individual; social: preeminência do público, mas do Estado na proteção do indivíduo). A designação pode ser estudada também – dentre outras referências – em YAGÜEZ, Ricardo de Angel. **Introducción al estudio del derecho**. 4. ed.rev. Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto, 1986. p. 107-109.

[459] Segundo acentuação de RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução de Cabral de Moncada. 6. ed. rev.ampl. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979. p. 251-252.

extirpação –, de modo que a ninguém mais se permita saber quando a empresa é pública, quando é privada, quando é pública-privada ou quando é privada-pública[460].

Outro interessante apontamento é feito por Nelson SALDANHA, no que respeita às origens, por assim dizer, do "jardim" (o privado) e da "praça" (o público), áreas que, num sentido clássico (que o autor identifica com o greco-romano), se disporiam complementarmente, tocar-se-iam, num paralelo arquitetônico. Assim, o indivíduo freqüentava ao jardim, como parte de sua casa, como convivência doméstica, com a família, mas ele também participava da praça, na medida em que compunha, de igual modo, o agrupamento mais extenso (a cidade), toda interligada pelas ruas. As disparidades de classes sociais, em especial considerados os diferentes níveis patrimonialísticos, foram verificadas pelo autor, de modo que, em relação à praça, identificavam-se espaços destinados à interação entre pessoas da classe alta e outros reservados à freqüência dos integrantes das classes baixas. O estudioso salienta que, no tocante ao jardim, foi, precipuamente, criação das classes altas, do que seria representativo o emprego do termo "casa" para designar estirpe ou sucessão de nobreza. Ademais, é compreensiva a localização das praças a partir do processo de urbanização (o homem se afasta progressivamente da natureza, como nos contratualistas HOBBES, LOCKE, ROUSSEAU e KANT), caracterizando-se os jardins como realidades próprias das épocas de vida predominantemente rurícola, mas à qual também se iria atribuir um papel no urbano. A praça ascendeu como espaço aberto; o jardim, como local cerrado. A praça foi concebida como ponto de encontro; o jardim, como instante de recolhimento[461]. E um dos mais representativos exemplos do campo franqueado – embora deva ser contextualizado em termos históricos, para se permitir essa compreensão, mesmo com a exclusão de mulheres e escravos desse âmbito – foi a ágora ou praça de mercado grega, um verdadeiro foro de discussão, que interessa diretamente para os fins deste trabalho: "Essa função social do espaço aberto persistiu nos países latinos: *plaza, campo, piazza, grand-place*, descendem diretamente do agora [...]"[462]. É exatamente esse espaço, dito público, do acesso amplo, que é, hoje, invocado, para uma retomada de importância do decidido extra-estatalmente, o mais próximo dos (ou diretamente pelos) próprios destinatários finais dos resultados das decisões, criticando-se o que teria sido a absorção do público pelo Estado ou,

[460] Tentativa de paráfrase com os versos do poema "A coisa pública e a privada (*República* vem do latim *res* = coisa + pública)". In: SANT'ANNA, Affonso Romano de. **Intervalo amoroso e outros poemas escolhidos**. Porto Alegre: L&PM, 1999. p. 19. (Coleção L&PM Pocket).

[461] Cf. SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**: o privado e o público na vida social e histórica. 2. ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Atlântica, 2005. p. 25-46.

em outras palavras, a redução do público ao estatal (normalmente se emprega a denominação estatismo).

Percebe-se das leituras realizadas que não se pode falar da distinção entre público e privado sem passar pelas considerações de Hannah ARENDT sobre a matéria, salientando-se que, na autora, tem-se importante defesa da liberdade individual, o que não poderia ser diferente em vista da influência que o fenômeno totalitário teve em relação ao seu pensamento[463]. Em manuais de introdução do estudo do direito, lá está a referência a ARENDT para explicar a base da diferenciação entre o público e o privado: paradigmática, a Antigüidade, nela se tem a revelação da esfera privada como "reino da necessidade", de satisfação dos anseios animais do homem, do labor e das relações de não-liberdade ("pela coação da necessidade"); a esfera pública, que transparece como lugar do cidadão, do citadino, da ação libertária e equalizadora, da "ação política, dominada pela palavra, pelo discurso, pela busca dos critérios do bem governar, das normas de direito"; e, no intermédio, a esfera do trabalho, próxima do campo público, à medida que compreendia a produção voltada a terceiros, para a comunidade, com ênfase no objeto, sem aderência ao produtor. O conjunto era, assim, composto pela tríade: o *animal laborans*, o animal político e o *homo faber*[464]. O professor João Maurício ADEODATO, em livro específico, versando sobre a *vita activa*, dispõe, graficamente[465]:

| Atividades | Condições Específicas | Condições Gerais | Espaços |
|---|---|---|---|
| *Labor* | Vida | Planeta Terra | Social |
| *Work* | Mundanidade | Mortalidade | Privado |
| *Action* | Pluralidade | Natalidade | Público |

[462] MUMFORD, Lewis. **A cidade na história**: suas origens, transformações e perspectivas. Tradução de Neil R. da Silva. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 168 (com itálicos do original).
[463] Nesse sentido, importante a leitura de ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
[464] Cf. FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed.rev.ampl. São Paulo: Atlas, 2003. p. 133-134. Nelson SALDANHA também realça, citando Hannah ARENDT, a "qualificação *política* da dimensão pública" efetivada pelos gregos (SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**: o privado e o público na vida social e histórica. 2. ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Atlântica, 2005. p. 48).
[465] ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade**: no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 115. Note-se que, no parágrafo imediatamente anterior à tabela, labor (produção para si ou para consumo imediato) e trabalho (produção para terceiros ou simples fabricação sem consumo imediato, desligado de quem produz) se distinguem. Na tabela, diversamente, quando se menciona *labor*, traduz-se por trabalho, enquanto *work* assume a primeira significação antes posta.

Acentua-se, ademais, a percepção de ARENDT sobre a confusão iniciada com a superposição das noções de político e social, haja vista que o social se perfectibilizava nas duas esferas, não apenas na pública, lugar, contudo, ao qual se restringia o político. Na tentativa de reorganizar a dicotomia, opôs-se, ao social (lido como sociedade ascendente ao público), o individual, e fundou-se o Estado, como antagonista da individualidade que também tinha algo de social. Nova mutação, e o individual consorciou-se ao lucrativo, à riqueza e à propriedade, à utilidade restringida (quando, originariamente, propriedade e riqueza se distinguiam e tinha-se, na primeira, e não na segunda, critério de admissão à esfera pública, pelo sentido de pertinência no mundo e não simplesmente de ostentação de posse), ao passo que o social – na forma estatal – passou a ser a administração para o bem de todos, embora, em termos mais exatos, nos primórdios, ele tivesse vindo para garantir a concorrência entre particulares na acumulação de posses. ARENDT observa, inclusive, que, nesse momento, restou eclipsada a distinção entre o público e o privado: "a esfera pública porque se tornou função da esfera privada, e a esfera privada porque se tornou a única preocupação comum que sobreviveu"[466]. Seguidas posturas reativas, visões liberalizantes da estatização agigantada e intervenções estatais em campos tidos como privados, na contra-onda, terminariam por esgarçar ainda mais a distinção, já enfraquecida com as mudanças de sentido[467].

É preciso enfatizar que a separação entre o público e o privado, e mais especificamente a dimensão do público, como área de ação política, não pode ser desgarrada de um episódio (em verdade, um processo) extremamente sério, qual seja, o atinente ao inchamento das cidades e ao crescimento populacional, que Nelson SALDANHA descreve como resultando numa "praça demasiado cheia"[468]. O que era "a intimidade do encontro face a face"[469], transformou-se em multidão amorfa de deteminados e indeterminados, determináveis ou não, que não se conseguia fazer reunir, emergindo, em concomitância, a

---

[466] ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 8. ed.rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. p. 79.

[467] Cf. FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed.rev.ampl. São Paulo: Atlas, 2003. p. 135-137.

[468] SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**: o privado e o público na vida social e histórica. 2. ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Atlântica, 2005. p. 51.

[469] MUMFORD, Lewis. **A cidade na história**: suas origens, transformações e perspectivas. 3. ed. Tradução de Neil R. da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 174. Hannah ARENDT enxerga essa realidade de um modo menos quantitativo e mais qualitativo: "O que torna tão difícil suportar a sociedade de massas não é o número de pessoas que ela abrange, ou pelo menos não é este o fator fundamental; antes, é o fato de que o mundo entre elas perdeu a força de mantê-las juntas, de relacioná-las umas às outras e de separá-las" (ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 8. ed.rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. p. 62).

concepção de uma imprescindível instância representativa, importante, inclusive, assim parece, como movimento de não aceitação da simples dominação dos mais fortes ou de um estado de caos. Embora se admita que o Estado, inicialmente concebido, esteja maculado por essa imposição por parte dos que dominavam o cenário, tal não significa impossibilidade de reestruturação, afastando-se a mácula original. Assim, mostra-se tangível e absolutamente relevante a modelação de um "Estado de interesse público", através do qual, ante a vastidão de cidadãos que não permite a participação individualizada de todos na arena pública – nos moldes em que classicamente é revelada, por exemplo –, se impedisse a pura submissão do todo a interesses particulares, descomprometidos com o grupo social em sua inteireza.

Analisando o pensamento de ARENDT, Anne-Marie ROVIELLO acentua a ligação entre as esferas pública e privada, seja pelo fato de que "destruir a esfera privada é destruir o que constitui simultaneamente o limite e a condição do domínio público", seja em razão de que "é ao sair de si, é ao abrir-se à alteridade do mundo que o indivíduo se abre a si próprio", caracterizando, então, a humanidade, num sentido arendtiano, como manifestada pelo "modo como o indivíduo se compromente no mundo e com o mundo"[470]. A comentarista segue:

> [...] Arendt fala-nos [...] Trata-se [o espaço público], acima de tudo, do espaço constituído pelo diálogo ou *debate* sobre o mundo, do espaço daquilo que Jaspers chama 'a comunicação ilimitada'. Trata-se de, em conjunto, falarmos do mundo e não dos estados de alma. É por meio dessa troca, que revela simultaneamente aquilo que os indivíduos são e aquilo que o mundo é, que o indivíduo atinge a sua *humanitas* e que o mundo se constitui como mundo *comum.* O debate é, ao mesmo tempo, debate acerca do mundo e debate constitutivo do mundo enquanto mundo comum [...].
> [...] Entendido nesse sentido, o espaço público não se reduz ao espaço do Estado e das instituições estatais ou, genericamente, das instituições jurídico-políticas.
> [...]
> [...] É apenas pelo facto de poder partilhar com os outros o mundo tal como ele me aparece através da troca de pontos de vista, que esse mundo e *eu próprio* recebemos a confirmação de nossa realidade[471].

O espaço público, de realização da liberdade essencial, é o da participação, do discurso, do agir conjunto, "do diálogo no plural"[472].

---

[470] Cf. ROVIELLO, Anne-Marie. **Senso comum e modernidade em Hannah Arendt**. Tradução de Bénédicte Houart e João Filipe Marques. Lisboa: Instituto Piaget, 1987. p. 17-18, 20 e 21.
[471] ROVIELLO, Anne-Marie. **Senso comum e modernidade em Hannah Arendt**. Tradução de Bénédicte Houart e João Filipe Marques. Lisboa: Instituto Piaget, 1987. p. 22-23 e 24 (itálicos do original).
[472] Cf. LAFER, Celso. **Hannah Arendt**: pensamento, persuasão e poder. 2. ed.rev.ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 31.

A leitura direta da filósofa alemã confirma as impressões colhidas[473]. Entre o próprio e o comum[474], entre o *idion* e o *koinon*, entre a família e a cidade, entre a necessidade e a liberdade, entre a intimidade e a socialidade, entre o que se reserva e o que aparece, entre o encanto e o "incapaz de abrigar o irrelevante", entre a transitoriedade e a imortalidade, as esferas privada e pública são apresentadas como complementárias.

O espaço privado abriga o reservado e o que diz com o não extravasante à afetação do coletivo, em que os atores relacionais são perfeitamente identificáveis em sua individualidade. O espaço público não prescinde do privado, pois os indivíduos que compõem esse âmbito integram simultaneamente aquele[475] em toda a sua diversidade, e o respeito aos direitos individuais é o que possibilita a formação de verdadeiras arenas públicas de discussão e decisão (como falar em definição política sem garantia de liberdade aos cidadãos?). O espaço público é o descerrado, de acessibilidade ampla, da decisão dos destinos da coletividade, de ações extensoras pela vinculação comum, em que a identificação dos indivíduos se dá em função da integração dialógica no todo. O espaço privado não dispensa o público, porquanto a plena realização pessoal, do vivente em sociedade (e o homem é um ser gregário, passando, a identidade, pela pluralidade[476]), efetiva-se a partir do comprometimento com o universo comunitário, que divide com os demais integrantes desse grande grupo, sustentado no consenso/dissenso.

Nesse contexto, se é certo que a esfera pública não se restrige ao Estado, devendo ser reconhecida a função vivificadora da sociedade civil – conceito, a ser mais adiante abordado, que tem sido empregado como contrastante ao de Estado –, o papel da instituição estatal não pode ser simplesmente desprezado ou minizado, principalmente no momento em que parece, vigorosamente, se instalar como garante da existência do público, e não porque o tenha exaurido estatalmente, mas por fazê-lo sobreviver a despeito de um ímpeto privatizante

---

[473] Cf. ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 8. ed.rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

[474] Não o espaço dos meios de comunicação, mas o do debate.

[475] Fala-se, inclusive, da busca, no contexto do direito público, de um "tipo médio de homem político correto", com as características do *bonus pater familias*, do direito privado. Cf. VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 249. V. MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A sociedade e o Estado**. Tradução de Lúcia Amélia Fernandes Baz e Maria Sicília Damiano. Campinas: LZN, 2003. p. 293: "Quem, supervalorizando a importância da coletividade, quisesse negar toda a importância do indivíduo como tal, pareceria com o iludido agricultor que, por amor à árvore florescente, pensasse em cortar-lhe as raízes que a geram e a alimentam: por causa do amor à coletividade, matá-la-ia destruindo as nascentes da vida". O último autor ora mencionado propõe ainda a seguinte síntese: "O indivíduo nos dá a concepção mecânica, subjetiva e diferencial da própria coletividade, da qual a sociedade nos dá a concepção orgânica, objetiva e integral" (p. 295).

[476] V. REALE, Miguel. **Brasil, sociedade plural.** Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 2001.

que nada tem de altruísta ou pluralista. É de se ressaltar, inclusive, que os teóricos da recente reforma do Estado, que postulam espaço em nome da esfera pública, são, de regra, os mesmos que discursam a favor da proteção ao individualismo próprio da iniciativa privada, ou seja, ao particularismo que se reduz ao "eu" e não ao que transcende para a forma compósita do "eu" e do "outro". Diga-se que, ao funcionar como impediente à submissão do interesses de todos ao interesse privatístico de um ou alguns, o Estado não apenas concretiza o público – sem assimilá-lo –, mas também favorece a esfera privada, considerando mesmo que todos, e não apenas os categorizáveis como dominantes, têm direito à realização humana nesses dois campos. Não se esqueça, nessa quadratura, que, na miserabilidade, no regime de espoliação do fraco pelo forte, do qual a fome é uma das conseqüências mais horripilantes e destrutivas, e em níveis mais extremos, que não se mostram atualmente remotos, "os pobres comem os seus lares"[477], e, quando isso não for mais possível, por esgotados os "jardins dos pobres", duas possibilidades saltam aos olhos: ou outros (os "jardins dos não-pobres") e todos os "jardins" fenecerão ou serão dizimados os pobres[478].

Numa visão psicossocial, é possível afirmar:

> [...] As representações sobre a esfera pública, enquanto representações sobre o Outro generalizado, são, portanto, constitutivas de vidas individuais, na medida que elas constituem o Eu. O individualismo, enquanto um fenômeno que epitomiza o ápice do indivíduo totalmente privatizado, pode exemplificar tal processo. O individualismo é uma falha básica na consideração e representação do Outro generalizado. Em outras palavras, o comportamento individualista não leva em consideração a vida em comum, e, nesse sentido, o individualismo não apenas nega a vida pública, mas paradoxalmente também o próprio Eu[479].

Numa perspectiva alinhavada em termos de conflituosidade entre interesses privados e diante do papel desempenhado pelo Estado, nesse tocante, Gilberto DUPAS, ao lado de considerar que o interesse público pode ter por antagonistas o interesse individual e o interesse da empresa (espécies de interesse privado) – influindo esses na formação daquele, mas não se convolando em interesse geral, pelos particularismos inerentes –, aduz que, num outro sentido de privado (como privacidade), a relação antagônica pode se estabelecer tanto em relação a um Estado autoritário, como frente a uma entidade corporativa (manipuladora).

---

[477] Expressão utilizada por empréstimo de DAVIS, Mike. **Holocaustos coloniais**: clima, fome e imperialismo na formação do Terceiro Mundo. Tradução de Alda Porto. Rio de Janeiro: Record, 2002. p. 73. Leia-se a expressão nos sentidos metafórico e realístico.

[478] Sobre punir os pobres, ao invés de atendê-los, v. WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Sem referência a tradutor. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Freitas Bastos Editora, 2001. (Pensamento Criminológico, 6).

Nesse último caso, pensa-se, aqui, que o Estado pode funcionar no sentido da minimização dos efeitos perniciosos da maquiadura, reprimindo realidades forjadas, viciadoras da vontade e restritivas da liberdade individual. A empresa, segundo DUPAS, pode também antagonizar com o indivíduo, "quando desenvolve tecnologias que geram desemprego estrutural"[480], o que, acrescenta-se, pode ensejar a necessidade de atuação estatal para minorar os resultados nocivos socialmente.

Se, neste estudo, se entende, por um lado, que a diferenciação, nos termos antes postos, entre o público e o privado – a própria existência desses dois campos – não aparenta uma tendência ao desaparecimento, em vista das bases já conhecidas (a antiguidade e a sustentabilidade do clássico apartamento), do contexto fático presente (dos exemplos concretos de compressão do privado e de resistência do público) e do minimamente ponderável para um futuro próximo (pois instâncias de representação do público persistirão, ainda que o Estado desapareça, embora, frise-se, o decaimento da estrutura estatal seja algo improvável pelos próximos séculos, especialmente numa modelação que se pode dizer conforme), de outro, é de se reconhecer a complexidade do relacionamento entre essas áreas, que tem gerado impressões de sobrepujança de uma ou de outra das esferas, segundo o momento histórico e as concepções dominantes nesses intervalos de tempo.

Em verdade, mostra-se digna de defesa, a par da distinção, uma tentativa de equilíbrio entre esses âmbitos: deve-se garantir a realização individual nos dois campos, pois, em ambos, componentes de uma realidade única (social, no sentido sociológico), a pessoa se realiza por inteiro, com a consciência de que, quanto às repercussões, no contexto público, o indivíduo não deve ser visto de modo insulado dos demais, que, em igualdade de condições, o integram – pelo menos se o objetivo é manter o vínculo societário. E não se está sustentando, aqui, a simples imposição nominal do Estado – figura que se traz à baila, porque é contra ele que se instala a reforma em consideração –, nem o desprezo do indivíduo – mesmo porque não se assente com regimes totalitários, nem a sociedade existe sem o elemento individual –, mas a supremacia do interesse do grupo social, do coletivo, ainda que isso implique o não acatamento de uma vontade pontual (resguardados os direitos individuais, grande

---

[479] JOVCHELOVITCH, Sandra. **Representações sociais e esfera pública**: a construção simbólica dos espaços públicos no Brasil. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 64.

[480] DUPAS, Gilberto. **Tensões contemporâneas entre o público e o privado**. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 23. Apenas para tornar mais claro, é de se dizer que as asseverações em relação às posturas estatais reativas, diante do conflito estabelecido entre interesses privados, não são do autor citado, mas decorrem de conclusões da responsável por este trabalho, a partir das considerações do texto lido. De todo modo, mais adiante, o autor em questão assevera: "Agora sem a proteção do Estado, o homem volta a sentir com toda força sua dimensão de desamparo" (p. 72).

contribuição do liberalismo, que, ressalte-se, não abria mão do ente estatal para realizá-los), legitimando-se o Estado na medida da concretização desse interesse maior e não pela simples designação como representante da coletividade, pois essa denominação é uma conseqüência daquela materialização (e não o inverso). Trata-se do Estado de interesse público, a que já se referiu linhas atrás, que deve ser um Estado de direito, no sentido de que reconhece a necessidade de proteção dos indivíduos (o Estado responde pelos danos que a eles provoca), bem como que deve ser um Estado democrático, porque a formação do interesse público é decorrência da participação de todos os integrantes do grupo social, que dá corpo à esfera pública, mas que, de outro lado, não pode ser um Estado inerte em relação às profundas desigualdades de ação e pressão que caracterizam os integrantes, sobre e sub, das sociedades. Destarte, justificam-se análises acuradas acerca da verídica aceitabilidade social de medidas apresentadas como resultado de debates públicos, mas que, em verdade, terminam por se apresentar como providências desejáveis pelas categorias dominantes do discurso estabelecido em uma arena pública fictícia.

De toda sorte, é preciso falar dessa, tão invocada pelos reformistas, esfera pública, mais detidamente.

Partindo da "multiplicidade de significados concorrentes" das expressões "público" e "esfera pública", de modo a verificarem-se o público contraposto ao fechado, o público do prédio em que funcionam entidades estatais, o Estado como poder público de produção do bem público ou comum, a opinião pública, o público que antagoniza com o privado, o modelo de esfera pública helênica, HABERMAS assevera – e sua visão não pode deixar de ser reputada eurocêntrica – que a institucionalização jurídica do público e do privado se impôs com a estruturação do Estado, distinguido da sociedade civil, compondo-se o que ele denomina de "esfera pública burguesa". Antes disso, na Idade Média, entende que havia uma fusão das duas esferas, que não se poderiam apartar: "No âmbito da constituição feudal, o particular (*das Bensodere*) estava munido de interesses particulares, como imunidades e privilégios; nesta perspectiva, o particular (*Sundere*) é a liberação do próprio cerne do domínio fundiário e, com isso, simultaneamente, da 'esfera pública'"[481]. É certo que, nesse contexto, o senhor feudal tinha um *status* diferenciado, que, contudo, não influía na consideração público/privado, designando apenas um poder que se mostrava superior e que ele representava. Quando a representação do próprio poder se converte em representatividade

[481] HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto à uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R Koethe. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 19. (Biblioteca Tempo Universitário, 76; Estudos Alemães).

do corpo social, separando-se sociedade e Estado, fixa-se a distinção entre público e privado: o Estado, buscando o bem comum; os particulares, seus interesses privados. Troca de mercadorias e de informações, embora existentes anteriormente ao fenômeno estatal, assumem dimensão impactante com a constituição do Estado, na medida em que o local é substituído pelo território nacional, implantando-se uma grande máquina burocrática e tributária, que vai dar corpo ao que se chamou de poder público, de atividade contínua e permanente, e, então, o público passa a ser sinônimo de estatal. O estatal se impõe como autoridade, legitimado a utilizar a força (coercitividade) para a garantia de sua observância e fazendo uso da imprensa na sua divulgação (publicidade). O contrapeso desse processo vem com a chamada sociedade civil burguesa, a partir do momento em que o que era privado passou a ter uma relevância pública. Ocorre que o público, nesse instante, fez-se integrar por apenas algumas pessoas, os burgueses cultos ou, como diz HABERMAS, "um público que lê". Na seqüência, a esfera pública que se constituía em esfera do poder público passou a ser a esfera composta por pessoas privadas, que exigiam a legitimação do poder público perante a opinião pública[482]. HABERMAS, então, conceitua essa esfera pública burguesa:

> [...] pode ser entendida inicialmente como a esfera das pessoas privadas reunidas em um público; elas reividicam esta esfera pública regulamentada pela autoridade, mas diretamente contra a própria autoridade, a fim de discutir com ela as leis gerais da troca na esfera fundamentalmente privada, mas publicamente relevante, as leis do intercâmbio de mercadorias e do trabalho social[483].

Nesse sentido, o Estado de direito burguês "estabelece a esfera pública atuando politicamente como órgão do Estado para assegurar institucionalmente o vínculo entre lei e opinião pública"[484]. O Estado, obrigado, assim, a um sistema normativo, ditado por uma esfera pública de pessoas privadas (minoritárias, em relação ao conjunto do "povo"), se auto-inviabiliza como instância de dominação. Eis, ademais, que a "esfera pública burguesa se rege e cai com o princípio do acesso a todos", tendo em conta não poder ser considerada pública a esfera que exclui categorias ou grupos de pessoas. Resolve-se, então, a construção de uma dimensão pública, a partir da consideração de que todos as pessoas podem se tornar

---

[482] Cf. HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto à uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R Koethe. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 19-40. (Biblioteca Tempo Universitário, 76; Estudos Alemães).

[483] HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto à uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R Koethe. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 42. (Biblioteca Tempo Universitário, 76; Estudos Alemães).

proprietárias e cultas (ou seja, podem alcançar a humanidade burguesa), tendo acesso à instância pública[485]. Essa hegemonia de feição censitária revela-se resistente, mas não livre de críticas. Importante passagem de HABERMAS é aquela na qual pondera acerca das reflexões de HEGEL sobre a esfera pública, como racionalização da dominação, e sobre a compreensão hegeliana da sociedade burguesa. Em HEGEL, HABERMAS enxerga a descoberta da "profunda divisão da sociedade burguesa", com excesso de riqueza e excesso de pobreza, num "conflito de interesses que desacredita, como interesse meramente particular, o interesse pretensamente comum e universal dos proprietários privados politicamente pensantes"[486]. Conseguintemente, diversamente de unidade, ter-se-ia apenas a opinião de muitos, com uma latente ameaça de anarquia e desordem, que precisava ser contida, levando à negação dos parâmetros liberais. O público passa a representar a objetivação ética da opinião subjetiva através da figura do Estado. Segundo HABERMAS, "Hegel desativa a concepção de esfera pública burguesa porque a sociedade, anárquica e antagônica, não representa a esfera, emancipada de dominação e neutralizada quanto ao poder, do intercâmbio de pessoas privadas autônomas, capaz de converter a autoridade política em autoridade racional"[487]. Segundo HABERMAS, o problema que se encontraria em HEGEL repousaria no fato de que ele não teria percebido que a aparente desorganização era, na realidade, produto da evolução da sociedade civil, o que, em outro vértice, teria sido percebido por MARX. No teórico socialista, HABERMAS vai encontrar a constatação da inexistência, na esfera pública burguesa, de condições de igualdade de oportunidade, desfazendo-se a equiparação entre sociedade civil burguesa e sociedade. De igual modo, vai localizar o entendimento de que não é o burguês que deve assumir interesses cívicos, mas a pessoa em sua individualidade, desvestida da categorização burguesa. Finalmente, vê a afirmação de que ativas relações de poder inviabilizam a esfera pública, que se corporifica em mera ideologia. O pensamento marxista, então, se dirige à verificação de que a ampliação do "público", com a investida dos não-burgueses (não-proprietários e não-cultos), nas instâncias então burguesas, inclusive nos

---

[484] HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto à uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R Koethe. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 101. (Biblioteca Tempo Universitário, 76; Estudos Alemães).

[485] Cf. HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto à uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R Koethe. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 105-109. (Biblioteca Tempo Universitário, 76; Estudos Alemães).

[486] HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto à uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R Koethe. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 144. (Biblioteca Tempo Universitário, 76; Estudos Alemães).

[487] HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto à uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R Koethe. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 147. (Biblioteca Tempo Universitário, 76; Estudos Alemães).

veículos de publicidade, leva ao desfazimento da estrutura vigente de esfera pública, que se socializa, no sentido do desaparecimento de classes e da substituição conseqüente do poder político pelo poder público. E, nesse quadro, "as pessoas privadas serão antes pessoas privadas de um público do que o público será um público de pessoas privadas"[488]. Dando seqüência à sua análise, HABERMAS sublinha o efeito do reconhecimento, a todos, de direitos de igualdade política: a persistência da base, da esfera pública como o público pretensamente soberano de pessoas privadas. O liberalismo vem, pois, promover uma relativização conservadora da esfera pública burguesa, e isso se dá frente à grande concorrência de interesses que não mais podiam ser contidos ou excluídos, gerando fragmentação do espaço público e variabilidade instantânea do que se reputava opinião dominante, que seria mais produto de coerção do que propriamente de debate crítico. Embasando-se no discurso da tolerância, os teóricos daquele momento advertiam para a necessidade de controlar a opinião pública. Nesse ponto, HABERMAS afirma que a nova interpretação liberal se destina a purificar, a impor limites à antes plenamente aceita "autodeterminação de um público pensante", "assim que esse público é subvertido pelas massas desprovidas de propriedade e de formação cultural", caracterizando-se uma postura "re-acionária", que se pretende realizar por meio de um "público esotérico de representantes", uma esfera pública sem classes. O teórico alemão, então, traz à conta a contribuição de TOCQUEVILLE, que invocava, para essa purificação, a instalação de poderes intermediários. A concentração de poderes na esfera governamental significava, também, nesse contexto, motivo de preocupação para o último pensador mencionado, bem como para Stuart MILL, e, assim, florescem as teses liberalizantes. O estudo de HABERMAS prossegue, para tratar do instante intervencionista do Estado, que, socializando-se e, ao mesmo tempo, estatizando o social, faz decair o apartamento entre o público e o privado, criando uma terceira esfera, a social. O Estado assume novas funções, uma "previdência coletiva"; questões econômicas se vestem de política; da administração pública ao campo privado seguem algumas atividades; direito público e direito privado não trazem a regulação apropriada às novas necessidades, e, então, consolida-se a figura do social, em que Estado e sociedade se entremeam de modo indissociável, o que, juridicamente, se revela em dois movimentos inversos: a "publicização" do privado e a privatização do público. Vê-se a esfera privada se limitar unicamente à família, e não mais vista no sentido produtivo e de autoridade, convertendo-se num amontoado de

[488] HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto à uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R Koethe. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 148-154. (Biblioteca Tempo Universitário, 76; Estudos Alemães).

indivíduos. HABERMAS entende que esse é o momento da dissolução da esfera íntima, pois tudo passa a se fundar na perspectiva do grupo. Ao mesmo tempo, o público não é mais o espaço da diferença, mas da uniformização do comum, criando-se a massa e instalando-se o consumismo: "a cultura de massas recebe o seu duvidoso nome exatamente por conformar-se às necessidades de distração e diversão de grupos de consumidores com um nível de formação relativamente baixo, ao invés de, inversamente, formar o público mais amplo numa cultura intata em sua substância"[489]. A formação do público crítico é substituída pela imposição do público que consome, de modo que a propaganda manipuladora assume o lugar da esfera pública. Segundo o autor em tela, amplia-se quantitativamente o "público", midiatizado, difundido por meios de comunicação massificadores, mas esse público está "distante dos processos do exercício do poder e da distribuição do poder". O "consenso fabricado" pela publicidade, embora não diga com a opinião pública, se imporia ao próprio Estado, de modo que designaria seus cidadãos de consumidores. Tratar-se-ia de um reposicionamento apolítico, tendo em conta que a relação entre o Estado e seus cidadãos passaria a ser de simples uso das prestações exigidas das esferas estatais, ou seja, da participação à mera postulação[490]. Finalizando sem exame, HABERMAS pondera acerca dos direitos fundamentais inseridos em cartas constitucionais, do Estado dito social-democrático, salientando que uma nova leitura dessas categorias deveria partir da consideração de que tais direitos não são apenas garantias contra a interferência estatal, mas principalmente instrumentos de asseguramento de participação, o que apenas poderia se revelar como afiançamento pelas estruturas estatais: "Pois a todas as demais pessoas privadas [para além das que se expressam pelos meios midiáticos], só através da garantia da estrutura do Estado é que se assegura uma igualdade de chance de acesso à esfera pública; uma mera garantia de não-intromissão do Estado não basta mais para isso"[491]. Ademais, nessa contextura, seriam pressupostos de uma esfera pública politicamente ativa a minimização da burocracia e a

---

[489] HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto à uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R Koethe. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 155-195. (Biblioteca Tempo Universitário, 76; Estudos Alemães).

[490] Cf. HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto à uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R Koethe. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 196-246. (Biblioteca Tempo Universitário, 76; Estudos Alemães). Gilberto DUPAS salienta que "o cidadão foi empurrado para a posição de espectador e consumidor passivo, e a esfera pública passou a ser dominada pela manipulação midiática das elites" (DUPAS, Gilberto. **Tensões contemporâneas entre o público e o privado**. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 31).

[491] HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto à uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R Koethe. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 265. (Biblioteca Tempo Universitário, 76; Estudos Alemães).

relativização de conflitos de interesses segundo um "interesse geral reconhecível"[492]. A opinião pública derivaria, então, segundo o autor da teoria do agir comunicativo, do relacionamento entre setores informais (não-públicos) e formais (quase-públicos e publicamente manifestos) de comunicação, de modo que os informais fossem "formalizados" através de esferas de discussão localizadas internamente às entidades organizativas sociais, em contato com as "esferas públicas externas"[493].

Versando sobre os atuais tempos pluralistas, há quem explicite que "nenhuma visão única e totalizadora da realidade se impõe dogmaticamente como excludente de outras visões da realidade enquanto cosmovisão"[494], de modo que a norma moral decursiva seria resultado da comunicação entre os sujeitos discursivos, ou seja, da prática cotidiana e necessária da ação comunicativa entre os atores relacionais na busca do consenso. HABERMAS traz essa percepção, nos seguintes termos, ao tratar sobre as políticas de gênero:

> Em lugar da controvérsia sobre ser melhor assegurar a autonomia das pessoas do direito por meio das liberdades subjetivas para haver concorrência entre indivíduos em particular, ou então mediante reivindicações de benefícios outorgadas a clientes da burocracia de um Estado de bem-estar social, surge agora uma *concepção jurídica procedimentalista*, segundo a qual o processo democrático precisa assegurar ao mesmo tempo a autonomia privada e a pública: os direitos subjetivos, cuja tarefa é garantir às mulheres um delineamento autônomo e privado para suas próprias vidas, não podem ser formulados de modo adequado sem que os próprios envolvidos articulem e fundamentem os aspectos considerados relevantes para o tratamento igual ou desigual em casos típicos [...][495].

---

[492] HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto à uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R Koethe. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 273. (Biblioteca Tempo Universitário, 76; Estudos Alemães).

[493] Cf. HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto à uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R Koethe. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 283-290. (Biblioteca Tempo Universitário, 76; Estudos Alemães). V. MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A sociedade e o Estado**. Tradução de Lúcia Amélia Fernandes Baz e Maria Sicília Damiano. Campinas: LZN, 2003. p. 93: "[...] este pensamento comum da Sociedade, considerado em si como diferente dos pensamentos individuais, é a noção *genérica* da opinião pública" (itálico do original). Em sentido estrito, "a opinião pública não obtém autoridade da consciência social do agregado, a não ser no seu juízo de valor da moralidade e capacidade das pessoas e no seu juízo de valor e eficácia dos fatos sociais e políticos [...]" (p. 97).

[494] OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Moral, direito e democracia: o debate Apel *versus* Habermas no contexto de uma concepção procedimental da filosofia prática. In: MOREIRA, Luiz (org.). **Com Habermas, contra Habermas**: direito, discurso e democracia. São Paulo: Landy, 2004. p. 146.

[495] HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 297. Em outro trabalho, de igual importância, HABERMAS parte da seguinte questão: "O que deve vir antes: os direitos subjetivos de liberdade dos cidadãos da sociedade econômica moderna ou os direitos de participação política dos cidadãos democráticos?". Em resposta, entende no sentido da complementaridade entre autonomia privada (cidadão da sociedade) e pública ou cidadã (cidadão do Estado). O raciocínio parte de duas considerações: "só pode ser tido como legítimo aquilo em torno do qual os participantes da deliberação livre podem unir-se por si mesmos, sem depender de ninguém" e "ninguém é livre, enquanto houver um único cidadão impedido de gozar da igual liberdade sob as leis que todos os cidadãos se deram a si mesmos, seguindo uma deliberação racional" (HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 153-173). V. também

A impressão que este trabalho absorve, de todas essas considerações, é a de que os conceitos de interesse público, de bem público, de esfera pública e, enfim, do que se considera público, são resultado do poder de pressão dos que se põem como dominantes nas diversas realidades históricas. Enquanto for interessante – vantajoso – para as categorias mais fortes, com maior poder de influenciação, certa delimitação do público, ela persistirá; no momento em que outra se mostrar mais conveniente, não haverá timidez em trazê-la à tona, inclusive sob a nominação de revolucionária e benfazeja. Assim, sem receio de parecer simplista, contra a desordem e a violência do período pré-estatal, de grande pluralidade, que obstruía, especialmente, as relações comerciais, pretendeu-se um Estado absoluto; quando essa realidade estatal passou a exercer forte controle sobre os vínculos relacionais, inclusive os econômicos, discursou-se por um Estado liberal, que garantisse o indivíduo contra a opressão estatal; quando a liberdade, em seu excesso, gerou instabilidade social e a possibilidade de os dominantes, já prejudicados pelas crises econômicas, serem engolidos por uma multidão de miseráveis, eis que o Estado forte novamente parece importante, mas, não podendo mais se legitimar pela simples imposição, se fez persistir como esfera assistencialista, que dá, que faz, que age, que fiscaliza, que permite... Não esperavam, os fortes, entretanto, que, nesse meio de caminho, o rumo tomado fosse o da lenta conversão desse Estado simplesmente assistencial, que apenas ia esfriar os ânimos e melhorar a própria sorte deles, mantenedor de uma base, para o que se considera o mais próximo de um ora denominado Estado de interesse público (distributivo, é certo, no oferecimento de bens e serviços – o que era de se exigir, diante de longo período de espoliação –, mas, principalmente, estimulador de igualdade de oportunidade de acesso[496], de modo que todos pudessem ter a chance de obter por si mesmos as prestações devidas por sua humanidade, numa primeira verdadeira impressão do que significa o "comum"). Restou taxado, então, de gigante, burocrático, caro e ineficiente, para justificar a reforma na direção do quase não-Estado, um ente estatal *pro forma*, débil, que deve permanecer apenas observando os indivíduos galgarem os produtos de sua competição. Seguiu-se a sugestão de correção do posicionamento do Estado, que teria sufocado as manifestações públicas[497], das quais ele seria

---

HABERMAS, Jürgen. **Passado como futuro**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993, especialmente p. 95-112. (Tempo Universitária, 94).

[496] Lembra, o poeta: "Democracia? É dar a todos o mesmo ponto de partida. Quanto ao ponto de chegada, isso depende de cada um" (QUINTANA, Mário. **Prosa e verso**. 8. ed. São Paulo: Globo, 1998. p. 84).

[497] Tarso GENRO é enfático: "Estas disfunções do Estado Moderno, que afogam a vida coletiva, destroem o 'sentido' do público e anulam a crença na vida democrática (enquanto a própria maquinaria da 3ª revolução

apenas um dos atores e, nessa direção, falou-se em projeto de publicização, nascido, contudo, inviabilizado pela negação de pressupostos indispensáveis, a exemplo da educação que dá conhecimento e torna viável a ação.

De toda sorte, o conceito de esfera pública é aclamado para nortear o programa de reforma do Estado, identificado como um projeto democrático, por enfatizar as soluções dialogicamente concebidas, no pluralismo, com a participação enriquecedora dos vários setores sociais e com a minimização de importância da figura do Estado, um dentre os vários componentes do que designado público. Os teóricos da proposta reformadora entendem que a complexidade de instalação da esfera pública – derivada, em particular, do gigantismo numérico da população, da diversidade de demandas a atender e das diferenças sócio-econômico-culturais entre os vários segmentos da sociedade –, não pode ser argüida para justificar demoras na sua implantação, mesmo porque o plural não poderia mais ser contido pelo monólogo estatal, internamente (externamente, o multicultural já se tornara realidade, quando derribadas as fronteiras). Alguns preferem, inclusive, mencionar, para destacar o aspecto múltiplo, a existência de várias esferas públicas, não apenas de uma. Que o espaço público, em sua pluralidade, precisa ser estimulado, não há dúvida, mesmo porque a realidade democrática se realiza nessa confluência, o que não significa que não tenham que ser consideradas as possíveis deturpações decorrentes da inviabilidade de acesso de muitos ao debate público, subvertendo-o em mera ficção ou discurso vazio. Outrossim, é de se demonstrar preocupação no tocante à fragmentação da esfera pública, em sub-esferas públicas. Essa sub-representatividade nega a idéia originária do espaço comum e, o que torna a situação ainda mais séria, tem efeitos marginalizador e desagregador, considerado o realce a preconceitos fundados em desigualdades historicamente ainda não debeladas[498].

A par das considerações habermasianas acerca da esfera pública, há quem procure identificá-la, na sua forma plena, pelos princípios da transparência, da publicidade, do livre acesso e do consenso racional (sendo esse último o único que permitiria a convergência das diferenças plurais), devendo-se destacar que essas palavras são freqüentemente utilizadas pelos teóricos da reforma do Estado. Sob a perspectiva psicossocial (conjunção de elementos

---

científico-tecnológica instiga o individualismo e a solidão) – estas disfunções – ajudam a ***desvincular os homens das formas de solidariedade mínima, que emprestaram uma certa coerência aos atuais padrões civilizatórios e ao próprio Estado Moderno***" (GENRO, Tarso. Co-gestão: reforma democrática do Estado. In: FISCHER, Nilton Bueno; MOLL, Jaqueline (org.). **Por uma nova esfera pública**: a experiência do orçamento participativo. Petrópolis:Vozes, 2000. p. 25 – destaques do original).

[498] Cf. JOVCHELOVITCH, Sandra. **Representações sociais e esfera pública**: a construção simbólica dos espaços públicos no Brasil. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 59-60.

psicológicos e sociais), diz-se a esfera pública é o "espaço por excelência da intersubjetividade":

> Enquanto espaço que existe por causa da pluralidade humana, enquanto espaço que se sustenta em função da diversidade humana, enquanto espaço que introduz a noção de transparência e prestação de contas e encontra sua expressão no diálogo e na ação comunicativa, a esfera pública traz para o centro da análise a dialética entre o Eu e o Outro[499].

Nessa direção, cumpre mencionar o que se designa de representação social na e da esfera pública, na dualidade proposta por JOVCHELOVITCH, considerando-se o social como o encontro do "Eu" e do "Outro" e a representação como substitutividade do representado por um *alter*. Esse desdobramento se faz com vistas a melhor delinear o espaço público. No atinente à representação social **na** esfera pública, enfatizam-se as relações comunicativas na diversidade dos sujeitos comunicantes, como uma forma de intermediação entre os orbes plurais, para se chegar ao universo comum transcendente aos individuais. No respeitante à representação social **da** esfera pública, retrata-se o resultado da diferenciação dos particulares no público, que passa a ostentar a natureza de objeto a ser representado, não mais de espaço de representatividade[500]. Segundo a autora, essas duas perspectivas se relacionam intimamente, à medida que "as representações sociais *na* esfera pública são constitutivas das representações sociais *da* esfera pública e vice-versa"[501].

Tomando por parâmetro essa bipartição, é possível reduzir as teses dos reformistas do Estado, na atualidade, à consideração de que o ente estatal passou a ser o representante **da** esfera pública (objeto), sufocando a representação extra-estatal **na** esfera pública (terreno), gerando, na dupla mão, a estatização da esfera pública por falta de representações propriamente sociais na esfera pública. É preciso, pois, conforme se diz, reinstalar a esfera pública em toda a sua variedade. Na verdade, o discurso parece ter outro foco: a sociedade civil **passou a ser** relevante para permitir o enxugamento do Estado, exigido pelas idéias atualmente preponderantes, na linha neoliberal. Assim, não é o ideal de plena democracia que norteia efetivamente as postulações por uma esfera pública na sua mais perfeita multiplicidade, mas a necessidade imposta de redução do tamanho do Estado, com

---

[499] JOVCHELOVITCH, Sandra. **Representações sociais e esfera pública**: a construção simbólica dos espaços públicos no Brasil. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 60-61.
[500] Cf. JOVCHELOVITCH, Sandra. **Representações sociais e esfera pública**: a construção simbólica dos espaços públicos no Brasil. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 68-88.
[501] JOVCHELOVITCH, Sandra. **Representações sociais e esfera pública**: a construção simbólica dos espaços públicos no Brasil. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 175.

redução de gastos públicos, principalmente. Se o Estado não pode gastar, ele não pode realizar e, conseqüentemente, alguém terá que fazer: no caso, a sociedade civil (concebida em contra-posição do Estado). De certo modo, a propalada ineficiência, no campo social, do Estado é (também) resultante do corte de recursos anteriormente direcionados aos programas sociais, não propriamente do seu dimensionamento nessa área. Contudo, parece se mostrar de mais fácil aceitação pela sociedade a justificativa de vê-la emancipada do poderio estatal. E assim discursam os reformadores.

A despeito da crítica, esse "novo" espaço público é apresentado como um universo multi-relacional, em que se integrariam, ao lado de um Estado residual, as pessoas físicas, individualmente consideradas ou em grupos, as organizações não governamentais, os sindicatos, as associações de várias ordens (religiosas, culturais, profissionais, solidárias), enfim todos os integrantes da sociedade. Propõe-se "repensar o público através da sociedade", no conhecido título de Nuria Cunill GRAU, ou, como ela menciona, mudar "de uma matriz estadocêntrica a uma matriz sociocêntrica" [502]. A autora, entretanto, deixa claro que é "contra a apropriação privada do aparelho público", bem como que não se pode prescindir de um Estado forte, especialmente no sentido da responsabilidade do ente estatal "sobre o bem-estar geral da população":

> Sob este enfoque, o que se reivindica para o Estado é o papel de financiador dos serviços sociais e, inclusive, a importância de que, mesmo que vários atores concorram para a produção de bens públicos, o Estado mantenha no papel de prestador de todos aqueles serviços públicos nos quais esteja implicada a preservação de valores públicos indelegáveis[503].

Para deixar ainda mais ressaltada, na nova conformação propugnada, a posição do Estado, buscou-se desenvolver a idéia de uma terceira esfera, no sentido de que, ao lado da esfera pública-estatal e da esfera do privado-mercadológica, emergiria um conjunto de entidades privadas, não constituídas sob finalidade lucrativa, mas sob escopos ditos de interesse público ou social, sem vínculo com o Estado, caracterizando o chamado público não-estatal. DUPAS, citando HABERMAS, prefere mencionar o "lugar não-privado do

[502] GRAU, Nuria Cunill. **Repensando o público através da sociedade**: novas formas de gestão pública e representação social. Tradução de Carolina Andrade. Rio de Janeiro: Revan; Brasília: ENAP, 1998. p. 208.
[503] GRAU, Nuria Cunill. **Repensando o público através da sociedade**: novas formas de gestão pública e representação social. Tradução de Carolina Andrade. Rio de Janeiro: Revan; Brasília: ENAP, 1998. p. 215-216.

privado", para realçar o fenômeno que verdadeiramente enxerga de redução da sociedade civil ao âmbito privado[504].

Bresser PEREIRA, idealizador da reforma administrativa no Brasil, sustenta que "na reforma do Estado dos anos 90, é possível encontrar uma lógica para distinguir o espaço público do privado, e, dentro do espaço público, o espaço público estatal do público não-estatal", o que ele designa de "lógica do leque de mecanismos de controle"[505]. Segundo sua explanação, existem, institucionalmente, três mecanismos de controle – o do Estado (fundado, substancialmente, na lei), o do mercado (calcado na competição) e o da sociedade civil (pela defesa dos interesses particulares, corporativos ou públicos) – que não coincidem exatamente com as três modalidades perceptíveis numa perspectiva funcional – controles hierárquico/administrativo, econômico e democrático/social –, instrumental que permitiria construir um leque de opções de medidas de controle (sem excluir o antecedente jurídico). Numa ordenação do menos ao mais concentrado (dever-se-ia preferir o mecanismo mais difuso), ter-se-iam: "(1) mercado; (2) controle social (democracia direta), (3) controle democrático representativo, (4) controle hierárquico gerencial, (5) controle hierárquico burocrático e (6) controle hierárquico tradicional"[506]. Considerando essa esquematização e partindo do que chama de "perspectiva otimista da história", o teórico em referência nota que, nas sociedades mais primitivas, a tendência era uma maior concentração, ao passo que, evolutivamente, estar-se-ia caminhando a regimes mais democráticos. Resume:

> Nas sociedades primitivas e no patrimonialismo, o espaço público e o privado eram confundidos; no capitalismo liberal o espaço privado se separa do público e ganha autonomia; no capitalismo burocrático, o espaço público volta a crescer, mas de forma estatal; no capitalismo do século vinte-e-um o espaço público voltará a crescer, mas agora no plano não-estatal do controle social[507].

James AUSTIN defende que "o século XXI será a *era das alianças*"[508], a era das relações de cooperação, às quais, mais do que um sentido altruísta, se confere uma

---

[504] DUPAS, Gilberto. **Tensões contemporâneas entre o público e o privado**. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 80.

[505] PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Estado dos anos 90**: lógica e mecanismos de controle. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997. p. 36. (Cadernos MARE da reforma do Estado, 1).

[506] PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Estado dos anos 90**: lógica e mecanismos de controle. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997. p. 37. (Cadernos MARE da reforma do Estado, 1).

[507] PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Estado dos anos 90**: lógica e mecanismos de controle. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997. p. 39. (Cadernos MARE da reforma do Estado, 1).

compleição estratégica. De fato, a colaboração entre Estado e sociedade civil, encarnada na forma de entidades privadas sem fins lucrativos prestadoras de serviços de utilidade pública, deveria ser percebida, não simplesmente como forma de melhor atender às expectativas sociais relacionadas à satisfação do interesse público, mas como mecanismo que possa contribuir para o desenvolvimento nacional, tomado este em sentido mais alargado, através da conscientização da co-responsabilidade pela *res publica*.

Esse referencial teórico é essencial ao exame do terceiro setor – por personificá-lo, pelo menos em tese[509] –, no âmbito do qual são inseridas as instituições qualificadas como organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público, nos termos das leis de regência, que serão estudadas mais adiante, para fins de confrotação com a base teorética.

De fato, no Brasil, tem-se buscado corporificar o terceiro setor nas organizações sociais – OSs, criadas, no âmbito federal, pela Lei nº 9.637, de 15.05.1998, e nas organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPSs, instituídas, também na esfera federal, pela Lei nº 9.790, de 23.03.1999, cujos instrumentos de parceria são o contrato de gestão e o termo de parceria, respectivamente.

O terceiro setor compreende, segundo o discurso mais divulgado, de origem norte-americana do final da década de setenta (*three sector system*)[510], as organizações que não se enquadram, como antes se disse, nem no primeiro setor (Estado) e nem no segundo setor (mercado)[511], revelando-se como manifestação da atuação da sociedade, especialmente através do trabalho voluntário, que se organiza e se estrutura com vistas à realização de atividades que não visam ao lucro, mas à satisfação de anseios públicos ou de interesse geral da coletividade. O primeiro setor corresponde às atividades conduzidas mediante exercício de poder coercitivo institucionalizado e burocratizado. O segundo setor relaciona-se às

---

[508] AUSTIN, James E. **Parcerias**: fundamentos e benefícios para o terceiro setor. Tradução de Lenke Peres. São Paulo: Editora Futura, 2001. p. 17 (itálico do original).

[509] Fala-se em hipótese, porquanto, como será visto mais adiante, os instrumentos nos quais tem se materializado o terceiro setor vêm se apresentando com distorções significativas em relação aos processos de instituição e às funções que deveriam exercitar, bem como no tocante ao papel que competiria ao Estado nesse novo modelo de administração dos interesses públicos. Mais que isso, a própria origem da designação "terceiro setor" indica os propósitos a que veio, estando, ele, muito mais ligado, a posturas dirigidas aos interesses de certas categorias, do que propriamente a um coletivismo de renascimento da sociedade civil.

[510] Cf. MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social**: crítica ao padrão emergente de intervenção social. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2003. p. 53.

[511] Há autores (especialmente os americanos) que afirmam que o primeiro setor corresponde ao mercado, enquanto o segundo setor é retratado pelo Estado. Essa variação deve-se à opção doutrinária quanto à definição de que setor é o primogênito historicamente ou de que setor se impõe pela saliência no contexto social. Sobre a observação, v. COELHO, Simone de Castro Tavares. **Terceiro setor**: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos. 2. ed. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2002. p. 39.

atividades desenvolvidas com intuito lucrativo. O terceiro setor, enfim, reúne as entidades que atuam sem fins lucrativos (ausência de caráter mercante, de modo que os resultados positivos, em termos financeiros, são reinvestidos na própria atividade), mas que não se ligam ao aparelhamento estatal, nem estão presas às suas amarras – mesmo porque são pessoas privadas –, não obstante se dediquem à prestação de serviços que, por sua índole, são serviços públicos, e patrocinem o bem comum. Seus defensores dizem que "expressa uma alternativa para as desvantagens tanto do mercado, associadas à maximização do lucro, quanto do governo, com sua burocracia inoperante. Combina a flexibilidade e a eficiência do mercado com a eqüidade e a previsibilidade da burocracia pública"[512].

Luiz Carlos Bresser PEREIRA e Nuria Cunill GRAU denominam de terceiro setor o "setor produtivo público não estatal" – ou simplesmente o "público não-estatal" – "são organizações ou formas de controle 'públicas' porque voltadas ao interesse geral; são 'não-estatais' porque não fazem parte do aparato do Estado". Afirmam, os autores, a existência de "quatro esferas ou formas de propriedade relevantes no capitalismo contemporâneo": a) a **pública estatal**, detentora do poder de Estado, respeitante às atividades tipicamente estatais, que o Extado executa por serem manifestação de seu poder soberano (justiça, legislação, polícia); b) a **pública não-estatal** (terceiro setor), "voltada para o interesse público, não tem fins lucrativos, ainda que regida pelo direito privado"; c) a **corporativa**, também sem intuito lucrativo, mas dedicada, restritamente, à promoção dos interesses de um setor ou grupo limitado; d) a **privada**, movida pelas possibilidades de lucro[513]. Realçam, ademais, quanto ao terceiro setor, que ele cumpre um duplo papel: a) de democratização, em termos de revelação da importância da sociedade, não apenas como cliente do Estado, mas também na definição da vontade estatal e no seu controle; b) e de atribuição de responsabilidades à sociedade na perfeição das suas necessidades[514] Apontam, ainda, como vantagens do público não-estatal, no tocante à produção social, a ampliação, quantitativa, da oferta de serviços públicos, cuja

---

[512] COELHO, Simone de Castro Tavares. **Terceiro setor**: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos. 2. ed. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2002. p. 58. Para CAMARGO, Mariângela Franco *et al*. **Gestão do terceiro setor no Brasil**. São Paulo: Editora Futura, 2001. p. 15, o terceiro setor seria um "'meio-termo' do ambiente político-econômico, intermediando as relações entre o Estado e o mercado no que tange às questões da melhoria social. Seu principal mérito é agregar modelos organizacionais eficientes aos seus objetivos voltados à filantropia". Há, ainda, que atribua à expressão terceiro setor a identificação dos marginalizados e excluídos. V. PINTO, Luiz Fernando da Silva. **Gestão-cidadã**: ações estratégicas para a participação social no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002. p. 19. Por fim, há autores que empregam o termo terceiro setor como sinônimo de organizações não-governamentais (ONGs).

[513] PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (org.). **O público não-estatal na reforma do Estado.** Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 16-17.

[514] Cf. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (org.). **O público não-estatal na reforma do Estado.** Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 30.

qualidade, por outro lado, é garantida pelo próprio sentido da voluntariedade que norteia as organizações do terceiro setor; a desburocratização da gestão dos serviços, com a flexibilização dos instrumentos correlatos (maior discricionariedade se comparado com os agentes da esfera pública estatal); formação da responsabilidade do administrador e dos agentes da organização pública não-estatal.

Carlos MONTAÑO tem uma visão diferenciada do terceiro setor, que ele entende distanciada do que chama noção hegemônica. Sua perspectiva é particularmente relevante, *in casu*, em função do caráter crítico-construtivo, que muito se aproxima das considerações que neste trabalho se busca assentar. Essa compreensão hegemônica é apontada pelo autor como isolante dos vários setores que compõem o todo social e como aglutinadora de movimentos sociais, de empresas-cidadãs, de associações comunitárias, de organizações não-governamentais e das mais variadas instituições identificadas com a sociedade civil, mas de forma apartada do quadro geral característico do momento, especialmente impregnado de idéias neoliberais. O terceiro setor surge, então, como um conceito reducionista. O autor inverte a investigação. Partindo da realidade de intensa transformação, ele identifica o terceiro setor como um fenômeno real dela derivado, como produto dos movimentos neoliberais que informam as exigências de reforma do Estado. Aponta ele, então, várias debilidades do conceito hegemônico de terceiro setor: a) o terceiro, na verdade, seria primeiro setor, haja vista que a sociedade civil, que nele se enxerga, viria antes do Estado e do mercado. Entretanto, como o terceiro é indicado como interface entre o público (Estado) e o privado (mercado), é tratado como o que ocupa a posição de número três, caracterizando, assim, uma visível falta de rigor conceitual; b) não é possível definir as instituições por ele abarcadas. Diz-se que se vincula, essencialmente, às atividades de filantropia, mas tem sido destacado para alcançar organizações formais, movimentos informais, ações individuais, sindicatos, associações de moradores, organizações não-governamentais, instituições religiosas e uma variedade significativa de outros entes; c) a diversidade de grupos, interesses e pautas, nele inseridos, impede uma identificação como setor; d) as características imputadas ao terceiro setor, de “não-governamentabilidade” e “não-lucratividade”, parecem perder a relevância de qualificação seja pela aproximação em relação às esferas estatais (à medida que o Estado tem financiado diretamente essas estruturas e, como se verá no tocante às organizações sociais, a elas direciona não apenas recursos públicos, mas também bens públicos e mesmo servidores públicos), seja porque muitas das organizações ditas sem fins lucrativas são apenas braços de grandes conglomerados econômicos que lucram, sim, com esse desdobramento,

especialmente na forma de isenções tributárias de grande porte e de força propagandística perante a clientela em potencial[515]. O que chamava a atenção desde o início da concepção deste trabalho – a aproximação entre autores de diversas linhas (por exemplo: políticos de direita e de esquerda, defendendo, ambos, a redução do poder do Estado, mas, os primeiros, objetivando maior liberdade para o mercado, e os segundos, oportunidade de deslocar influências para fora da esfera da classe dominante) –, MONTAÑO aborda:

> Como num jogo de 'soma zero', a diminuição do poder 'tirânico' do Estado intervencionista pareceria ser o resultado do crescimento de um poder *externo* a ele: o do 'livre associativismo' (Tocqueville), o dos 'livres agentes de mercado' (Hayek), o da 'razão comunicativa do mundo da vida' (Habermas), o das 'organizações da sociedade civil' (Rosanvallon), o da 'atividade voluntária desenvolvida no tempo livre' (Lipietz, De Masi, Rifkin)[516].

### 3.5. Sociedade civil e democratização.

Não se poderia, frente aos objetivos deste trabalho, deixar de perquirir sobre o "velho"[517] conceito de sociedade civil, já, em algum sentido, antecipado no item anterior. Evidente a importância da temática na própria designação das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público, que se propõe, neste trabalho, sejam, em sua materialização legislativa, cotejadas com o arcabouço teórico em desenvolvimento, trazido à baila, ainda que sem profundidade, no projeto reformista da Administração Pública brasileira.

Falar em sociedade civil tem representado, nos últimos tempos, fundamentalmente, uma postura anti-estatalista (historicamente, conforme se verá, cristalizou-se o apartamento entre Estado e sociedade civil, apresentados como contrapostos), na medida

---

[515] Cf. MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social**: crítica ao padrão emergente de intervenção social. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2003. p. 54-58. No mesmo sentido: "[...] a investida de setores empresariais nas chamadas parcerias com a sociedade civil que, sob o chapéu retórico da ênfase na 'responsabilidade social da empresa', pode fazer crescer em alguns poucos casos o montante de recursos e conseqüentemente a agilidade operacional de muitas organizações civis. Na regra geral, trata-se de mera estratégia de instrumentalização da legitimidade das organizações civis com o fim de conquista ou consolidação de novos consumidores" (COSTA, Sérgio. **As cores de Ercília**: esfera pública, democracia, configurações pós-nacionais. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 59).

[516] MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social**: crítica ao padrão emergente de intervenção social. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2003. p. 61.

da compreensão de que o Estado, que se avolumou, sufocou a sociedade civil e, por conseqüência, instituiu um regime que não se poderia designar de democrático. Conseguintemente, o fomento da sociedade civil e a reconstrução da democracia passariam pela redefinição do tamanho do Estado, das funções que ele desempenha, entendendo-se, nesse sentido, materialmente limitado, porque sociedade civil e democracia enchem os discursos hodiernos da reforma do Estado. Não se pode deixar de consignar as várias nuances dessa defesa: de um lado, fala-se precipuamente da minimização do Estado, de inadmissível feição autoritária, com a ascensão do foro de discussão social; de outro lado, numa posição menos reducionista e mais congregadora, enfatiza-se a complementaridade entre Estado e sociedade civil. Ademais, comumente oposta ao Estado, à sociedade civil também se atribui um papel importante, quando oposta às forças de mercado, haja vista a ponderação do viés mercadológico *vis-à-vis* com "our communities, cultura, institutions, and values"[518], aspectos a serem, de igual forma, considerados pelo Estado, compondo-se a trinca: Estado, mercado e sociedade civil.

Amitai ETZIONI fala de uma "nova forma de pensar os assuntos sociais", "that is centered around people convincing one another to be better than they would be otherwise, on having faith in faith, on persuasion rather than coercion, on what might be called 'soft morality'"[519]. Essa moralidade suave ou flexível não deveria ser confundida com uma moralidade fraca – que não seria o caso –, caracterizando-se como moralidade formada pela comunidade e não pela direção estatal, nem pela imposição mercadológica[520]. A grande questão a ser respondida, de acordo com o autor mencionado, é como chegar ao que se poderia qualificar como "good society" (numa tradução simples "boa sociedade"), que não se limitaria a uma sociedade civil (isoladamente percebida) e que deveria ser admitida como uma sociedade na qual as pessoas fossem vistas como fins, em sua dignidade individual, e não como instrumentos, e que contaria com a parceria das estruturas governamentais e do mercado (essas esferas favoreceriam relações do tipo *I-It* ("Eu-Ele/coisa"), enquanto a comunidade estaria voltada ao relacionamento *I-Thou* ("Eu-Tu/pessoa"), sendo a colaboração

---

[517] Cf. COSTA, Sérgio. **As cores de Ercília**: esfera pública, democracia, configurações pós-nacionais. Belo Horizonte: UFMG, 2000. p. 37: "[...] tão velho quanto a própria ciência política [...]".

[518] ETZIONI, Amitai. **Next**: the road to the good society. New York: Basic Books, 2001. p. ix: "nossas comunidades, cultura, instituições e valores" (tradução livre).

[519] ETZIONI, Amitai. **Next**: the road to the good society. New York: Basic Books, 2001. p. x: "que é centrada em pessoas convencendo umas às outras a serem melhores do que elas seriam de outro modo, tendo fé na fé, na persuasão ao invés da coerção, no que poderíamos chamar de 'moralidade suave'" (tradução livre). O autor chama essa perspectiva de "comunitarista", porque as pessoas são vistas enquanto integrantes da comunidade, bem como aponta para uma posição centrista.

[520] Cf. ETZIONI, Amitai. **Next**: the road to the good society. New York: Basic Books, 2001. p. x.

entre os três setores essencial). A solução para esse questionamento – como chegar à "boa sociedade" – estaria na meditação acerca de sete aspectos, que se pode indicar nos seguintes termos: a) o que as pessoas, como integrantes de famílias e outros grupos sociais, poderiam fazer por outras pessoas, sem esperar pelo Estado ou pelo mercado; b) como as pessoas deveriam efetivar a seleção dos valores que deveriam nortear os comportamentos individuais e sociais; c) que medidas deveriam ser adotadas para que a administração, pelas autoridades eleitas, refletisse a vontade dos eleitores, e não simplesmente a orientação partidária; d) como manter a unidade, e assim avançar, sem desrespeito à pluralidade; e) qual o perfil do Estado ideal, limitado ou mais ativo; f) quais os caminhos para preservar o crescimento econômico sem arriscar os valores morais e sociais arduamente solidificados; e g) quais os limites para a abundância ou o que haveria para além desse fator[521].

Relevantes considerações, traz esse autor, em relação às atribuições do Estado (que designa também de governo, embora, mais rigorosamente, as expressões tenham sentidos diferentes) e do mercado. Ele reconhece que o Estado pode e deve ser emagrecido, mas que, em muitas áreas, não se poderia prescindir de sua presença (o que, afastado o molde liberal e o do *neolaissez-faire*, imporia a reativação de algumas atividades estatais), a exemplo do campo da saúde. Ilustrando, aponta o caso norte-americano, que, nos anos noventa, ausentou-se dessa área, mas, depois, teve que voltar, com forte regulação, diante dos problemas que se verificaram. Cita, outrossim, a segurança pública como sendo atividade própria do Estado, o meio ambiente como quintessencial, bem como discorre sobre a garantia de um "rich basic minimum standard of living" ("generoso básico padrão de vida mínimo"), como realização da pretensão de que os indivíduos sejam tratados como fins e não como meios. Especificamente, sobre esse último ponto, o autor salienta que a provisão de um mínimo não resulta, como regra, diversamente do que se pensa, em estímulo à malandragem ou à preguiça, embora algumas pessoas possam, de fato, abusar do sistema provisional, o que "a good society should consider this a small price to pay for affirming the basic humanity of everyone"[522]. Sobre o

[521] Cf. ETZIONI, Amitai. **Next**: the road to the good society. New York: Basic Books, 2001. p. x-xii.

[522] ETZIONI, Amitai. **Next**: the road to the good society. New York: Basic Books, 2001. p. 54: "uma boa sociedade deve considerer isso como um pequeno preço a pagar por afirmar a humanidade básica de cada um" (tradução livre). Amartya SEN, tratando especificamente sobre o benefício do seguro-desemprego, diz que se argumenta com veemência sobre o fato de que "um generoso seguro-desemprego pode enfraquecer nos desempregados a determinação de conseguir um emprego e que isso realmente aconteceu na Europa". Mas sopesa que a medida pode não representar um "desincentivo tão grande", considerando que a busca do emprego se dá por outras razões, igualmente relevantes, que não o salário. De todo modo, dever-se-ia questionar, de acordo com o autor, "o grau em que os beneficiários necessitam desses serviços" e "o quanto a pessoa poderia ter pago por esses serviços (e talvez pagasse na ausência da provisão pública gratuita", não sendo, assim, conveniente a eleição de "princípio 'social' pré-econômico" (SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 155-156).

mercado, diz que a sociedade deve reconhecer e permitir para ele um amplo espaço, o que não significa que ela se coadune com mercados totalmente livres. É do autor a equiparação entre os efeitos do mercado totalmente livre e os da energia nuclear:

> It can generate an enormous and growing bounty of riches in products and services, but if the market is not properly contained, it may dehumanize people and wreak havoc on local communities, families, and social relations[523].

Diante dessa compreensão prefacial, é preciso deixar, de logo, clara a posição firmada, neste estudo, no que toca à sociedade civil e ao seu relacionamento com o Estado, integrando, ambos, o que se compreende como público.

A sociedade civil, enquanto esfera relacional-discursiva entre os atores sociais, assim entendidos os indivíduos, os grupos, as organizações, ou, como juridicamente se classificam, as pessoas físicas, jurídicas e os entes despersonalizados, com pressuposta capacidade (não no sentido jurídico, mas no sentido comum) de influir comunicativamente no debate, de formar o dissenso e de participar do consenso, jamais poderá ter sua relevância minimizada. Em se âmbito, estabelece-se o direcionamento da sociedade pelos seus próprios integrantes, corroborando-se o vínculo social. Além disso, seu enaltecimento promove, na igualdade participativa, o respeito às diferenças, a tolerância. É fautor, portanto, em última análise, de paz.

Concorda-se, ademais, que "a participação efetiva dos cidadãos nos processos deliberativos que visam a regulamentar, administrar e executar a vida em comunidade tem diminuído e sido transferido, sempre mais, para representantes eleitos, indicados ou impostos pelo poder oficial administrativo e executivo"[524], situação que implica em inadmissível substituição da sociedade civil pelo Estado, sendo que esse, embora se dizendo representante da sociedade, não tem agido como tal, movendo-se, não raras vezes, segundo os seus próprios interesses (como se os tivesse; na verdade, são interesses capturantes das estruturas estatais).

No entanto, de outro turno, não se deve olvidar que, em sociedades marcadas por profundas desigualdades e por relações de dominação ainda muito fortes, em razão das quais grande parte da população permanece excluída do campo público, da participação, ou então

---

[523] ETZIONI, Amitai. **Next**: the road to the good society. New York: Basic Books, 2001. p. 73: "Ele pode gerar um enorme e crescente concessão de riqueza em produtos e serviços, mas se o mercado não é adequadamente contido, ele pode desumanizar as pessoas e causar estragos nas comunidades locais, famílias e relações sociais" (tradução livre).

[524] EFKEN, Karl-Heinz. O potencial democrático comunicativo da esfera pública e da sociedade civil. In: MORAES, Alfredo; DI MATTEO, Vincenzo (org.). **A filosofia no Recife**: ontem e hoje. Olinda: Livro Rápido, 2006. p. 171.

apenas é incluída enganosamente, coarctada em sua liberdade de participação igualitária, o Estado pode e deve servir, ativamente, de instrumento garantidor da sociedade civil. Pensa-se que ele assim age, quando, por exemplo, conclama as pessoas a votarem diretamente na tomada de importantes decisões políticas[525]; quando assume e promove eficientemente a prestação do serviço público educacional, à medida que a participação efetiva não se realiza sem um mínimo de conhecimento de causa[526]; quando desempenha papel redistributivo, diminuindo as desigualdades sociais[527]; quando exige a participação de representantes da sociedade, e particularmente de grupos sociais específicos (como empregados, consumidores, entre outros), em instituições e foros de discussão e decisão, a eles prevendo diferenciadores que os equilibrem diante de outras categorias com maior poder de pressão, bem como promovendo campanhas de esclarecimento público[528]. Se o Estado não tem conseguido desempenhar a contento essas funções, tal não é motivo para pregar a sua morte, mas sim para se exigir a implementação desses deveres, com o que, por certo, não concordarão os que o querem cada vez mais fraco, impossibilitado de honrar essas obrigações (dentre várias outras consorciadas com o interesse público), ao que tem servido, de forma aviltada, e não em toda a sua significância, a tese da emergência da sociedade civil. Ressalte-se que, se "el temprano

---

[525] Não se nega que o Estado brasileiro é absolutamente inepto, nesse ponto, seja pelo número irrelevante de plebiscitos, por exemplo, que foram realizados (parece que a democracia se limita à escolha de "representantes" que não traduzem, de regra, as vontados dos "representados"), seja pela insignificância das matérias (quando comparadas a outras) trazidas a voto popular (o último plebiscito foi para saber se os particulares poderiam ou não ter armas). Isso, contudo, não retira a importância da participação estatal, cuja realização se deve exigir, não fazer suprimir, simplesmente.

[526] A mesma observação, posta na nota de rodapé imediatamente anterior, vale para a política educacional do governo brasileiro, que, neste momento, começa a falar de extinção de escolas públicas, substituídas por "vales", que os pais das crianças beneficiadas (quais serão favorecidas?) poderão utilizar (vão realmente utilizar, se entre educação e fome, tiverem que satisfazer a segunda necessidade?) segundo a escolha pedagógica que mais lhes pareça conveniente. Nesse sentido, o Estado prestador de serviços público é muito mais racional do que o Estado que dá dinheiro público, mesmo porque, advirta-se, dador não cumpre o dever constitucional de prestar.

[527] Não se pensou que se fosse utilizar a expressão *idem*, neste trabalho. É o momento, com vistas à reiteração dos comentários anteriores.

[528] Nesse tocante, o orçamento participativo é uma boa idéia, embora, na prática, sofra, ao que parece, com um déficit democrático, porquanto a participação presencial dos membros da sociedade não significa concorrência efetiva na definição de posturas acerca dos recursos públicos, bem como diante do vigoroso poder de pressão e influência por parte dos grupos dominantes. Há relatos informais, inclusive, de partícipes de reuniões do orçamento participativo, dando conta do aliciamento de membros de outras comunidades, que não a atinente ao orçamento em discussão em dado momento, para fazer valer o direcionamento dos recursos segundo o interesse dos aliciadores. Especificamente, v. sobre o tema: AVRITZER, Leonardo; NAVARRO, Zander (org.). **A inovação democrática no Brasil**: o orçamento participativo. São Paulo: Cortez, 2003; LEAL, Suely. **Fetiche da participação popular**: novas práticas de planejamento, gestão e governança democrática no Recife-Brasil. Recife: Ed. do Autor, 2003; RIBEIRO, Ana Clara Torres; GRAZIA, Grazia de. **Experiências de orçamento participativo no Brasil**: período de 1997 a 2000. Petrópolis: Vozes, 2003; FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo. **Gestão municipal e participação social no Brasil**: a trajetória de Recife e Salvador (1986-2000). São Paulo: Annablume; Fapesp, 2004; GONÇALVES, Hermes Laranja. **Uma visão crítica do orçamento participativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; e SOUZA, Ubiratan de. Orçamento participativo: experiência

concepto moderno de sociedad civil resurgió primero y ante todo en las luchas de las oposiciones democráticas de la Europa oriental contra los partidos estatales socialistas autoritarios"[529], hoje o conceito de sociedade civil é manipulado, num sentido utilitarista neoliberal, para opor-se a um Estado que, embora a passos trôpegos e lentos e a despeito de todos os contrafluxos, passou a desempenhar importante papel social, de amparo aos desvalidos e de prestação de serviços essenciais, associados à idéia de humanidade digna. Ora, não se pode confundir Estado totalitário com Estado prestacional. Além disso, não parece que Estado e sociedade civil se excluam mutuamente. Podem ser cooperantes, criticamente, diga-se, não subservientemente.

Emir SADER nota, inclusive, que, no Brasil, quando a onda neoliberal já começava a se alastrar por outros Estados, como o chileno e o mexicano, subscreveu-se a Constituição Federal brasileira de 1988, chamada de "Constituição Cidadã", dado o alto nível protetivo de direitos e garantias nela inscritos. A pressão, contudo, sobre o modelo brasileiro, foi muito intensa, no sentido da substituição da preocupação com o déficit social pela inquietação com o déficit público (na verdade, alegada deficiência de caixa), tendo sido adotado programa de ajuste estrutural nos moldes neoliberais. Para permitir uma maior aceitação social do novo modelo – com implantação serôdia, se comparada à de outros Estados, especialmente os latino-americanos – opôs-se o estatal ao privado: o primeiro como realidade de ineficiente, custosa e despótica ("ingovernabilidade"), o segundo materializando-se em eficiência, economia e liberdade. Propugnou-se, paradoxalmente, por "una democracia sin alma social"[530]. A sociedade civil aparece, então, como mecanismo de escape, para justificar o minimalismo estatal, do "small is beautiful" (pouco é bonito)[531], em que se procura isentar o Estado de várias obrigações, especialmente as socialmente repercussivas. Por certo, entende-se, aqui, possível, o aproveitamento da ressurgência da sociedade civil, para, afastando-se as prédicas neoliberais (relações sociais de competição), situá-la em posição ativa, em cooperação com o Estado, na fixação das diretrizes a serem por ele observadas, na realização do bem comum (relações sociais de solidariedade), mas sem que

---

do Rio Grande do Sul. In: SADER, Emir (comp.). **El ajuste estructural en América Latina**: costos sociales y alternativas. Buenos Aires: FLACSO, 2001. p. 275-287.

[529] COHEN, Jean L; ARATO, Andrew. **Sociedad civil y teoría política**. Traducción de Roberto Reyes Mazzoni. México: Fondo de Cultura Econômica, 2002. p. 34.

[530] Cf. SADER, Emir. Una democracia sin alma social. In: _____ (comp.). **El ajuste estructural en América Latina**: costos sociales y alternativas. Buenos Aires: FLACSO, 2001. p. 137-143.

[531] Cf. SOARES, Laura Tavares Ribeiro. Os custos sociais do ajuste neoliberal no Brasil. In: SADER, Emir (comp.). **El ajuste estructural en América Latina**: costos sociales y alternativas. Buenos Aires: FLACSO, 2001. p. 171-183.

isso implique repassar a ela, substitutivamente, os deveres e as responsabilidades que são estatais, por razão de existir da instituição Estado.

### 3.5.1. Definição de sociedade civil.

Norberto BOBBIO[532] salienta que a expressão "sociedade civil" já designou diversas realidades, fazendo observar que o sentido mais atual é até antagônico ao mais antigo. Inicialmente, sociedade civil denominava a sociedade política, a que se contrapunha a sociedade natural, abstratamente percebida. Prestava-se a conceituar, portanto, a organização política, da *polis* ao Estado, tendo, esse, como instituição historicamente localizada, nascido exatamente para fazer findar o estado primevo em que os homens de encontravam – de barbarismo (como em HOBBES); pacífico, embora insuficiente em situações conflitivas (como em LOCKE); não belicoso, mas deficitário de expressão de uma vontage geral unificadora (como em ROUSSEAU); de inconstância (como em KANT), para citar o quarteto contratualista sempre referido. Considerado, outrossim, o processo de laicização, a nomenclatura foi comumente utilizada para referenciar a sociedade temporal, em oposição à sociedade religiosa, âmbitos de incidência de poderes distintos. BOBBIO nota que em ROUSSEAU, na verdade, transparece uma outra perspectiva, a da oposição entre sociedade civil, no sentido de civilizada, e uma sociedade de povos de vida primitiva (os selvagens), não se confundindo sociedade civilizada com sociedade política (essa apenas se realizaria no autor francês com o contrato social), a despeito de essa confusão encontrar-se presente na obra de diversos outros autores clássicos (a exemplo de HOBBES). BOBBIO nomeia, ainda, uma outra acepção de sociedade civil, que identifica na obra idealista de HEGEL, já nesse momento destacada do conceito de Estado, porquanto corresponderia a um instante prévio à estruturação estatal (embora posterior à família, que seria a sociedade natural e a forma primeira de eticidade). Em HEGEL[533], a sociedade civil vai aparecer como um pré-Estado ("o

[532] BOBBIO, Norberto. Sociedade civil (verbete). In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen Varriale *et al*. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, v. II. p. 1206-1211. Pensa-se, neste trabalho, com as limitações que lhe são próprias, que BOBBIO foi o autor que melhor sintetizou as passagens de sentido da expressão "sociedade civil", de modo que a averiguação inicial do conceito será embasada das suas considerações, acrescidas de trechos específicos representativos dos outros autores, que são por ele citados. De importância inegável a obra de COHEN, Jean L; ARATO, Andrew. **Sociedad civil y teoría política**. Traducción de Roberto Reyes Mazzoni. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

[533] Cf. HEGEL. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores, 1990. p. 178-183.

Estado extrínseco, o Estado da carência e do intelecto"), constituído pelo sistema das necessidades ("a mediação da carência e a satisfação dos indivíduos pelo seu trabalho e pelo trabalho e satisfação de todos os outros"), pela jurisdição e pela administração e corporação. Uma outra versão para a expressão sociedade civil é encontrada por BOBBIO em MARX, quando se traduz civil por burguês, de modo que a terminologia passa a identificar a sociedade burguesa, com foco nas relações econômicas (atinentes à estrutura), ou a sociedade privada, em contraposição à esfera das relações políticas ou públicas. Verificada, pois, a inversão do sentido original (sociedade civil como sociedade política) à compreensão mais aceita hoje (sociedade civil como a não-sociedade política). BOBBIO segue, trazendo a exame o entendimento de GRAMSCI, que também distinguiu, em seu "Cadernos do Cárcere", sociedade civil de Estado, a primeira correspondendo ao conjunto de pessoas privadas e a segunda significando a hegemonia do grupo dominante em relação aos demais grupos. Como sempre se acentua, não se pode deixar de compreender essas alterações conceituais, em função dos fatos históricos do momento da concepção. Assim, a acepção gramsciana é refletora: GRAMSCI, militante, líder do Partido Comunista italiano, envolvido em conselhos de fábrica do movimento operário, vivenciou intensamente "a Primeira Guerra Mundial, a Revolução Russa, as mobilizações operárias na Europa, a consolidação dos regimes totalitários, a depressão econômica de 1929, a ascensão dos Estados Unidos a potência hegemônica mundial"[534]. Em GRAMSCI, tem-se a preocupação de afastar a perspectiva liberal, que submeteria a sociedade civil às regras de liberdade econômica e o Estado seria limitado à função de gendarme, e a visão totalitária, que equipara sociedade civil e Estado, propondo-se a percepção da sociedade civil e do Estado como dois âmbitos da superestrutura (MARX embutia a sociedade civil na estrutura), dotados de relativa autonomia, mas também de íntima conexão: "[...] enquanto a primeira – [...] organismos 'privados' e voluntários [...] – se caracteriza pela elaboração e a difusão das ideologias e dos valores simbólicos que visam a 'direção', a segunda esfera – [...] o governo, a burocracia [...] – se caracteriza pelo conjunto de aparelhos que concentram o monopólio legal da violência e visa a 'dominação'"[535]. Para GRAMSCI, "Estado = sociedade política + sociedade civil, ou seja, hegemonia encouraçada de coerção"[536], sendo que esse Estado evoluiria para uma condição ética, um Estado democrático, a partir do estímulo à sociedade civil participativa, que se determina autonomamente: "o Estado se torna ético porque promove o crescimento da sociedade civil

[534] SEMERARO, Giovanni. **Gramsci e a sociedade civil**. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 17.
[535] SEMERARO, Giovanni. **Gramsci e a sociedade civil**. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 74.
[536] Citado em SEMERARO, Giovanni. **Gramsci e a sociedade civil**. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 75.

sem anular as suas liberdades; e esta, ao amadurecer, dispensa as intervenções exteriores do Estado, porque o grau de socialização e o de responsabilidade alcançados inauguram os tempos novos duma sociedade regulada por suas próprias iniciativas"[537]. De BOBBIO, a consideração de que "a sociedade civil é momento constitutivo de dois momentos diversos", o da passagem ao Estado (por meio da organização e regulamentação dos diversos interesses, da passagem da "estrutura à superestrutura") e o do fim do Estado (com a "eliminação do dualismo no plano superestrutural")[538]. BOBBIO apresenta, em seguida, a sociedade civil – ou, meramente, sociedade, em relacionamento perene com o Estado[539] – na "linguagem de hoje": "esfera das relações entre indivíduos, entre grupos, entre classes sociais, que se desenvolvem à margem das relações de poder que caracterizam as instituições estatais"[540]. Mas é, realmente, a parte final da exposição de BOBBIO, que traz luz especial à discussão constante deste estudo, consistindo na constatação de que a diferenciação é invocada sempre para polemizar ou nos momentos de crise ou de ruptura e, normalmente, para asseverar que a legitimidade perdida pelo Estado deve ser buscada na sociedade civil. Eis o que está na base da argumentação atinente à reforma do Estado Administrante em todo o mundo e, em particular, no Brasil.

COHEN e ARATO concebem a sociedade civil para além dos limites da vida privada e da apatia política (restrições que enxergam nos pluralistas), fundamentando-se nas palavras de TOCQUEVILLE, para reconhecer nela uma esfera de intensa participação e decisão políticas, bem como entendendo que tais atividades se realizam dentro da própria sociedade civil e em suas relações interinstitucionais, e não limitadamente em algum ente representativo abstrato (como o Estado), enfatizando, portanto, os fenômenos da pluralidade e da diferenciação, o que não deve significar, de acordo com eles, substituição da democracia

---

[537] SEMERARO, Giovanni. **Gramsci e a sociedade civil**. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 77.

[538] BOBBIO, Norberto. **Ensaios sobre Gramsci e o conceito de sociedade civil**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira e Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 54-72. Lendo o próprio GRAMSCI, tem-se: "Um tal sistema de democracia operária (complementado por organizações equivalentes de camponeses) daria uma forma e uma disciplina permanente às massas, seria uma magnífica escola de experimentação política e administrativa, englobaria as massas até o último homem [...]/[...] far-se-ia com que a massa se tornasse mais preparada e capacitada para o exercício do poder, difundir-se-ia uma consciência dos deveres e dos direitos do companheiro e do trabalhador, que seria concreta e eficaz porque gerada espontaneamente a partir da experiência viva e histórica [...]/[...] A fórmula 'conquista do Estado' deve ser entendida o seguinte sentido: criação de um novo tipo de Estado, gerado pela experiência associativa da classe proletária, um Estado que deve substituir o Estado democrático-palamentar" (GRAMSCI, Antonio. **Escritos políticos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, v. 1 (1910-1920). p. 248-249 e 262).

[539] Concomitância e paradoxalidade entre o cidadão participante e o cidadão protegido. Cf. BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade civil**: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004. p. 51-52.

representativa, mas coexistência sem interferência. No que tange à relação entre sociedade civil e economia, dizem com a impossibilidade de se estabelecer uma porta de separação entre os dois espaços, mas, em igual medida, com a inadmissibilidade de inserção de uma na outra, reconhecendo, contudo, que princípios societários têm o condão de influir em instituições econômicas (sociedade econômica). Entendem que a sociedade civil garante espaços de liberdade negativa e de liberdade positiva, ou seja, de autonomia dos indivíduos privados e de "interacción comunicativa de los individuos entre si", pressupondo-se, destarte, pessoas associadas e não "seres atomísticos o comunales". Em sua análise, reconhecem riscos ao Estado Providência – no sentido de que "fragmentan a las colectividades, destruyen las solidariedades horizontales, aíslan y hacen a los individuos privados dependientes del aparato estatal" –, mas consideram que os mesmos defeitos fundamentalistas destrutivos se encontram nas teses neoconservadoras e nas defesas do capitalismo ilimitado, defendendo, conseguintemente, o associacionismo. A síntese de suas idéias é feita pela consideração de que as políticas sociais deveriam ser menos centralizadas, que as exercitadas pelo *Welfare State*, e mais retrorreflexivas da atuação da sociedade civil, bem como que o funcionamento econômico deveria ser regulado com menos intrometimento, "'una ley reflexiva', que se concentre más en los procedimientos y no en los resultados", o conjunto sendo designado pela expressão de HABERMAS "la continuación reflexiva del Estado benefactor" complementada pela idéia de "continuación reflexiva de la revolución democrática"[541].

Outros elementos conceituais podem ser apresentados para enriquecer o debate, já que se está falando de preponderância do pluralismo e da diversidade. Aproveitando-se o destaque das expressões, note-se que a idéia de pluralidade pode aparecer como inequívoca ao espaço da sociedade civil, como em Hannah ARENDT, ou não característica dessa esfera, como em Jürgen HABERMAS, em que se vê o realce na transposição das diferenças. Separando os dois teóricos também está a diferença do momento de perfectibilização da identidade individual (em ARENDT, com a integração ao público; em HABERMAS, anteriormente a essa inserção)[542]. Outro aspecto contributivo da análise, lê-se da obra de Michel FOUCAULT, que se diz sabedor da atração que "exerce hoje o amor pelo Estado ou o horror do Estado", numa "supervalorização do problema do Estado", quando, em verdade, o

---

[540] BOBBIO, Norberto. Sociedade civil (verbete). In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen Varriale *et al*. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, v. II. p. 1210.

[541] Cf. COHEN, Jean L; ARATO, Andrew. **Sociedad civil y teoría política**. Traducción de Roberto Reyes Mazzoni. México: Fondo de Cultura Econômica, 2002. p. 34-44.

Estado "não é mais do que uma realidade compósita e uma abstração mistificada, cuja importância é muito menor do que se acredita", do que se concluiria que o importante "não é tanto a estatização da sociedade mas o que chamaria de governamentalização do Estado"[543]. Há, no autor, uma certa indiferença em relação ao estatismo (em termos de categorização como algo bom ou mau), mas não deixa de ser a figura do Estado que ele desenha, na contraposição histórica com a sociedade civil (expressão de que ele não se utiliza), relevante para o exame em tela. Diz-se que, em FOUCAULT, a palavra-chave é dominação, a dizer: relações de subjugação, que, sublinhe-se, estão espalhadas pelos vários setores da sociedade. A população, por exemplo, aparece como "sujeito de necessidades", mas também como "objeto nas mãos do governo"[544]. Na visão foucaultiana, ROUSSEAU e BENTHAM se completam: o primeiro traz "a sociedade transparente, ao mesmo tempo visível e legível em cada uma de suas partes [...]; que os corações se comuniquem uns com os outros, que os olhares não encontrem mais obstáculos, que a opinião reine, a de cada um sobre cada um"; o segundo pensa "em uma visibilidade organizada inteiramente em torno de um olhar dominador e vigilante [...]"[545]. Outro autor que revela a multiplicidade da temática (e que favorece interpretações que consorciam o Estado burocrático com o Estado totalitário) é Carl SCHMITT, especialmente pelo fato de que ele reconduz a discussão à junção da sociedade civil e do Estado, na forma do "Estado total", que se poderia classificar em "total por debilidade" e "total por força" – esse materializando-se como totalitarista (fascista); aquele, a partir da Constituição de Weimar:

> Schmitt insiste particularmente no fato de que a Constituição de 1919, ao prescrever obrigações e deveres de ordem social e econômica ao poder público, torna necessária uma crescente intromissão da administração estatal no conjunto das esferas, cuja independência o liberalismo e a doutrina do Estado de direito queriam preservar, e ao mesmo tempo torna essa mesma administração, transformada em burocrática, dependente dos interesses econômicos e sociais organizados[546].

Passando a autores mais contemporâneos, pode-se citar Neera CHANDHOKE, para quem a sociedade civil é o sítio no qual a sociedade se relaciona dialeticamente com o

---

[542] Cf. ORTEGA, Francisco. **Para uma política da amizade**: Arendt, Derrida, Foucault. 2. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000. p. 20-22. (Conexões, 6).
[543] FOUCAULT, Michel. **Microfisica do poder**. Tradução de Roberto Machado. 14. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999. p. 292. Governamentalização como estratégia ou tática de ação.
[544] FOUCAULT, Michel. **Microfisica do poder**. Tradução de Roberto Machado. 14. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999. p. 289.
[545] FOUCAULT, Michel. **Microfisica do poder**. Tradução de Roberto Machado. 14. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999. p. 215.

Estado, na definição do discurso político, tendo, por valores, participação política, responsabilidade estatal e publicidade da política; por instituições, fóruns representativos e associativos, imprensa livre e organizações sociais; e, por membros, os cidadãos. A palavra-chave da sociedade civil, que a tornaria possível, seria liberdade, corporificada em vários institutos (liberdade de expressão, liberdade de associação, liberdade de discordância, liberdade de geração e de espargimento de opinião política), instrumentos que permitiriam compreender a sociedade civil como "the site for the production of a critical rational discourse which possesses the potential to interrogate the state"[547]. Há, nas considerações do autor indiano, uma inequívoca relação de pressuposição entre Estado e sociedade civil, na medida em que a sociedade civil se instala como instância de sindicância estatal e o Estado como destinatário do resultado comunicativo do debate societário. Segundo o teórico, Estados irresponsáveis seriam produto de sociedades civis inativas[548]. Importante destacar a percepção do autor, no sentido de que o tema da sociedade civil retornou em grande parte em função dos programas neoliberais (privatização, desregulação, desestatização), tendo em conta, inclusive, que a ênfase na sociedade civil pode subentender retração do Estado em relação a ajustes sociais[549]. Ele acentua, entretanto, que essa perpectiva é pobre, em vista da multiplicidade de sentidos, os quais se está procurado ver novamente florescer através de uma "teoria radical" de feição emancipacionista, nos termos da qual a sociedade civil aparece como provedora de sujeição da atuação estatal à avaliação crítica e imposição de limites. Mais além, CHANDHOKE ressalta que a condição democrática de realização da sociedade civil não se limita à pertinência em relação à entidade estatal, porquanto a instalação de uma sociedade civil verdadeiramente ativa pressupõe que ela mesma seja democrática. Disso se conclui que "the problem with the liberal discourse which privileges civil society is that it is self-referential, that is, it is constructed around the formal themes of political democracy, participation and rigths"[550], discurso esse que não atribui qualquer importância à efetiva capacidade de participação dos integrantes da sociedade civil, especialmente em termos de

---

[546] KERVÉGAN, Jean-François. **Hegel, Carl Schmitt**: o político entre a especulação e a positividade. Tradução de Carolina Huang. Barueri: Manole, 2006. p. 70.

[547] CHANDHOKE, Neera. **State and civil society**: explorations in political theory. 4. ed. New Delhi: Sage, 2004. p. 09: "o sítio para a produção de um discurso crítico racional que possua o potencial de inquirir o Estado" (tradução livre).

[548] Cf. CHANDHOKE, Neera. **State and civil society**: explorations in political theory. 4. ed. New Delhi: Sage, 2004. p. 10. V. também p. 13.

[549] Cf. CHANDHOKE, Neera. **State and civil society**: explorations in political theory. 4. ed. New Delhi: Sage, 2004. p. 10-11.

[550] CHANDHOKE, Neera. **State and civil society**: explorations in political theory. 4. ed. New Delhi: Sage, 2004. p. 12: "O problema com o discurso liberal que privilegia a sociedade civil é que ele é auto-referencial, isto é, ele é construído ao redor de temas formais de democracia política, participação e direitos" (tradução nossa).

igualdade de acesso, de comunicação e de influenciação. E o autor realça mais: que muitas sociedades civis oprimiram seus sujeitos relacionais, que permaneceram marginalizados e excluídos das deliberações, que se diziam democráticas pelo só fato de se invocar a sociedade civil[551]. De todo modo, o conceito voltou à moda e o pensamento contemporâneo sobre a questão está substancialmente assentado nas malhas de auto-ajuda independentes do Estado (essa é, de acordo com o autor, a *differentia specificia*), embora o ente estatal permaneça relevante em termos de manutenção da identidade nacional, proteção das liberdades e provisão de recursos legais[552]. A sociedade civil, a teor da obra em estudo, parece, ademais, estar enfrentando perigos em duas frentes: em relação às fidelidades particularizadas por diferenças de religiões, tribos e etnias, por exemplo (é o caso da Índia, realidade conhecida diretamente pelo autor), e no tocante aos nacionalismos com pretensões unificadoras convergentes ao Estado. Em ambas as situações, o indivíduo é priorizado, sem contextualização social, do que decorrem instabilidade e fragmentação. A resposta estaria na aceitação da diversidade, na tolerância e no diálogo, sob pena de negação da própria idéia de espaço público[553].

O que CHANDHOKE aponta muito suavemente, logo no princípio de sua exposição, Marco Aurélio NOGUEIRA realça com veemência e com pertinência direta sobre as posições que se procura assentar neste trabalho. A par de declarar que houve ganhos, no Brasil, especialmente com o conjunto de reformas administrativas da década de noventa, em termos de reconhecimento dos malefícios de um Estado hipertrofiado, da constatação da existência de carências sérias, de desenvolvimento tecnológico e de promoção de transparência e de participação social, o último autor mencionado salienta que "não se edificou [...] um sistema político efetivamente democrático", que a democracia persistiu mais formal que substancial, que "o sistema político evoluiu como uma democracia sem sociedade e sem Estado", que não se deu relevância à função do ente estatal, que, por dever ser mínimo, não gerou mais sociedade civil, mas sim mais mercado[554]. Essa introdução das idéias do autor, embora pareça fugir um pouco ao tema em análise, na verdade permite compreender a sua exata percepção quanto ao papel que foi "atribuído" à sociedade civil, pelo menos no

---

[551] Cf. CHANDHOKE, Neera. **State and civil society**: explorations in political theory. 4. ed. New Delhi: Sage, 2004. p. 12.
[552] Cf. CHANDHOKE, Neera. **State and civil society**: explorations in political theory. 4. ed. New Delhi: Sage, 2004. p. 30 e 33.
[553] Cf. CHANDHOKE, Neera. **State and civil society**: explorations in political theory. 4. ed. New Delhi: Sage, 2004. p. 244 e 248.
[554] Cf. NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Um Estado para a sociedade civil**: temas éticos e políticos da gestão democrática. São Paulo: Cortez, 2004. p. 39 e 53-54.

contexto do Estado Administrante brasileiro. Diz ele que "o reformismo incorporou quatro idéias inerentes ao discurso democrático em geral e ao radicalismo democrático em particular: descentralização, participação, cidadania e sociedade civil"[555]. Essa inclusão, contudo, fazia parte, sobretudo, de uma linha de raciocínio reformista, de uma "lógica argumetativa". Eis uma nova forma de pensar a sociedade civil, como instrumento justificador de reformas socialmente incômodas ou, como sintetiza o teórico em questão, um "recurso gerencial". Haja vista que se defendia a redução do Estado e que essa proposta geraria grande impacto em termos sociais – o ajuste fiscal exigiria, por exemplo, corte de gastos em programas de atendimento à sociedade e desbastamento das estruturas estatais de prestação dos serviços públicos, com prejuízos para a qualidade das prestações e em termos numéricos de pessoas alcançadas –, era preciso minimizar a resistência da população em decorrência dessa expectativa, o que se buscou fazer, estrategicamente, trazendo-a para o lado do projeto governamental, com o discurso de que sua capacidade e riqueza de atuação não poderiam ser apagadas por um Estado tão autoritário. O autor diz que a premência das circunstâncias – o grau de abertura exigido pela globalização, inclusive – produziu uma retomada da noção de sociedade civil, "não como opção programática ou preferência ideológica, mas de imposição de realidade". Do autor , ainda, a constatação de que o "léxico democrático" precisava ser adaptado "à cultura mercantil e à hegemonia neoliberal", o que se fez a partir, fundamentalmente, de uma despolitização do "processo de abertura do Estado à sociedade". Nas palavras do autor:

> O discurso reformista não negará fogo. Irá se dedicar intensamente a convencer a audiência de que a proposta de reforma administrativa tinha um caráter eminentemente 'técnico', distanciava-se de qualquer polarização política e buscava apenas servir ao 'bem comum', à idéia de direitos republicanos. Definida como 'neutra', vazia de intenções ideológicas, a reforma seria apresentada como eminentemente 'progressista', podendo ser aceita por qualquer posição política ou partidária. O discurso que a impulsionará, portanto, será levado a empreender um sério esforço para reter, assimilar e ressignificar o léxico da democracia. Promover-se-á assim um verdadeiro 'deslizamento semântico', que inverteu e modificou o sentido e o valor de alguns estratégicos conceitos democráticos [...][556].

Nesse contexto, a sociedade civil perde a parcela de dissenso, de conflito, que lhe é inerente, ou seja, deixa de ser campo de discussão e de crítica e passa a adotar a roupagem de ente de confirmação: "A sociedade civil – *locus* de cidadãos organizados – passaria a ser o

[555] NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Um Estado para a sociedade civil**: temas éticos e políticos da gestão democrática. São Paulo: Cortez, 2004. p. 54.

ambiente propício para uma participação convertida em movimento de maximização de interesses (*rent-seeking*) e/ou de colaboração governamental"[557]. O que se poderia chamar de uma parceria construtiva – Estado e sociedade civil em constante interação discursiva, em que a sociedade civil, criticamente, impõe ao Estado o cumprimento de seus deveres para com ela, além de ter uma feição emancipacionista – se converte em parceria dirigida e conservadora. O autor chega a de afirmar que se deveriam investigar as razões da aceitação dos movimentos sociais em relação às bases dessa proposta, que não deixa de ser alienadora, na medida em que se abre mão da aptidão de repensar, de mudar e de exigir[558]. Esses motivos, no entanto, podem ser vislumbrados ou na tentativa de aproveitar a abertura fictícia para torná-la real; ou na captura de grupos da sociedade civil pelos interesses dominantes, com promessa de extensão aos primeiros de "utilidades" já auferidas por certas categorias; ou na ingenuidade de percepção da realidade, para citar apenas alguns.

A mesma impressão tem-se colhida em outros textos, a exemplo do que se transcreve:

> [...] Há tentativas difusas do poder de nos levar ao que Rancière chamou de 'pós-democracia consensual', caracterizada pelo encobrimento dos litígios, pelo 'desaparecimento da política' e a designação de certos segmentos sociais como aptos à negociação com o Estado na condição de 'parceiros', enquanto outros são estigmatizados, pois seriam demagógicos, não-construtivos, anti-democráticos[559].

Ou ainda:

> [...] Ao mesmo tempo que as iniciativas do governo federal [no que toca, segundo o autor, à regulação das relações com a sociedade civil, com a edição da Lei do Terceiro Setor, em março de 1999] estabelecem parâmetros para o aproveitamento institucional dos recursos mobilizatórios da sociedade civil, a implementação de tais medidas, no contexto da reforma do Estado e de duras restrições para os investimentos sociais, torna ambígua a posição das organizações civis, apresentadas, muitas vezes, como lenitivo, necessariamente ineficaz, para um mal que tem sua origem na política de contenção de gastos públicos. São lançadas assim no lugar de co-responsáveis por insucessos que não provocaram e nem poderiam ter evitado. Caracteriza-se, assim, a 'confluência perversa' a que se refere Dagnino (2002) entre

---

[556] NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Um Estado para a sociedade civil**: temas éticos e políticos da gestão democrática. São Paulo: Cortez, 2004. p. 55.
[557] NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Um Estado para a sociedade civil**: temas éticos e políticos da gestão democrática. São Paulo: Cortez, 2004. p. 57.
[558] Cf. NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Um Estado para a sociedade civil**: temas éticos e políticos da gestão democrática. São Paulo: Cortez, 2004. p. 59.
[559] LEROY, Jean-Pierre *et al*. **Tudo ao mesmo tempo agora**: desenvolvimento, sustentatibilidade, democracia: o que isso tem a ver com você? Petrópolis: Vozes, 2002. p. 160.

> o projeto da sociedade civil de ampliar sua participação no Estado e o uso instrumental dessa participação no contexto das políticas de ajuste fiscal[560].

De todo modo, a perspectiva de uma nova relação entre Estado e sociedade civil, mudada de antagônica para conjugada, de desencontrada para concertada, de conflituosa para harmonizadora, está em evidência, propugando-se pela superação de leituras reducionistas, a exemplo da que vê "la sociedad civil como 'polo de virtud'" e o "Estado como la 'encarnación del mal'"[561]. DAGNINO distingue, nesse contexto, o que designa de "compartir um projeto político participativo e democratizante", com a aproximação entre Estado e sociedade civil na realização de empreendimentos convergentes ao bem de todos, com a contribuição difundida, e o que chama de "complementaridade instrumental entre os propósitos do Estado e da sociedade civil", enquanto "estrategia del Estado para la implementación del ajuste neoliberal que exige la restricción de sus responsabilidades sociales"[562]. Dos vários estudos de caso de obra por ela coordenada, nota que algumas realidades se aproximam mais da primeira visão, enquanto outras têm os pés fincados num compromentimento não-societário, seja pela prevalência dos interesses particularizados dos grupos que se localizam em posição diretiva, seja pela dependência em relação às instituições financiadoras (nacionais ou internacionais, privadas ou públicas). A despeito dessas distorções, observa, a autora, a construção de uma importante cultura democrática, a partir da proposta de abertura, como resultado da convergência de uma série de fatos: a existência de espaços públicos para participação da sociedade civil desestrutura concepções elitistas de democracia e obsta comportamentos autoritários por parte do Estado; o realce na sociedade civil, mais do que representar uma visão unitária, permite, em verdade, a identificação do outro, em toda a sua diferença e conflituosidade, promovendo tolerância e confluência pelo debate; a ênfase na sociedade civil estimula, para além da simples reivindicação, a ação e a criação pelos destinatários dessa atuação, que se vêem como um corpo; falar em sociedade civil tem o efeito abrangedor de inclusão dos marginalizados, até então não enquadrados em

---

[560] COSTA, Sérgio. **As cores de Ercília**: esfera pública, democracia, configurações pós-nacionais. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 60.

[561] Cf. DAGNINO, Evelina. Sociedad civil, espacios públicos y construcción democrática en Brasil: límites y posibilidades. In: _____ (coord.). **Sociedad civil, esfera pública y democratización en América Latina**: Brasil. Traducción de Fabiana Davyt, Cristina Larrobla e Amílcar Davyt. México: Fondo de Cultura Econômica; UNICAMP, 2002. p. 371.

[562] DAGNINO, Evelina. Sociedad civil, espacios públicos y construcción democrática en Brasil: límites y posibilidades. In: _____ (coord.). **Sociedad civil, esfera pública y democratización en América Latina**: Brasil. Traducción de Fabiana Davyt, Cristina Larrobla e Amílcar Davyt. México: Fondo de Cultura Econômica; UNICAMP, 2002. p. 380.

qualquer grupo de interesses, constituindo um marco social da nova contextura[563]. Faz questão de acentuar, outrossim, que a nova cidadania, que emerge desse sentido positivo de sociedade civil, não diz com "reivindicação de acesso, inclusão, *membership*, 'pertencimento' (*belonging*) ao sistema político", mas sim com "o direito de participar efetivamente na própria definição desse sistema, o direito de definir aquilo no qual queremos ser inseridos, a invenção de uma nova sociedade"[564].

### 3.5.2. Que democracia?

Democracia representativa ou democracia participativa?[565] "Democracia ideal" e "democracia verdadeira"[566]? "Democracia totalitária"[567]? "Crise da democracia"[568], "democracia revisitada"[569] ou "fim da democracia"[570]? Os questionamentos trazem outra palavra-chave empregada no âmbito da reforma do Estado Administrador: democracia. Mas o que é a democracia?

Dada a dimensão do tema e considerando que ele é tratado apenas para subsidiar a compreensão do assunto-cerne deste trabalho (o terceiro setor na reforma do Estado),

---

[563] Cf. DAGNINO, Evelina. Sociedad civil, espacios públicos y construcción democrática en Brasil: límites y posibilidades. In: _____ (coord.). **Sociedad civil, esfera pública y democratización en América Latina**: Brasil. Traducción de Fabiana Davyt, Cristina Larrobla e Amílcar Davyt. México: Fondo de Cultura Econômica; UNICAMP, 2002. p. 387-388.

[564] DAGNINO, Evelina. Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania. In: _____ (org.). **Anos 90**: política e sociedade no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 109.

[565] Cf., por exemplo, CHAUÍ, Marilena. Representação ou participação? In: _____. **Cultura e democracia**: o discurso competente e outras falas. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2003. p. 273-809.

[566] Cf. DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001. Ajuda a compreender a teoria desse autor, a síntese de CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk. **O diálogo democrático**: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl. Curitiba: Juruá, 2006.

[567] BERNARDO, João. **Democracia totalitária**: teoria e prática da empresa soberana. São Paulo: Cortez, 2004 (aponta o mercado não como modelo de democracia, mas como seara do totalitarismo empresarial).

[568] GENRO, Tarso. **Crise da democracia**: direito, democracia direta e neoliberalismo na ordem global. Petrópolis: Vozes, 2002 (entende que o estado crítico caracteriza o atual regime (em constante formação), não a idéia, de democracia, e propõe uma radicalização democrática, com a participação direta dos cidadãos).

[569] SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994, v. 1 (O debate contemporâneo). (Série Fundamentos, 104). Obra de discussão acerca da democracia participativa, que ressalta um momento caracterizado, dentre outros fatores, pela imperfeita percepção da dimensão e da complexidade tomadas pela sociedade e por "um primitivismo democrático muito ingênuo que coloca a democracia direta e participativa *em contraposição* ao controle e à representação" (p. 325 – itálico do original).

[570] GUÉHENNO, Jean-Marie. **O fim da democracia**: um ensaio profundo e visionário sobre o próximo milênio. Tradução de Howard Maurice Johnson e Amauri Temporal. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999. Do autor, a constatação de que a democracia fenece em razão da supressão dos vínculos de solidariedade humanos, suplantados pelos interesses fragmentados induzidos pelo mercado: "a multiplicação dos 'escândalos' envolvendo dinheiro nas grandes democracias não é, portanto, uma anomalia, mas sim a conseqüência lógica do triunfo da única universalidade que nos sobrou, a do dinheiro [...]" (p. 109).

localizado na contemporaneidade, é preciso providenciar um corte metodológico, que permita sua adequada e suficiente análise, de modo que, aqui, não serão objeto de exame específico, por exemplo, as origens aristotélicas da democracia[571] ou as discussões relativas à teoria da soberania[572], circunscrevendo-se, a investigação, nas contribuições mais recentes ao debate da democracia, a partir da derrocada do regime socialista em vários Estados e da emergência do neoliberalismo.

De todo modo, convém sublinhar, antes de se iniciar a abordagem sugerida, a percepção, radicada a partir das revoluções liberais, da democracia como decorrência do processo de secularização, de mudança da base teológica, situada para além da experiência sensível e fundada em pressupostos ou elementos *a priori* indiscutíveis, pela pressão das idéias antropocentristas, centradas na capacidade humana, concreta, temporalizada, plural e móvel, de definição, crítica e direção, designando "a possibilidade de os homens se organizarem como estrutura sociopolítica":

> Na democracia os homens contam consigo mesmos; perdem os fundamentos transcedentais e têm de elaborar (*ex-laborare*) um mundo sócio-político que depende de contingências; ao contrário do mundo monárquico (e do aristocrático), em que as bases e as formas se consideravam dadas desde sempre. Dadas e duráveis, diferentemente das do nosso mundo, no qual tudo perece e tudo recomeça[573].

Nelson SALDANHA observa que, nesse transcurso, houve uma "queda", com a "perda" de referenciais e o alcance da compreensão da relatividade, gerando uma reação, no sentido de que os homens deveriam reconstruir o que restou descomposto, o que se teria dado pela eleição dos conceitos de "sociedade" e de "progresso", substituindo-se o "bem" pelo "bem comum", a organização política deificada pelo "Estado social", e vendo na democracia "um regime que a história traz para o povo"[574], "na inexorável 'marcha' dos povos para o aperfeiçoamento moral e institucional"[575]. Nesse contexto, o fenômeno societário engendraria o direito, enquanto produto humano (e a formalidade da elaboração normativa proporia superar o metafisicismo antecedente), e o Estado, como instância de realização para a

---

[571] Sobre as formas de governo aristotélicas, cf. ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: UNB, 1997.

[572] No tocante a essa perspectiva, cf. FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Soberania e processos de integração**: o novo conceito de soberania em face da globalização (uma abordagem especial quanto às realidades de integração regional). 2. ed. rev.atual. Curitiba: Juruá, 2007. (Pensamento Jurídico).

[573] SALDANHA, Nelson. **Secularização e democracia**: sobre a relação entre formas de governo e contextos culturais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 105-106.

[574] SALDANHA, Nelson. **Secularização e democracia**: sobre a relação entre formas de governo e contextos culturais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 114.

sociedade (com funções destinadas à realização de obrigações prestacionais), se legitimaria pela vontade popular e atuaria através de uma burocracia. A ênfase na ciência, na tecnologia e na impessoalidade completaria esse quadro. Mas, então, a pluralidade (de cada ser humano) parece se chocar com a unidade. E o estudioso faz notar que, desde os primórdios, a democracia seria "um projeto utópico", pela conflituosidade e pela equivocidade que caracterizariam a realidade humana, de maneira que "a perspectiva histórica, inerentemente relativista, vem convivendo com a absolutização do ideal democrático, quase como em um novo estágio teológico"[576]. Um processo de "homogeneização" democrática, "com a latente extensão dos valores a todos os seres humanos", é enxergado, levando à constatação do autor:

> Entretanto, e em alguns casos como reação ao capitalismo, tem permanecido um equívoco igualitarismo que confusamente parece negar diferenciações e níveis dentro da própria estrutura da civilização; não há nele nenhum programa 'socialista', sim um instituto nivelador que ameaça inclusive os valores culturais. Ao mesmo tempo o consumismo convive com a pregação dos chamados direitos humanos, com a qual se tem a alusão a temas que foram ou são do socialismo, mas sem referência expressa a ele. Têm-se atenuado os radicalismos 'de esquerda' (a própria China abrindo-se ao diálogo e ao comércio com o 'mundo capitalista'); não há atenuações, porém, do lado capitalista, no qual subsistem o *modus* e o ímpeto de expansão.
> Ocorre lembrar a idéia de Hegel segundo a qual a formação da consciência sempre ocorre no 'escravo', não no 'senhor': e aqui vale recordar os conceitos de Toynbee sobre proletariado interno e proletariado externo, com as nações economicamente fracas tentando, hoje, retomar certas discussões básicas.
> [...] O conceito de democracia, fragmentado mas 'universalizado', ou internacionalizado, acompanha de alguma forma o processo de planetarização forçada, que entre outras coisas ameaça o pluralismo cultural[577].

Voltando à delimitação a que se antes se aludiu como referencial, merece registro o fato de que o Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito, da Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco, promoveu, curricularmente, disciplina intitulada "Democracia e Participação", a cargo do Professor Michel ZAIDAN. O conteúdo programático apresentado pelo estudioso dá conta da alta complexidade da temática e é extremamente útil na eleição de uma seqüência coerente de abordagem. Trouxe ele, então, à consideração: "1. o debate dos anos oitenta: comunitas e socialistas e o valor da democracia; 2. o ceticismo democrático e o procedimentalismo; 3. comunitaristas, liberais e republicanos; 4. procedimentalismo e participação; 5. a crítica dos

---

[575] SALDANHA, Nelson. **Secularização e democracia**: sobre a relação entre formas de governo e contextos culturais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 134.
[576] Cf. SALDANHA, Nelson. **Secularização e democracia**: sobre a relação entre formas de governo e contextos culturais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 146-148.

multiculturalistas ao procedimentalismo discursivo; 6. democracia e identidades; 7. experiências democrático-participativas no Brasil"[578]. Seguir-se-á esse caminho.

A década de oitenta é marcada especialmente pelo declínio do socialismo (dos quais são demonstrativos a fragmentação da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, os sérios conflitos do Leste Europeu e o processo de unificação da Alemanha). A experiência socialista é vista, sobretudo pelos "novos liberais", como um grande equívoco, um retrocesso no processo de construção da democracia, que havia, anteriormente, avançado com os movimentos liberais. FUKUYAMA é um dos autores que sustentam essa posição[579]. Dele é o comentário de que o Estado totalitário "tentou abolir toda a sociedade civil e subordinar os indivíduos restantes aos seus próprios fins políticos", o que se teria verificado em duas versões – a de direita, cessada em 1945, quando vencido o nazismo; e a de esquerda, derribada juntamente com o Muro de Berlim, em 1989[580]. Essas idéias serviram de espeque para os projetos de reforma do Estado, disparados, no Brasil, a partir da década de noventa.

De toda maneira, essas linhas trazem à tona duas perspectivas de democracia: a liberal e a socialista.

A primeira centra-se na preponderância do indivíduo, que o Estado liberal deveria salvaguardar na forma de vários direitos de liberdade, e que se identificaria como democracia representativa ou parlamentar (em vista da impossibilidade acatada de implantação de uma democracia direta, nos moldes dos antigos). Dentre os principais teóricos, estavam Alexis de TOCQUEVILLE[581] e John Stuart MILL[582]: o primeiro, rejeitando uma concepção determinista do homem, que ofenderia a idéia da liberdade humana, e vendo na democracia da liberdade, do respeito aos direitos individuais (a dos Estados Unidos da América, mais especificamente), o caminho para se alcançar esse estado de preservação da dignidade do

---

[577] SALDANHA, Nelson. **Secularização e democracia**: sobre a relação entre formas de governo e contextos culturais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 151-152.

[578] ZAIDAN, Michel. **Mini-curso**: democracia e participação. Conteúdo programático. Disponibilizado pelo professor, por ocasião do ministério das aulas na disciplina Tópicos Especiais de Teoria Política, do Curso de Doutorado, do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito do Recife – Centro de Ciências Jurídicas – Universidade Federal de Pernambuco, no segundo semestre de 2004.

[579] Cf. FUKUYAMA, Francis. **The end of the history and the last man**. England: Penguin Books, 1992; e FUKUYAMA, Francis. **Construção de Estados**: governo e organização no século XXI. Tradução de Nivaldo Montingelli. Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2005.

[580] Cf. FUKUYAMA, Francis. **Construção de Estados**: governo e organização no século XXI. Tradução de Nivaldo Montingelli. Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2005. p. 17-18.

[581] Cf. TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América:** sentimentos e opiniões: de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático faz nascer entre os americanos. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, livros I ("Leis e Costumes") e II ("Sentimentos e Opiniões").

[582] Cf. MILL, John Stuart. **Princípios de economia política**: com algumas de suas aplicações à filosofia social. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996, 2v. (Os Economistas).

homem, em toda a sua expressão[583]; o segundo, afirmando a infalibilidade da idéia de que deve existir algum poder dominante na sociedade (mas sempre respeitoso da individualidade), "y que la mayoría debería ser tal poder es, em general, una conclusión válida, no porque sea justa em sí mesma, sino por ser menos injusta que cualquier outra base en la que dar asiento a esta cuestión"[584]. De se dizer que os regimes democráticos liberais, fundados na idéia de representatividade, sofreram evolução, no sentido da ampliação do acesso aos representados, ou seja, se o direito de participação (leia-se: direito de voto), no início, era limitado a uma parcela dos cidadãos que viesse a preencher alguma condição censitária, sexual ou cultural, posteriormente, restou estendido por força do sufrágio universal.

No vértice oposto, situa-se a concepção socialista da democracia. A compreensão dessa vertente deve partir da percepção que se tinha sobre a função do Estado. Nesse sentido, é certo que em MARX, como em ENGELS, predomina uma idéia negativa de Estado, na medida em que ele deverá ser aniquilado, embora, antes do fim, deva ser utilizado (instrumentalizado) para se chegar ao comunismo, no que se afastam dos anarquistas, como antes se viu. O Estado, assim, é um aparelho a serviços dos interesses das categorias que dominam determinada realidade, de tal sorte que não se poderia falar em democracia em um sentido puro. MARX não detalha a organização do Estado, mas diz que seu uso pelos socialistas o converte em "ditadura do proletariado", ao passo que nos Estados liberais ele corresponde à "ditadura da burguesia"[585]. A democracia, assim, deveria ser qualificada, nesse último caso, como democracia burguesa, adjetivando-se, ademais, segunda cada situação correlata. BOBBIO, entretanto, enxerga na teoria marxista-engelsiana, a eleição do sufrágio universal e de um processo democrático tendencialmente mais próximo de uma democracia direta (afastando-se do modelo liberal-representativo)[586]. Segundo KELSEN, seria uma democracia social ou proletária[587]. Esses lineamentos são encontrados no chamado Projeto de Programa do Partido Social-Democrata da Rússia, na escrita de Lênin, nos termos do qual se deveria garantir "sufrágio universal e direto para todos os cidadãos russos maiores de vinte e

---

583 Cf. RODRÍGUEZ, Ricardo Vélez. **A democracia liberal segundo Alexis de Tocqueville**. São Paulo: Mandarim, 1998.

584 MILL, John Stuart. **Bentham**. Tradução de Carlos Mellizo. Madrid: Tecnos, 1993. p. 75. Cf. também FARELL, Martin Diego. **La democracia liberal**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1988.

585 Cf. BOTELLA, Juan; CAÑEQUE, Carlos; GONZALO, Eduardo (ed.). **El pensamiento político en sus textos**: de Platón a Marx. Madrid: Tecnos, 1998. p. 430-431.

586 Cf. BOBBIO, Norberto. Democracia (verbete). In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen Varriale *et al*. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, v. I. p. 324-325.

587 Cf. KELSEN. Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti *et al*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 99.

um anos, sem distinção de crenças religiosas nem de nacionalidades"[588]. Vem, então, em seguida, GRAMSCI, tentanto uma compatibilização entre marxismo e democracia, a partir da asseveração de que o Estado é repressão, mas também é consenso[589].

De seu turno, BOBBIO chama "insensata" uma democracia direta caracterizada como "participação de todos os cidadãos em todas as decisões a ele pertinentes", mesmo porque isso implicaria a absorção do privado pelo público, apresentando sua noção de democracia representativa, que poderia sempre ser melhorada, alcançando novos espaços[590]. Consigna que, com o passar do tempo, a democracia foi perdendo sua conotação ideológica, permitindo uma significação formal, como "um método ou conjunto de regras de procedimento para a constituição de Governo e para a formação das decisões políticas (ou seja das decisões que abrangem toda a comunidade)"[591]. Configurou-se, pois, o que Michel ZAIDAN intitula de ceticismo democrático e procedimentalismo. A democracia no sentido bobbiano, que é liberal[592], embora cética (mas o autor já transitou com posições mais participativas, bem como com algum pendor socialista, que não se mantiveram), se assenta em "regras de jogo" ou "procedimentos universais", independentemente dos conteúdos ideológicos de doutrinas as mais diversas. Essas regras seriam as seguintes:

> 1) o órgão político máximo, a quem é assinalada a função legislativa, deve ser composto de membros direta e indiretamente eleitos pelo povo, em eleições de primeiro ou de segundo grau; 2) junto do supremo órgão legislativo deverá haver outras instituições com dirigentes eleitos, como os órgãos da administração local ou o chefe de Estado (tal como acontece nas repúblicas); 3) todos os cidadãos que tenham atingido a maioridade, sem distinção de raça, de religião, de censo e possivelmente de sexo, devem ser eleitores; 4) todos os eleitores devem ter voto igual; 5) todos os eleitores devem ser livres em votar segundo a própria opinião formada o mais livremente possível, isto é, uma disputa livre de partidos políticos que lutam pela formação de uma representação nacional; 6) devem ser livres também no sentido em que devem ser postos em condição de ter reais alternativas (o que exclui como democrática qualquer eleição de lista única ou bloqueada); 7) tanto para as eleições dos representantes como para as decisões do órgão político supremo

[588] LÊNIN. **Sobre os sindicatos**. Sem referência a tradutor. São Paulo: Polis, 1979. p. 14. (Teoria e História, 4). Cf. também LODGE, George. **Sindicatos, vanguarda da democracia**: o trabalhismo nos países em desenvolvimento. Tradução de Nélson de Vincenzi. Rio de Janeiro: Lidador, 1965.

[589] Cf. CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das idéias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 209-211.

[590] Cf. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1992. p. 41-64. Importante também a referência a BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

[591] BOBBIO, Norberto. Democracia (verbete). In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen Varriale *et al*. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, v. I. p. 326.

[592] V. BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2006. Liberalismo e democracia como contraste entre liberdade negativa e liberdade positiva, confrontação benéfica: "[...] liberalismo e democracia se transforma de irmãos inimigos em aliados" (p. 97).

> vale o princípio da maioria numérica, se bem que podem ser estabelecidas várias formas ed maioria segundo os critérios de oportunidade não definidos de uma vez para sempre; 8) nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, de um modo especial o direito de tornar-se maioria, em paridade de condições; 9) o órgão do Governo deve gozar de confiança do Parlamento ou do chefe do poder executivo, por sua vez, eleito pelo povo[593].

Pode-se dizer que esse ceticismo é, em grande parte, influência da obra de KELSEN. Para o autor alemão, a democracia, enquanto relativismo político, é "uma forma, um método de criação da ordem social", que "dá a cada convicção política a mesma possibilidade de exprimir-se e de buscar conquistar o ânimo dos homens através da livre concorrência", razão pela qual "o procedimento dialético adotado pela assembléia popular ou pelo parlamento na criação de normas, procedimento esse que se desenvolve através de discursos e réplicas foi oportunamente reconhecido como democrático"[594].

Em BOBBIO se encontra, outrossim, a preocupação com "as areias movediças do pluralismo", surgida em função do deslocamento da ênfase do Estado para a sociedade civil, haja vista que isso levaria, inequivocamente, a admitir vários centros de poder espargidos na sociedade. Uma resposta extremamente útil estaria na admissão de uma democracia pluralista, tendo em conta que, embora não se confundindo pluralismo e democracia, não seriam repelentes um do outro, mas, ao contrário, otimizadores entre si. Assim, dever-se-ia conformar a atenção da democracia com o poder que vem de baixo com a visão pluralista do poder que é múltiplo, de tal modo que eventuais defeitos da democracia representativa (como formação de oligarquias) estariam sanados com a adoção de uma postura também pluralista, permitindo "a liceidade – do dissenso"[595]. Resta perquirir mais detidamente sobre o que BOBBIO considera pluralismo ou, como ele referencia, "pluralismo e pluralismo". Primeiramente, é preciso enfatizar que ele concebe a existência de uma pluralidade de pluralismos – o socialista (de LASKI[596]), o cristão-social e o liberal-democrático. Depois, é de se dizer que, nesse fenômeno plural, ele exerga grupos, não pessoas individualmente consideradas, conjuntos humanos, organizados ou não, que se manifestam diretamente através

---

[593] BOBBIO, Norberto. Democracia (verbete). In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen Varriale *et al*. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, v. I. p. 327. Destaque-se que a extensão da citação de justifica pelo caráter clássico com o qual já se tem procurado adjetivar essa apresentação de princípios.

[594] KELSEN. Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti *et al*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 103-106.

[595] BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1992. p. 61. Nesse ponto, cumpre ressaltar que o próprio BOBBIO criticou a visão procedimental.

[596] Cf. LASKI, Harold. **La crisis de la democracia**. Traducción de Armando Bazan. Buenos Aires: Siglo Veinte, 1950.

do voto ou indiretamente, na composição da vontade coletiva (assevera que a base comum às várias formas de pluralismo "é a valorização dos grupos sociais que integram o indivíduo e desintegram o Estado"). A despeito da vantagem que transparece da aceitação do pluralismo, pela oposição a regimes despóticos e pela ampliação da possibilidade de participação mais imediata e vigorosa dos cidadãos, BOBBIO é reticente e cuidadoso, diante do perigo, coexistente, da fragmentação, da superposição dos interesses parciais em prejuízo do interesse geral e da "prepotência do grupo sobre o indivíduo"[597]. Sobre o indivíduo, afirma que sua participação na comunidade estatal é "a essência da democracia", tendo em conta que as teorias democráticas buscaram, na expressão que usa, "humanizar" o Estado, levando, simultaneamente, à possibilidade de instalação de regimes totalitários, na medida da extensão abarcadora do Estado em relação ao homem[598].

A antiga dicotomia liberdade x igualdade, que apartava tão singelamente os liberais dos socialistas, sofreu um processo de complexificação. Advêm os teóricos do liberalismo alicerçado na justiça (RAWLS), do comunitarismo, os republicanos (ARENDT), os da vertente discursiva (HABERMAS). Para os liberais, o ponto de partida são as liberdades individuais, o indivíduo em toda a sua dignidade, de modo a não serem, por eles, aceitas visões holísticas. O Estado aparece como um ente artificial, como se fora uma máquina, decursivo da habilidade individual, tendo a existência justificada apenas pela atuação na proteção das liberdades dos indivíduos. Sendo a sociedade vista, não como uma realidade autônoma, mas única e simplesmente como uma justaposição de indivíduos, a percepção do Estado seria a de um mal necessário, extremamente limitado, impedido de proceder a qualquer tipo de diferenciação, positiva ou negativa, mesmo porque a rotação normal da vida estaria nas desigualdades e nos mecanismos concorrenciais, movimentados na luta pelo alcance da satisfação dos interesses, obtendo êxito apenas os mais aptos ("darwinismo social"). Conseguintemente, miséria seria assunto, fundamentalmente, da esfera privada, não devendo o Estado interferir, sob pena de ser afetado por uma série de vícios. Disso decorre que a justiça não deve ser, para os liberais, distributiva. É possível dizer, entretanto, que existem vários graus de liberalismo, representando essas idéias uma vertente mais agressiva. Dentre os moderados, é de se ressaltar John RAWLS, neocontratualista e anti-utilitarista. Ele também parte dos direitos individuais, mas faz sublinhar uma preocupação com as

[597] Cf. BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. Tradução de João Ferreira. 4. ed. Brasília: UNB, 1999. p. 15-33.
[598] Cf. BOBBIO, Norberto. **Entre duas repúblicas**: às origens da democracia italiana. Tradução de Mabel Malheiros Bellati. Brasília: UNB; São Paulo: Impensa Oficial do Estado, 2001. p. 86-87.

desigualdades, o que resultou na construção de sua teoria da justiça (justiça fundada na eqüidade), que, sinteticamente, pode ser compreendida como o reconhecimento de que valores sociais, como liberdade, riqueza e oportunidade, devem ser distribuídos igualmente entre todos, exceto quando a não distribuição seja o melhor a fazer para o bem de todos (igualitarismo). Para o teórico, a sociedade deveria ser vista como um "sistema eqüitativo de cooperação": a) cooperação, não coordenação, ou seja, não haveria organização pela autoridade central, mas acatamento individual dos postulados cooperativos, voltado para a obtenção de um bem; b) eqüitativo, em vista de que os benefícios devem ser compartilhados entre todos, em tendo todos participado com seus esforços na obtenção (reciprocidade). Exatamente por isso, há quem o qualifique de social-democrata, nos moldes europeus. De acordo com RAWLS a grande questão diz respeito à perenidade da democracia representativa diante da pluralidade social, persistência que seria garantida pelo que designa de consenso sobreposto, da identificação de valores comuns respeitosos da essencialidade característica de cada grupo envolvido. Conceitua:

> Nesse tipo de consenso, as doutrinas razoáveis endossam a concepção política, cada qual a partir do seu ponto de vista específico. A unidade social baseia-se num consenso sobre a concepção política; e a estabilidade é possível quando as doutrinas que constituem o consenso são aceitas pelos cidadãos politicamente ativos da sociedade, e as exigências da justiça não conflitam gravemente com os interesses essenciais dos cidadãos, tais como formados e incentivados pelos arranjos sociais dessa sociedade[599].

Entre liberais e republicanos, situam-se os comunitaristas, seguindo, ainda, a análise do professor Michel ZAIDAN. Para esse grupo de pensadores, a comunidade, o grupo social – não os indivíduos –, é o referencial, e os interesses da coletividade se superpõem aos interesses individuais. A realidade individual é, acima de tudo, decorrente do pertencimento à sociedade, sendo, essa, condição essencial de reconhecimento da cidadania. Nesse campo, desenvolvem-se, especialmente, as teorias de enfatização do Estado, a exemplo da hegeliana. A razão da disparidade em relação aos liberais é patente, em vista do que antes se disse, em termos de subordinação do todo ao indivíduo. Dos republicanos se distinguem porque, a despeito de o parâmetro ser o grupo social, os comunitaristas não levam em consideração a

[599] RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 179-180. Esquema de combinação da unidade da sociedade política com a pluralidade das convicções individuais, a que se opõe TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996: "Não basta falar de combinação, como se a democracia fosse uma síntese de unidade e diversidade, de racionalidade instrumental e respeito pela identidade cultural individual e

importância da participação social, pois ser cidadão, para eles, deriva apenas do fato de compor uma comunidade.

O dado participativo é o grande destaque dos republicanos, como Hannah ARENDT, cuja posição acerca da esfera pública já se teve a oportunidade de analisar de forma mais detida[600]. Nessa linha de pensamento, vê-se a cidadania como resultado de um processo, especialmente de conscientização acerca da condição cidadã, que se desenvolve no âmbito da esfera pública (não como uma característica inata do indivíduo), espaço esse nem privado, nem estatal (um público não estatal, para empregar a terminologia do momento). Assim, as pessoas, contextualizadas nesse âmbito, com isonomia, através de suas capacidades de argumentação, exprimem sua vontade, suas opiniões, agem, realizam. O ponto nodal está no acesso igualitário às regras argumentativas, haja vista a limitação própria das teorias agonísticas, que restringuem o discurso aos que dominam essa acessibilidade. Assim, para compreender essa sistemática participativa é necessário que haja uma certa homogeneidade, porquanto em democracias com postulações plurais, fracionadas e significativamente desiguais, a formação de espaços discursivos nesse modelo fica prejudicada.

Essa última ilação é particulamente relevante, quando se considera, por exemplo, a realidade brasileira, em que se fala da instalação de uma "nova esfera pública", no contexto da reforma administrativa. São inegáveis a multiplicidade de interesses e agendas em discussão e a profunda desigualdade entre os atores sociais na sociedade brasileira, se é que assim podem ser chamados os milhões de marginalizados, em situação de pobreza extrema e diante da patente perpetuação de um modelo corporativista, em que as pessoas encontram inserção segundo os vínculos de intimidade ou amizade que detenham com os que se encontram na posição de decidir, de pouco valendo outros critérios mais objetivos (como capacidade intelectiva e produtiva). Mostra-se extremamente cruel falar de esfera pública – como âmbito de livre, igual e plena discussão – nessas condições. De mais a mais, em termos de governabilidade, há quem veja esse pluralismo de pretensões e postulações como algo desagregador e outros que enxergem nele uma situação de virtuosa evolução democrática. O problema se torna ainda mais sério quando, deliberadamente, se invoca a sociedade civil para justificar imposições governamentais, como se o conceito teórico pudesse funcionar como remédio para todas as situações, o que, evidentemente, não é o caso.

---

coletiva [...]/[...] A democracia define-se, antes de tudo, como um espaço institucional que protege os esforços do indivíduo ou grupo para se formarem e se fazerem reconhecer como sujeitos" (p. 171 e 173).

[600] Para maiores detalhes, remete-se ao tópico próprio (3.4).

De igual relevância, a teoria habermasiana[601], dita do agir comunicativo. Na complexidade da obra "O discurso filosófico da modernidade", de HABERMAS, um trecho específico parece relativamente claro: "[...] no paradigma do entendimento recíproco é fundamental a atitude performativa dos participantes da interação que coordenam seus planos de ação ao se entenderem entre si sobre algo no mundo". E a seqüência completa: "O ego ao realizar um ato de fala, e o álter ao tomar posição sobre este, contraem uma relação interpessoal"[602]. Ao mencionar o ato de falar, o teórico traz à consideração a linguagem – elemento fundamental do seu raciocínio –, como meio de interação que possibilita que o "eu" se perceba, a partir do "tu", integrando uma relação de participação ("intersubjetividade produzida lingüisticamente")[603], o que evidencia uma postura contrária aos pendores individualistas, que o autor identifica na racionalidade da modernidade em crise (situação crítica derivada da dissonância entre o fático e o válido). A partir da divisão entre razão instrumental (formas de coordenação impessoais, independentes de manifestação de vontade, neutrais, como posturas estratégicas, dirigidas à efetivação de imperativos de poder) e razão comunicativa (processo de comunicação, que é ação, pela linguagem, permeado de valores e orientado à perfectibilização de pretensões de validade, que podem ser estéticas, éticas ou cognitivas) e entre sistema (Estado e economia) e mundo da vida (família e solidariedade, por exemplo), HABERMAS consorcia razão instrumental e sistema, por um lado, e, por outro, razão comunicativa e mundo da vida, mas não separados, posicionando, os dois conjuntos, de maneira complementar. Na esfera pública (espaço da sociedade civil), questões do mundo da vida (âmbito também da sociedade civil) convertem-se em questões públicas, via argumentação (crítica, não meramente convencional), influindo na esfera governamental (humanização do mundo sistêmico), que pode ou não materializar essa influência na forma de ações governamentais. Tanto mais forte pode ser reputada a esfera pública, quanto mais consiga ver convertida a agenda política em programas de governo ou outros atos governamentais. Nem com o republicanismo (da política dirigida contra o Estado), nem como o liberalismo (da política centrada no Estado)[604].

---

[601] V., igualmente, o tópico 3.4, para um maior detalhamento da posição em questão.

[602] HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade:** doze lições. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 414. (Tópicos).

[603] Cf. HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade:** doze lições. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 415. (Tópicos).

[604] Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II. p. 20-21. Mais adiante, o autor acentua que a esfera pública (fenômeno social, não instituição ou organização) "pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e *opiniões*; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em *opiniões públicas* enfeixadas em temas específicos" (p. 92). Sobre a

A prevalência da razão instrumental é, nessa contextura, destrutiva, encontrando-se, por exemplo, numa realidade estatal de turgescência burocrática sem referência ao humano, de total alheiamento aos desejos da sociedade, inclusive pela produção normativa monologuista e descomprometida. Em face disso e ao inverso (com foco na razão comunicativa), "[...] uma vez que 'a atividade comunicacional' é constitutiva da sociedade, as bases do direito só podem ser encontradas no pensamento, dito 'pós-metafísico', da intersubjetividade"[605]. GOYARD-FABRE diz que "o paradigma do sujeito é assim evencido pelo paradigma da intersubjetividade que também é, de maneira concreta e pragmática, interação e intercompreensão"[606]. HABERMAS traz, assim, o que chama de conceito procedimental de democracia. É preciso pôr fim à situação de incapacidade das normas jurídicas (gerais e particulares) postas de refletirem os anseios da sociedade, que ela, em tese, representa, o que se daria, segundo o autor em tela, através de um "processo democrático" de deliberação, calcado na comunicação, abrangente dos mais variados tipos de agendas e reivindicações. A estrutura comunicacional é representada pela esfera pública, em que atuam, é certo, os especialistas e os que já detêm poder de influenciação, mas essa capacidade de influenciar impõe repercussão sobre "um público de leigos que possui os mesmos direitos" (que não se confundiria com grupos de interesses que participam da esfera pública apenas para direcioná-la ou dela se aproveitar, na expressão habermasiana). Destarte, HABERMAS salienta:

> Para preencher sua função, que consiste em captar e tematizar os problemas da sociedade como um todo, a esfera pública política tem que se formar a partir dos contextos comunicacionais das *pessoas virtualmente atingidas*. O público que lhe serve de suporte é recrutado entre a totalidade das pessoas privadas. [...][607].

Entende-se, no autor em questão, que não é problemática a ausência do consenso, mas que preocupa a formação de psedo-consensos, quando os interlocutores desconhecem, efetivamente, as redes associacionistas às quais estão se integrando ou as conseqüências e a

---

sociedade civil, HABERMAS aponta para a diferenciação evolutiva do conceito, que saiu de uma expressão burguesa para chegar a um núcleo institucional composto de "associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida". Assim, "a sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política" (p. 99).

[605] GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 319.

[606] GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 322.

dimensão das decisões que estão sendo tomadas no chamado espaço público que ele pretensamente ocupa. Assim como em Hannah ARENDT, portanto, causa inquietação o fato de quem está capacitado ao diálogo, porquanto o modelo habermasiano é pautado no pressuposto do domínio das regras de argumentação pelos interlocutores. Essa inquietação é particularmente vigorosa no caso brasileiro – e nos Estados do Terceiro Mundo em geral –, tradicionalmente marcado por relações patrimonialistas, familistas, fundadas na política do "amigo/inimigo", ainda não prestigiada uma cultura civilística.

Importante consignar que, de acordo com GOYARD-FABRE, HABERMAS vai buscar, paradoxalmente, fora do direito os critérios de validade que, de acordo com o mesmo HABERMAS apenas poderiam estar na interioridade da ordem jurídica que se pretende autônoma. Da autora também o raciocínio de que "a legitimidade da legislação não pode resultar apenas das considerações empírico-pragmáticas do processo comunicacional, pois uma exigência racional, transcendental e pura continua sendo o horizonte de sentido e de valor que torna possível a teorização do direito, inclusive numa sociedade democrática". E ela especifica:

> Que a obra de Kelsen tenha sido desprezada e que o livro de Habermas tenha tido sucesso não autoriza a concluir que a *função transcendental* da democracia seja falsa e que o *paradigma comunicacional* seja sinônimo de verdade. Quando a genealogia filosófica da democracia culmina no olhar crítico que se pode lançar sobre ela, percebe-se que a consciência transcendental não esrá nem um pouco ameaçada de autodestruição. Muito pelo contrário, ela fornece à arquitetônica e à normatividade da ordem jurídica as condições que as tornam possíveis e válidas. É precisamente disso que a sociedade democrática precisa: se é verdade que ela deve dar atenção à opinião pública, nem por isso deve submeter-se a ela; o importante é que ela reconheça, junto com os direitos de cidadãos maiores e livres, as exigências de princípios de ordem pública; sobre essa base, cabe a suas instituições efetuar a síntese entre ordem e liberdade[608].

A compreensão da autora é de que a democracia é conceito ambíguo, "sempre imperfeito", de que não é possível um modelo único perfeito de democracia, "mas democracias mais ou menos autênticas", porquanto, embora sempre contraposta à concentração estatal e a estruturas totalitárias, a democracia, por seu relativismo, por sua

---

[607] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II. p. 97.

[608] GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 324. A citação anterior está na p. 334.

diversidade, por sua multiplicidade, pode ter efeito fragmentador. Por conseguinte, a democracia deveria estar em constante processo de reconstrução[609].

Na seqüência, é preciso consignar, ainda que ligeiramente, a posição crítica dos denominados multiculturalistas, em relação ao procedimentalismo discursivo, e, nesse tocante, manifesta-se a importância da abordagem fincada em Boaventura de Souza SANTOS e Leonardo AVRITZER. O ponto de partida é exatamente a diversidade cultural, também identificada como hibridismo cultural, aspecto que, a despeito de tornar mais complexa a tarefa de síntese (composição da identidade), tem a expressiva vantagem de predispor ao diálogo, ao reconhecimento da significância do outro, à tolerância (alteridade). Por multiculturalismo, entende-se, "originalmente, a coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio de sociedades 'modernas'"; mas, hoje, a expressão é empregada, em especial, para designar a diversificação cultural em âmbito global, devendo-se ressaltar, de todo modo, que um conteúdo emancipatório (no sentido de contraposição às posturas hegemônicas) não é, sempre, a ela atribuído[610]. Essa feição emancipatória é percebida, especialmente, através das ações que buscam o reconhecimento não apenas da diferença, mas do direito de ser diferente e de fazer valer essa diferença na definição da vida em sociedade, permitindo-se a redistribuição inclusiva[611]. Diante desse quadro conceitual, tem-se apresentado a insustentatibilidade de uma compreensão reducionista ou minimalista de democracia, não se admitindo o esgotamento do fenômeno democrático em uma única forma. A admissão da existência de realidades culturais plurais implica no reconhecimento de múltiplos espaços discursivos, "esferas públicas alternativas", de "demodiversidade". Nesses espaços se poderiam adotar duas estratégias, segundo SANTOS: a "sociologia das ausências" e a "teoria da tradução". Na primeira, a partir de uma lacuna cultural, seriam aproveitados conceitos de outras culturas, mas criticamente relidos, ou considerados, aqueles conceitos, para fins de propositura de alternativas, segundo um discurso

---

[609] GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 338-349.

[610] Cf. SANTOS, Boaventura de Souza; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 26. (Reinventar a Emancipação Social: Para Novos Manifestos, 3). Os autores também conceituam cultura, enquanto "repositório do que de melhor foi pensado e produzido pela humanidade", ao qual se atribui um sentido de universalidade, bem como a partir da consideração de uma pluralidade de culturas, "como totalidades complexas que se confundem com as sociedades, permitindo caracterizar modos de vida baseados em condições materiais e simbólicas" (p. 27).

[611] Cf. SANTOS, Boaventura de Souza; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Reconhecer para**

de resistência e de localidade. Na segunda forma, as culturas são apreendidas de modo reciprocamente relativizado, a permitir uma equalização de representatividade ou uma visão partilhada, pela apreensão de "preocupações e concepções isomórficas"[612]. Tem-se, portanto, um grande campo aberto à ampliação do princípio democrático, em contraposição à concepção hegemônica de democracia (notadamente de feição liberal), caracterizada na forma de procedimento eleitoral, de representatividade e de apatia política. Esse procedimentalismo com pretensão homogeneização, que estaria em KELSEN e em BOBBIO, por exemplo, não se sustentaria diante da pluralidade humana, de modo que emergiria a democracia participativa como "um dos grandes cinco campos sociais e políticos nos quais, no início do novo século, está sendo reiventada a emancipação social"[613]. SANTOS e AVRITZER notam que podem ocorrer descaminhos na participação, especialmente pelo fato de ela se apresentar como uma reação a posições reputadas hegemônicas. Ao lado do agressivo combate frontal, ter-se-ia também a descaracterização da democracia participativa, "quer pela cooptação por grupos sociais superincluídos, quer pela integração em contextos institucionais que lhe retiram o seu potencial democrático e de transformação as relações de poder"[614]. Exemplo dessa deturpação estaria, por exemplo, na tentativa de acomodação das ações da democracia participativa ao projeto de reforma do Estado, que passaria a ostentar a denominação gerencial, para enfatizar a redução do seu tamanho, com pretensa oxigenação da sociedade, quando, por evidente, se mantêm imutáveis as relações de poder, por limitação e dirigismo do espaço participativo. O discurso da redemocratização, nesse contexto, pode ser manipulado

---

**libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 33. (Reinventar a Emancipação Social: Para Novos Manifestos, 3).

[612] Cf. SANTOS, Boaventura de Souza; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 41-42. (Reinventar a Emancipação Social: Para Novos Manifestos, 3). CANCLINI nota, na oposição entre construtivismo e fundamentalismo, que "a defesa da pureza se impõe em muitos países em oposição às correntes modernas que buscam relativizar o específico de cada etnia e nação a fim de construir formas democráticas de convivência, complementação e governabilidade multiculturais" (CANCLINI, Néstor García. **Consumidores e cidadãos**: conflitos multiculturais da globalização. Tradução de Mauricio Santana Dias. 6. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006. p. 114). Vai além, mencionado autor, para analisar os efeitos da desconsideração do multiculturalismo e da participação democrática pela substituição do espaço público – engolido pela esfera do comum, criada pelos meios de comunicação, que pretendem uniformizar, em favor do mercado, a ponto de reduzir cidadãos a consumidores – e pela ênfase globalizadora na fragmentação, com incremento da desigualdade e não das possibilidades de complementaridade.

[613] Cf. SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 51 e 55. (Reinventar a Emancipação Social: Para Novos Manifestos, 1).

[614] SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 60. (Reinventar a Emancipação Social: Para Novos Manifestos, 1).

para esconder os objetivos de transferência de responsabilidades do Estado para a sociedade, segundo as exigências neoliberais, que pretende um Estado apenas ajustador fiscal, gerando, em conseqüência, ainda mais desigualdade e dificuldade de acesso à participação. De todo modo, não se poderia simplesmente encobrir as potencialidades da democracia participativa, impondo-se práticas de intensificação da democracia, "quer reivindicando a legitimidade da democracia participativa, quer pressionando as instituições da democracia representativa no sentido de as tornar mais inclusivas, quer ainda, buscando formas de complementaridade mais densas entre a democracia participativa e a democracia representativa"[615]. AVRITZER, invocando a contribuição habermasiana – de redirecionamento do procedimentalismo à participação, atribuindo ao primeiro sua dignidade como prática social –, sustenta que "a possibilidade de que o ponto de partida da prática democrática seja a própria sociedade e que o sistema político seja ancorado nas práticas participativas que deram origem à democracia, constitui o horizonte de uma utopia possível no final do século XX"[616]. Merece, por fim, reflexão, a consideração tecida por SANTOS, sob o título "reinventar a democracia", na qual parte da asseveração de que a crise atualmente constatável, de erosão do contrato social, consistiria, fundamentalmente, "na predominância estrutural dos processos de exclusão sobre os processos de inclusão", o que derivaria do chamado "consenso liberal" – subdividido em "consenso econômico neoliberal", "consenso do Estado fraco", "consenso democrático liberal" e "consenso do primado do direito e dos tribunais" –, sendo que esse poderia ser contido com a "reinvenção da deliberação democrática", realizável através de uma nova sinergia entre sociedade e Estado ("transformando o Estado em componente do espaço público não estatal", ou seja, "o Estado, novíssimo movimento social") e por abrangimento da diferença[617].

Num retorno ao campo especificamente jurídico, quadra destacar a posição de Paulo BONAVIDES, que apresenta o desenho de um direito constitucional de democracia participativa, em oposição à democracia representativa, "que não correspondeu com seus meios jurídicos e seu dever constitucional aos anseios nacionais de alforria do povo e da

---

[615] SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 73. (Reinventar a Emancipação Social: Para Novos Manifestos, 1).

[616] AVRITZER, Leonardo. **A moralidade da democracia**: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática. São Paulo: Perspectiva; Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1996. p. 158. (Debates, 272).

[617] Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia (org.). **Os sentidos da democracia**: políticas do dissenso e hegemonia global. 2. ed. Petrópolis: Vozes; Brasília: NEDIC, 1999. p. 83-129. Sobre as "diferenças", v. toda a Parte II, da obra SOUZA, Jesé (org.). **Democracia hoje**: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: UNB, 2001.

sociedade"[618], ou, como diz Goffredo TELLES Júnior, que "[carece] do ideal de representatividade"[619]. Enxergando, na Constituição Federal de 1988, a incorporação da democracia participativa, pela previsão de que todo o poder emana do povo, bem como salientando que ela açambarca valores que são particularmente relevantes para os Estados do chamado Terceiro Mundo, que não viram se concretizarem os direitos de fundamentalidade e são impedidos de alcançarem uma realidade identitária (na pluralidade) por imposições padronizadas originadas nos Estados dominantes, BONAVIDES destaca quatro princípio que comporiam a "estrutura constitucional da democracia participativa": dignidade da pessoa humana (pois a Constituição se faz "para o homem e não para quem governa"), soberania popular ("sujeito e destinatário na concretude do sistema é o cidadão"), soberania nacional (independência do Estado) e unidade da Constituição (formal e materialmente). Salienta, o autor, que a concretização desses princípios dependeria de instalação de uma sociedade aberta,

> onde os instrumentos e mecanismos de governo não sejam obrepticiamente monopolizados e controlados por uma casta política, cujos membros, à revelia do povo, se alternam e permeiam no exercício da autoridade civil e governativa – sempre a serviço de interesses concentrados e com esteio na força do capital[620].

BONAVIDES assevera, enfaticamente: "não há democracia sem participação"[621]. A condição de partícipe é titularizada por todos os cidadãos, nas suas mais variadas formas de expressão, em toda a sua diversidade de interesses, em toda sua diferenciação plural. Essa multiplicidade é a marca designativa da democracia participativa, vislumbrando, os teóricos que se debruçam sobre a matéria, "a evolução do próprio conceito de povo", que deixa de ser uma massa homogência e se materializa na "noção do povo real, do povo heterogêneo, feito de grupos sociais diferenciados e de categorias diversas de profissionais"[622]. Friedrich MÜLLER entende que "não está em pauta, em primeiro lugar, trabalhar o 'conceito' de povo

---

[618] BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 07.
[619] TELLES Júnior, Goffredo. **O povo e o poder**: o conselho do planejamento nacional. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 111.
[620] BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 12.
[621] BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 51.
[622] TELLES Júnior, Goffredo. **O povo e o poder**: o conselho do planejamento nacional. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 114.

como tal. Está em pauta levar o povo a sério como uma realidade. Precisamente isso impede continuar tratando a ‘democracia’ *somente* em termos de técnica de representação e legislação [...]”[623].

[623] MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 113. Itálico do original.

# PARTE SEGUNDA: Estudo de confronto e exame de antecedentes das organizações da sociedade civil no Brasil.

"[...] As perspectivas e tendências negativas não devem, porém, levar a uma 'despedida'. Esforços pela renovação e disseminação do Estado Democrático de Direito são justificáveis, na medida em que ele, na sociedade mundial do presente, ainda se apresenta como a forma político-jurídica mais adequada e bem-sucedida para a promoção da inclusão social, o combate ao expansionismo destrutivo e excludente do código econômico, a proteção dos direitos humanos e a confrontação com os fundamentalismos. Em suma: a questão que se põe no primeiro plano, neste início de século, não é a da transição 'do Estado Democrático de Direito para um direito mundial heterárquico ou uma política interna mundial supra-ordenada', mas sim a referente aos novos papéis, tarefas e possibilidades do Estado Democrático de Direito em uma sociedade mundial heterárquica, que se torna cada vez mais dinâmica e flexivel".

(NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 283)

# Capítulo 1. Um pouco de Direito Comparado.

> "Já se disse que os ideais de Lenine tinham o cheiro da terra da Rússia. Não nos interessa, agora, verificar a exatidão dessa tese. O que nos interessa é saber que ninguém, certamente, jamais sentiu o perfume da terra brasileira, nos ideais de nossas Constituições republicanas. De nossa Terra esses ideais não têm nada. Não se radicam em nossas coisas, em nossas realidades. Não brotam de nossas tradições e não refletem nossa cultura. São frutos exóticos, que outros meios e outros climas geraram e amadureceram. /[...]. /Começaram por dar à nossa Terra um nome que não lhe serve, um nome que contraria sua verdade histórica e que nada mais é do que a cópia servil de um nome estrangeiro: o de Estados Unidos do Brasil". (TELLES Júnior, Goffredo. **A democracia e o Brasil:** uma doutrina para a Revolução de Março. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965. p. 4 e 6)

Definido o terceiro setor – entidades particulares, sem fins lucrativos, que se destinam à prestação de serviços de interesse público –, pode-se destacar as formas pelas quais ele tem se materializado no ambiente jurídico brasileiro. Nessa direção, aponta-se, na esfera federal, para as organizações sociais e para as organizações da sociedade civil de interesse público, títulos específicos com os quais o Poder Executivo, nos moldes em que autorizado pelas Leis nºs 9.637/98 e 9.790/99, poderá qualificar pessoas jurídicas de direito privado, que atuam na área dos serviços sociais ou serviços não-exclusivos de Estado, sem escopo lucrativo, porquanto unicamente voltadas à promoção do interesse público. Dessa qualificação e da pactuação de contrato de gestão ou termo de parceria – conforme o caso –, decorrerá a atribuição de certas vantagens e benefícios, a título de fomento ("parcela da atividade administrativa que envolve o incentivo da iniciativa privada de utilidade pública"[624]), segundo se diz, pelo Estado às organizações distinguidas por sua condição de prestadoras de serviços socialmente relevantes.

Convém ressaltar que, não obstante a instituição desses dois tipos de organização – que em muito se aproximam, conforme será visto mais adiante – seja algo recente, a idéia que as embasa já foi exercitada em oportunidades anteriores, bem como encontra precedentes em outros ordenamentos jurídicos. Eis o que se pretende agora apontar.

---

[624] FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor. In: **Interesse Público**, v. 7, n. 34, nov./dez., 2005. p. 91. O autor indica que o fomento se realiza de diversos modos: "I) a outorga de títulos honoríficos ou prêmios a pessoas físicas ou jurídicas que desempenham atividades de relevante interesse coletivo; II) o uso gratuito de bens públicos ou de serviços da Administração pelo particular; III) subvenções econômicas; IV) reconhecimento de prerrogativas ou privilégios especiais".

## 1.1. Delimitando o campo do Direito Comparado.

Qualquer trabalho, no qual se pretenda realizar análise de direito comparado, não pode prescindir de esclarecimentos iniciais acerca desse específico campo do conhecimento jurídico e de seus principais elementos conceituais, de modo que ele possa ser exercitado de forma adequada ou, pelo menos, que se possa compreender a concepção teórico-metodológica adotada por quem o pretende concretizar. Nesse contexto, a indispensabilidade de estudo nitidamente propedêutico, de natureza epistemológica[625], justifica a inserção das reflexões que se seguem, premissas fundamentais para o desdobramento da tese.

### 1.1.1. Terminologia e conceituação preliminar. A história comparada.

De pronto, é preciso apresentar as discussões relacionadas com a denominação direito comprado, haja vista que muitos autores criticam essa designação, o que pode ensejar certa confusão.

GUTTERIDGE, *exempli gratia*, menciona que se pode admitir a expressão direito comparado, mesmo que ela concretize um equívoco em função da inserção da palavra direito, desacerto que decorre da evidente dificuldade de delimitação desse objeto. Diz que, do mesmo modo, errôneas são as formas "teoria geral comparada do direito" e "legislação comparada", também usualmente utilizadas para nomear esse campo do saber, seja enfatizando a necessidade do estabelecimento de conceitos comuns a todos os sistemas de

---

[625] V. DANTAS, Ivo. Direito comparado e epistemologia. In: _____. **Direito constitucional comparado:** introdução, teoria e metodologia. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, cap. 1. Ainda não publicado. Disponibilizado pelo autor, por ocasião do ministério das aulas na disciplina Direito Comparado, do Curso de Doutorado, do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito do Recife – Centro de Ciências Jurídicas – Universidade Federal de Pernambuco, no primeiro semestre de 2005. Obra publicada: DANTAS, Ivo. **Direito constitucional comparado:** introdução, teoria e metodologia. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Nas duas edições (a publicada e a por publicar), lê-se: "[...] ao enfrentar o estudioso os temas referentes ao marco teórico da ciência, não pode ele ter a pretensão de estar pisando no terreno dela mesma, ciência, pois neste, incontestavelmente, só se encontrará a partir do instante em que passe a discutir e analisar seus institutos (objeto material), já como *universo* fixado e sobre o qual haverão de recair seus interesses. Antes disto, toda a sua reflexão estará centrada na *Epistemologia* de seu saber, entendendo-se esta, não no sentido equivalente à *Gnoseologia* – como pretendem alguns –, mas sim, na perspectiva de *Teoria ou Filosofia da Ciência*" (DANTAS, Ivo. **Direito constitucional comparado:** introdução, teoria e metodologia. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 4. Destaques do autor). Na versão ainda não publicada, consta: "[...] o estudo das possibilidades de um conhecimento científico acerca do social (e nesta seara se enquadra o *conhecimento jurídico*) compete à *Epistemologia* a qual, em nossa maneira de pensar, jamais poderá ser renunciada por aqueles que, verdadeiramente, desejam ser cientistas na correta expressão do tema. Ao estudá-la (é bom lembrar) não estarão seus cultores, contudo, fazendo ciência, mas sim, *Filosofia da Ciência* (=*Epistemologia*), estudo propedêutico ao ramo em que irão mergulhar seus esforços de pesquisa" (itálicos do original).

direito (no caso da primeira designação), seja enfocando apenas o perfil prático da investigação (no sentido extraído do segundo termo). Esses dois últimos vocábulos não seriam apropriados por desconhecer, o primeiro, as disparidades entre os diversos ordenamentos e realidades nacionais, impedientes de pretensões uniformizadoras, e, por colocar, o segundo, em plano secundário o momento descrito da análise comparativa[626].

De seu turno, Cláudio SOUTO critica a expressão direito comparado, por entendê-la "anfibológica", frente à multiplicidade de significados possíveis (cotejo entre diversos ramos do direito; comparação de diferentes momentos de um mesmo sistema jurídico; sinônimo de legislação comparada – esse absolutamente impróprio por não se restringir à seara da lei, conforme fala). Discorda, ademais, do designativo "teoria geral comparada do direito", em vista da aceitabilidade da aplicação no confronto entre o domínio jurídico e o social e na admissibilidade de fixação de paralelos estruturadores de campos jurídicos particularizados. Em verdade, o autor em comento sustenta a própria inexistência do direito comparado, na medida em que haveria apenas um critério universalmente válido de juridicidade. De todo modo, manifesta-se no sentido de que mais condizentes seriam as expressões "comparação determinante do jurídico" e "indagação comparativa mais específica da Ciência do Direito"[627].

Ivo DANTAS salienta, de seu lado, que "se atentarmos que o *Direito Comparado* é ramo do conhecimento sobre o *processo* (=ordenamento jurídico), não vemos nenhum inconveniente no uso da expressão, a qual equivale, em essência, ao que os alemães chamam de *Rechtsvergleichung*, e que podemos traduzir como '*comparação de direitos*'"[628]. Esse autor registra, outrossim, expressões em desuso, tais como "direito estrangeiro" e "legislação comparada". Quanto a essa, corrobora a afirmação de que o direito não se limita à realidade legislativa. No tocante àquela, invoca Marc ANCEL, em cuja obra encontra-se efetivamente traçada uma seqüência evolutiva para o direito comparado: "curiosidade cosmopolita" > "interesse legislativo" > "legislação estrangeira" > "legislação comparada" > "direito comparado"[629].

---

[626] Cf. GUTTERIDGE, H. C. **El derecho comparado:** introdución al método comparativo en la investigación y en el estudio del derecho. Barcelona: Instituto de Derecho Comparado, 1954.

[627] Cf. SOUTO, Cláudio. **Da inexistência científico-conceitual do direito comparado** (conceituação do indagar comparativo mais específico da Ciência do Direito). Tese doutoral. Recife: [s.n.], 1956.

[628] DANTAS, Ivo. Direito comparado como ciência. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, n. 7, 1995. p. 156. V. também DANTAS, Ivo. **Direito constitucional comparado:** introdução, teoria e metodologia. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 15-31.

[629] Cf. ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado.** Sem referência a tradutor. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1980.

A despeito dos questionamentos sobre a melhor expressão designativa, o uso comum cristalizou a forma direito comparado que, portanto, será empregada neste trabalho.

Ressalte-se que o direito comparado já se fazia presente em obras clássicas da Antigüidade, por simples curiosidade ou como recurso argumentativo importante, a exemplo da Política de ARISTÓTELES[630]. Na Idade Média, de igual modo, se manifestava[631]. Nos Tempos Modernos, ressalta-se, dentre outras, a obra de MONTESQUIEU[632], tido por alguns como o fundador do direito comparado. Houve, é certo, momentos de renegação, como o marcado pela vigência da escola histórica, em que o direito aparecia como produto da história e da realidade nacional, o que resultou em uma política de fechamento. Entretanto, essa situação não perdurou por muito tempo, em vista da tendência humana ao espargimento e da solidificação da idéia de que, quanto mais se conhece, mais suficientemente se pode agir no sentido do aprimoramento da ordem jurídica e, consequentemente, na realização da justiça[633]. Segundo Ana Lúcia Lyra TAVARES, o assunto, "nos dias atuais, vem sendo objeto de interesse redobrado, não apenas pelo estreitamento das relações entre os povos, que inúmeros fatores explicam, facilitado pelos recursos informáticos, mas sobretudo pela efetiva necessidade de conhecer e compreender outros sistemas jurídicos decorrente das exigências do processo de globalização, com seus efeitos positivos e negativos sobre as ordens jurídicos regionais e nacionais"[634].

Os conceitos de direito comparado também apresentam variações, a ponto de se dizer que não existe um que seja aceito. Nesse sentido, salienta CONSTANTINESCO:

> Ciência destinada a descobrir as leis de desenvolvimento da humanidade, as regras de evolução dos Direitos, 'biologia universal das leis', ciência dos fenômenos jurídicos, instrumento suscetível de elaborar uma história comparada ou de colher os princípios universais do Direito positivo, de classificar as instituições para servir a teoria geral do Direito, de melhorar o direito no plano legislativo, judiciário ou prático; método que permite ver como os outros modelos resolvem os mesmos problemas, descobrir o 'perfil ideal' das instituições jurídicas, evidenciar a 'base comum' necessária para a unificação interna ou internacional ou, por fim, a 'base comum da humanidade civilizada' [...].

---

630 V. ARISTÓTELES. **Política.** Tradução de Mário da Gama Cury. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

631 V. DIREITO. In: LOYN, H.R. (org.). **Dicionário da Idade Média.** Tradução de Álvaro Cabral. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991. p. 118-119.

632 V. MONTESQUIEU. **O espírito das leis.** Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

633 Sobre a evolução do direito comparado, consulte-se importante estudo de CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de direito comparado:** introdução ao direito comparado. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 67-257. V. também DANTAS, Ivo. **Direito constitucional comparado**: introdução, teoria e metodologia. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 105-124.

634 TAVARES, Ana Lúcia Lyra. Notas sobre as dimensões do direito constitucional comparado. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 14, Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, jan./jul., 1999. p. 90.

> O número destas definições poderia se multiplicar. Todavia, com o aumentar da quantidade, não diminui a confusão gerada pela sua contraditória pluralidade. Nenhuma destas soluções conseguiu se impor. [...][635].

A despeito, e em função mesmo, dessa impossibilidade de construção ou aceitação de fórmula conceitual geral, mostra-se mais premente a caracterização do direito comparado, de modo que ele possa ser corretamente manejado. Grande parte da discussão repousa na dúvida sobre se o direito comparado seria ciência ou método, o que será tratado brevemente adiante.

Ponto de relevância concerne à distinção entre o direito comparado e a história comparada. Consoante se depreende dos conceitos acima dispostos, o direito comparado se realiza mediante o cotejo de sistemas jurídicos contemporâneos, ou seja, vigentes, em simultaneidade, no momento da efetivação da investigação. De seu turno, a história comparada se materializa como pesquisa das transformações e da evolução verificadas em determinado(s) ordenamento(s) jurídico(s), caracterizando-se pelo enfoque diacrônico[636].

Outra distinção invocada atine ao fato de que o direito comparado seria valorativo, diferentemente da história comparada, que não tem esse condão, assinalando-se pela neutralidade. Essa separação, contudo, não deve ser interpretada com vistas a extirpar a história comparada dos estudos de direito comparado, com os quais demonstra uma afinidade complementária. De fato, embora designando estudos diversos, que não devem ser confundidos, podem ser associados, na medida em que as reflexões históricas podem auxiliar, como realmente auxiliam, na consideração dos questionamentos jurídicos. Observe-se que essa asseveração implica em permissão de tratamento do fenômeno jurídico em atenção também a outros sistemas, a exemplo do econômico, do social e do político, o que permite um detalhamento mais autêntico.[637]

---

635 CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de direito comparado:** introdução ao direito comparado. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 272-273. Merece destaque a definição apresentada por Cláudio SOUTO: "estudo científico-valorativo dos princípios positivados ou de positivação possível em sistemas de conteúdos normativos de formas de coercibilidade". SOUTO, Cláudio. **Da inexistência científico-conceitual do direito comparado** (conceituação do indagar comparativo mais específico da Ciência do Direito). Tese doutoral. Recife: [s.n.], 1956. p. 134.

636 V. PIZZORUSSO, Alessandro. **Curso de derecho comparado.** Barcelona: Ariel, 1990.

637 Em Alf ROSS, peculiarmente, diz-se que o direito comparado pode ter um caráter contemporâneo (apresentação do direito vigente em diferentes países) ou histórico ("quando investiga as circunstâncias sociais capazes de explicar porque o direito se desenvolveu segundo diferentes linhas em diferentes sociedades"). ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2000. p. 46.

### 1.1.2. Caracterização: método ou ciência ?

Discute-se se o direito comparado teria estatura de ciência ou de método. Por método, entende-se "conjunto de fases racionais e sucessivas, seguidas para alcançar um objetivo pré-fixado"[638], enquanto ciência designa "um corpo de conhecimentos ordenados que tem um objeto determinado e reconhecido, um âmbito e um método próprios"[639]. René DAVID sintetiza que, "para a maior parte, o direito comparado apenas será um método, o método comparativo, podendo servir para os variados fins que ele se propõe", mas, "para outros, pode se conceber que o direito comparado seja uma verdadeira ciência, um ramo autônomo do conhecimento do direito, se a preocupação for concentrada sobre os próprios direitos estrangeiros e sobre a comparação que importa, em diferentes aspectos, facilitar com o direito nacional"[640].

Em GUTTERIDGE, vê-se esposada a tese de que o direito comparado é método[641], assim como se vislumbra em René DAVID[642]. Adepto da mesma corrente é Jean RIVERO, que sublinha que "o direito comparado não é disciplina jurídica distinta", destacando que, "sob o nome de 'direito comparado' é preciso, então, compreender apenas a idéia de *método*: 'método que consiste em estudar, paralelamente, as *regras* e os *institutos jurídicos*, para esclarecê-los mediante tal confronto"[643].

Ivo DANTAS, dentre vários outros autores, se posiciona diversamente, sustentando que, "a medida em que se compreendam os conceito de ***método*** e ***ciência***, bem como do que seja ***autonomia científica***, não haverá, em são consciência, como assumir posição diferente [da que considera o direito comparado como ciência], sobretudo, se

---

[638] CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de direito comparado:** introdução ao direito comparado. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 284. V. também FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **A ciência do direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1990. p. 11: "*Método* é um conjunto de princípios de avaliação da evidência, cânones para julgar a adequação das explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses [...]" (destaque do autor).

[639] CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de direito comparado:** introdução ao direito comparado. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 285. V. ainda DURANT, Will. **Filosofia da vida.** Tradução de Monteiro Lobato. 11. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1959. p. 9: "ciência é descrição analítica de partes".

[640] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 12-13.

[641] Cf. GUTTERIDGE, H. C. **El derecho comparado:** introdución al método comparativo en la investigación y en el estudio del derecho. Barcelona: Instituto de Derecho Comparado, 1954.

[642] Cf. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. De fato, embora o autor fale, inicialmente, no "tardio desenvolvimento do direito comparado, como ciência" (p. 2), reporta-se, em suas conclusões, ao "método comparativo" (p. 18).

[643] RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado**. Tradução de José Cretella Jr. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 34.

levarmos em conta os modernos estudos de Epistemologia"[644]. Paolo Biscaretti di RUFFÌA, embora cuidando em específico do direito constitucional comparado, sublinha em igual direção:

> Como su nombre lo indica, la citada disciplina se dirige, a través del llamado *método comparativo*, a cotejar entre sí las normas e instituciones consagradas en los diversos ordenamientos estatales, tanto del presente como del pasado, con el propósito de poner en evidencia, además de las características más significativas, sus notas similares o diferenciales, y alcanzar por esta vía la determinación posterior de principios y reglas que encuentren una efectiva aplicación en tales ordenamientos. Es precisamente la última fase de construcción y elaboración doctrinal la que permite transformar lo que a primera vista aparece como un estricto *método de investigación* en una verdadera y propia *ciencia juridica autónoma*.[645]

CONSTATINESCO aparta: "o método comparativo é o método da ciência dos Direitos comparados"[646].

Em que pese a robustez dos posicionamentos em sentido diverso, pende-se para a compreensão do direito comparado como método, e não como ciência, o que não significa retirar a nobreza desse instrumento do conhecimento ou a importância de que se reveste, especialmente nos dias atuais. Se "a caracterização da ciência implica, segundo inumeráveis autores, a tomada de determinada ordem de fenômenos, em cuja pluralidade se busca um princípio de unidade, investigando-se o processo evolutivo, as causas, as circunstâncias, as regularidades observadas no campo fenomenológico"[647], então, o direito comparado não é ciência, por não atender a essas especificidades. Ressalte-se a limitação do estudo (ordenamentos jurídicos vigentes), bem como a ausência de uma tábua de princípios. Trata-se de ferramenta, com instruções de uso particulares, manejável nos vários ramos do direito, que se destina à mais adequada percepção do sistema jurídico nacional, a partir da consideração em confronto de ordenamento(s) jurídico(s) estrangeiro(s).

### 1.1.3. A relevância da pesquisa comparada. O direito comparado descritivo e o direito comparado aplicado.

---

[644] DANTAS, Ivo. Direito comparado como ciência. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, Recife: Universidade Federal de Pernambuco, n. 7, 1995. p. 180.
[645] RUFFÌA, Paolo Biscaretti di. **Introducción al derecho constitucional comparado.** Las "formas de Estado" y las "formas de gobierno". Las Constituciones modernas y 1988-1990. Un trienio de profundas transformaciones constitucionales en Occidente, en la URSS y en los Estados socialistas del Este Europeu. Traducción de Héctor Fix-Zamudio. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 79. Destaques do original.
[646] CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de direito comparado:** introdução ao direito comparado. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 329.
[647] BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 26.

Não se pense numa uniformidade em relação à admissão da utilidade da pesquisa comparativa. Em Marc ANCEL, por exemplo, são enumeradas algumas críticas formuladas à pesquisa comparativa, que vão desde a asseveração da complexidade do direito nacional (não se mostrando coerente fixar-se no direito alienígena, quando não se compreende sequer o ordenamento próprio[648]), passando pela discussão sobre o malogro da tentativa (impossível) de apreender o direito estrangeiro na sua multiplicidade, até o posicionamento nacionalista (para alguns, xenófobo) de não aceitação da interferência do direito ádvena nas instituições nacionais representativas da identidade espacialmente limitada, ou, ainda, o simples receio de efeitos desagregadores nas hipóteses de aplicação desajustada nele fundada. Ao mesmo tempo, contudo, o autor parte em defesa do direito comparado, sublinhando, de logo, a inadmissibilidade de fechamento da ciência em fronteiras, pela não contenção espacial do conhecimento. Ademais, do mencionado autor se extrai que a necessidade desse estudo específico está fundada a) na unidade dos fins visados pelo direito, a despeito da pluralidade de sistemas jurídicos (solução dos conflitos e busca da justiça); b) na admissão (e mesmo na exigência) pelos ordenamentos jurídicos, em determinados momentos, da aplicação do direito estrangeiro que, portanto, precisa ser conhecido; c) na vocação aproximadora e de estreitamento dos laços entre as diversas realidades nacionais, a partir da compreensão do estranho (construindo a tolerância) e do incremento da aptidão identificadora das especificidades locais; d) na impossibilidade de desconsideração da formação de comunidades de Estados ou, de modo mais amplo, de panoramas regionais de aglutinação; e e) no efeito integrador das disciplinas que estudam o fenômeno jurídico, permitindo uma percepção mais completa[649].

Várias as funções associadas ao direito comparado (educativa, criadora, interpretativa, reformadora e integradora), revelando, elas, por assim dizer, desdobramentos da etapa investigativa propriamente dita. René DAVID reforça:

> As vantagens que o direito comparado oferece podem, suscintamente, ser colocadas em três planos. O direito comparado é útil nas investigações históricas e filosóficas referentes ao direito; é útil para conhecer melhor e aperfeiçoar o nosso direito

[648] Citando Bowen, GUTTERIDGE salienta que "el comparatista es un hombre que conoce un poco el Derecho de todos los países del mundo, excepto el suyo". GUTTERIDGE, H. C. **El derecho comparado:** introdución al método comparativo en la investigación y en el estudio del derecho. Barcelona: Instituto de Derecho Comparado, 1954. p. 45.

[649] Cf. ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado.** Sem referência a tradutor. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1980.

> nacional; é, finalmente, útil para compreender os povos estrangeiros e estabelecer um melhor regime para as relações de vida internacional[650].

Nesse sentido, a doutrina registra a diferenciação entre direito comparado descritivo e direito comparado aplicado, representando, o primeiro, a comparação para conhecer, e, o segundo, a confrontação para aplicar (reforma legislativa, introdução de novos institutos, análise de eficácia, entre outros). Contudo, destaque-se que, embora o direito comparado descritivo pareça bastar em si, de modo que alguns falam em um direito comparado puro (abstrato ou especulativo) – isso também não se mostre muito coerente, pois a comparação é uma idéia precipuamente utilitária, tem compleição determinante –, o direito comparado aplicado presume, necessariamente, a efetivação do descritivo, correspondendo, pois, nesse contexto, ao segundo instante a que anteriormente se referiu. Nessa direção, pode-se dizer que a distinção entre direito comparado descritivo e direito comparado aplicado não encontra sustentação, pela impossibilidade de apartamento.

### 1.1.4. Especificando a investigação no direito comparado. A imprescindibilidade de consideração das famílias do direito.

José Afonso da SILVA apresenta a regra dos três "c", na definição das "fases do procedimento metodológico" do estudo comparativo: "**c**onhecer, **c**ompreender e **c**omparar" (obedecida essa ordem)[651]. Tem-se, assim, a síntese das considerações que seguem.

A primeira observação que se impõe, em relação ao exercício da pesquisa jurídica comparativa, ou melhor dizendo, à sua correta implementação, é exposta com precisão por Marc ANCEL: "o processo lógico de comparação pressupõe uma aproximação racional: aproximação ou oposição de sistemas"[652]. No mesmo sentido, embora não se refira expressamente à abordagem por dessemelhança, é de se citar Cláudio SOUTO: "[...] a investigação comparativa exige logicamente uma semelhança, ainda que remota, entre o que se compara"[653]. É o que José Afonso da SILVA denomina de "comparabilidade"[654]. Note-se,

---

[650] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 4.

[651] SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional comparado e processo de reform do Estado.** In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (coord.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao professor J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 345.

[652] ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado.** Sem referência a tradutor. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1980. p. 19.

[653] SOUTO, Cláudio. **Da inexistência científico-conceitual do direito comparado** (conceituação do indagar comparativo mais específico da Ciência do Direito). Tese doutoral. Recife: [s.n.], 1956. p. 114-115.

de fato, que o direito comparado diz da confrontação – e não mera justaposição – entre ordenamentos jurídicos vigentes ou sincrônicos (no que se distingue da história do direito ou história comparada, como antes mencionado), para fins de análise das diferenças e afinidades, o que indica a coexistência de determinadas características.

Outrossim, apontam-se como especificidades do direito comparado sua feição mais empírica, que teórica, bem como a índole instrumental, no sentido de que a colheita de elementos a partir da confrontação embute, na maior parte das vezes, a clara intenção de servir de ferramenta de aperfeiçoamento do sistema jurídico nacional, pela identificação de erros e acertos e pela inspiração para mudanças (objetivo mediato, sendo o objetivo imediato as atividades descritivas).

Salutar observação é a que respeita ao campo de investigação alcançado pelo direito comparado. Antes já se disse da impropriedade da expressão "legislação comparada", por limitar o direito comparado a apenas um plano da ordem jurídica, qual seja, o legislativo, como se todas as instituições jurídicas nele se contivessem. Em verdade, a pesquisa jurídica comparada pode (e deve) abarcar não apenas as leis, mas também a doutrina e a jurisprudência, sendo, essa conformação, reflexo dos avanços constatados no desenvolvimento do direito comparado. Mais que isso, não se pode ficar fechado no direito positivo, devendo ser objeto de consideração a realidade, da qual ele é apenas um dos subsistemas componentes, com seus dados culturais, econômicos, políticos, dentre outros.

Outra nota digna de registro é a respeitante à eventual limitação quantitativa de ordenamentos jurídicos que podem ser confrontados numa mesma oportunidade. De um lado, salienta-se que o número reduzido contribui para o aprofundamento da pesquisa. Entretanto, Cláudio SOUTO explica: "a dignidade conceitual da indagação em foco solicita o estudo valorativo imediato ao menos de todos os sistemas importantes de conteúdos normativos das formas de coercibilidade"[655].

Impende considerar, em acréscimo, que a comparação deve ser sensível às particularidades das realidades confrontadas, não se justificando como instrumento de unificação do que permita, no máximo, harmonização, diante das naturais diferenciações regionais.

---

[654] SILVA, José Afonso da. Direito constitucional comparado e processo de reforma do Estado. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (coord.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao professor J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 343.

[655] SOUTO, Cláudio. **Da inexistência científico-conceitual do direito comparado** (conceituação do indagar comparativo mais específico da Ciência do Direito). Tese doutoral. Recife: [s.n.], 1956. p. 134.

Diga-se, ademais, que, como instrumento de investigação, o direito comparado pode se concretizar em relação a todos os ramos do direito (públicos e privados).

Finalmente, é preciso consignar que a análise dos ordenamentos jurídicos não prescinde de um tratamento segundo a sua compleição, haja vista que "a multiplicidade de direitos é um fato"[656]. Isso significa que se devem levar em consideração as particularidades que separam *common law* e *civil law*, sendo elas representativas das duas grandes famílias em que se divide o direito. A principal diferença entre essas famílias concerne à fonte jurídica tida por principal. Enquanto na *civil law* (também designada de *continental law* ou de romano-germânica), a lei assume a condição de fonte primeira do direito; na *commom law*, tem-se em destaque o produto da atuação jurisdicional; na primeira, apreendem-se os reflexos das reações contra a ausência de limites do poder que escorchava os indivíduos; na segunda, evidencia-se a ligação com o poder real. Realce-se que essa divisão não é absoluta, tanto *intra* como *inter* familiar. De fato, há muito que se tem percebido um processo de aproximação entre as famílias, de modo que elas têm reciprocamente absorvido características que não são originariamente suas. Assim é que, na *common law*, a lei tem passado a desempenhar um papel mais acentuado, enquanto na família romano-germânica, cada vez mais se invocam os precedentes jurisprudenciais[657]. Em outro ângulo, mesmo os Estados que se enquadram numa mesma família podem desenvolver diferenças que os especificam. Nesse sentido, os Estados Unidos, embora tendo como modelo o direito inglês comportado na *common law*, terminaram por desenvolver um direito com características bem peculiares, que o distinguem substancialmente do molde[658].

A atenção para essas particularidades é essencial para se ter um exame coerente de direito comparado. Exemplo disso é a verificação, de logo, de aspecto que repercutirá mais adiante, neste trabalho, no momento em que se efetivar o confronto entre o direito brasileiro e

---

[656] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 20.

[657] Ana Lúcia de Lyra Tavares, analisando esse processo, no que toca à conciliação do direito latino-americano com a *common law*, fala em "ecletismo" decorrente da aproximação das ex-colônias da América Latina em relação a outras nações, como Inglaterra e França. TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. A Constituição brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas. **Revista de Informação Legislativa**, n. 109, Brasília, jan./mar., 1991. p. 97.

[658] Essencial a leitura de DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Em particular, cf. SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common law***: introdução do direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 59: "Além da organização federal, desconhecida na Inglaterra [...], o direito dos EUA é, convém insistir, dominado pela transcendental importância de uma Constituição Federal, rígida e escrita, igualmento fenômeno que a Inglaterra desconhece. Na verdade, o mais típico traço diferenciador entre EUA e Inglaterra está, precisamente, na maior sacralidade que o *statute law* tem naquele sistema, com a conseqüente modificação da atuação da *Common Law stricto sensu* [...]".

o direito norte-americano, em relação a institutos de direito administrativo. Acentua Jean RIVERO:

> Se, porém, se aborda o mundo anglo-saxão, a situação é radicalmente diversa. Sobre a delimitação conceitual do direito administrativo, dupla dúvida surge: os ingleses, que acreditam não existir o direito administrativo, negam-se a reconhecer-lhe campo tão grande.
> Os americanos, que o censuram por ser muito pouco *administrativo*, bem afastados da realidade concreta, chegam à mesma conclusão. Daí a conclusão de que *tudo o que diz respeito à organização administrativa* (o que nós denominamos de 'direito administrativo descritivo') é *considerado estranho ao 'administrative law'*, fato que resulta de diversos fatores, como o de que a ciência política domina a Administração.
> [...]
> Nos Estados Unidos, os problemas de organização administrativa são tradicionalmente tidos como estranhos ao direito, ficando sob o impacto de disciplina própria, metajurídica, 'a ciência da Administração' (pública), ramo da ciência política[659].

### 1.1.5. O direito administrativo comparado.

A partir deste momento, a pesquisa comparada desdobra o perfil específico. O próprio objetivo almejado por este trabalho está a exigir algumas considerações sobre o direito administrativo comparado, já iniciadas na parte final do item anterior[660].

Se o direito comparado, genericamente considerado, se materializa através do estudo de ordenamentos jurídicos vigentes diversos, em suas variadas manifestações, em confronto, o direito administrativo comparado vai se constituir, em particular, na investigação comparativa da função administrativa em exercício em diferentes Estados, incluindo seus institutos, órgãos e normas de regência[661].

A importância desse estudo comparativo mais particularizado deve ter se acentuado com a transição do Estado liberal ao Estado social, momento em que a organização política moderna passou a ostentar um corpo mais avolumado, avocando muitas das atividades que antes se circunscreviam à esfera privada, o que gerou a necessidade de reorganização das funções administrativas, em termos de recursos materiais, humanos e procedimentais, de sorte que pudessem dar conta das recém-adotadas incumbências.

---

[659] RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado**. Tradução de José Cretella Jr. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 64-65.
[660] A obra de referência é RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado**. Tradução de José Cretella Jr. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
[661] Sobre o conceito de direito administrativo, consulta obrigatória: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

Renovada a relevância do direito administrativo comparado com as reformas que se seguiram nas administrações públicas dos Estados, tempos depois, quando se ergueram as vozes contra o agigantamento do Estado e a sua advogada incapacidade de atendimento das múltiplas necessidades abraçadas. Retomados programas de desestatização, nas suas mais variadas formas, e concebidas novas instituições que atendessem aos reclamos das sociedades nacional e internacional, essa, especialmente, sobrelevada com os processos de globalização e de integração regional, viu-se estendido significativamente o campo de investigação do direito administrativo comparado. Afirma-se, nessa contextura:

> [...] la administración pública comparada abre un área de estudio muy clara para la confluencia de las más diversas corrientes de análisis dentro de la disciplina administrativa, como el neoinstitucionalismo, el estructural-funcionalismo, el enfoque de las políticas públicas, el desarrollo de las relaciones intergubernamentales, las dinámicas de argumentación y evaluación de las decisiones públicas, el estudio de la formación y capacitación de los recursos humanos para la gerencia y la administración, la conformación de las técnicas presupuestales, gerenciales y de planificación de proyectos [...][662].

Ademais, salienta-se que "quienes han intentado elaborar una ciencia de la administración reconocen que ésta depende, entre otras cosas, del éxito en el estabelecimiento de propuestas sobre la conducta administrativa que transciedan las fronteiras nacionales"[663].

No Brasil, como antes já se disse, as mudanças foram expressivas, em sede constitucional inclusive, sendo que a maior parte delas correspondeu simplesmente ao acompanhamento das modificações implementadas em outros Estados, que lhe inspiraram ou que se lhe impuseram, como força irresistível ou padrão irretorquível. Desse modo, não é admissível prescindir do estudo comparativo para entender os rumos tomados pela Administração Pública brasileira, as bases nas quais ela foi reconstruída, as incongruências que podem levar à sua descaracterização[664] ou à ineficácia de suas opções estruturais e políticas, e as possibilidades de concepção de respostas para correção dos equívocos constatados.

Como já se antecipou, a diversidade de famílias de direito – em se pretendendo confrontar realidades inseridas na *civil law* e na *common law* –, pode dificultar a pesquisa

---

[662] OLGUÍN, Víctor Alarcón. Estudio introductorio. In: HEADY, Ferrel. **Administración pública: una** perspectiva comparada. Traducción de Roberto Reyes Mazzoni. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 16.

[663] HEADY, Ferrel. **Administración pública:** una perspectiva comparada. Traducción de Roberto Reyes Mazzoni. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 38.

[664] V., por pertinente, SADER, Emir. Una democracia sin alma social. In: _____. (comp.). **El ajuste estructural en América Latina:** custos sociales y alternativas. Buenos Aires: CLACSO – Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2001. p. 137-143.

comparativa, em vista, por exemplo, do enquadramento de questões atinentes às funções administrativas fora do direito, ou em razão da inerente heterogeneidade (ou mesmo da complexidade) das administrações públicas estatais, mas, de outro lado, se adequadamente descrita essa pluralidade – inclusive, partindo-se desse pressuposto –, o efeito poderá ser o enriquecimento da análise.

### 1.2. O terceiro setor nos Estados Unidos da América: a realidade paradigmática.

Sabino CASSESE ressalta que a globalização jurídica não pode ser reduzida a um processo de "americanização": "La participazione della società civile o di gruppi portatori di interessi nel processo di *decision-making* è una caratteristica dominante, ma non exclusiva, dell'experienza americana"[665].

Entretanto, a seleção da ordem jurídica norte-americana, para fins de confrontação com as organizações da sociedade civil brasileiras, se justifica por se constituir em "parâmetro mundial de comparação", haja vista serem os Estados Unidos "o país onde o terceiro setor mais se desenvolveu, em virtude [...] de uma cultura política voltada para o associativismo e o voluntarismo"[666]. Essa idéia se amolda à compreensão embutida no

[665] CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. Bari: Laterza, 2007. p. 179: "A participação da sociedade civil ou dos grupos portadores do interesses no processo de tomada de decisão é uma característica dominante, mas não exclusiva, da experiência americana" (tradução livre).

[666] COELHO, Simone de Castro Tavares. **Terceiro setor:** um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos. 2ª ed. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2002. p. 21. A própria origem do termo terceiro setor é encontrada nos Estados Unidos (Cf. MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social**: crítica ao padrão emergente de intervenção social. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2003). Também traçando um paralelo entre os dois países, v. BRANCO, Vera Sylvia Venegas Falsetti. Imunidade tributária e terceiro setor (filantrópico): Por maior transparência e regulamentação. **Cadernos de direito tributário e finanças públicas**, n. 26, jan./mar., 1999. p. 31-42. V., de igual maneira, BENDICK Jr., Marc. Privatización de los servicios de bienestar social: una idea que hay que tomar en serio. In: KAMERMAN, Sheila B.; KAHN, Alfred J. (comp.). **La privatización y el Estado benefactor**. Traducción de María Antonia Neira Bigorra. México: Fondo de Cultura Económico, 1993. p. 116: "[...] los Estados Unidos han insistido constantemente en lo local, lo pluralista, lo voluntario y lo comercial, por encima de lo nacional, lo universal, lo legalmente obtenido y lo gubernamental". Segundo Ferrel HEADY: "Almond y Verba llaman 'cultura cívica' a las características políticas que en gran medida comparten Inglaterra, Estados Unidos y algunos otros países que alguna vez fueron colonia británica" (HEADY, Ferrel. **Administración pública:** una perspectiva comparada**.** Traducción de Roberto Reyes Mazzoni. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 271). Em outras palavras: "Americans of all ages, all conditions, and all dispositions constantly form associations" ("Americanos de todas as idades, todas as condições e todas as disposições constantemente formam associações" – tradução livre), segundo FISHMAN, James J. The development of nonprofit corporation law and an agenda for reform. **Emory Law Journal**, n. 34, 1985. p. 617. Disponível em: <eprints.law.pace.edu/163/>. Acesso em: 09 fev. 2006. Quanto a esse ponto, são representativas as associações norte-americanas de *non-profit organizations*, como as dos Estados de Colorado (<www.coloradononprofits.org>), Pensilvânia (<www.pano.org>), Lousiana (<www.lano.org>), Vermont (<www.vanpo.org>), Flórida (<www.fano.org>), Texas (<www.tano.org>), Dakota do Norte (<www.ndano.org>), Ohio (<www.oano.org>), entre outras. Merece registro, outrossim, o PONPO – *Program on Nonprofit Organizations*, da Universidade de Yale, "founded in 1978 to foster interdisciplinary research

seguinte trecho de obra que, embora atinente à necessidade da vigorosa atuação reguladora estatal diante do mercado e frente à pluralização dos direitos, merece referência neste momento por colocar em destaque a idéia do núcleo comum para o qual tudo parece convergir e se consorciar:

> The basic argument for regulatory regimes grows out of familiar notions of freedom or autonomy on the one hand and welfare on the other – notions deriving, respectivily, from Kantian traditions respecting individual liberty and utilitarian traditions stressing the maximization of human happiness. As I understand them here, these notions are connected to two principal sources. **The first is the liberal republicanism of American constitutional thought – a set of ideas treating the political process not as an aggregation of purely private interests, but as a deliberative effort to promote the common good.** Republican ideas played a substantial role in the development of the original constitutional framework, which is best understood as an effort to create a kind of deliberative democracy. On the republican account, self-interest is an insufficient basis for political advantage; **it must be translated into some broader conception of the public interest**[667].

Essa referência ao pensamento constitucional norte-americano é particularmente interessante, na medida em que dirige a análise a bases objetivas, assim compreendendo-se o texto da Constituição do Estados Unidos da América, em sua literalidade, vigente desde 1787, com algumas (poucas) emendas que lhe foram incorporadas. Seguindo-se rigorosamente a observação de James MADISON, chamado o "Pai da Constituição", no sentido de que se deveria criar um sistema perene, mas sensível às mudanças que se seguiriam no curso normal dos tempos, fez-se, nos Estados Unidos da América, uma Constituição enxuta, com apenas

---

aimed at developing an understanding of nonprofit organizations and their role in economic and political life" ("fundado em 1978 para encorajar pesquisa interdisciplinar dirigida ao desenvolver uma compreensão das organizações não lucrativas e do seu papel na economia e na vida política" – tradução livre). YALE UNIVERSITY. Program on Nonprofit organizations (PONPO). Disponível em: <ponpo.som.yale.edu/hist.html>. Acesso em: 09 fev. 2006. A afirmação de que, "in the United States, democracy preceded bureaucracy [...]" ("nos Estados Unidos, a democracia antecedeu a burocracia" – tradução livre), também teve influência na seleção do ordenamento jurídico norte-americano (SCHROTH, Peter W. Corruption and accountability of the civil service in the United States. In: REITZ, John C; CLARK, David S (ed.). **American law in the 21st century**: U.S. National Reports to the XVIIth International Congress of Comparative Law. The American Journal of Comparative Law. Michigan: The Amaerican Society of Comparative Law, 2006, v. 54 (supplement). p. 553).

667 SUNSTEIN, Cass R. **After the rights revolution.** Reconceiving the regulatory state. Cambridge/Massachusetts/London: Harvardv University Press, 1990. p.12 (negritos acrescidos): "O argumento básico para os regimes regulatórios procede das noções familiares de liberdade e autonomia de um lado e de bem-estar de outro – noções derivadas, respectivamente, de tradições kantianas atinentes à liberdade individual e de tradições utilitárias que insistem na maximização da felicidade humana. Como eu as entendo aqui, essas noções estão conectadas com duas causas principais. **O primeiro é o republicanismo liberal do pensamento constitucional americano – um grupo de idéias que tratam do processo político, não como uma agregação de interesses puramente privados, mas como um esforço deliberado de promover o bem comum**. Idéias republicanas desempenharam um papel substancial no desenvolvimento de uma construção constitucional original, que é melhor entendida como um esforço de criar uma democracia deliberativa. Na consideração republicana, o interesse próprio é uma base insuficiente para o proveito político, ele deveria ser traduzido em alguma concepção mais extensa de interesse público" (tradução livre).

sete artigos (alguns dos quais, é certo, subdivididos), iniciando-se, ela, a teor do seu preâmbulo, com a menção ao fato de que o documento constitucional fora promulgado pelo próprio povo – não por seus representantes, como se explicita no preâmbulo da Constituição Federal brasileira de 1988 –, aspecto que permite atribuir uma significação peculiar ao sistema norte-americano, embora, concretamente, seja evidente que o povo estava sendo representado pelos grupos que convergiram ao projeto de construção de um texto constitucional. O povo de que se fala, na Constituição norte-americana, é consorciado (e não pode ser divorciado) à (da) perspectiva de proteção dos direitos individuais, mormente os de liberdade (de religião, de palavra, de imprensa, de reunião, de petição), para não falar dos de porte de armas, inviolabilidade do privativo, devido processo legal, proteção à propriedade, igualdade (proibindo-se, na Constituição, para fins de exercício do direito de voto, discriminações fundadas em raça, cor, sexo e idade), sendo, a enumeração constante do Texto Constitucional original e das emendas, meramente taxativo, *ex vi*, da Emenda nº 9: "A enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo"[668]. Merece realce, ademais, o fato de que, conquanto mencione, a título de competência do Congresso, prover o bem-estar geral dos Estados Unidos da América, a Constituição de 1787 não caracteriza, de pronto, a organização administrativa do Estado, depositando no Congresso, através da chamada "cláusula das leis necessárias e apropriadas", a competência para "elaborar todas as leis necessárias e apropriadas ao exercício dos poderes acima especificados e dos demais que a presente Constituição confere ao Governo dos Estados Unidos, ou aos seus Departamentos e funcionários"[669]. Nesse contexto, não há referências acerca de equivalentes aos serviços públicos e, maiormente, aos denominados, serviços públicos sociais (como educação e saúde), que terminaram por se manifestar, com roupagem nitidamente diferenciada da francesa, via atuação da sociedade, fora dos lindes do Estado. A par dessa observação, note-se previsão particularmente relevante aos moldes norte-americanos, relativa à cultura, embora em termos utilitário-individualistas: É de competência do Congresso "promover o progresso da ciência e

[668] Emenda nº 9, da Constituição norte-americana de 1787. In: MITCHEL, Ralph (comp.). **Um índice para a Constituição dos EUA com glossário**. Sem referência a tradutor. Wisconsin: [s.n.], 1980. p. 42.
[669] Item 18, da Seção 8, do Artigo I, da Constituição norte-americana de 1787. In: MITCHEL, Ralph (comp.). **Um índice para a Constituição dos EUA com glossário**. Sem referência a tradutor. Wisconsin: [s.n.], 1980. p. 33. Sobre o dispositivo constitucional, v. comentários feitos em **A CONSTITUIÇÃO dos Estados Unidos da América com notas explicativas**. Adaptado com a permissão de The World Book Encyclopedia. Redação da introdução e das notas explicativas de J. W. Peltason. Sem referência a tradutor. [S.l.]: World Book, 1986.

das artes úteis, garantindo, por tempo limitado, aos autores e inventores o direito exclusivo aos seus escritos ou descobertas"[670].

Quadra salientar que, a despeito das pertinentes críticas acerca do modelo norte-americano de imposição – a dizer: as considerações formuladas nesta parte do trabalho atinentes ao perfil americano não devem ser interpretadas como elogiosas, mas tomadas em sentido estritamente narrativo-descritivo para cotejo –, as teses que invocam a proeminência do espírito democrático e a vital importância do desenvolvimento de instituições sociais fortes têm sido construídas pelos doutrinadores norte-americanos, inclusive associando, tais aspectos, à condição de crescimento, talvez como forma de justificar mesmo as ações do seu Estado, interna e externamente.

Nesse contexto, mencionam-se as instituições sociais que se inserem na *nation's psychology* ("psicologia nacional"), como as que estimulam a participação em atividades cívicas, asseverando-se: "Whether they take the form of law or custom, these institutions shape the behavior and interactions of public and private individuals and organizations and have a profound influence over the rate and manner in which a society develops"[671]. No particular, sobre a sociedade civil, na perspectiva norte-americana, dizem HALPERIN, SIEGLE & WEINSTEIN:

> [...]. Civil society – neighborhood associations, social service organizations, civic groups, and independent media – is the lifeblood of a dynamic democracy. As a country makes the transition to democracy, these groups multiply and flourish, and any policy aimed at improving the economy should nurture them. They are the vehicles through which ordinary people can participate in public life and take action on issues of greatest concern to them. As such, they grease the wheels of democracy by stimulating independent thought, tolerating and even encouraging minority viewpoints, and acting as an indirect check on government power by forcing public officials to be more responsive to the needs of their constituents and more open about their decision-making. Development policies that weaken civil society, then, undercut a potentially moderating influence on policymakers and a key force in economic reform.
> [...]
> From a democratization perspective, the reduction in the number of NGOs [*nongovernment organizations*] and the activities they are able to undertaking is a blow to civil society. [...].[672]

---

[670] Item 8, da Seção 8, do Artigo I, da Constituição norte-americana de 1787. In: MITCHEL, Ralph (comp.). **Um índice para a Constituição dos EUA com glossário**. Sem referência a tradutor. Wisconsin: [s.n.], 1980. p. 33.

[671] HALPERIN, Morton H., SIEGLE, Joseph T. & WEINSTEIN, Michael M. **Democracy advantage.** How democracies promote prosperity and peace. New York/London: Routledge, 2005. p. 58: "Se elas tomam a forma da lei ou do costume, essas instituições dão forma ao comportamento e às interações de indivíduos públicos e privados e de organizações e têm uma profunda influência sobre a velocidade e a maneira pela qual a sociedade se desenvolve" (tradução livre).

[672] HALPERIN, Morton H., SIEGLE, Joseph T. & WEINSTEIN, Michael M. **Democracy advantage.** How democracies promote prosperity and peace. New York/London: Routledge, 2005. p. 147 e 148: "Sociedade civil – associações de vizinhança, organizações de serviços social grupos civis e mídia independente – é a seiva da

Os autores seguem, referindo a importância do fortalecimento da sociedade civil, especialmente das *non-profit public service organizations*, para o desenvolvimento de uma democracia bem orientada:

> [...] Strong government and civil society are mutually reinforcing and positivily correlated. Consider de United States. It has one of the most active civil societies in the world – yet few would claim it has a weak government. The same relationship applies in the developing world. Benin, Costa Rica, Chile, Czech Republic, Ghana, Korea, Mauritius, Poland, Senegal, and Thailand are a few of the countries in the developing world that have vibrant civil societies and yet quite capable governments within the norms of their respective regions.[673]

---

vida de uma democracia dinâmica. Quando um país faz a transição para a democracia, esses grupos multiplicam e florescem e qualquer política dirigida ao melhoramento da economia deveria fomentá-los. Eles são os veículos através dos quais pessoas comuns podem participar na vida pública e ter ação em matérias de maior interesse para elas. Como igualmente, eles lubrificam as rodas da democracia estimulando pensamento independente, tolerando e mesmo enconrajando os pontos de vista das minorias e agindo como um freio indireto para o poder governamental por forçar os servidores públicos a serem mais responsáveis para com as necessidades dos seus constituintes e mais abertos em sua tomada de decisões. Políticas de desenvolvimento que enfraquecem a sociedade civil, então, minam uma potencialmente moderada influência a construtores de políticas e uma força chave em reformas econômicas./[...]/De uma perspectiva democrática, a redução do número de ONGs [organizações não governamentais] e das atividades que eles são aptos a empreenderem é um golpe para a sociedade civil. […]" (tradução livre).

[673] HALPERIN, Morton H., SIEGLE, Joseph T. & WEINSTEIN, Michael M. **Democracy advantage.** How democracies promote prosperity and peace. New York/London: Routledge, 2005. p. 197: "[...] Governo forte e sociedade civil são mutuamente reforçadores e positivamente correlacionados. Considerem os Estados Unidos. Ele tem uma das mais ativas sociedades civis no mundo – contudo poucos reclamariam que ele tem um governo fraco. A mesma relação se aplica no mundo em desenvolvimento. Benin, Costa Rica, Chile, República Tcheca, Gana, Coréia, Mauritânia, Polônia, Senegal e Tailândia são alguns dos países do mundo em desenvolvimento que têm sociedades civis vibrantes e ainda governos completamente capazes dentro das normas das suas respectivas regiões" (tradução livre). Em que pesem as considerações sobre a má gestão dos negócios públicos pelo povo norte-americano, na perspectiva vislumbrada por Alexis de Tocqueville, realçava ele o vigor popular: "A democracia não proporciona ao povo o governo mais hábil, mas faz o que o governo mais hábil muitas vezes é incapaz de criar; ela difunde em todo o corpo social uma atividade inquieta, uma força superabundante, uma energia, que nunca existem sem ela e que, por pouco que sejam favoráveis as circunstâncias, podem gerar maravilhas". TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América:** leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. Livro I. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 285. Sobre o "espírito público nos Estados Unidos", v. p. 274/277 da mesma obra referida. Mas é no Livro II, que estão considerações mais específicas. De fato: "A partir do momento em que os negócios comuns são tratados em comum, cada homem percebe que não é tão independente de seus semelhantes quanto imaginava anteriormente e que, para obter apoio deles, muitas vezes é necessário lhes prestar seu concurso./ [...]./ As associações políticas existentes nos Estados Unidos constituem tão-somente um detalhe no meio do imenso quadro que o conjunto das associações aí apresenta./ Os americanos de todas as idades, de todas as condições, de todos os espíritos, se unem sem cessar. Não apenas têm associações comerciais e industriais de que todos participam, mas possuem além dessas mil outras: religiosas, morais, graves, fúteis, muito gerais e muito particulares, imensas e minúsculas; os americanos se associam para dar festas, fundar seminários, construir albergues, erguer igrejas, difundir livros, enviar missionários aos antípodas; criam dessa maneira hospitais, prisões, escolas. [...]./ Nos países democráticos, a ciência da associação é a ciência-mãe; o progresso de todas as outras depende do progresso desta". TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: sentimentos e opiniões:** de uma profusão de sentimentos e opiniões que o Estado social democrático faz nascer entre os americanos. Livro II. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 126, 131 e 135. Importante consultar também RODRÍGUEZ, Ricardo Vélez. **A democracia liberal segundo Alexis de Tocqueville.** São Paulo: Mandarim, 1998.

Simone de Castro Tavares COELHO, analisando o modelo norte-americano, numa perspectiva político-sociológica, destaca que três são as concepções desenvolvidas acerca do relacionamento entre Estado e sociedade civil, nos EUA: a) o Estado continua a deter a iniciativa da ação voltada à solução dos problemas sociais, apenas sendo recomendável o enxugamento da máquina estatal (OSBORNE & GAEBLER); b) o Estado deve ter as atividades de sua incumbência consideravelmente reduzidas (Estado mínimo), com transferência efetiva de poderes de atuação para a comunidade (EGGERS & O'LEARY); c) entre o Estado e a sociedade civil deveriam ser admitidas estruturas mediadoras (como associações de bairro, igrejas, família, associações voluntárias), porquanto elas representariam as reais necessidades dos indivíduos (BERGER & NEUHAUS). Não obstante as diferenças teóricas entre elas, a autora afirma que as três teses se aproximam no ponto em que consideram relevante o encurtamento da distância existente entre Estado e sociedade civil[674].

Christopher PIERSON, em igual área, enumera as seis posições mais importantes que podem ser adotadas no tocante ao relacionamento entre Estado e sociedade civil: a) pluralismo ("what makes countries such as the UK and the USA good liberal democracies, in the pluralist view, is not so much their constitutional arrangements (though these are important), but rather the nature of the wider society within which these are located. Such societies are 'open'. Power is to be found in many different places"); b) marxismo (predominantemente, "the state as essentially the instrument of society's ruling class – the capitalists or bourgeoisie"); c) neoliberalismo ("state as an increasingly domineering and malign influence, imposing itself upon society"); d) elitismo ("society is and/or ought to be governed by a minority comprising the most able"); e) estatismo institucional ("the golden rule is to 'bring the state back in'"); f) crítica feminista ("[state] as an abstraction from the lived experience of power and powerlessness that tends to serve the interest of patriarchal forces")[675]. Ao final, conclui que o Estado do século XXI é marcado pela idéia de: "governance" ou "governing without government"[676].

---

[674] Cf. COELHO, Simone de Castro Tavares. **Terceiro setor:** um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos. 2. ed. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2002. p. 45-55.

[675] PIERSON, Christopher. **The modern State**. 2. edition. London/New York: Routledge, 2004. p. 56-74 (*passim*).

[676] PIERSON, Christopher. **The modern State**. 2. edition. London/New York: Routledge, 2004. p. 155: "o que faz países como Reino Unidos e EUA boas democracies liberais, na visão pluralista, é não tanto seus arranjos constitucionais (embora esses sejam importantes), mas, ao invés, a natureza de sua mais larga sociedade dentro da qual eles estão localizados. Tais sociedades são 'abertas'. Poder é para ser encontrado em muitos diferentes lugares"/"o Estado como essencialmente o instrumento da classe dominante da sociedade – os capitalistas ou burgueses"/"Estado como um domínio de uma maneira crescente e de influência maligna, impondo-se sobre a

Mais especificamente, os estudiosos têm notado a necessidade de coordenação entre todos os setores (Estado, mercado e sociedade civil). Acerca da "cooperação intersetorial entre organizações com fins lucrativos e empresas do terceiro setor", James AUSTIN analisa que, "nos Estados Unidos, as administrações Reagan, Bush e Clinton conclamaram as empresas com fins lucrativos e as organizações do terceiro setor a assumir um papel maior na resolução dos problemas da sociedade", realçando que "essa mudança de mãos das responsabilidades sociais está intensificando cada vez mais as exigências sobre os setores industriais e os setores sem fins lucrativos, pressionando-os a cooperar"[677]. Diz-se que "ha surgido un nuevo fenómeno", qual seja:

> las organizaciones privadas lucrativas están actuando como asesoras de organizaciones no lucrativas, enseñándoles cómo volverse 'autosostenibles' al desarrollar 'New Ventures' (el nombre de una de tales organizaciones) que les permitan convertir sus activos tradicionales en ingreso corriente por medio de inversiones lucrativas en el mercado[678].

Isso demonstra o grau de desenvolvimento assumido pelo terceiro setor norte-americano.

A evolução norte-americana, no tocante às *non-profit organizations*, é marcada, em especial, na origem, pela suplantação da *charitable trust* pela *charitable corporation*, correspondendo, a primeira, à expressão do modelo inglês, forte na ordenação jurídica do início da colonização, e, a segunda, à concepção propriamente americana, decorrente da reação contra os estatutos ingleses, no final do século XVIII. Como registra a doutrina, o fator distintivo de maior expressão entre as duas formas repousa na circunstância de que a *charitable corporation* é organizada "under legislative authority" ("sob autoridade legislativa"), ao passo que a *charitable trust* era estabelecida pela ação privada, apresentado, por conseguinte, uma organização interna mais informal (embora houvesse exceções). Ressalte-se que isso não se confunde com providência estatal no sentido de "criar" a participação social na prestação de serviços de índole pública ou "implantar" uma sociedade civil nesses moldes, porquanto essa já era uma marca vigorosa da cultura americana, devendo

---

sociedade"/"sociedade é e/ou deveria ser governada por uma minoria abrangente dos mais capazes"/"a regra de ouro é trazer o Estado de volta'"/"[Estado] como uma abstração da experiência vivida do poder e da impotência que contribui para servir aos interesses das forças patriarcais" (traduções livre).

[677] AUSTIN, James E. **Parcerias:** fundamentos e benefícios para o terceiro setor. Tradução de Lenke Peres. São Paulo: Editora Futura, 2001. p. 23.

[678] REIN, Martin. La estructura social de las instituciones: ni públicas ni privadas. In: KAMERMAN, Sheila B.; KAHN, Alfred J. (comp.). **La privatización y el Estado benefactor**. Traducción de María Antonia Neira Bigorra. México: Fondo de Cultura Económico, 1993. p. 77-78.

ser compreendida mais como uma forma de controle pelas funções estatais, afirmativa da repelência às imposições da metrópole.

Diante desse quadro, um dos primeiros aspectos legais envolvendo as *charitable corporations* foi a discussão sobre sua caracterização como instituições públicas ("in the sense of municipal corporation" – "no sentido de corporação municipal") ou privadas ("like the business corporation" – "como corporações de negócios"). Na origem inglesa, as *corporations* eram divididas nas categorias leiga e eclesiástica, sendo que as seculares eram subdivididas em civis (realizavam propósitos públicos, nelas também se inserindo instituições governamentais) e caritativas (como colégios e hospitais para o atendimento da população pobre). Posteriormente, a classificação em leigas e eclesiásticas foi rechaçada pelos tribunais norte-americanos (em razão da ausência de igreja estabelecida nos Estados Unidos e das garantias definidas na Constituição), que unificaram todas as categorias (religiosas, civis e caritativas) sob o título de *civil corporations*.

Questionaram-se, em seguida, as conseqüências de se considerar as *charitable corporations* como instituições públicas, na medida em que isso resultaria em admissão da interferência estatal que, por sua vez, resultaria no afastamento dos doadores, incrédulos quanto ao destino de suas contribuições. Adveio, então, o *Dartmouth College case*[679], nos termos do qual a Suprema Corte dos Estados Unidos, em decisão de *Justice Marshall*, equiparou as *charitable corporatins* às *business corporations*, atribuindo às primeiras a natureza privada, em vista do seu mecanismo de formação ("although Dartmouth had public purposes, the college was a private charitable entity because private individuals founded the corporation"). Desse modo, "the Dartmouth College case provided assurances that the grants of private capital to charities whould be protected from government control and apropriation". Em outros termos, "the business corporation provided the engine of organization for a market

[679] Neste ponto, é preciso abrir um parêntesis para realçar uma característica do direito norte-americano: a dualidade direito escrito - direito jurisprudencial, particularmente marcada pela divisão constituição federal - constituições dos cinqüenta Estados federados (numa federação muito mais vigorosa, por assim dizer, que a brasileira). O grande questionamento posto diz respeito ao alcance da *common law* (leia-se: precedentes jurisprudenciais) diante desse "contexto legislativo consistente". "Procurado [...] um princípio de identidade judiciária partilhado pelos cinqüenta Estados, a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou que não existe *common law* geral (federal) válida em todos os Estados [...]./Mas a divisão estanque entre os sistemas de direito entre Estados não existe. Decorre substancialmente dessa sentença que, quando não há precedente num ponto preciso num Estado, os juízes norte-americanos devem levar em conta as decisões dos quarenta e nove outros Estados./Praticamente, vemos, portanto, que mesmo sem *common law* federal, comum a todos os Estados, as *common law* dos diferentes Estados são muito parecidas./Uma verdadeira comunidade de precedentes [...]". SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2001. p. 90. V. de igual relevância DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 477-493.

economy" – embora para alguns isso tenha sido feito sem atenção às peculiaridades do *charitable sector*[680].

No Brasil, as organizações sociais também se constituem em pessoas jurídicas de direito privado, cuja peculiaridade é a prestação de serviços de interesse público, mas, diversamente das entidades norte-americanas, se caracterizam pela forte presença estatal, seja em termos de fornecimento dos recursos materiais e humanos necessários à própria existência da instituição, seja em termos de composição dos correspondentes órgãos decisórios. Isso, no tocante, em específico, ao modelo instituído pela Lei nº 9.637/98, sem falar, ao lado de outras realidades associativas privadas, nas "tradicionais" organizações não governamentais (ONG), mais próximas da idéia de participação da sociedade civil, que se poderão corporificar como organizações da sociedade civil de interesse público, segundo a forma insculpida na Lei nº 9.790/99, financiadas com recursos públicos e privados, inclusive de origem internacional. Ou seja, nesse último modelo, observa-se uma tentativa de alinhamento entre as organizações não governamentais e o Estado, já que aquelas, uma vez qualificadas como OSCIP, poderão firmar termo de parceria, viabilizando, em seu favor, o fomento público. Se, de um lado, existem várias críticas a essa proposta de institucionalização, enxergando nelas um mecanismo de apagamento da linha reivindicadora e emancipacionista em prol da cidadania que as tipifica, pelo menos em teoria, pelo "débito financeiro" que restará, de outro lado, não se pode deixar de indicar posições favoráveis:

> Observa-se a ocorrência de uma mudança do perfil de muitas ONGs. Ao se institucionalizar via Oscips ou assumirem dependência financeira de organismos públicos e privados, estas organizações estariam modificando algumas características próprias de seu surgimento, assumindo novas posturas, destacando-se aqui a diversidade de estratégias de atuação, como as parcerias, indicando o amadurecimento ou transformação 'necessários' destas organizações, já que a apropriação/utilização do instrumental legal enquanto reivindicação de demandas pelas ONGs é uma das formas de sua atuação, paralela a outras possibilidades, como mobilizações e parcerias com estâncias governamentais e entidades privadas, cuja utilização vem crescendo substancialmente nos últimos anos[681].

---

[680] Cf. FISHMAN, James J. The development of nonprofit corporation law and an agenda for reform. **Emory Law Journal**, n. 34, 1985. p. 617/683. Disponível em: <eprints.law.pace.edu/163/>. Acesso em: 09 fev. 2006: "ainda que Dartmouth tivesse propósitos públicos, o colégio era uma entidade de caridade privada porque indivíduos privados fundaram a corporação"/"o caso do Colégio Dartmounth produziu certezas de que as concessões de capital privado para institutos de caridade seriam protegidos do controle e da apropriação governamental"/"a corporação de negócio promoveu o engenho da organização para a economia de mercado" (traduções livres).

[681] SOCZEK, Daniel. **ONGs e democracia**: metamorfoses de uma paradigma em construção. Curitiba: Juruá, 2007. p. 232.

De fato, as entidades brasileiras têm se caracterizado pela dependência expressiva em relação aos recursos de origem governamental e pela gratuidade dos serviços (ou cobrança de valores irrisórios) a que se dedicam, além do que o voluntariado no Brasil ainda demonstra carências[682]. De outro lado, Simone de Castro Tavares COELHO ressalta que, nos EUA, as organizações qualificadas como *public charities*[683] – ou seja, as que se destinam a realizar um fim público ou de utilidade pública e nas quais 5% dos serviços, pelo menos, são prestados gratuitamente –, são destinatárias de subsídios governamentais (em maior escala, se comparado com o caso brasileiro), bem como caracterizam-se como resultado de uma participação maciça da comunidade[684], atuando na esfera do voluntariado, sendo este um aspecto marcante da sociedade norte-americana (comparativamente, no Brasil, a "ação espontânea", em verdade, tem sido assinalada pela implementação de políticas estatais de estímulo). Tais características são evidenciadas nos conceitos atribuídos às instituições em cada um desses ordenamentos jurídicos. "The American 'nonprofit' sector is commonly considered to be comprised of thouse corporations, associations, trusts, and other legal entities that have been granted exemption from income tax by the Internal Revenue Service"[685]. Assim, pressupõe-se a existência de uma instituição, estimulada na continuação de suas atividades caritativas ou sociais a partir especialmente da concessão de isenções fiscais, sendo que a maior parte da renda dessas entidades é representada pelos *private payments*, ou seja, "payments that organizations receive for their services, together with

---

[682] Cf. COELHO, Simone de Castro Tavares. **Terceiro setor:** um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos. 2. ed. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2002. p. 60-66.

[683] Expressão que pode ser tomada como sinônima de *third sector*, *independent sector*, *philanthropic sector* e *nonprofit organizations*, pois não se pode falar em unidade terminológica segundo FISHMAN, James J. The development of nonprofit corporation law and an agenda for reform. **Emory Law Journal**, n. 34, 1985. p. 619. Disponível em: <eprints.law.pace.edu/163/>. Acesso em: 09 fev. 2006: "We use the term 'nonprofit' to refer to an organization that is barred from distributing profits or net earnings to individuals who exercise control over it, such as directors, officers, or members" ("Nós usamentos o termo 'não lucrativo' para referenciar uma organização que está desprovida de distribuição de lucros ou benefícios líquidos para os indivíduos que exercem controle sobre ela, como os diretores, servidores ou membros'" – tradução livre)

[684] "[...] the 'nonprofit' sector hold assets worth more than $2 trillion and receive annualy an estimated $ 241 billion in support from individuals, corporations, and foundations" ("[…] o setor 'não lucrativo' mantém ativos equivalents a mais de dois trilhões de dólares e recebem anualmente um estimado de duzentos e quarenta e um bilhões de dólares em patrocínio de pessoas, corporações e fundações" – tradução livre). FREMONT-SMITH, Marion R. **Governing nonprofit organizations.** Federal and state law and regulation. Cambridge/Massachusetts/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004. p. 1. Disponível em: <www.hup.harvard.edu/catalog/FREGOV.html>. Acesso em: 09 fev. 2006.

[685] FREMONT-SMITH, Marion R. **Governing nonprofit organizations.** Federal and state law and regulation. Cambridge/Massachusetts/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004. p. 4. Disponível em: <www.hup.harvard.edu/catalog/FREGOV.html>. Acesso em: 09 fev. 2006: "O setor 'não lucratico' americano é comumente considerado como estando contido naquelas corporações, associações, trustes e outras entidades legais que têm sido beneficiadas com isenção de imposto sobre os rendimentos pelo Serviço de Rendimentos Interno" (tradução livre).

membership fees, dues, and sales of products"[686], e por *private giving* (doações). No Brasil, conceberam-se organizações sociais dependentes de recursos, bens e servidores públicos.

Desse envolvimento maior da comunidade, bem como considerando uma forma de atuação mais comercial (inclusive com cobrança de taxa dos usuários, a partir sobretudo do corte de verbas estatais destinadas às organizações[687]), decorre o fato de que as *non-profit organizations* norte-americanas passaram a apresentar lucros significativos e a concorrer com as empresas do segundo setor (mercado), como se fora um "segundo setor e meio"[688], o que gerou a acentuação das políticas estatais de fiscalização.

Em 1985, dizia-se que as *non-profit corporations* tinham uma supervisão inadequada: "In the United States, supervision of charities has long been exercised by the state attorney general or, in a few jurisdictions, by a district attorney"[689]. Ocorria que:

> Attorneys general have a multiplicity of responsabilities and extremely limited resources. In 1977, only eight states assigned attorneys full time to the enforcement of charitable trusts and regulation of charitable corporations. Eleven states had no attorneys assigned, while most had one or two attorneys assigned part-time. Given the thousands of nonprofit corporations, the lack of resources devoted to monitoring means charitable organizations are for all practical purposes self-regulated. [...].
> [...]
> Twenty-five years ago, Professor Kenneth Karst suggested that a state board of private charities be established on the English model. Today, we live in an age of deregulation. There are few who believe that another agency with addicional resources is a sufficient cure for any social ill. The effectiveness of regulatory efforts will have to come from other sources.[690]

---

[686] FREMONT-SMITH, Marion R. **Governing nonprofit organizations.** Federal and state law and regulation. Cambridge/Massachusetts/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004. p. 8. Disponível em: <www.hup.harvard.edu/catalog/FREGOV.html>. Acesso em: 09 fev. 2006: "pagamentos que organizações recebem por seus serviços, junto com cotas da sociedade, direitos e venda de produtos" (tradução livre).

[687] V. REIN, Martin. La estructura social de las instituciones: ni públicas ni privadas. In: KAMERMAN, Sheila B.; KAHN, Alfred J. (comp.). **La privatización y el Estado benefactor**. Traducción de María Antonia Neira Bigorra. México: Fondo de Cultura Económico, 1993. p. 83: "Salamon calcula que entre 1981 y 182 la contribución del gobierno a los servicios sociales se redujo en 9% (Salamon, 1984). [...]. De esta manera las organizaciones no lucrativas parecen estar pasando los mayores costos de sus operaciones a sus clientes".

[688] SKWARA, Bete Alina. Descobrindo o segundo setor e meio. **Idéia Social**, n. 1, jun./jul./ago., 2005. p. 21-26.

[689] FISHMAN, James J. The development of nonprofit corporation law and an agenda for reform. **Emory Law Journal**, n. 34, 1985. p. 669. Disponível em: <eprints.law.pace.edu/163/>. Acesso em: 09 fev. 2006: "Nos Estados Unidos, supervisão de instituições de caridade tem sido há muito exercida pelo procurador geral do Estado, ou, em poucas jurisdições, por um procurador distrital" (tradução livre).

[690] FISHMAN, James J. The development of nonprofit corporation law and an agenda for reform. **Emory Law Journal**, n. 34, 1985. p. 670/671. Disponível em: <eprints.law.pace.edu/163/>. Acesso em: 09 fev. 2006 "Procuradores gerais têm uma multiplicidade de responsabilidades e recursos extremamente limitados. Em 1977, só oito Estados designaram procuradores em tempo integral para a coação de trustes de caridade e regulação de corporações de caridade. Onze Estados não tinham procuradores designados, enquanto a maioria tinha um ou dois procuradores designados em tempo parcial. Dadas as milhares de corporações não lucrativas, a falta de recursos consagrados ao monitoramento significa que as organizações de caridade são para todos os propósitos práticos auto-reguladas [...]/[...]/Vinte e cinco anos atrás, Professor Kenneth Karst sugeriu que um conselho estatal de instituições de caridade privadas fosse estabelecido no modelo inglês. Hoje, nos vivemos em uma era de desregulação. Há poucos que acreditam que outra agência com recursos adicionais é um remédio suficiente para qualquer doença social. A efetividade do esforço regulatório terá de vir de outras fontes" (tradução livre).

Particularmente, sobre o controle das *non-profit organizations* norte-americanas, hoje, merece anotação a Circular nº A-133, editada em 22.04.1996, pelo Governo dos Estados Unidos, e revisada com mudanças em 27.06.20003, no âmbito da *Office of Management and Budget*, com respaldo nas seções 503, 1111 e 7501 e demais, do título 31, do *United States Code*, e nas Ordens Executivas 8248 e 11541, tendo por escopo fixar "standards for obtaining consistency and uniformity among Federal agencies for the audit of States, local governments, and non-profit organizations expending Federal awards" ("modelos para obter consistência e uniformidade entre agências federais para o exame das contas dos Estados, governos locais e organizações não lucrativas que dispendem verbas federais"). À propósito, define referida norma (com destaques do original):

> Non-profit organization means:
> (1) any corporation, trust, association, cooperative, or other organization that:
> (i) Is operated primarily for scientific, educational, service, charitable, or similar purposes in the public interest;
> (ii) Is not organized primarily for profit; and
> (iii) Uses its net proceeds to maintain, improve, or expand its operations; and
> (2) The term non-profit organization includes non-profit institutions of higher education and hospitals[691].

[691] UNITED STATES OF AMERICA. Circular nº A-133. Revised to show changes published in the Federal Register June 27, 2003. Audits of States, Local Government, and Non-Profit Organizations. Disponível em: <www.whitehouse.gov/omb/circulars/index.html>. Acesso em: 09 fev. 2006: "Organização não-lucrativas significa:/(1) qualquer corporação, truste, associação, cooperativa ou outra organização que:/(i) é operada primariamente para propósitos científicos, educacionais, de serviços, caritativos ou similares no interesse público;/(ii) não é organizada primariamente para o lucro;/(iii) usa seus benefícios líquidos para manter, promover ou expandir suas operações; e/(2) O termo organização não-lucrativa inclui instituições não-lucrativas de educação superior e hospitais" (tradução livre). A mesma definição é repetida na Circular nº A-122, de 2004, que estabelece "principles for determining costs of grants, contracts and other agreements with non-profit organizations" ("princípios para determinar custos de concessões, contratos e outros ajustes com organizações não-lucrativas" – tradução livre). Segundo se lê dessa norma: "It does not apply to colleges and universities which are covered by Office of Management and Budget (OMB) Circular A-21, 'Cost Principles for Educational Institutions'; State, local, and federally recognized Indian tribal governements which are covered by OMB Circular A-87, 'Cost Principles for State, Local, and Indian Tribal Government'; or hospitals. The principles are designed to provide that the Federal Government bear its fair share of costs except where restricted or prohibited by law. The principles do not attempt to prescribe the extent of cost sharing or matching on grants, contracts, or other agreements. However, such cost sharing or matching shall not be accomplished through arbitrary limitations on individual cost elements by Federal agencies. Provision for profit or other increment above cost is outside the scope of this Circular" ("Não se aplica aos colégios e universidades, que são cobertos pela Circular OMB A-21, 'Princípios de Despesas para Instituições Educacionais'; Governos de Tribos Indígenas reconhecidos estatal, local e federalmente, que são cobertos pela Circular OMB A-87, 'Princípios de Despesa para Governos estaduais, locais e de tribos indígenas'; ou hospitais. Os princípios são designados para proporcionar que o Governo Federal sustente sua justa participação de despesas exceto onde restringido ou proibido por lei. Os princípios não intentam prescrever a extensão da divisão ou equiparação das despesas em concessões, contratos ou outros ajustes. Entretanto, tais custos divididos ou equiparados não devem ser realizados através de limitações arbitrárias em elementos de custos individuais por agências federais. Provisão por lucros ou outros incrementos sobre os custos está fora do escopo desta Circular" – tradução livre). UNITED STATES OF AMERICA. Circular nº A-122. Revised May 10, 2004. To the Heads of Executive Departments and Establishments. Disponível em: <www.whitehouse.gov/omb/circulars/index.html>. Acesso em: 09 fev. 2006.

No mesmo contexto, deve se referida a Circular nº A-110, na versão revisada de 19.11.1993 e emendada em 30.09.1999, que fixa "standards for obtaining consistency and uniformity among Federal agencies in the administration of grants and agreements with institutions of higher education, hospitals, and other non-profit organizations" ("padrões para obter consistência e uniformidade entre agencies federais na administração de concessões e ajustes com instituições de educação superior, hospitais e outros organizações não-lucrativas"). Dispositivo importante, nessa norma, é o que define *award*:

> Award means financial assistance that provides support or stimulation to accomplish a public purpose. Awards include grants and other agreements in the form of money or property in lieu of money, by the federal Government to an eligible recipient. The term does not include: technical assitance, which provides services instead of money; other assitance in the form of loans, loan guarantees, interest subsidies, or insurance; direct payments of any kind to individuals; and, contracts which are required to be entered into and administered under procurement laws and regulations[692].

Ainda comparando os dois sistemas, Simone de Castro Tavares COELHO sintetiza os seguintes aspectos – dentre outros: a) no caso brasileiro, o terceiro setor é dirigido à satisfação das necessidades da população carente; nos EUA, a clientela do terceiro setor são grupos sociais, incluam ou não os mais carentes, o que é expressão da própria cultura americana[693]; b) em ambos os países, as organizações do terceiro setor são eminentemente urbanas; c) o terceiro setor, no Brasil, sofre forte influenciação política e religiosa, enquanto, nos EUA, está centrado em valores fundamentalmente sociais; d) "a estrutura formal existente nas entidades americanas é mais integrada à instituição do que a das brasileiras, nas quais sua atuação tem mais o sentido de cumprir uma formalidade"; e) no tocante aos profissionais que

---

[692] UNITED STATES OF AMERICA. Circular nº A-110. Revised November 11, 1993, as Further Amended September 9, 1999. To the Heads of Executive Departments and Establishments. Disponível em: <www.whitehouse.gov/omb/circulars/index.html>. Acesso em: 09 fev. 2006: "Prêmio significa assistência financeira que proporciona apoio ou estimula a execução de um propósito público. Prêmios incluem concessões e outros ajustes na form de dinheiro ou propriedade em lugar de dinheiro, pelo governo federal para um recebedor elegível. O termo não incui: assistência técnica, que proporciona serviços ao invés de dinheiro, outra assistência em forma de empréstimos, garantias de crédito, subsídios a juros ou seguro; pagamentos diretos de qualquer tipo para indivíduos; e contratos que sejam requeridos para serem introduzidos e administrados sob leis e regulações de obtenção" (tradução livre).

[693] Sobre esse aspecto, quadra invocar as observações constantes em GALBRAITH, John Kenneth. **A sociedade justa:** uma perspectiva humana. Tradução de Ivo Korytowski. 7. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1996. Nesse livro, preocupando-se com os "pobres e demais desafortunados" (p. XIII-XIV), o autor menciona que "o passo decisivo rumo a uma sociedade justa é tornar a democracia genuína, inclusiva", bem como que, enquanto escrevia essa obra, "um acirrado debate desenrola-se nos Estados Unidos sobre a reforma da assistência social; propõe-se, em essência, uma redução parcial da rede de segurança que protege os cidadãos mais pobres e, especialmente, suas crianças. Sem ela, eles estariam condenados à fome, a doenças de outra forma tratáveis e aos desconfortos de uma moradia inadequada; eles se sentiriam ainda mais denegridos como inerentemente inferiores" (p. 160).

atuam no terceiro setor, nos EUA são mais qualificados e preocupados com o aspecto gerenciamento; no Brasil, são menos qualificados e particularmente concentrados nas atividades-meio; f) o trabalho voluntário é mais expressivo na realidade norte-americana[694].

Há que se salientar, ainda, que, por gerenciarem [quase exclusivamente] dinheiro público, as organizações sociais brasileiras, assim como as OSCIPS nacionais, essas quando firmam o termo de parceria, submetem-se a controle pelo Tribunal de Contas (da União, em se tratando de verbas federais, *ex vi* do art. 70, da Carta Magna de 1988), e a doutrina – pelo menos, a mais abalizada – enfatiza a necessidade dessa supervisão, também porque cônscia e desconfiada da distorção de nascimento (compelido e não natural) e das corriqueiras denúncias de malversação de verbas públicas. Já se disse, em relação às instituições similares americanas, que, lidando com *federal awards*, estão sujeitas também a procedimentos diferenciados de acompanhamento estatal, nos moldes das Circulares anteriormente citadas, o que não impede a doutrina de afirmar que "a distinguishing feature of the nonprofit sector is the freedom within which its component entities are allowed to operate"[695], destacando as seguintes razões:

> In part this failure to provide meaningful regulation has been justified on the grounds that, because they are formed to 'do good', the people who run nonprofit organizations will likewise 'do good'; they will not profit at the organization's expense nor be reckless in their management of its assets. The general public has held to this belief despite evidence surfacing from time to time that charitable funds have been diverted to private hands or frittered away through bad management or negligent risk-taking. One cannot assume, however, that the public will continue to tolerate misdeeds or mismanagement of charitable funds. The wise course, therefore, is to provide a sufficient degree of regulation of charities to assure the public of the integrity of the sector, yet that it not be so draconian as to limit its freedom to meet changing needs and fulfill its public-serving roles[696].

---

694 Cf. COELHO, Simone de Castro Tavares. **Terceiro setor:** um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos. 2. ed. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2002. p. 105-144.

695 FREMONT-SMITH, Marion R. **Governing nonprofit organizations.** Federal and state law and regulation. Cambridge/Massachusetts/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004. p. 1. Disponível em: <www.hup.harvard.edu/catalog/FREGOV.html>. Acesso em: 09 fev. 2006: "um caráter distintivo do setor não-lucrativo é a liberdade dentro da qual suas entidades componentes são permitidas a operar" (tradução livre).

696 FREMONT-SMITH, Marion R. **Governing nonprofit organizations.** Federal and state law and regulation. Cambridge/Massachusetts/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004. p. 2. Disponível em: <www.hup.harvard.edu/catalog/FREGOV.html>. Acesso em: 09 fev. 2006: "Em parte esta falha para estipular regulação significante tem sido justificada nos motivos que, porque elas são formadas para 'fazerem o bem', as pessoas que dirigem organizações não-lucrativas do mesmo modo 'farão o bem'; elas não lucrarão com os gastos das organizações nem serão negligentes na sua gestão dos seus ativos. O público em geral tem mantido sua crença a despeito de emergentes evidências de tempo em tempo de que que os fundos caritativos têm sido desviados para mãos privadas ou desperdiçadas através de má gestão ou negligentes posturas de risco. Ninguém poderá assumir, entretanto, que o público continuará tolerando ações más ou má administração dos fundos caritativos. O prudente caminho, por conseguinte, é proporcionar um suficiente grau de regulação das instiuições de caridade para assegurar o público da integridade do setor, ainda que ele não seja tão draconiano que limite sua liberdade de conhecer mudanças de necessidades e de executar seus papéis de servir ao público" (tradução livre).

Para finalizar, não se poderia deixar de considerar a referência feita, em alguns trabalhos doutrinários, às britânicas *quango* (*quasi autonomous non governamental organizations*), que remontam às reformas implementadas pelo Governo de Magareth Tatcher e se manifestariam também como modelagem para as organizações sociais brasileiras, enquanto pretensa concretização específica do terceiro setor[697]. De fato, as *quango*, também conhecidas como "corpos públicos não governamentais" ou "organizações quase não governamental", são caracterizadas pelo hibridismo decorrente da junção de traços configuradores de organizações estatais e de organizações privadas de interesse público, materializando-se, portanto, em fonte de imitação para a composição das organizações sociais no Brasil, como reconhece, inclusive, um dos pais da reforma, o ex-Ministro Bresser PEREIRA, ao mencionar que "a tendência recente à publicização [...] foi acelerada a partir da experiência de reforma do Reino Unido, que transformou todas as universidades e hospitais, que anteriormente faziam parte do aparato do Estado, em entidades autônomas, usualmente chamadas Quangos [...]", explicando, outrossim, que "essas novas instituições atuam no campo social, em particular educação e saúde, com recursos assegurados pelo Estado, submetidas a uma relação contratual com ele e a certas exigências a respeito de conformação de seus órgãos deliberativos", o que, inclusive, tornaria possível a qualificação das *quango* como entidades "onde os traços de voluntariado praticamente não existem", ou seja, como "organizações intervenientes" (*intervening organizations*), segundo classificação proposta por WYSZOMIRSKI[698].

---

[697] É importante dizer que, neste trabalho, a realidade norte-americana é vista como paradigmática, no que toca ao tema (mais geral) terceiro setor, razão pela qual, como antes se grifou, foi eleita (e não a inglesa) para fins comparatísticos com o terceiro setor brasileiro. A referência à instituição bretã, nesse contexto, não rompe o raciocínio, a) seja porque a própria tradição associativo-solidarística já existia desde a época em que os Estados Unidos e a Grã-Bretanha se relacionavam como colônia e metrópole, embora, após a independência, a ex-colônia tenha, naturalmente, procurado imprimir conotações diferenciadas ao fenômeno dentro do seu território; b) seja porque Estados Unidos e Inglaterra se inserem no mesmo atual panorama de reforma do Estado, sendo que agora a ex-metrópole é que busca se aproximar do padrão norte-americano de terceiro setor, mais negocial e de Estado enxuto; c) seja porque em outros ordenamentos, exatamente pelo "universalismo" com que foram pintados os processos de mutação da máquina estatal, surgiram institutos particularizados similares, dentre os quais sobressaem exatamente as *quango*. Isso explica porque, neste trabalho, não se atribuiu preferência à Grã-Bretanha para efeito de comparação, a despeito da similitude de padronagem entre *quangos* e organizações sociais.

[698] Cf. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill. Entre Estado e mercado: o público não-estatal. In: _____ (org.). **O público não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 39-40. Ainda referenciando as *quango*, cf. MARTINS, Humberto Falcão. Reforma do Estado na era FHC: diversidade ou fragmentação da agenda de políticas de gestão pública? **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado**, Salvador, n. 10, jun./ago., 2007. p. 01-63 (especialmente p. 27). Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/RERE-10-junho-2007-HUMBERTO%20MARTINS. pdf>. Acesso em: 10 out. 2007.

É de se acentuar que, afora as críticas sobre a cientificidade da expressão – "a exatidão científica exclui, pelo *princípio da não-contradição* (nada pode ser e deixar de ser ao mesmo tempo), as categorias híbridas"; configurar-se-ia uma *contradictio in terminis*[699] –, tem-se registrado que a própria Grã-Bretanha, em que pese o ímpeto reformista inicial, já "vem revendo seus pressupostos de gestão pública baseada em resultados, nas suas relações com as Quango [...]. Está voltando a acompanhar e avaliar os meios [...]"[700]. De se esperar que, se o Brasil se espelhou nas *quango* para conceber suas organizações sociais, tenha ele também a capacidade de perceber os equívocos cometidos e as verdadeiras deficiências a superar.

[699] FERREIRA, Sérgio de Andréa. As organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público: considerações sobre seu regime jurídico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set., 1999. p. 107 e 109.

[700] GUIMARÃES, Tomás de Aquino. O modelo organizações sociais: lições e oportunidades de melhoria. **Revista do Serviço Público**, n. 1, jan./mar., 2003. p. 109.

# Capítulo 2. O terceiro setor no Brasil.

> "Em suma, na peleja contemporânea dos países periféricos pela preservação do Estado social e das garantias da lei trabalhista, ante a ameaça frontal, arrogante e desumana de supressão que lhe fazem os autores da política anti-soberania e pró-ditadura e cativeiro dos povos de economia esmagada, postulantes dos direitos de terceira dimensão – designadamente o direito ao desenvolvimento – a Constituição é a única bandeira de resgate daquela forma de Estado. E o é em face das perseguições e da ofensiva do estamento neoliberal, que intenta expurgá-lo do corpo normativo da Carta Magna" (BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 04).

## 2.1. Enquadrando o conceito.

Já se viu, pela experiência norte-americana, que não se mostra sustentável a correlação necessária entre terceiro setor e racionalidade altruística, de um lado, e mercado e racionalidade instrumental, no outro vértice, haja vista a possibilidade de que esses campos se inter-relacionem, o que, em cotejo com a experiência brasileira, pode se ter como fundado na dissonância entre o americanismo (a dizer: puritanismo) e o iberismo (leia-se: catolicismo). Enquanto a visão norte-americana de terceiro setor se ajusta a uma concepção negocial, privatística, no Brasil ela se presta a referir, em especial, as ações de caridade e de filantropia, com feição de problema público, ainda que exercitadas na seara privada.

Ocorre que, como já se teve oportunidade de destacar, a expressão terceiro setor, de modo amplo, não encontra uma utilização unívoca. Assim, não abarca apenas as instituições caritativas e filantrópicas, normalmente vinculadas a projetos religiosos, envolvendo também, a depender do autor que analise a temática, as organizações não-governamentais (ONG), as associações de moradores, as entidades sindicais, os clubes, as instituições culturais, os empreendimentos de solidariedade ou responsabilidade social de empresas privadas, os movimentos sociais organizados, as ações voluntárias (voluntariado[701]), compreendendo, hodiernamente, as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público, criadas com a reforma do Estado brasileiro, além de uma pluralidade de outras iniciativas marcadas, em tese, pela não afetação ao lucro, mas, sim, à realização de

[701] Cf. PEREZ, Clotilde; JUNQUEIRA, Luciano Prates (org.). **Voluntariado e a gestão das políticas sociais**. São Paulo: Futura, 2002.

objetivos de interesse social, geral ou coletivo[702]. É importante que se faça a ressalva, quanto aos escopos, à medida que não se podem chamar de desprezíveis os desvios e as irregularidades constatadas em muitas dessas manifestações, segundo as notícias recorrentemente divulgadas. FRANÇA designa, ainda em termos conceituais, terceiro setor de "conjunto de entidades que são criadas e mantidas pelos administrados para prestar serviços para a coletividade sem qualquer escopo lucrativo"[703]. Em sítio institucional na rede mundial de computadores, dedicado unicamente ao terceiro setor, consta como definição: conjunto "composto de organizações sem fins lucrativos, criadas e mantidas pela ênfase na participação voluntária, num âmbito não governamental, dando continuidade às práticas tradicionais da caridade, da filantropia e do mecenato e expandindo seu sentido para outros domínios, graças, sobretudo, à incorporação do conceito de cidadania e de suas múltiplas manifestações na sociedade civil"[704].

Numa perspectiva crítica, VIOLIN acentua que a expressão terceiro setor é inadequada (porque não seria viável a "setorialização", ou, em sendo possível, a sociedade civil constituiria o primeiro setor), vaga e simplista (por envolver sujeitos e ideologias contraditórias, a exemplo do movimento dos sem-terra e da pregação tradição-família-propriedade) e polêmica (à medida que emergiu para justificar opções compatíveis com o contexto neoliberal)[705].

Pela leitura reformista do Estado brasileiro, o termo emergiu, na verdade, com a finalidade principal de apartar Estado, mercado e sociedade civil, concebidos como três setores diferenciados, quais sejam, na seqüência, o público, o privado e o público não-estatal ou privado não-lucrativo, apresentando a sociedade civil como uma opção viável ao Estado. Assim, terceiro setor passou a ser sinônimo de empreendedorismo sem intuito lucrativo, em áreas de interesse público, por entidades desvinculadas do Estado, integrantes da sociedade civil, havendo quem qualifique essa situação de híbrida, deitando ensanchas a um regime jurídico diferenciado. O fato, em síntese, é que se trata de um outro setor e, portanto, que não deveria ser absorvente dos demais, pois se o primeiro ou o segundo setor deixassem de existir,

---

[702] Flávia PIOVESAN lista uma série de tentativas conceituais, partindo de vários elementos-chave. Cf. PIOVESAN, Flávia. Terceiro setor e direitos humanos. In: CARVALHO, Cristiano; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). **Aspectos jurídicos do terceiro setor**. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 75-98.

[703] FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor. In: **Interesse Público**, v. 7, n. 34, nov./dez., 2005. p. 99.

[704] FERNANDES, Rubem César. **O que é o terceiro setor?** Disponível em: <www.rits.org.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

[705] Cf. VIOLIN, Tarso Cabral. Uma análise crítica do ideário do terceiro setor no contexto neoliberal e as parcerias com a Administração Pública. **Revista Zênite**, ILC – Informativo de Licitações e Contratos, 13, n. 150, ago., 2006. p. 681-682.

por lógica simples não haveria que se falar num terceiro, além do que é vinculado à proficuidade de agentes sociais não-estatais. Entretanto, os reformadores, ao mesmo tempo em que trouxeram à baila a figura do terceiro setor, ao lado do Estado e do mercado, aduziram sua ocorrência para efeito de esvaziamento do Estado, embora não do governo, *id est*, nesse contexto, o Estado é desfeito de suas obrigações e o aparato que, antes se direcionava ao cumprimento desses deveres, é deslocado, juntamente com esses, em regime pretensamente mais liberal, às instituições do terceiro setor (particularmente, às organizações sociais), cujos órgãos de decisão se fez integrar, em outro vértice, por representantes governamentais. Afinal, que terceiro setor é esse, que se faz investir contra o primeiro, para esfacelá-lo (negação da própria tríade e da idéia de parceria) – ou, ao menos, para ludibriar o regime jurídico mais rigoroso a que se submete a coisa que se define como pública –, e que, simultaneamente, se faz dependente de posturas governamentais (desprezo à frutuosidade da sociedade civil e menosprezo ao que se designou de democracia participativa)? A questão deixa evidente o abismo que se estabeleceu entre toda a abordagem teórica invocada à justificação do projeto reformista, por "enfeitá-lo", e o que restou efetivamente projetado, via legislativa.

É de se notar, assim, que, mais especificamente, no processo de modificação da Administração Pública brasileira, a expressão terceiro setor é empregada para destacar dois instrumentos normativamente (não socialmente) postos, consistentes em titulações específicas, a serem concedidas em vista do cumprimento de determinadas exigências legais e regulamentares, e que implicam ou permitem o estabelecimento de vínculos – estreitos, pode-se dizer – com o Estado (considerado apenas enquanto prestante de recursos), na prestação de determinados serviços de significância social. Trata-se das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público. Tem-se, portanto, que a expressão sofre uma particular limitação e é com essa delimitação que ela será empregada daqui por diante.

Embora datando de 1998 e 1999, respectivamente, as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público, enquanto títulos, signos qualificadores, encontram alguns antepassados – ainda vivos – na legislação brasileira, embora com eles não se confundam, por suas peculiaridades, que adiante se assinalarão.

## 2.2. As entidades de utilidade pública e de fins filantrópicos.

No Brasil, o incitamento à iniciativa da sociedade civil, através da atribuição de títulos distintivos, por meio dos quais as correspondentes organizações tivessem acesso a benesses conferidas pelo Estado, em virtude de atuarem na prestação de serviços de interesse público ou na promoção do bem comum, pode ser vislumbrado, inicialmente, com a previsão legal de concessão do denominado **título de utilidade pública**, no nível federal, através da Lei nº 91, de 28.08.1935, regulamentada pelo Decreto nº 50.517, de 02.05.1961, título este decorrente de ato do Ministro da Justiça, de acordo com delegação de competência do Presidente da República (Decreto nº 3.415, de 19.04.2000). Para que se tenha uma idéia do alastramento dessa certificação, pode-se apontar que, hoje, apenas no Estado de Pernambuco, segundo os últimos dados fornecidos pelo Ministério da Justiça, constam 172 (cento e sententa e duas) entidades, nas mais variadas áreas, certificadas como de utilidade pública[706].

Segundo aponta BOUDENS:

> A condição 'sine qua non' do título de utilidade pública é que as atividades da entidade a que ele aspira sejam considerados importantes pelo Estado, na qualidade de prestador de serviços à população, especialmente à população pobre, marginalizada. A outra condição indispensável é que essas entidades, quer na área de assistência social, quer na cultural ou na técnico-científica, executem os serviços como o Estado o faria: sem distinções, desinteressadamente ou seja a fundo perdido, por vocação altruística, sem proselitismo ou quaisquer outras segundas razões, sem qualquer idéia de lucro ou remuneração pelo serviço prestado, com notável repercussão em relação ao custo social da utilidade pública, sem emulação política ou catequese, predominando o atendimento da coletividade[707].

Nos termos da Lei nº 91/35, as sociedades civis, associações e fundações[708] constituídas no Brasil, com o fim exclusivo de servir desinteressadamente à coletividade (portanto, destituídas de interesse lucrativo), podem ser declaradas de utilidade pública – a pedido ou *ex officio*, sendo essa última hipótese, excepcional –, desde que preencham

---

[706] Cf. BRASIL. Ministério da Justiça. [**RESULTADO de consulta por parâmetros**]. Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 01 jul. 2007. Os parâmetros foram "utilidade pública" e "Pernambuco".

[707] BOUDENS, Emile. **Terceiro setor**: legislação. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000. p. 07.

[708] Note-se que, considerado o novel Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002), já em vigor, ultrapassada a *vacatio legis*, as pessoas jurídicas de direito privado dividem-se em associações, fundações e sociedades, ou, como detalha Maria Helena Diniz, fundações particulares; associações civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias e associações de utilidade pública; sociedades simples; sociedades empresariais; e partidos políticos. As associações são legalmente definidas como a reunião de pessoas organizadas em torno de escopos não econômicos (art. 53, do CC); as fundações, como complexo de bens livres (*universitatis bonorum*) reunidos a serviço de fins religiosos, morais, culturais e de assistência (art. 62, do CC), a dizer de atividades exercitadas sem escopo lucrativo (segundo interpretação dada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, nas bem conhecidas Jornadas de Direito Civil, de setembro de 2002, que ensejaram a cristalização do Enunciado nº 9); as sociedades, como entidades com fins econômicos ou lucrativos. Cf. DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 9. ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 58-80. Assim, no parágrafo a que se refere

cumulativamente os seguintes requisitos: tenham personalidade jurídica, estejam em efetivo funcionamento, dediquem-se a servir altruisticamente a coletividade, não remunerem os cargos de sua diretoria, conselhos fiscais, deliberativos ou consultivos (art. 1º). Especificando essas condições, o Decreto nº 50.517/61 estabeleceu que as entidades pretendentes ao título devem comprovar (art. 2º):

> a) que se constitui no País; b) que tem personalidade jurídica; c) que esteve em efetivo e contínuo funcionamento, nos três meses imediatamente anteriores, com exata observância dos estatutos; d) que não são remunerados, por qualquer forma, os cargos de diretoria e que não distribui lucros, bonificações ou vantagens a dirigentes, mantenedores ou associados, sob nenhuma forma ou pretextos; e) que, comprovadamente, mediante apresentação de relatórios circunstanciados nos três anos do exercício anteriores à formulação do pedido, promove a educação ou exerce atividades de pesquisas científicas, de cultura, inclusive artísticas, ou filantrópicas, estas de caráter geral ou indiscriminado, predominantemente; f) que seus diretores possuam folha corrida e moralidade comprovada; g) que se obriga a publicar, anualmente, a demonstração de receita e despesa realizadas no período anterior, desde contemplada com subvenção por parte da União, neste mesmo período[709].

Por outro lado, uma vez declaradas de utilidade pública, as entidades ficam obrigadas a, anualmente, apresentarem relatório circunstanciado dos serviços que tiverem sido prestados, por elas, à coletividade (art. 4º, da Lei nº 91/35), devidamente acompanhado do demonstrativo da receita e da despesa realizada no período, ainda que não tenham sido subvencionadas (art. 5º, do Decreto nº 50.517/61).

O art. 3º, da Lei nº 91/35, reza que "nenhum favor do Estado decorrerá do título de utilidade pública, salvo a garantia do uso exclusivo, pela sociedade, associação ou fundação, de emblemas, flâmulas, bandeiras ou distintivos próprios, devidamente registrados no Ministério da Justiça, e a da menção do título concedido"[710]. Assim, num primeiro momento, o título de utilidade pública tinha função, unicamente, de estabelecer uma condição de honorificência. Essa previsão, contudo, não foi repetida no Decreto nº 50.517/61. A doutrina, inclusive, conceitua as entidades de utilidade pública como "pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços sociais que recebem do Estado o título jurídico que lhes permite ter acesso a um regime jurídico tributário mais benéfico, bem como a subvenções

---

esta nota (e nas demais ocasiões análogas), preservou-se a expressão normativa, como posta, sem prejuízo da interpretação de acordo com as inovações legislativas terminológicas e conceituais posteriores.

[709] Cf. BRASIL. Decreto nº 50.517, de 02 de maio de 1961. In: SZAZI, Eduardo. **Terceiro setor**: regulação no Brasil. 2. ed. São Paulo: Peirópolis, 2001. p. 218-219.

[710] BRASIL. Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935. In: SZAZI, Eduardo. **Terceiro setor**: regulação no Brasil. 2. ed. São Paulo: Peirópolis, 2001. p. 148.

ou auxílios públicos"[711]. Leis posteriores estabeleceram benefícios a serem gozados pelas entidades que estivessem enquandradas como de utilidade pública. Eduardo SZAZI cita as referidas vantagens:

> - possibilidade de oferecer dedução fiscal no imposto de renda, em doações de pessoas jurídicas;
> - acesso a subvenções e auxílios da União Federal e suas autarquias;
> - possibilidade de realizar sorteios, desde que autorizada pelo Ministério da Justiça[712].

O título de utilidade pública (federal e estadual ou do Distrito Federal ou municipal) também garante, às entidades beneficentes de assistência social, a "isenção" das contribuições a cargo da empresa, devidas ao INSS, destinadas à Seguridade Social, desde que preenchidos os demais requisitos previstos no art. 55, da Lei nº 8.212/91, benefício que se estende a todos os entes mantidos pela instituição, suas dependências, estabelecimentos e obras de construção civil. Dentre esses outros requisitos, constava, originariamente, o de que a pessoa jurídica deveria ser portadora do certificado e do registro de entidade de fins filantrópicos, fornecido pelo Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS, com renovação a cada três anos, nos termos do mencionado art. 55, II, da Lei nº 8.212/91, de acordo com a redação atribuída pela Lei nº 9.429, de 26.12.96[713]. Com a Medida Provisória nº 2.187-13, de 24 de agosto de 2001, cujos efeitos foram preservados em função da regra inserta no art. 2º, da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, o art. 55, II, em comento, passou a expressar que as entidades de utilidade pública deveriam ser ainda, para os fins ora comentados, titulares do registro e do certificado de entidade beneficente de assistência social, fornecido pelo CNAS, renovado trienalmente[714]. Note-se, em acréscimo,

---

[711] FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor. In: **Interesse Público**, v. 7, n. 34, nov./dez., 2005. p.100.

[712] SZAZI, Eduardo. **Terceiro setor***:* regulação no Brasil. 2. ed. São Paulo: Peiropólis, 2001. p. 91. BOUDENS historia com maior detalhamento: "1. Imunidade fiscal (Constituição Federal, art. 150, VI, c);/2. Isenção da contribuição do empregador para custeio do sistema previdenciário (Constituição Federal, art. 195, § 7º);/3. Doações da União e de suas autarquias (Decreto-Lei nº 2.300, de 21-11-1986, art. 15, II);/4. Doações feitas por particulares podem ser deduzidas da renda bruta do doador para o efeito da cobrança de Imposto de Renda (Lei nº 3.830, de 25-11-1960);/5. Recebimento de receitas provenientes da arrecadação das loterias federais (Decreto-Lei nº 204, de 27-02-1967);/6. Autorização para realizar sorteios (Portaria/Ministério da Justiça nº 85, de 12-04-1973);/7. Dispensa dos depósitos mensais para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS (Decreto-Lei nº 194, de 24-02-1967)" (BOUDENS, Emile. **Terceiro setor**: legislação. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000. p. 09).

[713] Cf. BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. In: OLIVEIRA, Aristeu de. **Consolidação da legislação previdenciária**: regulamento e legislação complementar. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 71.

[714] Cf. BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. In: MANNRICH, Nelson (org.). **CLT, legislação trabalhista e previdenciária e Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 843. Diz-se que "as entidades beneficentes de assistência social são mantidas com o objetivo de auxiilar os necessitados, isto é, qualquer pessoa que não tenha condições de prover o seu próprio sustento e o de sua

que a Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998, promoveu inúmeras alterações no mencionado art. 55, ao estabelecer, como requisito a ser também cumprido, que a entidade "promova, gratuitamente e em caráter exclusivo, assistência social beneficente a pessoas carentes, em especial a crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência" (inciso III), bem como ao definir:

> § 3º Para os fins deste artigo, entende-se por assistência social beneficente a prestação gratuita de benefícios e serviços a quem dela necessitar.
> § 4º O Instituto Nacional de Seguro Social – INSS cancelará a isenção se verificado o descumprimento do disposto neste artigo.
> § 5º Considera-se também de assistência social beneficente, para os fins deste artigo, a oferta e a efetiva prestação de serviços de pelo menos 60% (sessenta por cento) ao Sistema Único de Saúde, nos termos do regulamento[715].

Quadra sublinhar que a norma legal em consideração (art. 55, da Lei nº 8.212/91) encontra, a princípio, embasamento constitucional, no tocante ao seu cerne, haja vista que, segundo o § 7º, do art. 195, da Carta Magna de 1988, "são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei"[716].

Em favor da pretensão terminológica, embora a observação que se inicia não se integre propriamente nos limites deste trabalho, é de se dizer que, a despeito de a Constituição Federal falar em isenção, está-se diante, em verdade, de caso de imunidade tributária (condicionada, diga-se, pela necessidade de cumprimento de requisitos específicos), diferenciando-se os dois institutos pelo fato de que a imunidade diz com a definição de competência, ao passo que a isenção, acerca do exercício da competência. Assim, a imunidade é a "qualidade da situação que não pode ser atingida pelo tributo, em razão de norma constitucional que, à vista de alguma especificidade pessoal ou material dessa situação, deixou-a fora do campo sobre que é autorizada a instituição do tributo"; enquanto que a isenção se corporifica por norma legal (a dizer: infraconstitucional), como uma exceção à

---

família. Este conceito é mais restrito do que *entidade filantrópica*, embora sejam erroneamente utilizados como sinônimos com muita freqüência" (IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 5. ed.rev.ampl.atual. Niterói: Impetus, 2005. p. 382).

[715] BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. In: MANNRICH, Nelson (org.). **CLT, legislação trabalhista e previdenciária e Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 843.

[716] BRASIL. Constituição Federal de 1988. In: MANNRICH, Nelson (org.). **Consolidação das Leis do Trabalho, Código de Processo Civil, legislação trabalhista e processual trabalhista, legislação previdenciária e Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 125-126. No ensejo, ressalte-se que, segundo a Lei nº 9.311, de 24.10.1996 (art. 3º, V), a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – CPMF não incide sobre a movimentação financeira ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira das entidades beneficentes de assistência social, em vista da regra disposta no art. 195, § 7º, da CF/88.

norma de incidência, embora exista o poder de tributar e ele seja exercido em termos genéricos[717].

Note-se que se realçou, logo de início, que a norma legal em questão (art. 55, da Lei nº 8.212/91) teria, em tese, respaldo constitucional. Entretanto, para muitos tributaristas, a despeito de a Constituição Federal de 1988 reportar-se, no § 7º, do art. 195, à lei (portanto, lei ordinária), a melhor compreensão seria a da exigência de lei complementar, em vista do art. 146, II, da Carta Magna, correspondendo, a imunidade, a uma limitação constitucional ao poder de tributar. Há quem divirja, sustentando que "tal entendimento é contrário à Constituição, pois ignora o art. 149, *caput*, o qual exclui a aplicação do inciso II do art. 146 às contribuições, por meio de interpretação *contrario sensu*, já que não há remissão a este inciso, mas somente ao III"[718]. O Supremo Tribunal Federal, em que pese não ter ainda se pronunciado definitivamente sobre o assunto, manifestou-se no sentido da exigibilidade de lei complementar, quando analisou o pedido de provimento acautelatório no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.028/DF, em final de 1999, tendo por Relator o Ministro Moreira Alves, suspendendo, em decorrência a eficácia do art. 1º, da Lei nº 9.732/98, na parte que alterou a redação do inciso III e dos §§ 3º a 5º, do art. 55, da Lei nº 8.212/91. A ementa do julgado restou assentada nos seguintes termos:

> EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 1º, na parte em que alterou a redação do artigo 55, III, da Lei 8.212/91 e acrescentou-lhe os §§ 3º, 4º e 5º, e dos artigos 4º, 5º e 7º, todos da Lei 9.732, de 11 de dezembro de 1998. - Preliminar de mérito que se ultrapassa porque o conceito mais lato de assistência social - e que é admitido pela Constituição - é o que parece deva ser adotado para a caracterização da assistência prestada por entidades beneficentes, tendo em vista o cunho nitidamente social da Carta Magna. - De há muito se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que só é exigível lei complementar quando a Constituição expressamente a ela faz alusão com referência a determinada matéria, o que implica dizer que quando a Carta Magna alude genericamente a 'lei' para estabelecer princípio de reserva legal, essa expressão compreende tanto a legislação ordinária, nas suas diferentes modalidades, quanto a legislação complementar. - No caso, o artigo 195, § 7º, da Carta Magna, com relação a matéria específica (as exigências a que devem atender as entidades beneficentes de assistência social para gozarem da imunidade aí prevista), determina apenas que essas exigências sejam estabelecidas em lei. Portanto, em face da referida jurisprudência desta Corte, em lei ordinária. - É certo, porém, que há forte corrente doutrinária que entende que, sendo a imunidade uma limitação constitucional ao poder de tributar, embora o § 7º do artigo 195 só se refira a 'lei' sem qualificá-la como complementar - e o mesmo ocorre quanto ao artigo 150, VI, 'c', da Carta Magna -, essa expressão, ao invés de ser entendida como exceção ao princípio geral que se encontra no artigo 146, II ('Cabe à lei complementar: .... II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar'),

[717] Cf. AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 146 e 145 (na ordem de referência indireta).
[718] IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 5. ed.rev.ampl.atual. Niterói: Impetus, 2005. p. 91.

> deve ser interpretada em conjugação com esse princípio para se exigir lei complementar para o estabelecimento dos requisitos a ser observados pelas entidades em causa. - A essa fundamentação jurídica, em si mesma, não se pode negar relevância, embora, no caso, se acolhida, e, em conseqüência, suspensa provisoriamente a eficácia dos dispositivos impugnados, voltará a vigorar a redação originária do artigo 55 da Lei 8.212/91, que, também por ser lei ordinária, não poderia regular essa limitação constitucional ao poder de tributar, e que, apesar disso, não foi atacada, subsidiariamente, como inconstitucional nesta ação direta, o que levaria ao não-conhecimento desta para se possibilitar que outra pudesse ser proposta sem essa deficiência. - Em se tratando, porém, de pedido de liminar, e sendo igualmente relevante a tese contrária - a de que, no que diz respeito a requisitos a ser observados por entidades para que possam gozar da imunidade, os dispositivos específicos, ao exigirem apenas lei, constituem exceção ao princípio geral -, não me parece que a primeira, no tocante à relevância, se sobreponha à segunda de tal modo que permita a concessão da liminar que não poderia dar-se por não ter sido atacado também o artigo 55 da Lei 8.212/91 que voltaria a vigorar integralmente em sua redação originária, deficiência essa da inicial que levaria, de pronto, ao não-conhecimento da presente ação direta. Entendo que, em casos como o presente, em que há, pelo menos num primeiro exame, equivalência de relevâncias, e em que não se alega contra os dispositivos impugnados apenas inconstitucionalidade formal, mas também inconstitucionalidade material, se deva, nessa fase da tramitação da ação, trancá-la com o seu não-conhecimento, questão cujo exame será remetido para o momento do julgamento final do feito. - Embora relevante a tese de que, não obstante o § 7º do artigo 195 só se refira a 'lei', sendo a imunidade uma limitação constitucional ao poder de tributar, é de se exigir lei complementar para o estabelecimento dos requisitos a ser observados pelas entidades em causa, no caso, porém, dada a relevância das duas teses opostas, e sendo certo que, se concedida a liminar, revigorar-se-ia legislação ordinária anterior que não foi atacada, não deve ser concedida a liminar pleiteada. - É relevante o fundamento da inconstitucionalidade material sustentada nos autos (o de que os dispositivos ora impugnados - o que não poderia ser feito sequer por lei complementar - estabeleceram requisitos que desvirtuam o próprio conceito constitucional de entidade beneficente de assistência social, bem como limitaram a própria extensão da imunidade). Existência, também, do 'periculum in mora'. Referendou-se o despacho que concedeu a liminar para suspender a eficácia dos dispositivos impugnados nesta ação direta[719].

Conseguintemente, há quem aduza que o reconhecimento da imunidade às empresas, no tocante às contribuições dirigidas à Seguridade Social, passou a depender do preenchimento das condições constantes do art. 14, do Código Tributário Nacional, por ter ele natureza de lei complementar[720], embora seja certo que, como a determinação pretoriana de suspensão não alcançou o próprio art. 55, por não estar ele vergastado na inicial da ação direta de inconstitucionalidade, sua redação original voltou a vigorar como se não houvesse sido modificado.

É preciso ressaltar, ainda, em nome da completude – embora, repita-se, não seja uma preocupação do presente exame –, que a imunidade do § 7º, do art. 195, da CF/88, não se

[719] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.028/DF. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 11 de novembro de 1999. Relator Ministro Moreira Alves. Diário da Justiça de 16 de junho de 2000. p. 30. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

confunde com a inscrita no art. 150, VI, "c", do Texto Constitucional[721], tendo em conta que, enquanto a primeira refere-se à situação de imunidade em relação a contribuições para a Seguridade Social e alcança apenas entidades de assistência social beneficentes, a segundo fixa a imunidade no que toca aos impostos e abarca entidades de assistência social beneficentes e não-beneficentes, sendo exemplo dessas últimas os grupos que visam ao auxílio mútuo dos associados integrantes de determinada categoria.

Consoante dispunha, originalmente, o art. 18, III e IV, da Lei nº 8.742/93, compete ao CNAS, vinculado ao atual Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (Lei nº 10.869, de 13 de maio de 2004), "fixar normas para a concessão de registro e certificado de fins filantrópicos às entidades privadas prestadoras de serviços e assessoramento de assistência social", bem como "conceder atestado de registro e certificado de entidades de fins filantrópicos, na forma do regulamento a ser fixado"[722]. Sublinhe-se que a regra referida também restou parcialmente modificada pela Medida Provisória nº 2.187-13/2001, para fazer constar a forma de entidade beneficente de assistência social, em substituição à de fins filantrópicos, de modo que cabe ao CNAS estabelecer a regulamentação de concessão do registro e do certificado de entidade beneficente de assistência social – chamado simplesmente CEBAS –, procedendo à concessão, em havendo o cumprimento dos requisitos legais. De se acrescer que a lei em comento condiciona o encaminhamento do requerimento da certificação à prévia inscrição da instituição em Conselho Municipal de Assistência Social ou no Conselho de Assistência Social do Distrito Federal (segundo § 3º, do art. 9º, da Lei nº 8.742/93, acrescentado pela multireferida Medida Provisória nº 2.187-13/2001). Das decisões finais do CNAS, sobre a concessão ou a renovação do certificado em tela, cabe, considerados os princípios constitucionais e as regras gerais da Lei do Processo Administrativo (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1994), recurso ao Ministro de Estado da Previdência Social, interponível, dentro de um mês, a partir da data da publicação da decisão

---

[720] Cf. IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 5. ed.rev.ampl.atual. Niterói: Impetus, 2005. p. 91.

[721] Segundo a regra em questão, tem-se que, "sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, a Distrito Federal e aos Municípios" instituir impostos sobre "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" (BRASIL. Constituição Federal de 1988. In: MANNRICH, Nelson (org.). **Consolidação das Leis do Trabalho, Código de Processo Civil, legislação trabalhista e processual trabalhista, legislação previdenciária e Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 104). Para constar, sobre o tema, v. DELGADO, José Augusto. Reflexões sobre o sistema tributário aplicado ao terceiro setor. **Revista Fórum de Direito Tributário**, n. 17, set./out., 2005. p. 09-38.

[722] BRASIL. Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993. In: MANNRICH, Nelson (org.). **CLT, legislação trabalhista e previdenciária e Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1123.

correspondente, pela entidade interessada, pelo INSS ou pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, tudo nos moldes definidos pela Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003.

O **certificado de entidade de fins filantrópicos** (ora denominado, em função da Medida Provisória nº 2.187-13/2001, **certificado de entidade beneficente de assistência social**) será obtido através do cumprimento das determinações constantes do Decreto nº 2.536, de 06.04.1998, alterado pelo Decreto nº 3.504, de 13.06.2000, e da Resolução CNAS nº 177, de 10.08.2000. Inicialmente, é de se notar que apenas fazem jus ao certificado, que é válido por três anos e renovável, as entidades beneficentes de assistência social, assim compreendidas as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que se dediquem a: "proteger a família, a maternidade, a infância, a adolescência e a velhice; amparar crianças e adolescentes carentes; promover ações de prevenção, habilitação e reabilitação de pessoas portadoras de deficiência; promover, gratuitamente, assistência educacional e de saúde; promover a integração no mercado de trabalho" (art. 2º, do Decreto nº 2.536/98[723]), bem como a "promover o atendimento e o assessoramento aos beneficiários da Lei Orgânica de Assistência Social e a defesa e garantia de seus direitos" (art. 2º, VI, da Resolução nº 177/2000[724]).

Tais entidades deverão demonstrar, em suma, para fazer jus ao CEBAS, cumulativamente (a teor do art. 3º, inclusive do seu § 4º, do Decreto nº 2.536/98, com a redação modificadora do Decreto nº 4.327, de 08 de agosto de 2002, e do Decreto nº 4.499, de 04 de dezembro de 2002): que, nos três anos imediatamente anteriores ao requerimento, estão legalmente constituídas no País e em efetivo funcionamento; que estão previamente inscritas no Conselho Municipal de Assistência Social do município de sua sede, se houver, ou no Conselho Estadual de Assistência Social, ou no Conselho de Assistência Social do Distrito Federal; que estão previamente inscritas no CNAS; que aplicam suas rendas, recursos e resultados operacionais eventuais integralmente no território nacional e na manutenção e desenvolvimento dos objetivos institucionais; que aplicam as subvenções e doações recebidas nas finalidades a que estejam vinculadas; que aplicam, anualmente, em gratuidade, pelo menos 20% (vinte por cento) da receita bruta proveniente da venda de serviços, acrescida da receita decorrente de aplicações financeiras, de locação de bens, de venda de bens não integrantes do ativo imobilizado e de doações particulares, cujo montante nunca será inferior

[723] BRASIL. Decreto nº 2.536, de 06 de abril de 1998. In: SZAZI, Eduardo. **Terceiro setor**: regulação no Brasil. 2. ed. São Paulo: Peirópolis, 2001. p. 230.

à isenção de contribuições sociais usufruída (para as instituições de saúde, a regra é que ofertem a prestação de seus serviços ao Sistema Único de Saúde no percentual mínimo de 60% (sessenta por cento), comprovando anualmente o mesmo percentual em internações realizadas ou ser definido ministerialmente como "hospital estratégico"); que não distribuem resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, sob nenhuma forma ou pretexto; que não remuneram ou concedem vantagens a seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, em razão das suas atividades; que destinam, em seus atos constitutivos, em caso de dissolução ou extinção, o eventual patrimônio remanescente a entidades congêneres registradas no CNAS ou a entidade pública; que não constituem patrimônio de indivíduo ou de sociedade sem caráter beneficente de assistência social; que sejam declaradas de utilidade pública. Depreende-se do enumerado que a obtenção do certificado pressupõe a anterior aquisição do registro no CNAS, nos moldes do determinado na Resolução CNAS nº 31, de 24.02.1999, alterada pela Resolução CNAS nº 03, que remonta a 2001.

Por fim, frise-se que o CEBAS será mantido enquanto atendidas as exigências legais, o que pressupõe intensa fiscalização por parte do certificador, para evitar irregularidades, que desfavorecem a coletividade duplamente, considerados, em simultaneidade, o não cumprimento da finalidade de amparo aos que carecem e o não recolhimento tributário, em caso de ter sido deferida a imunidade.

### 2.3. Os serviços sociais autônomos.

Afora essas experiências, reputa-se que a grande inspiração para as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público foram os **serviços sociais autônomos**[725], assim compreendidas as pessoas jurídicas de direito privado (fundações ou associações), sem intuito lucrativo, que, situando-se ao lado do Estado, com ele cooperam, na execução de interesses públicos. São tipificados como entidades paraestatais. Hely Lopes MEIRELLES os define como "todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos

---

[724] BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. Resolução CNAS nº 177, de 10 de agosto de 2000. In: SZAZI, Eduardo. **Terceiro setor**: regulação no Brasil. 2. ed. São Paulo: Peirópolis, 2001. p. 285.

[725] Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 219.

profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais"[726]. No Decreto-Lei nº 200, de 29 de setembro de 1967, estabelece, com efeitos conceituais, que "as entidades e organizações em geral, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, que recebem contribuições parafiscais e prestem serviços de interesse público ou social, estão sujeitas à fiscalização do Estado em termos e condições estabelecidos na legislação pertinente a cada uma" (art. 183)[727]. Deles são exemplos as entidades componentes do "Sistema S" (SENAI, SENAC, SESC, SESI, SEBRAE, SENAT). O que vai distinguir os serviços sociais autônomos das organizações sociais é, segundo Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, a prestação ou não de serviço público:

> Comparando essas entidades [serviços sociais autônomos] com as organizações sociais, verifica-se que, naquelas, o Estado não abriu mão da execução de serviço público que a lei lhe atribuiu, nem extinguiu qualquer de seus órgãos ou entidades. O Estado manteve intactas suas atividades e entidades e apenas **fomentou, ajudou, subsidiou** a iniciativa privada na instituição de entidades que iriam exercer serviços de interesse público (**não serviço público**), instituindo, para esse fim, contribuição parafiscal para ajudá-las em sua atividade. No caso das organizações sociais, o Estado está delegando uma atividade sua, deixando de exercê-la; está extinguindo uma entidade pública para, em seu lugar, deixar nascer uma entidade privada.
> No caso dos serviços sociais autônomos, surge uma entidade paraestatal, que vai funcionar paralelamente ao Estado; no caso das organizações sociais, há uma substituição de uma entidade pública, que vai desaparecer, por uma entidade privada (dita "**pública não estatal**").
> Os serviços sociais autônomos exercem atividades sociais não exclusivas do Estado, porém em colaboração com o poder público e sem perder, o serviço, a natureza de atividade privada de interesse público[728].

Outra fonte de aproximação apontada é o **Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais**, instituição criada pela Lei nº 8.246, de 22.10.1991, em substituição à Fundação das Pioneiras Sociais, extinta na mesma oportunidade. Cuida-se de pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, reputada de interesse coletivo e de utilidade pública, que se destina a "prestar assistência médica qualificada e gratuita a todos os níveis da população e de desenvolver atividades educacionais e de pesquisa no campo da saúde em cooperação com o Poder Público" (art. 1º, da Lei nº 8.246/91 e do Decreto nº 371/91[729]), cuja

---

[726] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo *et al*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 353-354. Sobre a natureza das contribuições, cf. BASTOS, Celso Ribeiro; CARVALHOSA, Modesto. **As prestadoras de serviços e a contribuição devida ao SESC**: uma questão jurídica e de responsabilidade social. São Paulo: Códex, 2003.

[727] BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 29 de setembro de 1967. In: MEDAUAR, Odete (org.). **Coletânea de legislação administrative e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 918.

[728] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública***:* concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 221-222. Negritos que estão no original.

[729] BRASIL. Lei nº 8.246, de 22 de outubro de 1991. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006 e BRASIL. Decreto nº 371, de 20 de dezembro de 1991. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 1991.

gerência é supervisionado pelo Ministério da Saúde, através de contrato de gestão (instrumento de definição de balizas) firmado entre ela e a União.

Acerca da natureza da entidade, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO entende que ela não poderia ser corretamente enquandrada como um serviço social autônomo, avizinhando-se mais do modelo de organização social que se pretendeu adotar atualmente. Mais que isso, destaca que a Associação das Pioneiras Sociais - APS não possui um patrimônio ou recursos próprios, vivendo unicamente de dotações orçamentárias da União, administra bens e dinheiro públicos, bem como que apresenta outras características que a identificariam como pessoa integrante da administração pública indireta. Expõe que, como o Estado não teria pretendido atribuir à APS a condição de componente da administração pública indireta, e não sendo ela propriamente serviço social autônomo, a entidade estaria, em conseqüência, numa situação irregular, representando forma deplorável de parceria, concebida unicamente para garantir a não incidência das normas do regime jurídico de direito público[730]. Também cotejando as entidades do Sistema "S" com a APS, Fernando Facury SCAFF acentua que a diferença entre os dois seria palpável, tendo em conta que, nos serviços sociais autônomos, a autonomia seria muito mais acentuada, dado que "seus recursos têm origem distinta da orçamentária", enquanto que, nas Pioneiras Sociais, existiria "tão-somente um rótulo de Serviço Social Autônomo, mas nenhuma autonomia frente ao orçamento público", "uma contrafação, um simulacro de descentralização"[731].

O Tribunal de Contas da União, entretanto, no exercício de sua competência própria[732], já se manifestou no sentido de que a Associação das Pioneiras Sociais teria a natureza de serviço social autônomo[733]. Disse mais que "o regime do contrato de gestão instaurado pela Lei nº 8.246/91 visou, em primeiro lugar, a restabelecer amplitude mais razoável de liberdade administrativa para o responsável gerir os recursos públicos que lhe são confiados, para que possa executar as atividades que deverão ser desenvolvidas, com vistas a atingir os objetivos de interesse coletivo, fixados na programação submetida à aprovação dos ministérios competentes, juntamente com o plano orçamentário"[734]. Na decisão TCU nº

---

[730] Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública***:* concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 223-224.
[731] SCAFF, Fernando Facury. Contrato de gestão, serviços sociais autônomos e intervenção do Estado. **Revista de Direito Administrativo**, n. 225, jul./set., 2001. p. 286-287.
[732] V. SOUSA, Alfredo José *et al*. **O novo Tribunal de Contas**: órgão protetor dos direitos fundamentais. 2. ed. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
[733] Cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 66/2000. Processo nº 014.877/1999-6. Brasília, DF, 09 de fevereiro de 2000. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.
[734] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 112/1995. Processo nº 014.236/94-0. Brasília, DF, 06 de setembro de 1995. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

24/1993, fez-se referência à Exposição de Motivos nº 57/GM, de 28.05.1991, firmada pelo Ministro da Saúde, relativa à Lei nº 8.246/91, da qual importa transcrever o seguinte trecho, porquanto revela as razões governamentais para a criação da entidade e a definição do contrato de gestão como mecanismo de acompanhamento governamental quanto às suas atividades:

> Excelentíssimo Senhor Presidente da República,
> O Hospital Sarah Kubitschek, da Fundação das Pioneiras Sociais, é uma das poucas instituições governamentais que escapou do processo de decadência da rede pública de assistência médica. Como fundação instituída em virtude de lei, a entidade sempre operou com recursos do Orçamento da União, única forma de atender gratuitamente à população, sem distinções.
> Entretanto, como a Constituição de 1988 caracterizou tais instituições como "fundações públicas" e a elas estendeu o "regime jurídico único" em matéria de pessoal, os hospitais da Fundação das Pioneiras se transformarão em repartições públicas.
> A aplicação desse modelo de organização ao setor de saúde não se pode fazer de maneira indistintamente generalizada.
> [...]
> Os administradores dos hospitais, além disso, devem ter segurança na continuidade dos planos e programas de atividades e autonomia para executá-los. Para isso, o processo de escolha dos dirigentes das instituições gestoras dos hospitais deve ser defendido de ingerências externas.
> Esses pressupostos, que vigoravam até agora na Fundação das Pioneiras Sociais, desaparecerão com a adoção do regime jurídico único e a conseqüente degradação dos seus atuais padrões de assistência.
> Para evitar esse desastre, "é preciso manter o regime de entidade privada na administração dos hospitais da Fundação das Pioneiras Sociais". Para isso propomos a Vossa Excelência implantar e testar, nesse conjunto hospitalar, um novo modelo de organização que, ao preservar o seu alto padrão de serviços, criará um instrumento renovador da ação do Estado no setor de saúde.
> Esse modelo se baseia no contrato de gestão, a ser firmado pelo Ministério da Saúde com entidades privadas sem fins lucrativos, para que essas entidades administrem os hospitais públicos segundo planos, diretrizes e objetivos pré-estabelecidos. Os planos serão custeados com recursos governamentais, e fiscalizados pelo Tribunal de Contas da União. A Secretaria de Administração Federal definirá os termos do contrato, assegurando liberdade administrativaàs entidades privadas contratadas, caracterizadas juridicamente como serviços sociais autônomos, de direito privado.
> Para implementar esse novo modelo, é necessário extinguir a Fundação das Pioneiras Sociais e adotar disposições de acordo com o acima descrito, cuja implementação seria conduzida pelos integrantes do atual Conselho Comunitário da Fundação [...], que passariam a compor o Conselho de Administração da nova Associação [...][735].

Interpretando a Exposição de Motivos, para fins de esclarecimento acerca do disciplinamento a ser dado aos procedimentos licitatórios da Associação das Pioneiras Sociais – se estariam ou não submetidos aos arts. 85 e 86, do Decreto-lei nº 2.300/86 –, o TCU, no Processo nº 010.982/92-2, em que foi relator o Ministro Luciano Brandão Alves de SOUZA, manifestou-se contrariamente às conclusões da Unidade Técnica e do Ministério Público, que

entendiam pela submissão dos serviços sociais autônomos, inclusive da APS, às normas de administração financeira da Administração Pública, nos seguintes termos:

> À vista dessas justificativas, parece-nos lícito inferir que, ao propor a criação da APS, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, de interesse coletivo e de utilidade pública, a intenção do Governo Federal, homologada pelo Congresso Nacional, foi, principalmente, conferir à entidade natureza jurídica que lhe permitisse atuar sem a incidência de preceitos incompatíveis ou de aplicação desaconselhável em instituições com essas características e finalidades.
> Buscou-se, sem dúvida, o equilíbrio ideal entre a autonomia da entidade – imprecindível para garantir-lhe a mobilidade que inspirou sua criação – e os controles mantidos pelo Poder Oficial, visando assegurar o cumprimento dso fins públicos, de natureza médico-hospitalar, que presidem a existência da organização.
> Não podemos desconhecer que a flexibilidade gerencial é inerente ao modelo organizacional previsto na Lei nº 8.246/91, cuja formulação se baseia no contrato de gestão. Sua implementação pressupõe o cumprimento, pela APS, de objetivos previamente definidos em plano operacional elaborado em consonância com o estabelecido na Lei nº 8.080/90, que regulamentou as ações e serviços de saúde em todo o território nacional e instituiu o Sistema Único de Saúde, nos termos dos arts. 197 e 198 da Constituição Federal.
> Inegavelmente, eventuais barreiras ou exigências burocráticas, quando não situadas em grau razoável e indispensável, poderão prejudicar ou inviabilizar os resultados perseguidos com o inovador método institucional criado à vista da importante função governamental de prestar assistência médico-hospitalar quanlificada e gratuita a todos os níveis da população.
> [...]
> Todo esse modelo característico da Associação das Pioneiras Sociais parece-nos plenamente compatível com a sua atual situação jurídica. Trata-se de entidade autônoma que atende ao processo de descentralização por cooperação. É diferente, portanto, das pessoas administrativas resultantes do processo de descentralização institucional, e que compõem a Administração Indireta.
> [...]
> Temos para nós que a Associação das Pioneiras Sociais não é destinatária das regras impostas pelo art. 86 do Decreto-lei nº 2.300/86. Salvo quanto aos princípios básicos expressamente anunciados no art. 3º do citado Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos, a teor das normas específicas contidas na Lei nº 8.246/91 (art. 3º - XV) e na regulamentação objeto do Decreto nº 371/91 (art. 11)[736].

Pronunciando-se sobre o voto do Relator, o Ministro Presidente Carlos Átila Alves da SILVA assim se expressou:

> A formulação a que confere a esse contrato de gestão abre um campo excepcional. É diferente desses contratos de gestão que estão sendo assinados, por decisão do Poder Executivo, com empresas estatais e sociedades de economia mista [refere-se aos contratos de gestão firmados com supedâneo no Decreto nº 137, de 27.05.91], porque me parece que nesses casos continua prevalecendo a íntegra do Decreto-lei nº 2.300, vez que não se altera por Decreto o regime inscrito em lei e essas entidades continuam integrando a administração indireta, se estendendo, portanto, a elas todo o complexo normativo previsto para os quatro gêneros de entidades da administração indireta especificados no art. 4º do Dec.-Lei 200. Já o caso desses

[735] Colhida em BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 24/1993. Processo nº 010.982/92-2. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 93. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.
[736] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 010.982/92-2. Brasília, DF. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

> entes de cooperação – como os tratadistas os classificam, citados pelo Ministro-Relator – o caso dessas entidades é diferente porque a elas se estendem o normativo mais genérico. De forma que é uma colocação extremamente feliz diferi-las exclusivamente ao art. 3º do Decreto-lei 2.300. Não só o Dec.-Lei 2.300 como a própria Constituição subordina todos os atos administrativos de entidades governamentais ou paraestatais ao princípio da publicidade, moralidade, etc, que são incorporados ao Decreto-lei 2.300, art. 3º, de forma que, realmente, eu creio que estabelece uma linha muito original e muito importante para que esse contrato de gestão possa prosperar[737].

A idéia, por conseguinte, que norteou a instituição da APS foi a de garantir maior liberdade à entidade, no sentido de desobrigá-la de certas exigências normativas impostas às instituições dedicadas ao exercício de serviços de interesse geral da coletividade. Compreendeu-se que a manutenção de certos procedimentos burocráticos constituiria um empeço ou um complicador para a adequada prestação de certas atividades de fins públicos, de modo que se imporia a flexibilização de gerenciamento das instituições em comento. O germe das organizações sociais, então já implantado, se desenvolvia.

Celso Antônio Bandeira de MELLO historia que a primeira menção ao termo organizações sociais se deu com o Decreto nº 2.172, de 05.03.1997, segundo o qual o INSS poderia firmar convênios, acordos ou contratos com organizações sociais. Através da MP nº 1.591, de 09.10.1997, regulou-se a matéria, sendo ela reeditada várias vezes, posteriormente substituída pela MP nº 1.648-6, de 24.03.1998, até ser convertida na Lei nº 9.637, de 15.05.1998. Antes, contudo, em 10.10.1997, foi editado o Decreto nº 2.344, que instituiu o processo de inventário de entidades estatais em extinção a serem transformadas em organizações sociais[738]. Esse apanhado concerne ao âmbito legislativo. Em sede de Executivo, entretanto, as organizações sociais foram mencionadas, em meados de 1995, com o lançamento do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, no qual elas foram definidas como "entidades de direito privado que, por iniciativa do Poder Executivo, obtêm autorização legislativa para celebrar contrato de gestão com esse poder, e assim ter direito à dotação orçamentária"[739].

---

[737] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 010.982/92-2. Brasília, DF. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

[738] Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 11. ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 154-155.

[739] Trecho do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, transcrito em DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública***:* concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 212.

# PARTE TERCEIRA: O terceiro setor normativo brasileiro.

"O espetáculo público armado em torno do Estado, feito de corrupção e impunidade, inoperância e irracionalidade das burocracias estatais, parece fornecer as provas de verdade de um discurso que prega o mercado como paradigma de modernidade e elide a questão da responsabilidade pública, essa noção que nunca teve lugar na cultura política deste país. O assim chamado discurso neoliberal tenta aqui a espantosa façanha de conferir título de modernidade ao que há de mais atrasado na sociedade brasileira, um privativismo selvagem que faz do interesse privado a medida de todas as coisas, que nega a alteridade e obstrui por isso mesmo a dimensão ética da vida social pela recusa de um sentido de responsabilidade e obrigação social".

(TELLES, Vera da Silva. Sociedade civil e construção de espaços públicos. In. DAGNINO, Evelina (org.). **Anos 90**: política e sociedade no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 97)

# Capítulo 1. As organizações sociais.

> "El impulso a una política de democratización y contención del autoritarismo puede realizarse en dos ámbitos diferentes, *combinando entrelazadamente* dos prácticas: de un lado, en el ámbito tradicional, estatal e institucional; de otro, en el ámbito político *no estatal de actividad social* realizada por agentes voluntarios organizados./[...]/El problema de la perduración de las relaciones democráticas entre las gentes aparece hoy ligado a la formación de una esfera pública *dual* [...]" (CAPELLA, Juan Ramón. **Los ciudanos siervos**. 3. ed. rev. Madrid: Trotta, 2005. p. 109 e 146).

## 1.1. Legislação de regência. A Lei nº 9.637, de 15.05.1998.

A possibilidade de qualificação de entidades como Organização Social – OS – reputada, no âmbito governamental, "estratégia central do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado"[740] –, na esfera federal, foi instituída através da Lei nº 9.637, de 15.05.1998 (derivada de medidas provisórios anteriormente editadas, sendo a primeira a MP nº 1.591, de 09.10.97), que, simultaneamente, autorizou a criação, pelo Poder Executivo, via decreto, do Programa Nacional de Publicização – PNP e dispôs sobre a extinção de órgãos e entidades públicas, existentes no âmbito do Estado, com a assimilação de suas atividades pelas organizações sociais.

O mencionado PNP corresponde, num primeiro momento, ao conjunto de medidas a serem adotadas com vistas à transmissão e ao espargimento dos serviços públicos não exclusivos de Estado, às instituições privadas reconhecidas como mais capacitadas a desenvolvê-los, desobrigando-se o Estado de exercê-los diretamente. Segundo os ditames da lei, o PNP concerne ao estabelecimento de "diretrizes e critérios para a qualificação das organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas áreas referidas no art. 1º[741], por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes: I – ênfase no atendimento ao cidadão-cliente; II – ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados; III – controle social das ações de forma transparente" (art. 20)[742].

---

[740] BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado. Secretaria da Reforma do Estado. **Organizações sociais**. 5. ed. Brasília: MARE, 1998. p. 07. (Cadernos MARE da reforma do Estado, 2).

[741] Quais sejam: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

[742] BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. In: MEDAUAR, Odete (org.). **Coletânea de legislação administrative e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 832.

Iniciando, de logo, o programa de publicização dos serviços sociais, a Lei nº 9.637/98 (arts. 21 e 22) determinou a extinção do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron (integrante da estrutura do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ) e da Fundação Roquete Pinto (vinculada à Presidência da República). Em decorrência da extinção, o Poder Executivo foi autorizado a qualificar como organizações sociais as recém-nascidas, em evidente substituição, Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncrotron – ABTLuS e Associação de Comunicação Educativa Roquete Pinto – ACERP, bem como a permitir a incorporação das atividades de incumbência das entidades extintas pelas novas pessoas de direito privado prestadoras dos correlatos serviços sociais. De se ressaltar, outrossim, os efeitos decorrentes da extinção dos órgãos ou entidades públicos apontados, com a conseqüente assimilação das suas atividades pelas pessoas privadas, qualificadas de organização social. Nesse sentido, autorizou a lei que os servidores das entidades extintas, integrantes, em virtude da extinção, de quadros em extinção em outros órgãos ou entidades, fossem cedidos, com encargo para a origem, às organizações sociais, bem como que parcela dos recursos orçamentários, destinados aos órgãos ou entidades extintos, fosse reprogramada para o fomento das atividades sociais, "assegurada a liberação periódica do respectivo desembolso financeiro para a organização social" (parte final, do inciso IV, do art. 22)[743]. Mais que isso, a lei anuiu que a essa parcela fossem adicionados mais recursos "decorrentes da economia de despesa incorrida pela União com os cargos e funções comissionados existentes nas unidades extintas" (§ 2º, do art. 22)[744]. Houve, por assim dizer, um remanejamento: as atribuições, assim como os bens, recursos e servidores das entidades públicas estatais que desapareceram foram repassados às pessoas jurídicas de direito privado criadas com essa finalidade específica de permutação.

Destaque-se, em complementação, que o Governo Federal não parou seu programa de publicização nesse ponto, prosseguindo com a qualificação como organização social da Associação Instituto Nacional de Matemática Pura e Aplicada – IMPA, criada em substituição do Instituto Nacional de Matemática Pura e Aplicada (Decretos nºs 3.605, de 20.09.2000, e 3.703, de 27.12.2000), tendo também outorgado esse título à Associação Brasileira para o Uso Sustentável da Biodiversidade da Amazônia (Decreto sem número, de 18.03.99), ao Instituto de Desenvolvimento Sustentável de Mamirauá (Decreto sem número,

[743] BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. In: MEDAUAR, Odete (org.). **Coletânea de legislação administrative e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 833.
[744] BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. In: MEDAUAR, Odete (org.). **Coletânea de legislação administrative e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 833.

de 04.06.99), esse último com o objetivo de dar continuidade aos empreendimentos já iniciados pelo Projeto Mamirauá, dentre outros.

Analisando-se o mencionado art. 20, da Lei nº 9.637/98 (associado às regras específicas dispostas nos arts. 21 e 22, do mesmo diploma legal), infere-se o caráter marcadamente artificial com que se assinalaram as organizações sociais. Nascem elas como designativos de pessoas jurídicas de direito privado, instituídas com feição nitidamente substitutiva de órgãos ou entidades de direito público, cujas atribuições devem ser incorporadas pelos novos agentes privados, através da celebração de contratos de gestão. Negou-se, por assim dizer, às organizações sociais, a espontaneidade de atuação da sociedade civil, elemento que está na base teórica das noções de parceria entre público e privado e de Estado subsidiário. De certo modo, o que se tem, segundo o sistema instituído por lei, é mecanismo voltado à permutação de entidades públicas por pessoas jurídicas de direito privado, sendo que essas – com criação compelida, irresistivelmente, pelo Estado – exercitarão as mesmas atividades anteriormente atribuídas àquelas, através de servidores e bens públicos e da utilização de recursos orçamentários, não estando, contudo, diferentemente do que ocorria com as primeiras, submetidas aos rigores das normas de direito público. Cuida-se de desvirtuamento gritante em relação às finalidades que se atribuem às organizações sociais, como entidades do terceiro setor. Acerca do processo de constituição das organizações sociais – e demonstrando o artificialismo das OSs – expõe Maria Inês BARRETO:

> Em linhas gerais, o processo de constituição de organizações sociais envolve sete etapas, a saber:
>
> - a decisão do governo;
> - a criação da entidade pública não-estatal;
> - a proposta de publicização;
> - a aprovação legal;
> - o inventário simplificado;
> - a implementação do contrato de gestão;
> - a gestão do contrato de gestão e
> - a gestão das organizações sociais.
>
> Por iniciativa do Ministério interessado, este e o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – Mare propõem a publicização de atividade desempenhada por entidade estatal vinculada ao primeiro e, para essa finalidade, assinam protocolo de intenções, definem e instituem equipe para induzir o processo e aprovam o plano de trabalho.
> A entidade estatal proponente do protocolo é incumbida de constituir nova entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado sem fins lucrativos [para a constituição é necessário: aprovação e registro do estatuto, instalação do conselho de deliberação superior e eleição da diretoria]. A questão crucial, nesse momento, reside na definição da composição e das atribuições de seu órgão de deliberação

> superior – com representantes do poder público e da sociedade –, que deterá exclusivamente o poder decisório da organização social assim constituída.
> As etapas de publicização e aprovação legal consistem na elaboração e encaminhamento da proposta de publicização às instâncias de aprovação, quais sejam o Congresso Nacional e a Presidência da República. Nesse processo, o mais importante reside na negociação política dessa proposta no âmbito do Congresso.
> Uma vez sancionada e publicada a lei, o presidente da República baixa decreto qualificando a entidade como organização social, determinando a realização de inventário simplificado e nomeando o inventariante. Além disso, abre créditos orçamentários destinados a viabilizar o funcionamento da nova organização. O processo de inventário simplificado resulta na transferência dos recursos orçamentários, humanos e patrimoniais da entidade estatal para o ministério supervisor, que deverá repassá-los à nova organização social. É interessante notar que, diferentemente dos casos de inventário tradicional, nesse processo simplificado as atividades são transferidas antes do encerramento da entidade estatal, logo após o arrolamento de contratos, bem e pessoal[745].

Particularmente relevantes, nessa direção, são as constatações de FERREIRA, importância que justifica a transcrição mais extensa:

> Temos nas mãos exemplar da Ata de Constituição e do Estatuto da citada ACERP [ASSOCIAÇÃO DE COMUNICAÇÃO EDUCATIVA ROQUETTE PINTO].
> Com efeito, essa constituição teve lugar em **11.08.97** (a edição da primeira MP [das organizações sociais] é de **09.10.97**), na própria sede da Fundação Roquette Pinto, na Rua Gomes Freire, 474, Lapa, no Rio de Janeiro, onde, aliás, a novel Associação tem também seu 'domicílio e sede' (art. 3º do Estatuto; não obstante a minuta de estatuto-padrão proposto pelo MARE, no trabalho antes citado, indique, expressamente, que a sede da entidade a ser qualificada como *OS* deverá ser 'local diferente da sede do órgão estatal a ser extinto').
> Foram *associados fundadores* **o Presidente da Fundação Roquette Pinto; a Diretora de Administração e Finanças dessa fundação pública; seu Diretor Executivo; a Diretora de Tecnologia Educacional da Fundação; e o Diretor de Engenharia.**
> Acrescente-se que também figura na relação constante dos autos do processo de registro o nome da **Coordenadora-Geral da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República**.
> [...]
> É curioso observar que o Estatuto da ACERP já nasce afeiçoado ao conteúdo da futura legislação.
> Destaca-se, por exemplo, a previsão como primeira fonte de recursos financeiros necessários à sua manutenção aqueles 'obtidos por Contrato de Gestão firmado com a UNIÃO por meio da Secretaria de Comunicação Social e da Secretaria Geral da Presidência da República (art. 8º, I); e 'por subvenções sociais que lhe forem transferidas pelo Poder Público' (inciso VII).
> [...]
> O art. 48 do Estatuto, muito antes da existência dessas, já previa a 'desqualificação' da ACERP como *organização social*, que já se considerava como tal, pois que estabelecia que, em caso de sua extinção, o patrimônio associativo seria incorporado ao 'de *outra* Organização Social qualificada no âmbito da União'[746].

---

[745] BARRETO, Maria Inês. As organizações sociais na reforma do Estado brasileiro". In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (org.). **O público não-estatal na reforma do Estado.** Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 123-124.

[746] FERREIRA, Sérgio de Andréa. As organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público: considerações gerais sobre seu regime jurídico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set., 1999. p. 115 (itálicos do original e negritos acrescidos).

As organizações sociais, cujo surgimento decorre de induzimento pelo Estado, em virtude da extinção de entidades públicas e da necessidade de que os serviços até então prestados por essas passem a ser exercitados por outros agentes, convivem, na nova contextura que caracteriza a Administração Pública brasileira, com pessoas jurídicas de direito privado espontaneamente criadas pelos particulares para atender determinadas necessidades de feição pública, socialmente relevantes, em atuação complementar e não supressiva das incumbências do Estado. Esse cotejo traduz as distorções que se percebem no projeto de parceria concebido pelo Estado, rotulado de Programa Nacional de Publicização, em que, à sociedade civil, se confere unicamente (além da atribuição, que se mostra residual ou inconsistente, de co-financiamento) alguns assentos no conselho de administração das organizações sociais, sob o fundamento de que esses postos dão ensanchas ao controle social, no qual têm sido concentradas todas as responsabilidades pelo sucesso do programa.

A despeito dessa marca de origem, nitidamente percebida nas organizações sociais (a de que, por determinação governamental, o Estado extingue uma entidade pública, em exercício no seu seio, e impõe a criação de uma entidade de direito privado, para realizar o que antes era por ele executado), a doutrina parece enxergar – ou, pelo menos, confere tratamento que leva à inferência ora apontada – duas formas possíveis de materialização da qualificação de instituições como organizações sociais. Buscando-se isentar o Estado da prestação de determinados serviços públicos de interesse social (a feição substitutiva mostra-se evidente nos dois casos), a) ou se constitui uma entidade – portanto, sem existência anterior à decisão sobre o afastamento estatal da atividade –, qualificando-a como organização social e tornando-a funcional apenas após o direcionamento de recursos materiais e humanos de origem pública estatal, b) ou se qualifica como organização social uma instituição que preexiste, com patrimônio e pessoal próprios, mas adaptada às exigências da lei de regência, para a assunção dos serviços de interesse social, mediante benefícios estatalmente ofertados, legislativamente chamados de “fomento”. De se dizer que não se mostra crível, diante da literalidade do texto da lei das organizações sociais, interpretação consistente no paralelismo – que seria salutar e que jamais foi vedado pelo ordenamento jurídico nacional – de existência de instituições públicas estatais e privadas (chamadas essas de públicas não-estatais, consoante destacados em outros instantes do presente trabalho), haja vista a constância da expressão “absorção” inscrita no diploma legal; o tipo de auxílio, a ser prestado pelo Estado (que não poderia sustentar a manutenção de organismos de direito público e de direito privado

com dinheiro, bens e servidores públicos, na prestação de idênticas atividades); os escopos que se vislumbra em seu bojo, mormente quando considerados no contexto em que instalada a proposta de sua criação. Nesse sentido, chamam atenção as palavras explicitamente empregadas pelos contrutores da idéia: "o propósito central do Projeto Organizações Sociais é proporcionar um marco institucional de **transição** de atividades para o terceiro setor [...]./São objetivos, relativamente aos serviços não-exclusivos, **transferir** para o setor público não-estatal os serviços não-exclusivos que estejam sendo executados no âmbito estatal [...]"[747]. De todo modo, se fosse possível aproveitar o diploma legal, dever-se-ia partir da consideração de que o Estado não poderia se desimcumbir dos seus deveres constitucionais, repassando-os a instituições privadas, sendo que essas deveriam atuar de forma complementar, ainda que fortemente auxiliadas pelo Estado, através de fomento que deveria ser colocado à disposição de todos os possíveis prestadores, dos quais se selecionaria, para fins de gozo do auxílio, segundo as regras constitucionais de licitação, o que melhor atendesse aos critérios definidos objetivamente pela Administração Pública. Como a interpretação conforme a Constituição – técnica interpretativa específica aplicável à exegese da Carta Magna – não pode ser feita contra texto explícito de lei, vê-se da inviabilidade do aproveitamento mencionado, trazido apenas para completar a argumentação.

Críticas vigorosas e pertinentes têm sido tecidas à Lei nº 9.637/98, cuja constitucionalidade, inclusive, foi contestada através de ações diretas de inconstitucionalidade, ainda não definitivamente apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal (embora o pedido de provimento acautelatório já tenha sido, recentemente (01.08.2007), examinado e decidido). Assevera-se que o Estado está buscando desincumbir-se de seus deveres, constitucionalmente definidos, chegando ao ponto de converter "serviço público" em "atividade privada de interesse público", pela "transmudação" de entidades públicas estatais em pessoas privadas. Contesta-se a alargada discricionariedade atribuída ao Estado na seleção das instituições que gozarão das benesses oriundas da qualificação como organizações sociais, bem como a desconsideração das normas constitucionais e legais com incidência exigida quando se trata de gestão de bens, dinheiro e servidores públicos. Essas questões serão objeto de mais detida análise com o desenvolvimento do estudo. Por enquanto são colocadas como um referencial da análise, de modo que, ao arcabouço teórico apresentado no início do trabalho, se cotejem as práticas adotadas na realidade dos fatos.

---

[747] BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado. Secretaria da Reforma do Estado. **Organizações sociais**. 5. ed. Brasília: MARE, 1998. p. 07 e 11. (Cadernos MARE da reforma do Estado, 2). Com negritos que se acrescentou.

Neste ponto, é mister minudenciar o estado em que se encontram as já referidas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra a lei das organizações sociais (bem como contra o inciso XXIV, do art. 24, da Lei 8.666/93, com a redação dada pelo art. 1º, da Lei 9.648/98), considerando, sobretudo, as recentes mudanças de composição do Pretório Excelso, pela integração de novos Ministros. Como antes se disse, pendentes de julgamento definitivo, mas com o pleito de medida cautelar já debatido e decidido, encontram-se as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1923/DF e nº 1943/DF – essa última estava sobrestada, por decisão de 21 de fevereiro de 2003, até a análise da Medida Cautelar postulada no âmbito da primeira. É certo que a apreciação da Corte Maior já havia se iniciado há algum tempo, bem como é notório que a ADIN nº 1923/DF passou um longo período, aguardando exame pelo Ministro Nelson JOBIM, sendo que, apenas recentemente, retornou ao plenário para a continuidade da votação, mas apenas em relação ao pedido de provimento cautelar, sobre o qual, finalmente, em agosto último, houve pronunciamento do Pleno do STF[748].

O penúltimo informativo divulgado pelo Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, restou posto nos moldes a seguir evidenciados, sendo sua transcrição relevante por trazer a suma do voto proferido pelo Ministro Eros Roberto GRAU (embora, posteriormente, esse Julgador tenha, ressalvado seu entendimento, aderido à conclusão ditada pelo Ministro Gilmar Ferreira MENDES, sendo que esses dois Ministros expressaram exatamente os dois vértices fundamentais em que são opostos os debates sobre as organizações sociais):

> O Tribunal retomou o julgamento de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores – PT e pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT contra a Lei 9.637/98 – que dispõe sobre a qualificação como organizações sociais de pessoas jurídicas de direito privado, a

[748] Crê-se prudente, considerada a natureza de uma tese de doutorado, apontar para o fato de que o projeto que ensejou este trabalho de doutoramento foi apresentado em final de 2003, com ingresso em 2004, antes, por conseguinte, da materialização, até mesmo, de um primeiro sinal sobre a possível posição a ser assumida pelo STF. Mais ainda, é preciso fazer referência à anterior publicação de primeiras conclusões acerca da temática: FERNANDES, Luciana de Medeiros. Subsidiariedade e parceria: o terceiro setor (as organizações da sociedade civil). **Revista da Escola da Magistratura Federal da 5ª Região**, n. 6, Recife, abr., 2004. p. 269-339. Ademais, entende-se que o julgamento da medida cautelar pelo Pretório Excelso não causa prejuízo ao estudo, seja porque a presente investigação não pretende se esgotar num viés restritamente dogmático, fazendo uso da zetética (cf. FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação. 4. ed.rev.ampl. São Paulo: Atlas, 2003. p. 39-51), da abertura a novas discussões e possibilidades interpretativas (como se mostra inerente à ciência), e não do estabelecimento de ponto final e inconcusso sobre a *quaestio*; seja porque o fato de se tratar de uma decisão da mais alta Corte do Judiciário brasileiro, no exercício de sua função precípua, embora repercuta no campo jurídico-decisório do ordenamento nacional como "a solução", não se impõe como a melhor resposta, na esfera científica, que não é acrítica; seja porque, ainda que se considere mínima, existe a possibilidade de mudança de posição, quando do julgamento definitivo das ações diretas de inconstitucionalidade referenciadas, inclusive como restou sugerido pelo Ministro Eros GRAU, quando lavrou o acórdão do *decisum*.

> criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que mencionam, a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências – e, contra o inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, com a redação dada pelo art. 1º da Lei 9.648/98, que autoriza a celebração de contratos de prestação de serviços com organizações sociais, sem licitações – v. Informativos 156 e 421. Em voto vista, o Min. Eros Grau divergiu do relator e deferiu a cautelar para suspender a eficácia do disposto no art. 1º da Lei 9.648/98 e nos artigos 5º, 11 a 15 e 20 da Lei 9.637/98. Inicialmente, não obstante o longo tempo de vigência dos preceitos impugnados, reputou presente o *periculum in mora* e asseverou que os **agentes econômicos privados já estariam autorizados a explorar, em nome próprio, atividades relacionadas às áreas referidas na Lei 9.637/98, independentemente do advento dessa lei, ressaltando que educação e saúde consubstanciam serviço público. Entendeu, entretanto, inexistir razão a justificar a celebração de contrato de gestão com as organizações sociais, bem como a destinação de recursos orçamentários, de bens públicos móveis e imóveis e de cessão especial de servidores, com ônus para a origem, tal como previsto na Lei 9.637/98, tudo em aparente ofensa ao princípio da licitação. Assim, considerou a manifesta inconstitucionalidade do art. 24, XXIV, da Lei 8.666/93, com a redação dada pelo art. 1º da Lei 9.637/98; o art. 5º da Lei 9.637/98, na medida em que coloca sob indefinido e difuso regime de parceria o cumprimento de funções do Estado; o art. 20, que prevê a criação do Programa Nacional de Publicização, o qual consistiria na privatização de funções estatais, sob pena de violação aos arts. 1º, 3º, 215, 218 e 225 da CF. Concluiu, ainda, que os preceitos veiculados pelos arts. 1º a 4º, 7º a 11 e 16 a 19 tornar-se-iam inócuos com a suspensão liminar dos efeitos dos artigos cuja inconstitucionalidade parece irrefutável e que os artigos 21 a 23, estariam, à primeira vista, dotados de efeitos concretos, a inviabilizar a sua apreciação na via eleita**./O Min. Ricardo Lewandowski, tendo em conta que a lei impugnada está em vigor desde maio de 1998, ressaltou que o *periculum in mora* se inverteria e militaria em favor das entidades já constituídas e, por sua vez, deferiu parcialmente a cautelar somente em relação ao art. 1º da Lei 9.637/98 para declarar que, a partir de agora, as organizações sociais instituídas estão obrigadas a licitar quando forem prestar serviços para a Administração Pública. O Min. Joaquim Barbosa acompanhou o voto do Min. Eros Grau, com as achegas do voto do Min Ricardo Lewandowski. Após o voto do Min. Sepúlveda Pertence, que seguia o voto do relator no tocante aos serviços de saúde, o julgamento foi suspenso com o pedido de vista do Min. Gilmar Mendes. Não participam da votação em relação ao art. 1º da Lei 9.637/98 os Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes por sucederem aos Ministros Moreira Alves e Néri da Silveira, que já proferiram votos e, também, não votam os Ministros Cármen Lúcia e Carlos Britto, por sucederem os Ministros Nélson Jobim e Ilmar Galvão[749].

Em 08 de agosto de 2007, divulgou-se o Informativo nº 474, contendo a síntese da conclusão do julgamento da medida cautelar em tela:

> Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, indeferiu medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partidos dos Trabalhadores – PT e pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT contra a Lei 9.637/98 – que dispõe sobre a qualificação como organizações sociais de pessoas jurídicas de direito privado, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e

[749] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo**. Nº 454. Brasília. 1º e 2 fev. 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 mar. 2007). Com negritos inovadores. O cotejo do informativo, que não tem caráter oficial, com os votos proferidos em sessão de julgamento, revela algumas incorreções. É o caso da indicação do art. 1º, da Lei nº 9.637/98, quanto ao voto do Ministro Ricardo LEWANDOWSKY, quando o correto seria a menção ao art. 1º, da Lei nº 9.648/98.

> entidades que mencionam, a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências –, e contra o inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, com a redação dada pelo art. 1º da Lei 9.648/98, que autoriza a celebração de contratos de prestação de serviços com organizações sociais sem licitação – v. Informativos 156, 421 e 454. Entendeu-se inexistir, à primeira vista, incompatibilidade da norma impugnada com a CF. Quanto ao art. 1º da Lei 9.637/98, que autoriza o Poder Executivo a qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, considerou-se que a Constituição Federal não impôs ao Estado o dever de prestar tais atividades por meio de órgãos ou entidades públicas, nem impediu que elas fossem desempenhadas por entidades por ele constituídas para isso, como são as organizações sociais.
>
> **O Min. Gilmar Mendes, em voto-vista, nesta assentada, também indeferindo a liminar, asseverou que a Lei 9.637/98 institui um programa de publicização de atividades e serviços não exclusivos do Estado, transferindo-os para a gestão desburocratizada a cergo de entidades de caráter privado e, portanto, submetendo-os a um regime mais flexível, dinâmico e eficiente. Ressaltou que a busca da eficiência dos resultados, mediante a flexibilização de procedimentos, justifica a implementação de um regime especial, regido por regras que respondem a racionalidades próprias do direito público e do direito privado. Registrou, ademais, que esse modelo de gestão pública tem sido adotado por diversos Estados-membros e que as experiências demonstram que a Reforma da Administração Pública tem avançado de forma promissora**. Acompanharam os fundamentos acrescentados pelo Min. Gilmar Mendes os Ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. **O Min. Eros Grau, tendo em conta a força dos fatos e da realidade trazida no voto do Min. Gilmar Mendes, mas sem aderir às razões de mérito deste, reformulou o voto** proferido na sessão de 2.2.2007. Vencidos o Min. Joaquim Barbosa, que deferia a cautelar para suspender a eficácia dos arts. 5º, 11 a 15 e 20 da Lei 9.637/98, e do inciso XXIV do artigo 24 da Lei 8.666/93, com a redação dada pelo art. 1º da Lei 9.648/98; o Min. Marco Aurélio, que também deferia a cautelar para suspender os efeitos dos artigos 1º, 5º, 11 a 15, 17 e 20 da Lei 9.637/98, bem como do inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, na redação dada pelo art. 1º da Lei 9.648/98; e o Min. Ricardo Lewandowsky, que deferia a cautelar somente com relação ao inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, na redação dada pelo art. 1º da Lei 9.648/98. [...][750]

Impõe-se, como se disse, uma explicação mais detalhada.

Em 24 de junho de 1999, embora tenha sido relatado o feito, o Ministro Ilmar GALVÃO, o Relator original, indicou a necessidade de adiamento do julgamento, com o que se concordou, tendo sido, os autos, então, reapresentados em 05 de agosto de 1999, quando aquele Ministro proclamou seu voto pelo indeferimento do pedido de medida cautelar (a dizer: reputou constitucionais os dispositivos legais guerreados). Entendeu, na ocasião, que "atua o Estado como verdadeiro criador da organização, que nenhum objetivo terá senão servir como agente descentralizador da Administração, com a qual mantém uma relação de dependência constante e efetiva [...]", bem como que "não apenas seu [das organizações sociais] nascimento, repita-se, mas também a sua vida e a sua morte se acham na dependência

da vontade do Estado, ao qual, por óbvio, permanecem íntima e indissoluvelmente ligadas, como os demais entes da Administração Indireta, razão pela qual, nesse ponto, estão submetidas a princípios de direito público"[751].

Entretanto a discussão ainda não havia chegado ao fim, pois, em função do pedido de vista do então Ministro Nelson JOBIM, a ação dormitou de agosto de 1999 a março de 2006, tendo havido uma renovação de pedido de vista em abril de 2004, com respaldo no § 1º, do art. 1º, da Resolução nº 278, de 15.12.2003, do Pretório Excelso. Quase sete anos depois, o Ministro Nelson JOBIM proferiu seu voto, simplesmente acompanhando o Relator, que, na ocasião, não era mais o Ministro Ilmar GALVÃO, sucedido pelo Ministro Carlos BRITTO, sendo que não poderia se manifestar, considerada a anterior posição explicitada pelo Relator originário.

Houve, na seqüência, pedido de vista do Ministro Eros GRAU, o que, conseqüentemente, adiou, mais uma vez, a definição de uma postura sobre a legislação vergastada, que seguia, produzindo seus efeitos. Passado quase um ano, o feito foi levado à mesa, para continuação da votação, pelo Ministro Eros GRAU que, divergindo, posicionou-se – segundo aqui se entende, CORRETAMENTE –, com base, inclusive, na doutrina de Celso Antônio Bandeira de MELLO, pelo deferimento da medida cautelar, para suspender a eficácia do art. 1º, da Lei nº 9.648/98[752] e dos arts. 5º, 11 a 15 e 20, da Lei nº 9.637/98, importando, particularmente, o novo aceno dado em relação a esses últimos, exatamente os que versam sobre o contrato de gestão (conceituado no art. 5º), as formas de fomento às atividades sociais (tratadas nos arts. 11 a 15) e o Programa Nacional de Publicização. O Ministro Eros GRAU observou, em continuação, que os preceitos fixados nos arts. 1º a 4º, 7º a 11 e 16 a 19 tornar-se-iam incapazes de produzir os efeitos pretendidos (em outros termos, a lei, como um todo, estaria inviabilizada, pelas graves inconstitucionalidades visualizadas), com o deferimento da

---

[750] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo**. Nº 474. Brasília. 8 ago. 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 ago. 2007. Com negritos acrescentados.

[751] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 01 de agosto de 2007. Relator Ministro Ilmar Galvão (Carlos Britto). Relator para o acórdão Ministro Eros Grau. Diário da Justiça de 21 de setembro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2007. Impõe-se considerar que, a despeito de o Ministro Ilmar GALVÃO ter declarado a constitucionalidade das normas fustigadas, desconstituiu, com seu voto, a lógica que se procurava imprimir às organizações sociais, à medida que as considerou como entes públicos, com características de entidades da Administração Indireta, submetidos às regras de direito público.

[752] Dispositivo que acrescentou o inciso XXIV, do art. 24, da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, no toante à possibilidade de dispensa de licitação, com a seguinte redação: "para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão" (BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. In: MEDAUAR, Odete (org.). **Coletânea de legislação administrative e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 675).

medida cautelar em relação aos artigos reputados inconstitucionais, e, finalmente, que os arts. 21 a 23 estariam, à primeira vista, dotados de efeitos concretos, a inviabilizar a sua apreciação em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Em sua manifestação, GRAU sintetizou que "essa lei [nº 9.637/98], na crista do chamado *neoliberalismo*, instrumenta a redução do tamanho do Estado, na redefinição do seu papel. O legislador teria sido inspirado por uma 'vontade de reforma do Estado'. Sucede, para azar dos que pretendem substituir o Estado pela sociedade civil [*rectius*, pelo mercado], que essa redução e essa redefinição são incompatíveis com a Constituição do Brasil [...]"[753].

Em continuação do julgamento, o Ministro Ricardo LEWANDOWSKI partiu do pressuposto de que a antiguidade da lei – que, diga-se, é especialmente de responsabilidade do STF, dada a demora no julgamento da ADIN naquele foro – não autorizaria prejudicar as instituições que tivessem se concretizado nos moldes da Lei nº 9.637/98 (inversão do perigo de demora), de modo que votou no sentido de deferir a liminar apenas para suspender a regra do art. 1º, da Lei nº 9.648/98, e apenas com efeitos propectivos (o que pareceria até desnecessário, considerando que, de regra, as decisões em sede de medidas cautelares em ação direta de inconstitucionalidade produzem efeitos apenas *ex nunc*, salvo se o Tribunal explicitar a eficácia retroativa, a teor do art. § 1º, do art. 11, da Lei nº 9.868, de 10.11.99).

O Ministro Joaquim BARBOSA, ouvido depois, seguiu o Ministro Eros GRAU.

Sobre o art. 1º, da Lei nº 9.637/98, é de se mencionar a retificação divulgada pelo STF da última proclamação, em razão do fato de que alguns Ministros, que, hoje, não compõem mais o STF, já tinham proferido voto em relação a ele, o que impede que os sucessores pronunciem novo julgamento. Assim, constou que o Ministro Moreira ALVES acompanhou o Relator – indeferia a liminar – em relação ao art. 1º, da Lei nº 9.637/98, e que os Ministros Sepúlveda PERTENCE e Néri da SILVEIRA acompanharam o Relator – ou seja, também indeferiam o pedido de cautelar –, no tocante ao mesmo dispositivo, mas unicamente quanto aos serviços de saúde. Resumiu-se, então, que os Ministros Joaquim BARBOSA e Gilmar MENDES não poderiam votar, no respeitante, repita-se, ao art. 1º, da Lei nº 9.637/98, pois sucederam os Ministros Moreira ALVES e Néri da SILVEIRA. Ao passo que não poderiam votar sobre qualquer dos dispositivos impugnados os Ministros Cármen Lúcia

[753] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 01 de agosto de 2007. Relator Ministro Ilmar Galvão (Carlos Britto). Relator para o acórdão Ministro Eros Grau. Diário da Justiça de 21 de setembro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2007. Itálicos do original.

ANTUNES e Carlos BRITTO, por sucessores dos Ministros Nelson JOBIM e Ilmar GALVÃO.

Na mesma sessão, o Ministro Sepúlveda PERTENCE completou a sua análise – tendo em conta que já havia fixado posição em relação ao art. 1º, da Lei nº 9.637/98 – seguindo, mais uma vez, o Relator originário.

Pediu vista, então, o Ministro Gilmar MENDES, tendo se manifestado – INCORRETAMENTE, em vista do que se sustenta neste trabalho –, na sessão de 01.08.2007, no sentido da constitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 9.637/98, no que restou seguido pelo Ministro Celso de MELLO. De se dizer que a leitura do voto do Ministro Gilmar MENDES permite identificar, imediatamente, as razões sufragadas pelos idealizadores das organizações sociais, a exemplo de Bresser PEREIRA, as quais esposou.

Diante da impressão causada pelo último voto e a despeito de todos os argumentos deduzidos pelos Ministros Joaquim BARBOSA e Marco AURÉLIO, no momento, o Ministro Eros GRAU terminou por sucumbir ao que considerou como "força dos fatos e da realidade", convertendo-se em Relator para o acórdão, em que pese ter se manifestado também pela preservação das suas primeiras razões de mérito, o que, de certo modo, causou uma significativa decepção naqueles que enxergaram a grande sensibilidade e acuidade da análise por ele inicialmente levada a efeito no processo em tela, assim como que recordavam passagens importantes de suas obras: "seria oportuno e adequado indagar se em tais sociedades, que sobrevivem às custas da *privatização do Estado*, estariam os empresários dispostos a renunciar aos subsídios, para retecer a trama do mercado livre e da livre iniciativa [...]" ou, ainda, "não se perca de vista o fato de que o movimento em prol da desregulação, tal como postulado entre nós – 'menos governo, menos miséria' –, conduz ao enfraquecimento do Estado; mas o Estado, apesar de todos os pesares, é ainda, entre nós, o único defensor do interesse público, não sendo inviável a visualização de momentos de legitimidade, nele, em que venha (o interesse público) a se confundir com o interesse social [...]"[754].

Votaram, finalmente, o Ministro Marco AURÉLIO, aderindo à tese da inconstitucionalidade dos dispositivos guerreados, e os Ministros Cezar PELUSO e Ellen GRACIE, pela constitucionalidade.

Para simplificar, observe-se o seguinte quadro-síntese:

---

[754] GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.p. 100 e 106.

| **Atual composição do STF (ordem de antiguidade)** | **Art. 1º, da Lei nº 9.648/98, que acrescentou o inciso XXIV, do art. 24, da Lei nº 8.666/93** | **Lei nº 9.637/98** |
|---|---|---|
| **Sepúlveda Pertence** | Constitucional | Constitucional |
| **Celso de Mello** | Constitucional | Constitucional |
| **Marco Aurélio** | Inconstitucional | Inconstitucional |
| **Ellen Gracie** | Constitucional | Constitucional |
| **Gilmar Mendes** (sucessor de Néri da Silveira) | Constitucional (voto de Gilmar Mendes) | Constitucional, em relação ao art. 1º, da Lei nº 9.637, apenas quanto aos serviços de saúde (voto de Néri da Silveira) Constitucional quanto aos demais dispositivos (voto de Gilmar Mendes) |
| **Cezar Peluso** | Constitucional | Constitucional |
| **Carlos Britto** (sucessor de Ilmar Galvão – Relator origiário) | Constitucional (voto de Ilmar Galvão) | Constitucional (voto de Ilmar Galvão) |
| **Joaquim Barbosa** (sucessor de Moreira Alves) | Inconstitucional (voto de Joaquim Barbosa) | Constitucional, em relação ao art. 1º, da Lei nº 9.637 (voto de Moreira Alves) Inconstitucional quanto aos demais dispositivos (voto de Joaquim Barbosa) |
| **Eros Grau** | Compreendeu inconstitucional, mas votou pela constitucionalidade | Compreendeu inconstitucional, mas votou pela constitucionalidade |
| **Ricardo Lewandowski** | Inconstitucional (com efeitos prospectivos) | Constitucional |
| **Cármen Lúcia** (sucessora de Nelson Jobim) | Constitucional (voto de Nelson Jobim) | Constitucional (voto de Nelson Jobim) |

A ementa do acórdão restou, então, assim redigida:

> MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1998. QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. INCISO XXIV DO ARTIGO 24 DA LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI Nº 9.648, DE 27 DE MAIO DE 1998. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTS. 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, § 1º E 2º; 129; 169, § 1º; 175, CAPUT; 194; 196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208, § 1º E 2º; 211, § 1º; 213; 215, CAPUT; 216; 218, § 1º, 2º, 3º E 5º; E 225, § 1º, E 209. INDEFERIMENTO DE MEDIDA LIMINAR EM RAZÃO DE DESCARACTERIZAÇÃO DO PERICULUM IN MORA.
>
> 1. Organizações sociais – pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, direcionadas ao exercício de atividades referentes ao ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

> 2. Afastamento, no caso, em sede de medida cautelar, do exame das razões atinentes ao fumus boni juris. O periculum in mora nao resulta caracterizado, seja mercê do transcurso do tempo – os atos normativos impugnados foram publicados em 1998 – seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva.
> 3. Circunstâncias que nao justificariam a concessão do pedido de liminar.
> 4. Medida cautelar indeferida[755].

De pronto, convém, ainda, advertir que a Lei nº 9.637/98 trata das organizações sociais no âmbito federal. Os Estados-membros poderão também, nas esferas de sua competência, instituir organizações sociais. É de se citar o caso do Estado de Pernambuco, que dispôs sobre a qualificação de organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público através da Lei Estadual nº 11.743, de 20.01.2000, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 23.046, de 190.02.2001, com redação bastante similar à ostentada pelos diplomas legais federais, de modo que as considerações que sobre esses serão desenvolvidas, se estendem, sem problemática, ao nível estadual. Dentre as organizações sociais do Estado de Pernambuco, destaca-se, inclusive pelas referências internacionais, a Associação Núcleo de Gestão do Porto Digital – qualificado por meio do Decreto Estadual nº 23.212, de 20.04.2001 –, com atuação da área de tecnologia de informação e comunicação, com vistas ao desenvolvimento da economia digital. As *consideranda* desse decreto salientam a "necessidade de formação de parcerias que possibilitem a interação e cooperação entre universidades, órgãos e entidades públicas e privadas para a estruturação de um ambiente de negócios capaz de criar e consolidar empreedimentos de classe mundial em tecnologia da informação e comunicação"[756]. Ainda como organizações sociais, no Estado de Pernambuco, a Associação Casa do Estudante de Pernambuco, qualificada pelo Decreto nº 23. 211, de 20.04.2001; a Associação Movimagem de Pernambuco, com qualificação pelo Decreto nº 23.212, de 20.04.2001; a Associação Instituto de Tecnologia de Pernambuco – ITEP, que recebeu a titulação através do Decreto nº 26.093, de 03.11.2003; e o Centro de Abastecimento Alimentar de Pernambuco – CEASA/PE, segundo o Decreto nº 26.296, de 08.01.2004. Em 2005, todas essas organizações sociais tinham contrato de gestão firmado com o Estado de Pernambuco, repassando-se a tais entidades R$ 6,5 milhões, tendo sido, o acompanhamento e a avaliação desses vínculos, precários, segundo constatação do Tribunal de Contas do Estado

---

[755] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 01 de agosto de 2007. Relator Ministro Ilmar Galvão (Carlos Britto). Relator para o acórdão Ministro Eros Grau. Diário da Justiça de 21 de setembro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2007. A íntegra das manifestações consta em anexo deste trabalho.

[756] PERNAMBUCO. Decreto Estadual nº 23.212, de 20 de abril de 2001. Disponível em: <www.sare.pe.gov.br/terc_setor2.html>. Acesso em: 10 abr. 2006.

de Pernambuco[757]. Em 2006, mantiveram-se os contratos de gestão referenciados (bem como um controle deficiente), mas o volume de recursos transferidos aumentou, passando à cifra de R$ 7,1 milhões (por força dos ajustes mencionados) e de R$ 9,5 milhões (por prestação de serviços), totalizando, essas despesas, R$16,6 milhões[758].

Também os Estados tem encarado sublevações contra os chamados programas de incentivo às organizações sociais. São, os casos mais conhecidos, apresentados apenas para ilustrar: a ação civil pública manejada frente à Lei nº 7.027/97, do Estado da Bahia, em sede da qual foi, inicialmente, deferida a medida liminar que, "sustando, até final decisão da ação civil pública, o processo de transferência da gestão do Hospital Mário Dourado Sobrinho para o Instituto de Promoção da Saúde e Desenvolvimento Social da Micro-Região de Irecê, bem como ato administrativo que concedeu licença para tratamento de interesses particulares aos servidores nele relacionados, sobrestou, em verdade, os efeitos de contrato de gestão, impugnado sob fundamento de inexistência de prévia licitação pública e ausência de publicação no órgãos da imprensa oficial, contrato esse que constitui o pressuposto de transferência da gestão da unidade hospitalar em causa para a organização social em comento"[759]; e a ação civil pública ajuizada em face da Lei nº 5.217/2003, do Estado de Sergipe, no âmbito da qual foi deferida a liminar postulada, para determinar a suspensão do contrato de gestão celebrado entre o Estado de Sergipe e o Sergipe Parque Tecnológico-Sergipe Tec, com fundamento na ausência de prévio procedimento licitatório para a subscrição do ajuste, bem como na inaplicabilidade da regra do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, porque tal dispositivo seria "específico ao dispensar a licitação somente para os contratos de prestação de serviços públicos com as organizações sociais para as atividades contempladas no contrato de gestão, que não é o caso dos autos, em que não houve licitação para a formalização do contrato de gestão"[760].

---

[757] Cf. PERNAMBUCO. Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. **Parecer prévio sobre as contas do governo estadual**: exercício 2005. Recife. Disponível em: <www.tce.pe.gov.br>. Acesso em: 15 set. 2007.

[758] Cf. PERNAMBUCO. Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. **Parecer prévio sobre as contas do governo estadual**: exercício 2006. Recife. Disponível em: <www.tce.pe.gov.br>. Acesso em: 30 set. 2007.

[759] BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 199901000995849/BA. Segunda Turma, Brasília, DF, 09 de novembro de 1999. Diário da Justiça de 10 de fevereiro de 2000. p. 100. Disponível em: <www.jf.gov.br/juris/resultado.jsp?index=0&1=10&action=simples.jsp &STF=S>. Acesso em: 10 abr. 2006. O processo originário tem o nº 199833000143337, encontrando-se, atualmente, suspenso, por força da decisão exarada nos autos da Reclamação nº 1414, ajuizada perante o STF, nos termos da qual foi determinada a suspensão da tramitação do feito até decisão da medida cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923.

[760] BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quinta Região. Processo originário nº 2005.85.00.002271-0. Aracaju, SE, 15 de junho de 2005. Cópia da decisão nos autos da Suspensão de Liminar nº 3580/SE, Tribunal Pleno, Recife, PE, Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti. Extração de excerto mediante consulta direta

**1.2. Conceito, natureza jurídica e particularidades.**

As organizações sociais são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos (fundações ou associações civis), que se dedicam a atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde (art. 1º, da Lei nº 9.637/98), assim qualificadas pelo Estado, abrindo-se, em função da certificação, a possibilidade de celebração de contrato de gestão, em que ao ente público cabe a condição de financiador e às organizações sociais o dever de alcançar os resultados almejados no prazo estipulado.

*Prima facie*, tal linha conceitual é adequada, no caso de se considerar a preexistência de uma instituição – ou seja, de entidade estruturada e em funcionamento há certo tempo (o suficiente para que seja possível apurar suas seriedade e sustentatibilidade), por verdadeira iniciativa da sociedade civil –, constituída sobre a forma de direito privado, na qual o Estado reconhece características diferenciadas, especialmente de prestabilidade de serviços sociais, ensejando a atribuição de uma titulação específica, que permite, em conseqüência, a formação de vínculo entre esfera estatal e empreendimento privado, com auxílio a esse, destinado por parte daquela, em prol da otimização da capacidade prestacional de serviços de interesse público por parte do ente particular. Essa parece ser a corrente concebida por MODESTO, que conceitua o instituto como "forma de parceria do Estado com as instituições privadas de fins públicos (perspectiva *ex parte principe*) ou, sob outro ângulo, uma forma de participação popular na gestão administrativa (perspectiva *ex patê populi*)"[761].

Essa, contudo, não é a única perspectiva (nem parece a mais exata, a teor da *mens legis*, e mesmo da *mens legislatoris*, e considerada a proposta do Executivo), embora, em ambas as hipóteses que se vislumbra de surgimento de organizações sociais, se enxerge, pelo direcionamento legal, uma compreensão de extinção de prestadores estatais, pela transposição de atividades para a seara privada, conclusão, contudo, que não é pacífica na doutrina, havendo quem admita a corporificação, com base na lei – na verdade, contradizendo-a –, de

---

aos autos, presentemente conservados no Arquivo da Presidência. Acesso em: 10 out. 2005. Já houve sentença nos autos do Processo nº 2005.85.00.002271-0, confirmando a liminar, ou seja, julgando-se parcialmente procedente o pedido, para anular o contrato de gestão e proibir o repasse de verbas públicas federais, o que ensejou a interposição da Apelação Cível nº 388245/SE, que já se encontra no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, mas ainda não foi analisada.

organizações sociais de caráter substitutivo e de feição não-substitutiva (simplesmente complementar). O então Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado conceituava as organizações sociais como "modelo de organização pública não-estatal destinado a absorver atividades publicizáveis mediante qualificação específica" e, sobre a nova funcionalidade do Estado, salientava que ele "continuará a fomentar as atividades publicizadas e exercerá sobre elas um controle estratégico: demandará resultados necessários ao atingimento dos objetivos das políticas públicas. O contrato de gestão é o instrumento que regulará as ações das OS"[762].

De se evidenciar, dessarte, a segunda possibilidade conceitual (a que parece realmente atender aos ditames legais), qual seja, a que fica particularmente demonstrada a partir do art. 21, da Lei nº 9.637/98, emergindo, como organização social, a pessoa jurídica de direito privado, destituída de finalidade lucrativa – portanto, juridicamente, somente pode assumir o corpo de fundação ou associação civil –, criada por iniciativa do Estado (não tem existência anterior, nem é produto da atuação da sociedade civil), com vistas a permitir a supressão de instituição pública por permutação de prestador, e imediatamente, a partir da criação, qualificada, com ajuste, também de imediato e por necessidade, de contrato de gestão, cujos benefícios, de ordem alargada (disponibilização de dinheiro e bens públicos e cessão de servidores públicos), vão tornar possível o próprio funcionamento social. De se citar, mais uma vez, o extinto Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, para que não se diga está-se inventando uma situação:

> Qualificada como Organização Social, a entidade estará habilitada a receber recursos financeiros e a administrar bens e equipamentos do Estado. Em contrapartida, ela se obrigará a celebrar um contrato de gestão, por meio do qual serão acordadas metas de desempenho que assegurem a qualidade e a efetividade dos serviços prestados ao público.
> Na sua implantação e durante o seu pleno funcionamento, o novo modelo poderá ser avaliado com rigor e transparência, porque o Congresso Nacional terá ativa participação em todo o processo. Assim, a qualificação dessas entidades, na maior parte dos casos, deverá ocorrer concomitantemente à extinção de congênere, integrante da Administração Pública. Incumbirá ao Congresso Nacional decidir pela extinção da entidade, sendo que a Organização Social qualificada para absorver suas atividades adotará a denominação e os símbolos da entidade extinta. Além disso, anualmente, as dotações destinadas à execução dos contratos de gestão entre o

---

[761] MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil – as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 9, dez., 2001. p. 06. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 09 fev. 2006 (itálicos do original).

[762] BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado. Secretaria da Reforma do Estado. **Organizações sociais**. 5. ed. Brasília: MARE, 1998. p. 13. (Cadernos MARE da reforma do Estado, 2). Com negritos que se acrescentou.

> Estado e cada instituição deverão estar expressamente previstas na Lei Orçamentária e ser aprovadas pelo Congresso[763].

Como disse o Ministro Ilmar GALVÃO, no voto que proferiu no julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, nascimento, vida e morte das organizações sociais estão no âmbito da decisão estatal.

Maria Coeli Simões PIRES define, com pé nesse segundo viés, a organização social como "pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, constituída como fundação ou associação civil, e qualificada, na forma da lei, pelo Poder Público, para serviços públicos não exclusivos ou de caráter competitivo nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde, em sistema de parceria nos termos de contrato de gestão, de natureza administrativa"[764].

Consignam, os doutrinadores da matéria, que não se está diante de uma nova entidade, mas sim de um título concedido pelo ente estatal como forma de garantir a identificação das instituições que, em razão das atividades que exercitam, devam ser subsidiadas, financiadas ou fomentadas. Segundo, portanto, MODESTO, "a denominação *organização social* é um *enunciado elíptico*"[765].

Com vistas a ressaltar um caráter específico das organizações sociais – a de exercitarem serviços de interesse público (*id est*, de todos, não de poucos), mas segundo um regime precipuamente de direito privado, sem integração à estrutura estatal (não pertencem ao conjunto abarcado pela Administração Direta e Indireta, conclusão da qual, lembre-se, discordou o Ministro Ilmar GALVÃO, quando das discussões sobre a cautelar da ADI) –, a doutrina as denomina de organizações públicas não-estatais ou "organizações de propriedade pública que não pertencem ao Estado"[766]. Os dois últimos dados considerados na caracterização – regime jurídico de direito privado e estraneidade ao Estado –, permitem inferir, numa primeira vista, a liberação das organizações sociais de determinados procedimentos e de certas regras, característicos do regime publicista, próprios do âmbito

---

[763] BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado. Secretaria da Reforma do Estado. **Organizações sociais**. 5. ed. Brasília: MARE, 1998. p. 14. (Cadernos MARE da reforma do Estado, 2).

[764] PIRES, Maria Coeli Simões. Terceiro setor e organizações sociais. **Boletim de Direito Administrativo,** abr., 1999. p. 248.

[765] MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil – as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 9, dez., 2001. p. 06. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 09 fev. 2006 (itálicos do original).

[766] MORALES, Carlos Antonio. Provisão de serviços públicos através de organizações públicas não-estatais: aspectos gerais. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (org.). **O público não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 64. V. também QUELHAS, Ana Paula Santos. **A refundação do papel do Estado nas políticas sociais**. Coimbra: Almedina, 2001.

estatal, associados, na visão reformadora, à má prestação dos serviços, por torná-los, segundo se diz, de realização mais demorada, de pouca qualidade e de restrito alcance. A preferência pelas práticas do setor privado permitiria, então, "a contratação de pessoal nas condições de mercado [dispensa do concurso público]; a adoção de normas próprias para compras e contratos [não vinculação à Lei nº 8.666/93]; e ampla flexibilidade na execução do seu orçamento [não sujeição às regras de execução orçamentária, financeira e contábil governamentais]"[767].

Entretanto, a confusão causada pela lei em comento é tanta[768] – invocada para um contexto de ascendência da sociedade civil, mas estabelecendo vínculos estreitos entre a pessoa jurídica de direito privado e o Estado (como prestante, consoante antes se realçou), a ponto de decorrer, aquela, de induzimento desse, e prevendo forma de "fomento" que vai além do sentido jurídico do termo –, que a doutrina tem reagido – mesmo quando não tem intenção desconstrucionista do modelo em si –, falando de delegação atípica de serviços públicos sociais (a despeito de, tecnicamente, delegação existir apenas para os serviços exclusivos de Estado, o que não é o caso) ou de regime jurídico anômalo (dada a penetração de normas de direito público na regulação das organizações sociais). Nesse sentido, por exemplo, Juarez FREITAS assinala:

> Estas entidades ocupam lugar característico que as diferenciam das demais organizações da sociedade civil de caráter público, porquanto a publicização do regime aparece em maior escala, embora não sejam catalogáveis como pessoas jurídicas integrantes da estrutura da Administração Pública Federal Indireta. De qualquer sorte, sob pena de tautologia, não é adequado pensá-las apenas como pessoas jurídicas de direito privado designadas como tais, uma vez preencham determinados requisitos[769].

O fato é que, nitidamente, frente ao perfil delineado na lei das organizações sociais, não é possível admiti-las imunemente como pessoas jurídicas de direito privado. No

---

[767] BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado. Secretaria da Reforma do Estado. **Organizações sociais**. 5. ed. Brasília: MARE, 1998. p. 14. (Cadernos MARE da reforma do Estado, 2).

[768] Diz-se que "o texto legal supramencionado [Lei nº 9.637/98] é ambíguo" e que "a falta de objetividade quanto à natureza da novel instituição [as organizações sociais] conduziu a doutrina a formular diversas teses caracterizadas por justificações dos mais variados matizes", para se concluir que, "aparentemente no âmbito do Poder Público, todas as ações da Administração autorizam a crença de que a ambigüidade anteriormente mencionada se resolveu consoante a transformação de '*entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades refereridas no art. 1º*', em '*pessoas jurídicas de direito privado*', cujas qualificações como *organizações sociais* são sucedâneos imprescindíveis, inerentes a quaisquer processos análogos aos que lograram concretizar '*as extinções e a absorção de atividades e serviços*' estabelecidas nos arts. 21 e 22 daquela lei" (ESPÍRITO SANTO, Ataliba Pinheiro. As organizações sociais e a reforma administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, n. 230, out./dez., 2002. p. 82-83 e 84 – itálicos do original).

[769] FREITAS, Juarez. As organizações sociais: sugestões para o aprimoramento do modelo federal. **Boletim de direito administrativo**, out., 1998. p. 617-618.

intróito deste trabalho, fez-se questão de tentar desenhar um conceito de serviço público, aproveitando-se, agora, as conclusões que inicialmente foram postas, para fins de melhor caracterização do objeto em exame. Lá foi dito que, quando os particulares executam atividades nas áreas de saúde e educação, com ou sem escopo lucrativo, sob regime de direito privado, não estão a prestar serviço público. Esse se materializa, quando o Estado, mediante preceitos de direito público, realiza tais empreendimentos ou, então, quando, se fazendo substituir, patrocina, vigorosamente (de modo indispensável, para ser mais claro), a prestação desses serviços pela iniciativa privada, ainda que ela caminhe, de regra, segundo o direito privado, regime que não se mantém incólume à pressão da sistemática pública, dadas as circunstâncias. Nessa direção, procedem, em certa medida, as observações tecidas por FORTINI:

> A organização social age como se o Estado ali estivesse, age em substituição ao Poder Público de forma a atender à sociedade no que se relaciona à prestação dos serviços de saúde e educação (além de outros). Se o Estado reconhece sua incapacidade de bem prestar os serviços públicos sociais e vislumbra nas organizações sociais melhor forma de fazê-lo, não há como enquadrar tais entidades no mesmo rol que abarca as demais pessoas jurídicas de direito privado cuja atuação igualmente ocorre na área dos serviços sociais, visto que estas últimas não têm o propósito de desonerar o Estado.
> O programa de 'publicização' em que se insere a organização social, reafirma a natureza pública da atividade desenvolvida pela OS. Assim, ainda que não se possa enquadrar a atividade realizada pela OS como serviço público em sentido limitado, seria de considerá-la serviço público em sentido amplo[770].

De toda sorte, ponham-se, para concluir o presente tópico, os principais elementos de identificação, por teoria, das organizações sociais. DI PIETRO entende que as organizações sociais – assim como as organizações da sociedade civil de interesse público – sobre as quais se tratará mais adiante –, os serviços sociais autônomos e as entidades de utilidade pública e de fins filantrópicos (essas últimas, atualmente, designadas de beneficentes de assistência social) – podem ser compreendidas como entidades paraestatais (não integram o Estado), tendo todas as mesmas características: a) são pessoas jurídicas de direito privado; b) com regime jurídico de direito privado, permeado por normas de direito público; c) sem fins lucrativos; d) prestam serviços não exclusivos de Estado; e) são destinatárias de medidas de estímulo implementadas pelo Estado, por, com ele, colaborarem; f) estão sujeitas a

[770] FORTINI, Cristiana. Organizações sociais: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face dos danos causados a terceiros. **Interesse Público**, v. 8, n. 38, jul./ago., 2006. p. 118.

controle, inclusive pelos Tribunais de Contas, por gerenciarem dinheiro público[771]. Essa asseveração, contudo, não obscurece as especificidades que individualizam cada uma dessas instituições. Paulo MODESTO, por exemplo, salienta a distinção entre entidades de utilidade pública e organizações sociais, grifando que "as organizações sociais são entidades de utilidade pública *qualificadas por maiores restrições e maior vigilância do Estado*, no mesmo passo em que podem receber deste *maiores benefícios e vantagens incomuns* – embora não vedadas – às atuais entidades privadas de utilidade pública"[772].

### 1.3. Processos de qualificação e desqualificação.

Para fins de habilitação à qualificação como organização social, as entidades deverão cumprir os requisitos fixados na lei de regência (art. 2º). Assim, deverão comprovar o registro de seu ato constitutivo, no qual constem, fundamentalmente: a natureza social dos seus objetivos atinentes à área de sua atuação (dentre aquelas enumeradas no art. 1º); a finalidade não lucrativa (disposição de aplicação dos excedentes financeiros nas próprias atividades); a previsão expressa de existência de um conselho de administração e de uma diretoria, com composição, atribuições e formas de controle nos moldes legalmente determinados; a previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior (conselho de administração), de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, selecionados segundo sua capacidade profissional e idoneidade moral; cláusula de obrigatoriedade de publicação na imprensa oficial dos relatórios financeiro e executivo atinente ao contrato de gestão; a aceitação de novos associados, em se tratado, a pessoa de direito privado, de associação civil; a proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese; a previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados e doações que lhe forem destinados, bem como dos excedentes financeiros, 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[773].

---

[771] Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública***:* concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 211-212.

[772] MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil – as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 9, dez., 2001. p. 08. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 09 fev. 2006 (itálicos do original).

[773] Cf. BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. In: MEDAUAR, Odete (org.). **Coletânea de legislação administrativa e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 828.

A qualificação como organização social é decisão que incumbe, ao que consta da lei, discricionariamente, ao Poder Executivo, mais especificamente ao Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objetivo social e do Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado (agora, Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, extinto aquele com a reformulação estrutural dos ministérios presidenciais, segundo a Medida Provisória nº 1.795, de 01.01.99 e reedições). Trata-se de autorização que se defere segundo, unicamente, juízos de conveniência e oportunidade, diante do preenchimento dos requisitos expressos em lei. Pode-se asseverar que a outorga da qualificação é ato administrativo discricionário, quanto à utilidade e ao momento propício, mas, de outro ângulo, é ato administrativo vinculado ao preenchimento das condições impostas pela lei a permitir o reconhecimento de uma organização social, requisitos que não podem ser dispensados[774]. Ressalte-se que a discricionariedade mencionada não torna prescindível a indicação das razões que levaram ou não à outorga, haja vista o dever de motivação que se impõe para todo e qualquer ato administrativo, inclusive para fins de aferição da razoabilidade de adoção da posição assumida pela Administração Pública, sendo certo, portanto, que a decisão administrativa em comento não está fora da possibilidade de controle jurisdicional:

> A autoridade necessita referir não apenas a base legal em que se quer estribada mas também os fatos ou circunstâncias sobre os quais se apóia e, quando houver discrição, a relação de pertinência lógica entre seu supedâneo fático e a medida tomada, de maneira a se poder compreender sua idoneidade para lograr a finalidade legal [...][775].

De se notar que a qualificação, como ato administrativo discricionário (ainda que com exigibilidade de justificação) e dependente unicamente de requisitos intuitivos mínimos, nos termos postos na lei de referência, é, por certo, um dos pontos que causam mais aversão ao modelo. A discricionariedade conferida ao Poder Executivo e, mais especificamente, à parcela dessa estrutura, ausentes quaisquer critérios objetivos ou diretrizes substantivas de seleção, tem sido tratada como aniquiladora das conquistas do Estado Democrático de Direito, representadas, em particular, pelos princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade. O princípio da igualdade resta afetado, à medida que a lei está a permitir que a autoridade qualifique a entidade que lhe aprouver, bastando o preenchimento de condições

[774] Sobre o assunto, v. RODRIGUES, Luciana Cordeiro. A concessão do título jurídico de organização social. **Revista de Direito Administrativo**, n. 232, abr./jun., 2003. p. 133-140.

óbvias, com implicações consistentes no tratamento desigual de todos os demais atores sociais que, de igual forma, cumpram os mesmos pressupostos, mas tenham negada a certificação. Poder-se-ia argumentar – embora não haja como encontrar tal raciocínio na lei – que todas as pessoas que preenchessem as condições dispostas na norma legal teriam direito a ostentar o título. O problema, contudo, é mais sério, mostrando-se inviável, essa solução, em razão do fato de que a qualificação foi concebida de modo atrelado à formação de vínculo com um Estado-prestante, através do contrato de gestão, de modo que a qualificação, em termos práticos, como concebida, implica, por essência legal, na disponibilização de recursos materiais e humanos à instituição qualificada, mormente porque ela se materializa em substituição a entidade pública extinta. Com certeza, o Estado não teria condições de oferecer esse "fomento" a todas as agraciadas com a condição de organização social. Impessoalidade e moralidade são agredidas pela falta de objetividade, que é sintomático do grau imparcialidade, não se exigindo, nem mesmo, dos interessados na outorga, a demonstração de sua sanidade financeira ou a apresentação de outros elementos informativos, devidamente comprovados, de que teriam condições de desempenhar, a contento, as atividades a serem transferidas. Tais máculas se fazem presentes, seja quando a entidade a ser qualificada é criada por indução governamental (nesse caso, literalmente, tem-se uma presunção (nefanda, diga-se) de aptidão, que corrobora o propósito exclusivo de fuga ao regime jurídico de direito público), seja quando a instituição preexiste e reclama a outorga da titulação, pelo preenchimento das condições legalmente estabelecidas (situação em que entidades fantasiosas, sem qualquer sustentamento estrutural e econômico, têm a chance de obter o título, o que depende unicamente, de acordo com a lei, da intelecção da autoridade governamental, impregnada de subjetividade frente à ausência de dados próprios do campo da experiência sensível, por todos apreensíveis e independentes de individualismos). Lúcia Valle FIGUEIREDO diz que a lei das organizações sociais passou um "cheque em branco" ao Poder Executivo, com todos os perigos que desse ato decorrem, inclusive chancela de situações fraudatórias e discriminatórias[776].

Interessante destacar que o antigo Ministério da Administração e Reforma do Estado chegou a editar manual em que consta capítulo nomeado de "Criando Entidades Aptas à Adoção do Modelo 'OS'", fixando orientações, meramente formais, é bom que se diga, que

---

[775] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. 7. tir. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 99.

[776] Cf. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 151.

permitiriam a "adequação estatutária de entidades civis já constituídas, bem como a constituição de outras tantas que pleiteiem a condição de Organização Social"[777]. As "fases" são postas de forma relativamente clara: a) um primeiro momento, designado fundação, em que um grupo de pessoas se junta para alicerçar uma pessoa jurídica de direito privado, concebendo um estatuto (que deve obrigatoriamente conter denominação, sede social, fins – esses não-lucrativos e de modo que "a natureza social de seus objetivos deve ser pertinente com a área de atuação do Poder Público cujas atividades serão publicizadas" –, prazo de duração indeterminado, forma de administração, cláusula de representação, destino do patrimônio, dentre outros elementos) e elegendo uma diretoria temporária entre os fundadores, bem como um representante, tudo consignado na ata da correspondente assembléia; b) o instante do registro, efetivado pelo representante legal; c) a ocasião da eleição do conselho e da diretoria definitiva, em que o representante legal colhe a indicação dos representantes do Poder Público e da sociedade civil, instalando-se, com tais membros, designados natos, o conselho de administração, que, parcialmente constituído, abrirá, na primeira reunião, eleições à escolha dos demais conselheiros, segundo as regras dispostas no estatuto, especialmente considerado o critério da notória capacidade profissional. Composto integralmente o conselho de administração, procede-se à eleição da diretoria definitiva, que buscará, junto à Administração Pública, a absorção das atividades pela obtenção do título de organização social[778].

A desqualificação, no lado inverso, decorrerá do descumprimento das determinações constantes do contrato de gestão e deve ser precedido de processo administrativo regular (art. 16), o que se coaduna com os ditames constitucionais atinentes ao princípio do devido processo legal e seus decorrentes, a exemplos dos preceitos do contraditório e da ampla defesa. Far-se-á por decreto. Embora a lei reze que o Poder Executivo "poderá" desqualificar a entidade se constatar o inadimplemento das obrigações assumidas pela pessoa jurídica, trata-se, na verdade, de um dever, e nessa direção deve-se interpretar o dispositivo. Conseqüências da desqualificação serão a responsabilização (solidária) dos dirigentes pelos danos que tiverem sido ocasionados pelas condutas omissivas e comissivas, bem como a reversão dos bens e valores públicos até então utilizados pela organização social, além de outras sanções cabíveis segundo os atos praticados.

---

[777] Cf. BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado. Secretaria da Reforma do Estado. **Organizações sociais**. 5. ed. Brasília: MARE, 1998. p. 32-35. (Cadernos MARE da reforma do Estado, 2).

[778] Cf. BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado. Secretaria da Reforma do Estado. **Organizações sociais**. 5. ed. Brasília: MARE, 1998. p. 32-35. (Cadernos MARE da reforma do Estado, 2).

De igual forma, entende-se que a desqualificação é medida que se impõe à entidade, em caso de alteração ou desatendimento superveniente de disposições do seu ato constitutivo que digam com a natureza da organização social, como a eventual distribuição de lucros entre os partícipes da instituição.

Relativamente recente é o julgamento exarado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Mandado de Segurança nº 10527/DF, julgado em 14 de setembro de 2005, tendo por Relatora a Ministra Denise Arruda, em sede do qual se fixaram algumas balizas iniciais sobre a posição do Poder Judiciário, diante do procedimento administrativo de desqualificação de organizações sociais, mais especificamente de uma voltada a atividades ligadas ao meio ambiente. Nesse precedente, observou-se a regularidade da instauração e do processamento do feito administrativo, com perquirição sobre o atendimento das exigências concernentes ao devido processo legal, concluindo-se pela inexistência de cerceamento de defesa. Ademais, consignou-se, na ementa do julgado:

> [...]
> 6. Por outro lado, é inviável o reexame, em sede de mandado de segurança, dos critérios e percentuais de avaliação utilizados pelo Ministério do Meio Ambiente para atribuir o índice de 70,4% de cumprimento das metas do contrato de gestão celebrado com a impetrante. Além disso, cumpre registrar que o contrato em discussão, de acordo com o art. 5º e seguintes da Lei 9.637/98, objetivamente prevê as metas e os critérios da sistemática de avaliação. No caso em apreço, é inviável a revisão do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, estando este Tribunal limitado a apreciar a legalidade do ato praticado pela autoridade impetrada.
> 7. A responsabilidade pelo não cumprimento de todas as metas do contrato de gestão objeto do *writ* é imputável tão-somente à entidade impetrante, não havendo como atribuir ao Poder Público, que lhe transferiu recursos financeiros e lhe cedeu servidores públicos, a 'culpa' pelo cumprimento insatisfatório das metas contratualmente estipuladas. Além disso, conforme bem observado pelo parecer que fundamentou o ato impetrado, a impetrante admite o descumprimento parcial do contrato e não justifica os motivos desse descumprimento, apenas discorre que o Poder Público não lhe orientou de maneira suficiente para que as metas pudessem ser atingidas.
> 8. Registre-se que as alegações da impetrante são contrárias aos princípios que regem a Administração Pública e as atividades do chamado 'terceiro setor', pois a qualificação de entidades como organizações sociais e a celebração de contratos de gestão tiveram origem na necessidade de se desburocratizar e otimizar a prestação de serviços à coletividade, bem como viabilizar o fomento e a execução de atividades relativas às áreas especificadas na Lei 9.637/98 (ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde). Assim, apesar de, na espécie, competir ao Ministério do Meio Ambiente a fiscalização, a avaliação e o acompanhamento dos resultados do contrato de gestão, essas providências não afastam a responsabilidade do impetrante de cumprir as metas acordadas com o Poder Público.
> [...][779]

[779] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 10527/DF. Primeira Seção, Brasília, DF, 14 de setembro de 2005. Relatora Ministra Denise Arruda. Diário da Justiça de 07 de novembro de 2005. p. 75. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em 10 abr. 2006.

Sérgio de Andréa FERREIRA tece comentário bastante pertinente, no sentido de que "não há regulação quanto ao destino da *titularidade da função*, na hipótese de *desqualificação da OS*", prevendo, a lei, apenas, a reversão dos bens até então utilizados pela organização social ao ente público. Considera, ademais, que "a única hipótese de *cessação* do *exercício* da *atividade* pela OS é a sua *desqualificação*, pela *decadência ou caducidade*, isto é, pela perda do seu *status* jurídico, inexistindo previsão de *resgate* por *encampação*, em razão de *interesse público relevante e comprovado*". Realça, além disso, a inexistência de "previsão de vinculação de bens à atividade, e, portanto, de *reversão* de bens privados, na hipótese de desqualificação". Ao final, conclui:

> Essas especulações sobre o destino da *atividade pós-desqualificação* se tornam ainda mais necessárias, na medida em que, na visão neoliberal, essas atividades não são tidas como *essenciais*, e nem mesmo próprias para serem *exercidas* pelo Estado [...].
> É justificável, portanto, a preocupação com que as próprias *atividades* possam vir a ser *extintas*, com a 'castração do social'[780].

É certo que, a despeito da aparente lacuna da lei, a interpretação que mais se ajusta às demais disposições do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente considerados os deveres constitucionais impostos ao Estado, em relação ao seu povo, é a que impõe a continuidade da prestação dos serviços, sem hiato, pela entidade estatal, ainda que, para tanto, deva fazer uso, provisoriamente (no tempo suficiente para garantir a transição sem interrupção), das estruturas próprias da pessoa jurídica de direito privado, não cabendo falar em qualquer indenização em decorrência dessa utilização, tratando-se de desqualificação resultante de culpa do particular, por descumprimento do contrato de gestão ou por desatendimento a exigências legalmente fixadas.

### 1.4. Estrutura e atuação.

Na estrutura da organização social, o destaque é atribuído ao conselho de administração, no qual foram concentrados os mais significativos poderes de regramento, decisão e fiscalização. De fato, a ele cabe não somente definir o âmbito de atuação da

[780] Cf. FERREIRA, Sérgio Andréa. As organizações e as organizações da sociedade civil de interesse público: considerações sobre seu regime jurídico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set., 1999, p. 116 (os itálicos são do original).

entidade, mas também aprovar as propostas de contrato de gestão e de orçamento, bem como do programa de investimentos, fixar a remuneração dos membros da diretoria, sancionar e dispor sobre a alteração dos estatutos e a extinção da entidade, aprovar o regimento interno, aprovar regulamento próprio com os procedimentos atinentes à contratação de obras, serviços, compras e alienações e ao plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade (apartado do regime jurídico de direito público), confirmar e encaminhar os relatórios gerenciais e de atividades, inspecionar o adimplemento das metas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais.

Diante da autoridade atribuída ao conselho de administração, convém realçar sua composição, vez que esta se dá com predominância de representação do Poder Público e da sociedade civil. De fato, segundo a Lei nº 9.637/98, o referido conselho será composto por: 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) de membros natos representantes do Poder Público; 20 a 30% (vinte a trinta por cento) de membros natos representantes de entidades da sociedade civil; até 10% (dez por cento) de membros eleitos dentre os membros ou associados (em se cuidando de associação civil); 10 a 30% (dez a trinta por cento) de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral; até 10% (dez por cento) de membros indicados ou eleitos na forma determinada pelo estatuto (art. 3º).

Pode-se asseverar que o conselho de administração é tratado, pelos mentores do programa de publicização, como o coração da estrutura das organizações sociais. E isso, não tanto pelo fato de ele deter significativos poderes normativos e decisórios (monopolizados, inegavelmente, pelos representantes governamentais ou, nas palavras de Hely Lopes MEIRELLES, "o Poder Público assenhoreia-se do controle da entidade privada"[781]), mas, sobretudo, porque a maioria (mais de 50% (cinqüenta por cento), a teor do inciso III, do art. 3º, da Lei nº 9.637/98) do conselho deve ser composta de representantes do poder público e de entidades da sociedade civil. Sustenta-se, em elogio ao modelo, que o referido conselho personifica a participação da sociedade civil nas organizações sociais, garantindo o controle social, que é reputado o "elemento de contrapeso da balança", o único capaz de inibir a "utilização dessas entidades para fins políticos ou econômicos"[782]. A grande questão que se coloca é se, efetivamente, a garantia legal de simples representatividade numérica à sociedade

[781] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed.atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 384.

civil é suficiente para concretizar o escopo de ação e fiscalização social, prescindindo de outras providências, o que será analisado mais adiante.

De seu lado, acerca da significativa participação governamental no órgão, há os que, tentando justificá-la, sustentam que sua previsão teve por objetivo evitar a privatização das atividades (como se um serviço, constitucionalmente reputado público, pudesse perder essa qualidade por mera decisão administrativa absenteísta, em contrariedade ao Texto Constitucional). De outro ângulo, há os que indicam que ela poderá inibir a iniciativa particular, por "tender à dominação", desprestigiando a tese da parceria[783], ou, então, que ela transformará esse âmbito de ação "em mais uma arena institucional vulnerável à instrumentalização pelo Estado, pelos partidos e pelos políticos"[784]. As duas percepções parecem colocar em evidência a negação da capacidade de ação da sociedade civil, exatamente no vértice oposto aos discursos que "prepararam" a emergência das organizações sociais. Essa titulação, procuraram, seus teóricos, enraizar na idéia de que atores sociais não-estatais deveriam ter o seu clamor participativo considerado, passando de simples destinatários a agentes, a realizadores da coisa pública. Concretamente, com o assenhoreamento de que fala MEIRELLES, embora ao mesmo tempo mencione, o referido autor, o papel de colaboração da sociedade civil, essa é tratada, na lei, como incapaz, através de manifestação espontânea e autônoma, de gerir seus interesses, a ponto de ser legalmente apresentada como necessitando da intervenção estatal. Consigne-se que, com tais observações, não se quer defender – mesmo porque se é totalmente contra essa postura – a simples transferência de obrigações, que são do Estado, à sociedade civil, deixada, ademais, à própria sorte, num ambiente ainda culturalmente deficiente de padrões de solidariedade e de compromisso mútuo, sendo que, como diz MELLO, "nos países que não alcançaram o estágio político cultural requerido para uma prática real da democracia, o Estado tem de ser muito

---

[782] BARRETO, Maria Inês. As organizações sociais na reforma do Estado brasileiro. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (org.). **O público não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 133.

[783] Cf. PIRES, Maria Coeli Simões. Terceiro setor e organizações sociais. **Boletim de Direito Administrativo,** abr., 1999. p. 249.

[784] COSTA, Sérgio. **As cores de Ercília**: esfera pública, democracia, configurações pós-nacionais. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 33. O mesmo autor, mais adiante, reforça: "Os mecanismos construídos para a participação não podem, entretanto, deixar as associações vulneráveis a uma institucionalização imobilizadora e às tentativas de cooptação política. Sobretudo, parece fundamental que os desenhos institucionais para a participação política das associações civis preservem o caráter autônomo e necessariamente descontinuado de sua constituição e operação. A delegação, a partir do Estado, de funções político-administrativas às associações civis poderiam sobrecarregar seus processos internos de coordenação, provocando a ruptura de seu delicado e sensível ancoramento social./Se consumado o desenraizamento social das organizações civis, estas deixarão de ser as co-responsáveis pela tradução e transmissão para a órbita político-institucional dos anseios difusos

mais que um árbitro de conflitos de interesses individuais"[785]. Apenas se quer apontar para uma das incongruências que a lei das organizações sociais traz instalada em seu seio.

Interessantes, nesse horizonte, as observações de PEREZ, no que toca à "compulsória participação da Adminitração Pública na gestão da entidade", o que "põe por terra a possibilidade de configurar as organizações sociais como institutos de participação popular vinculantes e autônomos", fazendo com que o autor considere a Lei nº 9.637/98 "de duvidosa constitucionalidade face à liberdade fundamental de associação (art. 5º, XVII, XVIII, XIX e XX, da Constituição Federal)". O estudioso, então, propõe vários questionamentos:

> Como pode o Estado impor ao administrado que, ao se associar, ou ao criar uma fundação, preveja de antemão que a Administração Pública participará voluntariamente de sua gestão, sem que a Administração participe do ato constitutivo e, dessa forma, crie uma entidade governamental? Se a pessoa jurídica criada é governamental, como não submetê-la às restrições inerentes ao regime jurídico administrativo [...]?
> [...] como se pode aceitar que uma pessoa jurídica dirigida pela Administração Pública não se enquadrasse na chamada Administração Indireta? [...]
> Esse hibridismo restringe significativamente o leque de entidades interessadas em se transformar em organização social e até mesmo a possibilidade de a Administração indicar representantes para todas as organizações sociais, caso o processo de qualificação se tornasse tão intenso quanto propalado nas razões que justificaram o projeto [...][786].

Vale salientar, de logo, sobre a atuação das organizações sociais, que, segundo previsão expressa da lei, quaisquer excedentes financeiros ou resultados positivos que venham a se apresentar, em razão do desenvolvimento das atividades pelas organizações sociais, devem, necessariamente, ser revertidos em proveito das próprias atividades, correspondendo a mais uma fonte de investimentos nos serviços que são prestados. Trata-se de conclusão embutida na própria consideração da natureza não lucrativa dessas instituições. Resta perquirir se,em função dessa característica, as organizações sociais não poderiam exigir contra-prestação. Nesse sentido, FORTINI entende que "reforça o raciocínio a inviabilidade de metas lucrativas prevista no art. 1º da Lei nº 9.637/98 que, se examinada com olhos no texto constitucional que elegeu a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, não pode admitir outra interpretação, salvo a de que a cobrança de contraprestação, por parte

---

gestados nos interstícios do tecido social. Tampouco contribuirão, agindo na direção oposta, para o enraizamento dos valores democráticos nas práticas cotidianas" (p. 36).

[785] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. **Revista de Direito Administrativo**, n. 212, Rio de Janeiro, abr./jun., 1998. p. 61.

[786] PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública democrática**: institutos de participação popular na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 193-195.

das organizações sociais, está vedada"[787]. Com tal raciocínio são se concorda. Não ter finalidade lucrativa é algo diferente de não cobrar contraprestação pelos serviços prestados, pelo menos em se considerando o histórico da legislação brasileira em relação ao tema. Ressalte-se, exemplificativamente, a situação de muitas entidades qualificadas como de utilidade pública e mesmo de fins filantrópicos – títulos outorgáveis a organismos ditos sem escopo lucrativo (para a segunda certificação, em específico, norma legal inovadora passou a exigir a gratuidade, mas teve os seus efeitos suspensos pelo Pretório Excelso, consoante antes já se comentou) –, que cobram expressivas quantias para que se possa usufruir dos serviços por elas prestados, a despeito de, é certo, garantir a gratuitidade ou a redução dos importes a determinado número de pessoas que não têm condições de arcar com as despesas de pagamento, sem prejuízo de sua subsistência e da de sua família. A lei das organizações da sociedade civil de interesse público, por exemplo, traz o conceito do que se considera intuito não lucrativo: "[...] considera-se sem fins lucrativos 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" (§ 1º, do art. 1º)[788]. Sublinhe-se que a lei das organizações sociais sequer consagrou esse conceito; muito menos, impediu a cobrança de contraprestação pelas entidades qualificadas com essa titulação, o que torna viável exegese no sentido de permissão a esse recebimento. Walderês Martins VIEIRA faz notar que "a Lei nº 9.637/98, que trata das Organizações Sociais, não veda a posssibilidade de remuneração pelos serviços prestados, no entanto, há de ser observada a exceção prevista no art. 18 da referida lei ["a organização social que absorver atividades de entidade federal extinta no âmbito da área de saúde deverá considerar no contrato de gestão, quanto ao atendimento da comunidade, os princípios do Sistema Único de Saúde, expressos no art. 198 da Constituição Federal e no art. 7º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990"]"[789]. Com isso, advém o receio de que os verdadeiramente necessitados, cada vez mais numerosos, não sejam amparados pelas novas estruturas e, pior, por qualquer outra, já que, pelo programa legal, o Estado extingue os prestadores públicos, resultando

[787] FORTINI, Cristina. Organizações sociais: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face dos danos causados a terceiros. **Interesse Público**, n. 8, n. 38, jul./ago., 2006. p. 118-119.
[788] BRASIL. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. In: MEDAUAR, Odete (org.). **Coletânea de legislação administrativa e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 835.

negação, aos que precisam, de acesso aos serviços públicos (serviços públicos, sim, já que as organizações sociais em substituições estariam prestando os serviço pelo Estado e não paralelamente ao Estado), o que agride frontalmente os direitos constitucionalmente deferidos aos cidadãos. De todo modo, não se pode deixar de salientar que, segundo minuta de estatuto-padrão de entidade a ser qualificada como organização social, divulgada pela esfera governamental, consta que "os recursos financeiros necessários à manutenção da entidade serão obtidos": por contrato de gestão, por convênios ou contratos com outras entidades governamentais ou instituições privadas, por contratos de produção e comercialização de bens ou serviços desenvolvidos pela organização social, por rendimentos de aplicações dos ativos financeiros, por doações ou heranças, por subvenções sociais transferidas pelo Poder Públicos, por contribuições voluntárias dos associados, por recebimento de direitos autorais e, genericamente, "por outros que porventura lhe forem destinados"[790].

De se destacar, ainda no contexto da estrutura e do funcionamento, que, embora não recebam remuneração pelos serviços que prestam à organização social, os conselheiros das organizações sociais fazem jus a uma ajuda de custo, por reunião de que participarem. Ademais, diferentemente do que ocorre nas entidades de utilidade pública e de fins filantrópicos, os dirigentes e empregados das organizações sociais – esses (não os confunda com os servidores públicos cedidos) sujeitos a regime celetista e passíveis de contratação segundo as regras de mercado, a dizer, sem concurso público, conclusão a que se chega numa interpretação inicial, que não se sustenta (o que é reconhecido pelos próprios desenhistas do modelo), frente às normas constitucionais, tratando-se de corpo de funcionários que serão remunerados com recursos públicos –, enquanto no exercício de suas atividades, recebem remuneração, observando-se, contudo, para tal fim, os limites e critérios, previamente estipulados no contrato de gestão, para as despesas da organização a título de verbas remuneratórias. Isso é apontado, por alguns autores, como um ponto particularmente positivo em favor das organizações sociais, haja vista o seu papel estimulante de uma participação mais efetiva dos indivíduos. Assim, na medida em que passam a contar com os meios necessários à sua subsistência, as pessoas, não se pode negar, tornam-se mais comprometidas com as tarefas que abraçam, a elas dedicando maior tempo e atenção (profissionalização do terceiro setor). Tem-se, com isso, uma aproximação ao modelo norte-americano, que concebe

---

[789] VIEIRA, Walderês Martins. Da responsabilidade do Estado pelos atos das entidades qualificadas como "organização social" ou "organização da sociedade civil de interesse público", no exercício de atividade dirigida à promoção da saúde. **Boletim de Direito Administrativo**, v. 22, n. 5, mai., 2006. p. 565.

a atividade de interesse social como um negócio, como outros que se desenrolam na iniciativa privada.

No entanto, essa situação – particularmente no que respeita aos empregados das organizações sociais, pagos mediante aporte de recursos públicos – engendra duas densas questões.

A primeira atine à lacuna legal, em relação à definição de parâmetros que possam balizar a fixação das remunerações a serem pagas no âmbito das organizações sociais, já que a lei remete a regulação da matéria ao contrato de gestão, ou seja, ao Poder Executivo, quando, comparativamente, o regime remuneratório dos servidores públicos passa necessariamente pelo Poder Legislativo, construindo-se a partir de normas legais, o que imprime maior rigor na disponibilização da coisa pública, além de representar uma decisão mais democrática, considerada a representação popular inscrita na atuação da Casa Legislativa. Disso podem decorrer grandes e sérias distorções de políticas remuneratórias, subsidiadas com recursos públicos: a praticada em relação as servidores públicos integrantes da Administração Pública e a engendrada em favor dos empregados de organizações sociais. Tome-se, por exemplo, a questão do teto remuneratório constitucionalmente previsto (art. 37, XI, da CF/88), "destinado justamente à contenção de remunerações excessivas com dispêndio de recursos públicos"[791], que – é certo, segundo aqui se pensa – se impõe às organizações sociais que se sustentam mediante repasse de verbas públicas. Afinal, "a moralidade e a economicidade que impulsionaram a previsão constitucional, também abarcam as verbas orçamentárias destinadas a essas entidades. A origem do capital que remunera esses empregados é a mesma daquela que remunera os empregados das sociedades de economia mista: o erário público"[792].

A segunda preocupação – que, em certo sentido, está atrelada à primeira, quando se considera a possibilidade de que empregados livremente contratados percebam remuneração significativamente superior à dos servidores públicos concursados[793],

---

[790] Cf. BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado. Secretaria da Reforma do Estado. **Organizações sociais**. 5. ed. Brasília: MARE, 1998. p. 64. (Cadernos MARE da reforma do Estado, 2).

[791] OLIVEIRA, Felipe Faria de. O alcance do teto remuneratório constitucional e o terceiro setor: sua aplicabilidade às organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público. **Revista Fórum Administrativo**: direito público, n. 66, ago., 2006. p. 7698.

[792] OLIVEIRA, Felipe Faria de. O alcance do teto remuneratório constitucional e o terceiro setor: sua aplicabilidade às organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público. **Revista Fórum Administrativo**: direito público, n. 66, ago., 2006. p. 7703.

[793] Em 2003, GUIMARÃES anotava, exatamente, a diferença de salários entre essas categorias (em favor dos empregados) que estaria acontecendo na ACERP – Associação de Comunicação Educativa Roquete Pinto. Cf. GUIMARÃES, Tomás de Aquino. O modelo organizações sociais: lições e oportunidades de melhoria. **Revista do Serviço Público**, n. 1, jan./mar., 2003. p. 111.

desprestigiando esses, a par das várias limitações funcionais a que estão submetidos, e beneficiando os que não são, *a priori*, selecionados segundo critérios objetivos de capacidade e não se submetem ao mesmo austero regulamento, com estímulo às posturas nepotísticas e à regra do "quem indica" – diz com o delicado tema da terceirização, que deve ser devidamente contextualizado, merecendo comentários mais demorados. É o que se passa a fazer.

É conhecido por todos que lidam com a Administração Pública que o Tribunal de Contas da União, partindo da norma constitucional exigente de concurso público no preenchimento dos postos de trabalho dirigidos à prestação de serviços públicos, tem procurado estreitar as possibilidades de terceirização, exatamente para evitar a fuga ao comando constitucional. Nesse sentido, colhem-se, junto à Corte de Contas da União, as seguintes definições:

> A contratação de prestação de serviços para a execução de atividades inerentes à atividade fim da administração ou às suas categorias funcionais caracteriza contratação indireta e terceirização indevida de atividades exclusivas dos servidores efetivos, com afronta à exigibilidade constitucional de concurso público nas admissões (CF, art. 37, II), e não se justifica nem mesmo em razão da existência de déficit de pessoal.
> Excertos. 'É irregular a contratação de fundações de apoio para o fornecimento de mão-de-obra destinada a desempenhar funções típicas de cargos públicos, por contrariar o art. 37, inciso II, da Constituição Federal e o art. 1º, § 2º, do Decreto nº 2.271/97.' AC-1193-29/06-P MV. 'A contratação de terceirizados para a consecução de funções essenciais e próprias do órgão ou para a execução de atividades inerentes às suas categorias funcionais, bem como a presença de elementos de subordinação e pessoalidade culminam em manifesta burla ao disposto no art. 37, inciso II, da CF/88, que estabelece a exigência de concurso público para investidura em cargo ou emprego público.' AC-0593-10/05-1 AS. 'A utilização de terceirizados em atividades próprias de servidores públicos constitui modalidade de burla à exigência constitucional de prévio concurso público para a admissão de pessoal e tem sido reiteradamente rechaçada por este Tribunal. (...) A principal dificuldade na utilização da terceirização de mão-de-obra parece residir na capacidade de identificação das atividades que se amoldam a este tipo de execução indireta e as que legalmente encontram-se proibidas de submeter-se a essse regime. O art. 1º do Decreto nº 2.271/97, que regula a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional estabelece que devem ser executados preferencialmente de forma indireta os serviços de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações, manutenção de prédios, equipamentos e instalações. Já o § 2º da mesma norma prevê que não poderão ser objeto de terceirização atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal. (...) Como regra geral , a Administração Pública deve seguir as mesmas precauções adotadas pelas empresas privadas, evitando a terceirização de atividades finalísticas, primando pela especialização nos serviços a serem prestados, exigindo que a direção dos serviços seja feita por prepostos da contratada e assegurando-se de sua idoneidade econômica, bem como de sua regularidade trabalhista, fiscal e tributária.' AC-0256-08/05-P MV. '(...) os conselhos de fiscalização profissional não poderão terceirizar as atividades que integram o plexo de suas atribuições finalísticas, abrangidas pelos seus Planos de Cargos e Salários, podendo, todavia,

> ser objeto de execução indireta apenas as atividades materiais acessórias, instrumentais e complementares aos assuntos que constituem a área de competência legal dessas entidades, conforme firme orientação jurisprudencial desta Corte de Contas, a exemplo do Acórdão 143/1999 - Segunda Câmara - TCU, e regulamentação estabelecida pelo Decreto federal 2.271/97; (...)' AC-0341-10/04-P WA, em sede de consulta. Ver também: AC-0975-21/05-2 LM[794].
>
> É ilícita a terceirização quando houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o tomador de serviços, bem assim de pessoalidade e habitualidade.
> Excertos. 'Destaco, ainda, que o Tribunal, quando do julgamento do TC 016.860/2002-0, que resultou no Acórdão 1.815/2003 - Plenário, fundamentado no Voto do Exmo Ministro Benjamin Zymler, entendeu que quando houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem assim de pessoalidade e habitualidade, deve ser vedada a participação de sociedades cooperativas, pois, por definição, não existe vínculo de emprego entre essas entidades e seus associados, conferindo ao referido Acórdão, inclusive, caráter normativo para a Administração Pública.' AC-0975-21/05-2 LM. 'ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União (...) em: 9.3. determinar à (omissis) que: 9.3.1. nos futuros editais de licitação, defina a forma como os serviços serão prestados, nos seguintes moldes: 9.3.1.1. se, pela natureza da atividade ou pelo modo como é usualmente executada no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem assim de pessoalidade e habitualidade, deve ser vedada a participação de sociedades cooperativas, pois, por definição, não existe vínculo de emprego entre essas entidades e seus associados; 9.3.1.2. se houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o tomador de serviços, bem assim de pessoalidade e habitualidade, a terceirização será ilícita, tornando-se imperativa a realização de concurso público, ainda que não se trate de atividade-fim da contratante; (...)' AC-1815-47/03-P BZ. Ver também: AC-0307-09/04-P MV[795].

Vê-se, pois, que, de acordo com o TCU, a contratação desse tipo de serviço (tercerizado) será reputado regular se preenchidas as seguintes condições fundamentais: a) o serviço a ser prestado não deve se relacionar com a atividade-fim da Administração Pública, ou seja, deve ter caráter complementar, instrumental ou meramente operacional, jamais essencial; b) o serviço deve ter natureza permanente especializada, sublinhando-se que serviço especializado não é sinônimo de serviço complexo ou altamente qualificado, mas de serviço diferenciado, especial (ainda que de fácil aprendizado), envolvente de tarefas bem tipificadas, constituindo, cada atividade, conjunto nitidamente diverso das demais; c) o serviço a ser prestado não deve se confundir com os que integram o plexo de atribuições de cargos ou empregos componentes dos planos de cargos e salários da entidade da Administração Pública; d) não pode haver subordinação, nem pessoalidade e habitualidade, entre o trabalhador e a Administração Pública tomadora do serviço, de modo que, mesmo em

---

[794] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Jurisprudência sistematizada:** pessoal - terceirização – inadmissibilidade. Disponível em <http://www2.tcu.gov.br/portal/page?_pageid=33,2546000&_dad=portal&_schema=PORTAL>. Acesso em: 10 abr. 2006.

[795] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Jurisprudência sistematizada:** pessoal - terceirização – subordinação, pessoalidade e habitualidade. Disponível em <http://www2.tcu.gov.br/portal/page?_pageid=33,2546001&_dad=portal&_schema=PORTAL>. Acesso em: 10 abr. 2006.

relação à mera atividade-meio, se tais elementos se caracterizarem, a terceirização será reputada ilícita.

No caso das organizações sociais, a não realização de certame público para a escolha dos seus empregados resultará em nítida agressão ao Texto Constitucional (art. 37, II), na medida em que tais trabalhadores serão remunerados com recursos públicos e exercitarão, em que pese a extinção da entidade pública prestante originária, serviços de natureza pública, sob o direcionamento preponderante do Estado, titular principal, embora não exclusivo, desses serviços, o que leva a crer na possibilidade de configuração de terceirização injurídica, seja porque o Estado estará se utilizando de interposta pessoa para fins de contratação de pessoal à prestação de serviços relacionados com sua atividade-fim, seja porque, embora se priorizando a interpretação no sentido de serviços de interesse público (mas não públicos, o que não afasta, segundo aqui se compreende, a tipificação como atividade-fim) e se realçando a extinção do ente público inicialmente prestante, a Adminitração Pública estaria no controle, diretivo e financeiro.

Essa questão tem um efeito prático de particular relevância, que alcança o "calcanhar de Aquiles" das estruturas governamentais, na atualidade: a gestão fiscal. Uma das decorrências do processo de reforma do Estado, no Brasil, foi a construção de uma nova ética fiscal corporificada na Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar nº 101/2000). Nesse diploma normativo, recebeu especial atenção o tema das despesas públicas, desdobrado, de acordo com Luciano FERRAZ, em duas espécies: a) despesas públicas obrigatórias de caráter continuado, e b) despesas "outras derivadas de contratos e demais atos administrativos ou cuja repercussão não se estenda a, pelo menos, três exercícios consecutivos", sendo que as despesas de pessoal se enquadrariam, preponderantemente, nas despesas obrigatórias de caráter continuado, em função dos princípios da legalidade e da irredutibilidade, que informariam as despesas com pessoal[796]. Segundo a lei em questão (art. 18), o total das despesas de pessoal corresponderia à soma dos gastos com ativos, inativos e pensionistas, "relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos de aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de

[796] Cf. FERRAZ, Luciano. Lei de responsabilidade fiscal e terceirização de mão-de-obra no serviço público. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 4, jul., 2001. p. 04. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 10 ago. 2007.

previdência"[797]. Um dos aspectos de maior repercussão da LRF concerniu, exatamente, ao fato de ter imposto limites aos gastos com pessoal. E foi cautelosa, o suficiente, para prever que "os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizadas como 'Outras Despesas de Pessoal" (§ 1º, do art. 18)[798]. É justamente, nesse ponto, que a discussão sobre as organizações sociais tangencia a LRF. De logo, é preciso destacar que a interpretação que prevaleceu, em relação ao último dispositivo legal citado, foi na direção de que "o preceptivo prescreve a adição, às despesas de pessoal, do montante pago pela terceirização", "afinal as regras de boa hermenêutica apontam no sentido de que o parágrafo deve ser interpretado em consonância com o *caput*"[799]. Ainda em vista do estudo feito por FERRAZ, noticia ele a ocorrência de interpretação autêntica dessa regra, através do art. 64, da Lei nº 9.995/2000, nos termos do qual não se consideraria para efeito do art. 18, § 1º, da LRF, os contratos de terceirização que atendessem **simultaneamente** a duas exigências: a) não dissessem respeito a atividades-fim da área de competência legal da entidade administrativa, mas apenas a atividades complementares ou acessórias; b) não concernissem a atividades inerentes às categorias funcionais do plano de cargos do quadro da entidade, salvo norma legal em sentido diverso ou extinção de categoria ou cargo. Ao que tudo isso leva, em relação às organizações sociais? A duas assertivas. A primeira, de que, considerando que as despesas do ente público com a organização social se dá através de contratos de gestão, não há, em tese, enquadramento desse gasto como despesa de pessoal e, portanto, não há submissão aos limites correlatos da LRF. A segunda, desconstitutiva da primeira, no sentido de que, na realidade concreta, a sistemática legal de composição e funcionamento da organização social se aproxima mais do que se considera como terceirização ilícita, e, conseqüentemente, as despesas estatais para a manutenção ("fomento") dessa estrutura, embora repassáveis mediante contrato de gestão, incluem-se como despesa obrigatória de caráter continuado, na forma específica de despesa de pessoal, sujeitando-se aos limites dispostos na LRF. De fato, a conclusão de FERRAZ põe-se para considerar que "os valores relativos aos contratos de terceirização de atividades-fim, **conquanto inconstitucionais**, [...] incluem-se no percentual limite dos gastos de pessoal",

[797] BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. In: FRANCO, Vera Helena de Mello; CARRAZZA, Roque Antônio (org.). **Código Comercial, Código Tributário Nacional e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 998.

[798] BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. In: FRANCO, Vera Helena de Mello; CARRAZZA, Roque Antônio (org.). **Código Comercial, Código Tributário Nacional e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 998.

deixando, ele, claro, contudo, que "os valores pagos pelos contratos de prestação de serviços técnicos especializados (art. 25, II, da Lei de Licitações), desde que lícitos, estão excluídos do montante com gasto de pessoal"[800].

Note-se, finalmente, que, se essa tendência de eliminação de instituições públicas, substituídas por pessoas jurídicas de direito privado, com liberdade para contratar pessoal sem concurso público, se espargisse, os servidores públicos com atuação na área dos serviços públicos sociais passariam a ser uma categoria em extermínio, e, com ela, seriam negados os princípios da moralidade e da impessoalidade, inerentes à seleção pública de pessoal, através de avaliações mensuradas por critérios objetivos. Interessante constatar que, a despeito de se asseverar "a contratação de pessoal nas condições de mercado", como característica de gestão privatística a ser assimilada pelas organizações sociais, a autoridade governamental apresenta, na já mencionada minuta de estatuto-padrão de entidade a se qualificar como organização social, cláusula em que consta, num simulacro de exigência de concurso público, que "o processo de seleção para o pessoal efetivo da entidade será precedido de edital, publicando no Diário Oficial da União, e constará de etapas eliminatórias, classificatórias e de treinamento, observadas as peculiaridades de cada categoria profissional"[801]. Considerando que essa disposição foi lançada em mero modelo de estatuto, não tendo sido consagrada na lei, e em que pese a clareza do Texto Constitucional no que toca à matéria, não é difícil imaginar a ascensão de interpretações, calcadas nos escopos apregoados do novo programa governamental, no sentido de que as organizações sociais não estariam obrigadas a realizar concurso público para a seleção de pessoal. A própria minuta em consideração reza, no parágrafo único, do dispositivo transcrito, que "a exigência do artigo não se aplica à contratação de serviços técnicos profissionais especializados, às locações de serviços, aos cargos de confiança e aos serviços contratados, ou por prazo determinado ou pelo prazo previsto para o término do trabalho objeto da contratação"[802]. Ao sequer definir o que se entende por "serviços técnicos profissionais especializados" e ao remeter ao "Manual de Recursos Humanos" da instituição a fixação dos procedimentos seletivos de admissão de

---

[799] FERRAZ, Luciano. Lei de responsabilidade fiscal e terceirização de mão-de-obra no serviço público. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 4, jul., 2001. p. 12. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 10 ago. 2007.

[800] FERRAZ, Luciano. Lei de responsabilidade fiscal e terceirização de mão-de-obra no serviço público. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 4, jul., 2001. p. 16 e 21 (destaques do original). Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 10 ago. 2007.

[801] BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado. Secretaria da Reforma do Estado. **Organizações sociais**. 5. ed. Brasília: MARE, 1998. p. 71. (Cadernos MARE da reforma do Estado, 2).

[802] BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado. Secretaria da Reforma do Estado. **Organizações sociais**. 5. ed. Brasília: MARE, 1998. p. 72. (Cadernos MARE da reforma do Estado, 2).

pessoal (art. 43), o modelo referenciado confirma o temor da fuga ao princípio do concurso público (expressão de outros princípios, tais o da impessoalidade e o da moralidade), com todos os consectários.

Ademais, no campo da atuação das organizações sociais, dois temas exsurgem com particular relevo: a flexibilidade do uso dos recursos públicos por essas instituições (em tal quadro, consideradas, fundamentalmente, as discussões relativas à exigibilidade de licitação) e a responsabilidade pelos danos causados a terceiros em razão de ação ou omissão imputável à entidade. Passa-se a tal análise.

Nos termos do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, é dispensável a licitação para fins de "celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão"[803]. Eis mais uma norma de constitucionalidade duvidosa, especialmente frente à regra do inciso XXI, do art. 37, da CF/88. Já antes se apontou que referido dispositivo está sendo discutido no Supremo Tribunal Federal, sem que tenha havido, ainda, um posicionamento definitivo sobre sua conformidade com a Carta Magna, mas já havendo decisão em medida cautelar no sentido de sua constitucionalidade. Portanto, está em pleno vigor, agora com a chancela do STF, em sede de provimento acautelatório. À primeira vista, o preceito em comento parece apontar para o fato de que os bens, servidores e recursos públicos destinados às organizações sociais, através de contrato de gestão, poderão ser direcionados à prestação de serviços para o próprio Estado. Conseguintemente, o ente estatal remuneraria as tarefas executadas pelos seus próprios servidores e com emprego de recursos orçamentários, em novo aporte de verbas. Entretanto, assim não enxerga Marçal JUSTEN Filho, para quem "é pacífico que, após selecionada uma organização social e avençado o contrato de gestão, os futuros contratos de prestação de serviços serão realizados diretamente", de modo que "a questão [sobre a qual versa o dispositivo em questão] está na contratação que dará origem às demais"[804]. O autor desvincula, por assim dizer, a organização social do contrato de gestão,

---

[803] BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. In: MEDAUAR, Odete (org.). **Coletânea de legislação administrativa e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 675.

[804] JUSTEN Filho, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**.11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 267. Parece seguir no mesmo caminho PEREIRA Júnior, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública**. 6. ed.rev.atual.ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 297-299. Também FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor. **Interesse Público**, v. 7, n. 34, nov./dez., 2005. p. 103: "A celebração de convênios, contratos de gestão ou termos de parceria para viabilizá-lo [o fomento do terceiro setor] não necessita de prévia licitação, haja vista a ausência de competição entre os administrados nesse campo. Afinal, tal como o poder público, o terceiro setor tem por meta o alcance do interesse público". Esse último autor ainda comenta (na nota n. 80, do seu trabalho): "É plenamente compreensível a apreensão de vários setores da doutrina quanto às prerrogativas e privilégios especiais que a legislação em vigor reconhece para algumas entidades do terceiro

partindo do pressuposto de que, diante da existência de várias entidades privadas qualificadas como organizações sociais, interessadas na execução dos serviços ofertados pelo Estado para a prestação por particulares (aberta a possibilidade de competição), deve-se, necessariamente, realizar procedimento licitatório, para a escolha da que firmará o contrato de gestão correspondente, tudo em respeito aos postulados da isonomia e da indisponibilidade dos interesses sob tutela estatal. Mais que isso, a constatação da existência de um único possível prestador apenas poderia se verificar com a ampla publicidade dada pelo Estado ao propósito de subscrição de contrato de gestão com uma organização social.

Diversa é a posição de outros teóricos, diante da vinculação necessária que a lei estabeleceu entre organização social e contrato de gestão. Comentando o art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, o Ministro Augusto Sherman CAVALCANTI, do TCU, ao lado de se reportar a conclusões como a de que "estão [as organizações sociais] mais associadas à transformação, induzida e orientada pelo Poder Público, de entidades estatais preexistentes do que à iniciativa própria de particulares", sublinhou que o objeto da contratação é a prestação de serviços (não a execução de obra ou a efetivação de compras), mas apenas aqueles que constam no contrato de gestão, asseverando ele, em complementação, que "esse nosso posicionamento encontra eco na doutrina em geral, conforme trechos que transcrevo abaixo":

> 'O objeto é necessariamente prestação de serviços referente a uma atividade que consta do contrato de gestão. (...)
> Importa assinalar que o objeto não é o contrato de gestão, mas um serviço, uma atividade, um trabalho. Esse guarda pertinência com o contrato de gestão e com a finalidade da Organização Social.' [FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação Direta sem Licitação. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 522/523]
> 'Tal condição implica que a Organização Social contratada possa ter capacidade de vir a prestar um serviço para algum órgão governamental – diverso daquele com quem mantenha o contrato de gestão – mas que seja um serviço que faça parte das atividades contidas no referido contrato. Parece só poder ser assim, pois, com o próprio órgão com o qual celebrou o contrato de gestão, pressupõe-se que os serviços contidos no referido contrato não venham ser objeto de nova contratação.' [CITADINI, Antonio Roque. Comentários e jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas. 3. ed. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1999, p. 215][805].

Comunga-se com as conclusões da segunda percepção, principalmente por se ver, como regra, no modelo da lei das organizações sociais, uma visceral imbricação entre

---

setor (organizações da sociedade civil de interesse públicos e organizações sociais). Todavia, os argumentos empregados para se reconhecer inexigibilidade de licitação para os convênios são adequados para justificá-la para os termos de parceria e contratos de gestão. Ademais esses negócios jurídicos têm o mesmo regime jurídico dos convênios [...]".

[805] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 421/2004-Plenário. Processo nº 019.027/2003-3. Brasília, DF, 14 de abril de 2004. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

qualificação como organização social e subscrição de contrato de gestão, não se realizando concretamente aquela sem o amplo e substancial aporte permitido com esse ajuste. Em outras palavras, o inciso XXIV, do art. 24, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, não rege a escolha pela Administração Pública de organização social, com a qual vai se firmar contrato de gestão, porque, segundo o sentido da Lei nº 9.637/98, a organização social apenas nasce efetivamente com a disponibilização consignada no ajuste de gestão. Ademais, mesmo que se admita, em interpretação variante da lei, a possibilidade de preexistência de várias instituições qualificadas como organizações sociais, a norma de regência, no caso, é a do art. 37, XXI, da Carta Magna, a teor da própria expressão literal do inciso XXIV, em comento, que pressupõe exame de "atividades contempladas em contrato de gestão". O preceito insculpido no art. 24, da Lei nº 8.666/93, assim, dirige-se, em verdade, a permitir a contratação, com dispensa de licitação, de organizações sociais, já vinculadas ao Estado através de anterior contrato de gestão, por outras entidades públicas, diversas da dos seus laços institucionais iniciais representados pelo contrato referenciado.

E, dissertando sobre essa última perspectiva, não se tem posição cristalizada – ao menos na doutrina e, pelo menos, até antes da primeira definição do STF, em sede de medida cautelar de ação direta de inconstitucionalidade –, situando-se, alguns – dentre os quais a autora deste trabalho –, pela desconformidade com o Texto Constitucional; acenando, outros, pela perfeita harmonia do dispositivo com a Carta Magna; e havendo, ainda, quem se posicione pela constitucionalidade condicionada ao perfazimento de determinadas características.

CARVALHO Filho esposa o entendimento de que a dispensa de licitação focou não o próprio contrato de gestão, mas sim "o contrato de prestação de serviços, visando ao cumprimento de atividades ligadas àquele primeiro ajuste", sendo plenamente compreensível pelo fato de que "vinculando-se o Estado à organização social para os fins não-econômicos por ele alvitrados, não haveria mesmo espaço para que licitasse entre terceiros os serviços decorrentes do contrato, visto que tais serviços são justamente aqueles para os quais a organização social é direcionada". O mesmo autor completa o raciocínio: "Quanto ao contrato de gestão em si, a dispensa de licitação decorre do próprio sistema implantado na lei reguladora e espelha corolário natural desse tipo de negócio jurídico", ou seja, não haveria como se exigir licitação diante do caráter social do ajuste e do propósito de instalação de parceria, sendo, a Administração Pública, "livre para escolher a organização social com a qual

celebrará o contrato"[806]. A questão, contudo, se se permite o aparte, vai além da simples natureza da prestação, parecendo essencial a verificação de quem melhor poderá prestar serviço dessa índole.

FORTINI, por outro lado, entende que "a constitucionalidade do referido art. 24, inciso XXIV, da Lei nº 8.666/93, está condicionada à não cobrança de contraprestação por parte das organizações sociais", haja vista que esse diferencial permite apartar a organização social das demais instituições "igualmente atuantes em determinada área", de modo que, "se esta não é a situação, seria inadmissível conferir tratamento diferenciado à organização social". A autora vai além, expressando que a hipótese legal, em questão, se aproximaria do enunciado que descansa no inciso VIII, do mesmo art. 24, embora as organizações sociais não integrem a Administração Pública Indireta, mormente por convenção teórica, "mas o espírito que alimenta os dispositivos é o mesmo: não faz sentido realizar licitações se há entidade auxiliar do ente público capaz de desenvolver a atividade"[807].

A violação da Constituição é enxergada à medida que a dispensabilidade não se assenta numa justificativa plausível, a dizer, centrada em considerações de razoabilidade, além de ir de encontro às razões proclamadas para um novo modelo de Administração Pública, mais respeitosa da capacidade produtiva da sociedade civil, com "publicização" das atividades até então concentradas na esfera estatal.

O art. 37, XXI, da CF/88, define:

> XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações[808].

Comentando-o, José Afonso da SILVA sublinha que "ao retirar ou permitir que se retire da órbita do princípio uma parcela da realidade normada, o constituinte acabou por dar a essa parcela, ou casos excepcionados ou passíveis de serem excepcionados, um valor

---

[806] CARVALHO Filho, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 17.ed.rev.ampl.atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 225.

[807] FORTINI, Cristina. Organizações sociais: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face dos danos causados a terceiros. **Interesse Público**, n. 8, n. 38, jul./ago., 2006. p. 119.

[808] BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. In: MANNRICH, Nelson (org.). **Consolidação das Leis do Trabalho, Código de Processo Civil, legislação trabalhista e processual trabalhista, legislação previdenciária e Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 51.

especialmente destacado”[809]. Tal ressalva constitucional, contudo, não autoriza ao legislador infraconstitucional esvaziar o princípio da licitação, de modo que nem todas as exceções inseridas ou que se venha a inserir no art. 24 devem ser reputadas automaticamente permitidas pelo Texto Constitucional. Celso Antônio Bandeira de MELLO observa que “a dispensa contempla hipóteses em que a licitação seria possível; entretanto, razões de tomo justificam que se deixe de efetuá-la em nome de outros interesses públicos que merecem acolhida”[810]. Diante dessas considerações, e partindo do pressuposto de que a dispensa de licitação não é para subscrição de contrato de gestão, mas de contratos de prestação de serviços coadunáveis com os constantes do referido contrato de gestão que torna possível a própria instalação das organizações sociais, bem como anotando-se, indiferentemente, a (in)exigibilidade legal de gratuidade para as organizações sociais, é certo que ao permitir ao Estado dispensar o procedimento licitatório e firmar liame com entidade que já goza de forte subsídio estatal é repudiar a tese do estímulo à sociedade civil, que permeou os debates de construção do projeto de “publicização”, tratando desigualmente pessoas atuantes no âmbito privado (portanto, não cabendo comparação com o inciso VIII, do art. 24, da Lei nº 8.666/93), prestadoras de serviços de mesma índole, além de vilipendiar o princípio da seleção da melhor proposta de realização. Dito de outro modo, com a força de um exemplo, não se mostra amparada constitucionalmente a situação em que duas instituições da iniciativa privada, sem fins lucrativos, prestadoras, ambas, de serviços equivalentes no campo educacional, uma das quais tenha sido qualificada de organização social, sejam tratadas desigualmente, para favorecer a organização social, já fortemente fomentada pelo Poder Público – na verdade, inexistente sem tal suporte –, em detrimento da instituição particular sem título de organização social, mas que, comprovadamente, ostentasse um histórico de relevantes serviços prestados à comunidade, em especial de atendimento aos necessitados, e a capacidade de desenvolver a contento, ou muito melhor que a organização social, as atividades contratadas. É certo que, se o programa em que se inserem as organizações sociais tem por norte a mobilização da sociedade civil, ela será mantida na marginalidade, sem acesso a benefícios estatais, na medida em que favorecidas, sob a invocação de seu caráter social, entidades criadas por indução governamental, como se as verdadeiras entidades da sociedade civil também não tivessem um nítido caráter social, até mais saliente. Conclui-se, tal momento de análise, com a constatação de MELLO, de que, mais uma vez, caracteriza-se “a

[809] SILVA, José Afondo da. **Comentário contextual à Constituição.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 345.
[810] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 506-507.

revelação de que o Executivo – e sua 'Reforma Administrativa' – tem horror dos mecanismos moralizadores da licitação e que busca, por todos os meios, escapar o quanto possa da Lei 8.666, de 21.6.83"[811].

Ainda no campo da licitação, é de se verificar o regime disposto na lei para a contratação de bens, serviços e obras pelas organizações sociais, o que é algo distinto do que até aqui se estudou sobre o tema. Nos termos da Lei nº 9.637/98, a organização social deve possuir regulamento próprio "contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações [...]"[812], não havendo que se falar em ampla flexibilidade de uso dos recursos públicos, mesmo porque se trata de dinheiro público e, portanto, submetido às determinações legais (que não podem ser afastadas por normas de hierarquia inferior) e à rigoroso controle, que, no caso federal, é empreendido particularmente pelo TCU, inclusive no que toca às organizações sociais. Sublinhe-se que, embora não esteja referida, na lei das organizações sociais, a Lei nº 8.666/93, não se dispensam a existência e a observância de norma, ainda que diferenciada, mais simples, regendo os procedimentos de contratação pelas organizações sociais, que não deixam, pois, de ser licitatórios, devendo, essa regência, se pautar nos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, dentre outros explícitos ou implícitos, tradicionalmente invocados em se tratando de licitação. Acresça-se, em corroboração à obrigatoriedade de licitação, que, mesmo quando a Administração Pública firma convênios com pessoas jurídicas de direito privado, exige-se que as entidades privadas que venham a executar as atividades conveniais ou promovam despesas em relação a elas com os recursos transferidos, para tanto, pelo ente público, cumpram as regras da Lei nº 8.666/93, segundo reza a Instrução Normativa nº 01/97, da Secretaria do Tesouro Nacional, com a modificação implementada por norma de mesma categoria nº 03/2003. Segundo Juarez FREITAS, "vai daí que seja misto o regime das organizações sociais, porquanto, no plano das regras, revela-se dominantemente de direito privado, mas, no plano mais alto das diretrizes do sistema, a superioridade pertence aos princípios juspublicistas"[813].

Em continuação, é importante deitar algumas posições acerca do relevante tema da responsabilidade civil. Quando se discorre sobre a responsabilidade civil do Estado, alguns

---

[811] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 170.

[812] BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. In: MEDAUAR, Odete (org.). **Coletânea de legislação administrative e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 829-830.

[813] FREITAS, Juarez. As organizações sociais: sugestões para o aprimoramento do modelo federal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 140, out./dez., 1998. p. 136.

pontos são curiais: a) a responsabilidade civil do Estado é objetiva, por determinação do § 6º, do art. 37, da CF/88, de modo que basta a existência de uma ação ou omissão – embora, parte minoritária da doutrina, como MELLO[814], referencie que, em caso de postura omissiva, a responsabilidade civil passa a ser do tipo subjetivo –, de um prejuízo e do nexo de causalidade entre esses dois elementos, impondo-se o dever de reparar; b) essa responsabilidade não se configura e, portanto, não há obrigação indenizatória, quando o dano deriva de culpa exclusiva da vítima ou decorre de caso fortuito ou força maior, sem qualquer possibilidade de previsão e prevenção estatal; c) sendo, a Administração Pública, obrigada a indenizar, o servidor público que diretamente ocasionou o prejuízo patrimonial ao Erário, responderá, regressivamente, desde que tenha agido com culpa (responsabilidade subjetiva). De se perquirir, portanto, se tais caracteres têm aplicabilidade em relação às organizações sociais que, com seu agir, lesionem o direito de algum cidadão. Revela também importância verificar a posição do Estado-fomentador em relação à eventual incapacidade financeira da organização social de arcar com a reparação fixada.

FRANÇA aduz que, como as organizações sociais do modelo brasileiro prestam serviços públicos sociais, então, submetem-se ao mesmo regime jurídico da responsabilidade do Estado. Argumenta, outrossim, que, nesse contexto, o Estado teria responsabilidade subsidiária, "devendo o mesmo recompor as perdas e danos injustamente sofridos pelo prejudicado, se os bens do ente privado forem insuficientes para ressarci-lo, uma vez que esse ente não integra a Administração indireta", ou seja, "não há espaço para responsabilidade solidária, se o terceiro setor atua em nome próprio e por sua conta e risco"[815]. No entanto, esse autor também realça a posição de Sílvio Luís Ferreira ROCHA, para quem se configura a responsabilidade solidária do Estado, quando o ato danoso é praticado por servidor público cedido à organização social[816]. FORTINI menciona também a sujeição das organizações sociais à regra da responsabilidade civil objetiva, a partir da conclusão da inviabilidade de ruptura total com o regime publicístico[817]. Em estudo específico, VIEIRA sustenta que: a) em caso de dano decorrente da execução de serviços de interesse público (nos quais se convertem, por substitutividade, os serviços públicos, assim entendidos os prestáveis pelo

[814] Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2005.
[815] FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor. **Interesse Público**, v. 7, n. 34, nov./dez., 2005. p. 104.
[816] Cf. ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor.** São Paulo: Malheiros, 2003. p. 164. (Temas de direito administrativo, 7).
[817] FORTINI, Cristina. Organizações sociais: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face dos danos causados a terceiros. **Interesse Público**, n. 8, n. 38, jul./ago., 2006. p. 121.

Estado) pela organização social, ela responderá objetivamente, por analogia ao § 6º, do art. 37, da CF/88; b) nesse, e apenas nesse, contexto, o Estado responderá subsidiariamente, não tendo responsabilidade no toante a atos que não digam respeito restritamente à prestação do serviço originariamente titularizado pelo Estado e repassado à instituição privada; c) a responsabilidade solidária do Estado, por depender de disposição expressa de lei, apenas se corporifica em relação à figura do fiscalizador, que não cumpre a obrigação de, frente a irregularidades ou ilegalidades na utilização dos recursos públicos disponibilizados às organizações sociais, não dá ciência dos fatos ao Tribunal de Contas da União (no respeitante a verbas federais) e ao Ministério Público, salientando-se que, apesar dessa última instituição apenas estar referida na lei das organizações da sociedade civil de interesse público (como destinatário dessas informações), sua função institucional abarca as organizações sociais. Frente a essa pluralidade de compreensões, impõe-se firmar uma posição. Que a responsabilidade, das organizações sociais, como prestantes de serviços públicos em substituição ao Estado, é, nesse tocante, objetiva, não há dúvida, pois, segundo o § 6º, do art. 37, da CF/88, não são apenas as pessoas jurídicas de direito público que respondem objetivamente pelos prejuízos ocasionados aos administrados, mas também as pessoas jurídicas de direito privado às quais é atribuída a prestação de serviços públicos, ainda que sob a designação disfarçada de serviços de interesse público, numa delegação atípica. Ademais, a princípio, a responsabilidade do Estado por danos causados pelas organizações sociais, na realização das atividades “delegadas” pelo Estado à entidade privada, é subsidiária, porquanto é de se exigir o esgotamento do patrimônio da instituição privada para que se possa alcançar patrimonialmente o Estado. O problema está no fato de que, como já se salientou inúmeras vezes, as organizações sociais, de regra, passam a existir, em termos concretos, quando firmado o contrato de gestão, através do qual são disponibilizados dinheiro público e bens públicos, esses últimos, consoante modelo de contrato de gestão divulgado no âmbito governamental, cedidos, em caráter precário, a título de permissão de uso, cabendo à organização social “mantê-los e deles cuidar como se seus fossem, restrito o uso e destinação à consecução das finalidades traçadas [...] e observados os objetivos e metas previstos [...]”, sendo possível, ainda, que os bens imóveis cedidos sejam, mediante prévia avaliação e expressa autorização da entidade supervisora (órgão estatal), “alienados e substituídos por outros de igual ou maior valor, condicionado a que os novos bens integrem concomitantemente, mediante termo de doação expresso, o patrimônio sob administração da

entidade supervisora"[818]. Tem-se, portanto, prevalecente – ao que parece –, uma confusão patrimonial – para dizer o mínimo, pois não raras vezes, o patrimônio da organização social coincidirá com o conjunto de bens cedidos pelo ente público –, que torna salutar, para garantir a proteção dos administrados, a presença, no pólo passivo de eventual ação de responsabilização, com pedido de indenização pelos prejuízos, da organização social e do ente público a que aquela estiver umbilicalmente atrelada, com efeitos similares aos que se admite com a aplicação da teoria da despersonalização da pessoa jurídica (*disregard doctrine*), consagrada no art. 50, do novel Código Civil, já que tanto se fala em aplicação do regime jurídico de direito privado, com superação das normas de direito público.

Por fim, é de se notar que, assim como acontece com as empresas governamentais, como as empresas públicas e as sociedades de economia mista, as organizações sociais, por serem consideradas entes privados de cooperação, não gozam das prerrogativas processuais inerentes à Fazenda Nacional, ou seja, não têm prazos processuais diferenciados, não têm direito à intimação pessoal, não ensejam decisões exigentes do duplo grau de jurisdição obrigatório e não vêem a quitação de seus débitos dependerem da expedição de precatório requisitório na forma do art. 100, da CF/88. Nesse sentido, merece referência o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 349377/PR, tendo por Relator o Ministro Celso de MELLO, com julgamento publicado em 28 de fevereiro de 2003. Contudo, mais uma vez, o hibridismo das organizações sociais, a confusão patrimonial, que alguns chamam "promiscuidade"[819], ou mesmo "contaminação"[820], especificamente no que respeita ao fato de funcionaram, fundamentalmente, mediante aporte de dinheiro público, torna sustentável a tese de que eventuais condenações, a serem suportadas com recursos públicos (*id est*, advindos dos cofres públicos fazendários), exigirão a submissão ao processamento mediante precatório.

Como se depreende, o relacionamento entre a organização social e o Estado – que "deve ter fundamento numa ética de solidariedade e numa ética do serviço"[821] – é regido,

---

[818] BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado. Secretaria da Reforma do Estado. **Organizações sociais**. 5. ed. Brasília: MARE, 1998. p. 59. (Cadernos MARE da reforma do Estado, 2).

[819] VIOLIN, Tarso Cabral. Peculiaridades dos convênios administrativos firmados com as entidades do terceiro setor. **Revista Zênite**, ILC – Informativo de Licitações e Contratos, v. 13, n. 143, jan., 2006. p. 21. V. estudo mais detalhado do mesmo autor: VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública**: uma análise critica. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

[820] MOREIRA, Egon Bockmann. Terceiro setor da Administração Pública. Organizações sociais. Contrato de gestão. **Revista de Direito Administrativo**, n. 227, jan./mar., 2002. p. 313.

[821] MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil – as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 9, dez., 2001. p. 10. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 09 fev. 2006

sobretudo, pelas disposições constantes de contrato de gestão, que será analisado no próximo tópico.

### 1.5. O contrato de gestão e as incumbências do Estado.

É através do contrato de gestão – similar ao contrato de programa francês[822] (não se confunda com o contrato de programa trazido com a Lei brasileira nº 11.107, de 06.04.2005) – que se aperfeiçoa juridicamente o relacionamento entre o Estado e as organizações sociais.

Através dele, firmam-se duas posturas: a do poder público, como "fomentador" da iniciativa particular, subsidiando-a com dotações orçamentárias, bens e servidores públicos; e a da pessoa jurídica de direito privado, certificada como organização social, como "colaboradora" do Estado, no fornecimento de serviços sociais, cumprindo as metas de desempenho definidas nos prazos ajustados. As aspas que se empregou neste parágrafo inicial se justificam para acentuar que, em termos práticos, considerada a hipótese mais plausível, segundo se consegue extrair da lei de regência (as organizações prestando-se a designar pessoas jurídicas de direito privado criadas, por induzimento governamental, para a quase imediata assunção de atribuições estatais exercitadas por entes públicos em extinção), o fomento se materializa em verdadeira condição de funcionamento das organizações sociais e a colaboração dos particulares é termo que pretende enfeitar a supressão das iniciativas estatais.

Governamentalmente, o contrato de gestão é identificado como "um compromisso institucional" firmado entre o Estado, através de um dos seus ministérios, e uma entidade não-estatal qualificada como organização social (ou, então, entre o Estado e um ente estatal qualificado como agência executiva, objeto esse que não interessa diretamente aos fins deste trabalho, embora mereça breves anotações, a título de cotejo), sendo que, "por parte do Poder Público contratante, o contrato de gestão é um instrumento de implementação, supervisão e avaliação de políticas públicas, de forma descentralizada, racionalizada e autonomizada, na medida em que vincula recursos ao atingimento de finalidades públicas", e, no tocante às organizações sociais, "o contrato de gestão se coloca como um instrumento de gestão

[822] Cf. CHAPUS, René. **Droit administratif general**. 4. ed. Paris: Montchrestien, 1988, t. 1.

estratégica, na medida em que direciona a ação organizacional, assim como a melhoria da gestão, aos cidadãos/clientes beneficiários de determinadas políticas públicas"[823].

Importante que se diga, a partir desses esclarecimentos iniciais, que, não obstante haja, atualmente, uma tendência a se associarem os contratos de gestão com as organizações sociais (mesmo porque, pela redação legal, essas apenas se realizam concretamente com os estímulos constantes dos contratos de gestão, ou, como diz MOREIRA, de modo menos radical, o "contrato de gestão torna-se uma conseqüência óbvia e quase que inarredável da qualificação de uma pessoa jurídica como Organização Social"[824]), o fato é que esses instrumentos têm sido manejados já há algum tempo e com outros sujeitos envolvidos.

Nesse sentido, nota-se que o Programa de Gestão das Empresas Estatais, instituído através do Decreto nº 137, de 27.05.91, trouxe em seu bojo o contrato de gestão como forma de relacionamento da Administração central com empresas estatais (da Administração Indireta), sem que sobre tal ajuste houvesse qualquer linha no Texto Constitucional. Os primeiros contratos de gestão com base no decreto em questão foram celebrados com a Companhia Vale do Rio Doce (Decreto sem número, de 10.06.92) e a Petrobrás (Decreto nº 1.050, de 27.01.94), tendo sido concebidos, de acordo com o Governo, como forma de eximir essas empresas dos entraves burocráticos da Administração, garantindo-lhes maior autonomia administrativa, financeira e empresarial, e, pois, aumento da eficiência e da competitividade. Analisando a sistemática então adotada, o TCU entendeu que o mencionado instrumento não desobrigaria as empresas estatais "do cumprimento de preceitos constitucionais e legais pertinentes à espécie", quais sejam: realização de concurso público para fins de seleção e admissão de pessoal (art. 37, II, da CF/88); observância do limite máximo fixado no art. 37, XI, da Constituição, no tocante à remuneração de dirigentes e servidores; feitura de licitação na contratação de obras e serviços, aquisição e alienação de bens (art. 37, XXI, da CF/88 e Lei nº 8.666/93); prestação de contas ao Tribunal de Contas[825]. Esclarece Maria Sylvia Zanella DI PIETRO que os decretos em referência, ao ampliarem a autonomia das empresas públicas à custa do afastamento das regras legais de controle da atuação dos entes componentes da Administração Pública, teriam subvertido a hierarquia das normas, haja vista que, sendo a matéria de controle estabelecida por lei, não poderia esta ser

---

[823] BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado. Secretaria da Reforma do Estado. **Organizações sociais**. 5. ed. Brasília: MARE, 1998. p. 36. (Cadernos MARE da reforma do Estado, 2).

[824] MOREIRA, Egon Bockmann. Terceiro setor da Administração Pública. Organizações sociais. Contrato de gestão. **Revista de Direito Administrativo**, n. 227, jan./mar., 2002. p. 316.

[825] Cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 3.518/94-9. Brasília, DF, 02 de fevereiro de 1994. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

derrogada por decreto do Poder Executivo[826]. Em outro vértice, contudo, Marcos Juruena Villela SOUTO assevera que o contrato de gestão permitiria a dispensa de controle prévio por parte do Poder Executivo em relação a alguns atos de administração empresarial (relativos a recursos humanos; contratação de operações de crédito, empréstimo e financiamento; planejamento e orçamento; cessão de ativos), de tal sorte que:

> tem como finalidade incrementar a eficiência e a competitividade da Administração Pública, de modo que se aproxime do regime das empresas privadas, para uma melhor consecução do interesse público; tem como metas a redução de controles e outros fatores que impossibilitem ou dificultem a flexibilidade das ações das empresas estatais, e desde o início fixa os resultados pretendidos, de forma que sejam periodicamente aferidos. Enfim, pretende a modernização das empresas estatais[827].

Quanto ao contrato de gestão instaurado, ainda sem qualquer parâmetro na Constituição, pela Lei nº 8.246/91, que criou o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, visou, de acordo com o TCU:

> a restabelecer amplitude mais razoável de liberdade administrativa para o responsável gerir os recursos públicos que lhe são confiados, para que possa executar as atividades que deverão ser devolvidas, com vistas a atingir os objetivos de interesse coletivo, fixados na programação submetida à aprovação dos ministérios competentes, juntamente com o plano orçamentário[828].

Já de 27.05.98 é a Lei nº 9.649, atinente à organização da Presidência da República e dos seus Ministérios, que admitiu, em seus arts. 51 e 52, a qualificação como agência executiva às autarquias e fundações que implementassem dois requisitos, quais sejam, tivessem em andamento um plano estratégico de reordenamento estrutural e desenvolvimentista e celebrassem de contrato de gestão com o Ministério supervisor, o que ensejaria o reconhecimento de maior liberdade de atuação em favor do cumprimento dos objetivos previstos no tempo designado. Segundo MELLO, essa lei restou suplantada pela Lei nº 10.683, de 28.05.2003, mas sem prejuízo dos comandos inscritos nos artigos comentados,

---

[826] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública***:* concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 205-206.
[827] SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização**: privatização, concessões e terceirizações. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 285.
[828] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 14.236/94-0. Brasília, DF, 06 de setembro de 1995. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

por não incompatíveis com a nova regulamentação[829]. Crítico feroz desse modelo, referido autor, sobre o contrato de gestão, advoga:

> [...] 'Contrato de gestão' (com o Ministério supervisor) é, pelo menos até que se edite a lei prevista no art. 37, § 8º, da Constituição, uma figuração juridicamente inconseqüente, um *nada* perante o Direito [...]. Cumpre, entretanto, dizer, com brevíssimas palavras, a que estavam aludindo os mencionados arts. 51 e 52 da Lei 9.649 ao falarem de 'contrato de gestão'.
> [...] Com a expressão 'contrato de gestão' querem mencionar aquilo que, na verdade, não passa de um arremedo de contrato, uma encenação sem qualquer valor jurídico, pelo que se documenta que a Administração Central 'concede' a autarquia ou fundação maior liberdade de ação, isto é, mais autonomia, com a dipensa de determinados controles, e assume o 'compromisso' de repasse regular de recursos em contrapartida do cumprimento por estas de determinado programa de atuação, com metas definidas e critérios precisos de avaliá-las, pena de sanções a serem aplicadas ao dirigente da autarquia ou fundação que firmou o 'pseudocontrato' se, injustificadamente, o descumprir[830].

Ocorre que, como nota ainda MELLO, competências não podem ser objeto de transação, normas legais não podem ser revogadas por ajustes singelos e precários com autoridades supervisoras de autarquias e fundações e normas infralegais – essas respeitantes especificamente aos aspectos organizacionais e funcionais de entidades autárquicas e fundacionais da esfera federal – não podem ser alteradas senão por regras vertidas do Presidente da República ou dos Ministérios, desde que esses atuem enquanto delegatários específicos da autoridade presidencial, de forma que a qualificação como agência executiva, via contrato de gestão, "não leva a nada", servindo, unicamente, a permitir o gozo, por exemplo, do benefício trazido com a Lei nº 9.648, de 27.05.98 (ou seja, o contrato de gestão apenas remete ao cumprimento do comando legal), no respeitante à ampliação dos limites de isenção do dever de licitar para as entidades que receberam a designação em tela (agências executivas)[831]. Em outras palavras, o contrato de gestão pode muito menos do que se tem prometido como próprio dele, o que leva à afirmação de sua inutilidade. Constituindo-se como acordo ou contrato, tendo, por conseguinte, estatura inferior à Constituição e à lei, e diante do princípio da legalidade estrita, não pode alterá-las, não pode desdizê-las, não pode contrariá-las e, conseqüentemente, não pode dispensar exigências constitucionais e legais direcionadas à Administração Pública, sob pena de invalidade, limitando-se a uma repetição.

---

[829] Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 168.
[830] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 169. Segundo o autor, as práticas administrativas, anteriores à EC nº 19/98, sob a forma de contrato de gestão, deveriam ser reputadas inválidas ou impossíveis (p. 212).
[831] Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 169-170.

Percebe-se que a figura em comento, apesar da resistência, foi se enraizando no ordenamento jurídico – nesse tocante, consultem-se também os Decretos nºs 2.335, de 06.10.1997, 2.487 e 2.488, ambos de 26.11.1997, e as Leis nºs 9.276, de 09.05.1996, 9.427, de 26.12.1996, 9.473, de 22.07.1997, 9.482, de 13.08.1997, dentre outros –, especialmente ao forçar sua presença flexibilizadora de "entraves" como instrumental de garantia de uma eficiência, tida por desconhecida pelo então modelo de Estado, em favor dos administrados, buscando, assim, também, angariar a simpatia da opinião pública com as mudanças. De se ter sensibilidade, entretanto, para perceber que as prédicas pela eficiência, quando concretizadas à custa das normas constitucionais e legais, transformarão discricionariedade em arbitrariedade[832], lançando em situação de ainda maior desamparo os cidadãos, com uma agravante: não terão nem mesmo normas jurídicas para invocar em sua proteção.

O fato é que apenas com a Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.98, foi inserida, na Carta Magna, a previsão do contrato de gestão. Dispõe o § 8º, do art. 37, da CF/88, com a modificação referenciada, *verbis*:

> Art. 37. [...]
> § 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:
> I – o prazo de duração do contrato;
> II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades dos dirigentes;
> III – a remuneração do pessoal[833].

Realce-se que esse dispositivo refere-se aos contratos de gestão que podem ser firmados entre a Administração Direta e um órgão administrativo (de validade duvidosa, porquanto órgãos não possuem personalidade jurídica própria[834]) e entre a Administração

---

[832] Sobre essa observação, cf. ESPÍRITO SANTO, Ataliba Pinheiro. As organizações sociais e a reforma administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, n. 230, out./dez., 2002. p. 75-100. Do mencionado autor, a constatação de que "no conjunto da Reforma Administrativa, a Lei nº 9.637/98, ainda que não venha a ser declarada inconstitucional, se mostrou ilegítma, quer porque o poder discricionário nela ínsito dá propositadamente margens à fraude à lei, quer porque, ao invés de discricionariedade, é o arbítrio do administrador público que ela estimula, convindo consignar o fato referente à falta de clareza originária do próprio Plano Diretor, que acabou por tornar pífia a concretização das *organizações sociais*, além de inviabilizar aquela reforma no seu aspecto social" (p. 97 – itálico do original).

[833] BRASIL. Constituição Federal de 1988. In: MEDAUAR, Odete (org.). **Coletânea de legislação administrative e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 53.

[834] "Cria-se, aqui, uma forma de contrato administrativo inusitado entre administradores de órgãos do Poder Público com o próprio Poder Público. Quanto ao contrato das entidades não há maiores problemas, porque 'entidades' são órgãos públicos ou parapúblicos (paraestatais) com personalidade jurídica, de modo que têm a possibilidade de celebrar contratos e outros ajustes com o Poder Público, entendido poder da Administração centralizada. Mas os demais órgãos não dispõem de personalidade jurídica para que seus administradores possam em seu nome celebrar contrato com o Poder Público no qual se inserem. Tudo isso vai ter que ser

Direta e uma entidade da Administração Indireta, ou seja, ajustados no âmbito do público estatal. O contrato de gestão, a ser estipulado com as organizações sociais, pessoas jurídicas de direito privado, com existência na esfera pública não-estatal, encontra embasamento na própria Lei nº 9.637/98, não no preceito constitucional citado. Diferenciando os dois instrumentos, quanto aos seus efeitos, DI PIETRO assinala que "o contrato de gestão, quando celebrado com entidades da Administração indireta, tem por objetivo ampliar a sua autonomia; porém, quando celebrados com organizações sociais, restringue sua autonomia, pois, embora entidades privadas, terão de sujeitar-se a exigências contidas no contrato de gestão"[835].

O contrato de gestão das organizações sociais é definido pelo art. 5º, da Lei nº 9.637/98, como o "instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º"[836]. Consoante dispõe o art. 6º, o documento será, em teoria, elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a organização social – a minuta contrato deverá, na seqüência, ser aprovada pelo conselho de administração da entidade e, após, encaminhada para ser submetida ao Ministério correspondente (parágrafo único, do art. 6º) –, com a discriminação das atribuições, obrigações e responsabilidades de cada uma das partes. Teoricamente, porquanto, pelo modelo substitutivo de mera indução, o contrato de gestão será, ao que tudo indica, simplesmente definido na esfera governamental, contituindo, a ratificação do conselho de administração da organização social, ato *pro forma*. O contrato de gestão deverá especificar o programa de trabalho proposto pela organização social, bem como fixar escopos a serem alcançados e os prazos de execução desses objetivos. Demais disso, deverá prever critérios objetivos de avaliação, destinados à medição do desempenho da organização social e da sua eficiência (quantitativa e qualitativa). Deverá, conter, outrossim, regras sobre a politica remuneratória e de concessão de vatagens de qualquer índole aos dirigentes e empregados da

---

definido pela lei referida no texto. A lei poderá outorgar aos administradores de tais órgãos uma competência especial que lhes permita celebrar o contrato. Veremos como o legislador ordinário vai imaginar isso" (SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 350). A lei mencionada ainda não restou editada. Esse defeito parece impregnar, na visão de alguns autores, também a lei das organizações sociais (cf. MOREIRA, Egon Bockmann. Terceiro setor da Administração Pública. Organizações sociais. Contrato de gestão. **Revista de Direito Administrativo**, n. 227, jan./mar., 2002. p. 317).

[835] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública***:* concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 214. Celso Antônio Bandeira de MELLO diz que são figuras totalmente distintas e inconfundíveis (Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 220).

[836] BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. In: MEDAUAR, Odete (org.). **Coletânea de legislação administrativa e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 830.

organização social. Atente-se para o fato de que poderão, nele, ser inscritas, em sede governamental, outras disposições, consoante autorizado pelo parágrafo único, do art. 7º, da Lei nº 9.637/98, em mais uma penetração do Poder Executivo, tendo em conta não ser exigida nova apreciação do contrato de gestão pelo conselho de administração da organização social, após a inclusão de novas regras pelo Governo, quando em vista do documento. Nesse sentido, salienta MOREIRA:

> Logo, só excepcionalmente o contrato de gestão será 'elaborado de comum acordo', representando uma composição bilateral. Esse característico não o faz parte de sua essência, mas se trata de elemento conjuntural: pode ou não ocorrer. O documento encaminhado ao Ministro de Estado ou à autoridade supervisora da área de atuação é mera sugestão de contrato. Caso se repute que não há mais cláusulas a serem inseridas, permanece o contrato original. Caso contrário, são definidas unilateralmente e incluídas *a posteriori* as claúsulas reputadas convenientes[837].

O Governo lista "cláusulas mínimas" desse acordo, que deveria ser "flexível e dinâmico": objeto ("pactuação de resultados"), objetivos, metas e indicadores, obrigações da contratada, obrigações do poder público contratante, valor a ser alocado, acompanhamento e avaliação de resultados, possibilidade de suspensão para redimensionamento, rescisão, vigência e renovação, publicação no Diário Oficial para efeito de controle social, penalidades, desqualificação (note-se, neste ponto, como o contrato de gestão nasce atrelado à qualificação)[838].

Discute-se a natureza contratual do contrato de gestão. Há os que defendem que, tratando-se de parceria entre público e privado e, portanto, de relação de cooperação, a natureza contratual do ajuste restaria comprometida, na medida em que não estariam envolvidos interesses distintos ou contrapostos, mas sim de ordem comum. Eduardo SZAZI assevera que "essa nova modalidade – embora denominada 'contrato' – é, na essência, um convênio, pois prevê a destinação de recursos a uma entidade sem fins lucrativos controlada pelo Estado, sem estabelecimento de processo licitatório e com distribuição de atribuições que pressupõe mútua cooperação e interesse recíproco"[839]. Em idêntica direção, aponta José dos Santos CARVALHO Filho: "A despeito da denominação adotada, não há propriamente ***contrato*** nesse tipo de ajuste, mas sim verdadeiro ***convênio***, pois que, embora sejam pactos

---

[837] MOREIRA, Egon Bockmann. Terceiro setor da Administração Pública. Organizações sociais. Contrato de gestão. **Revista de Direito Administrativo**, n. 227, jan./mar., 2002. p. 317. Eis mais uma confirmação de que a "Administração Pública pluricêntrica" está, tão-somente, no dircurso (v. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Administração Pública pluricêntrica. **Revista de Direito Administrativo**, n. 227, jan./mar., 2002. p. 131-150).

[838] BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado. Secretaria da Reforma do Estado. **Organizações sociais**. 5. ed. Brasília: MARE, 1998. p. 38-40. (Cadernos MARE da reforma do Estado, 2).

bilaterais, não há a contraposição de interesses que caracteriza os contratos em geral; há, isto sim, uma cooperação entre os pactuantes, visando a ***objetivos de interesses comuns***"[840]. No livro clássico de Hely Lopes MEIRELLES, o contrato de gestão é categorizado como "acordo operacional" de direito público, por não haver interesses contraditórios[841], o que equivale à conclusão pela feição convenial. MOREIRA designa o contrato de gestão de "acordo cooperativo funcionalizado"[842]. Celso Antônio Bandeira de MELLO, por seu turno, além de lamentar a definição disposta na lei para os contratos de gestão, entende que são, "pura e simplesmente 'contratos administrativos', figura jurídica perfeitamente conhecida"[843], conclusão a que também chegam Romeu Felipe BACELLAR Filho[844] e Tarso Cabral VIOLIN[845]. Considerando – o que se tem repetido, insistentemente, ao longo deste trabalho – que, com o intuito extintivo da atuação do Estado, as organizações sociais qualificam instituições criadas por instigação governamental ou, em outro vértice, previamente selecionadas na pluralidade preexistente (se é admitida essa última hipótese, pelo teor da lei), o caráter contratual, **nesse segundo caso** (organizações sociais espontâneas), tenderá, pelo menos à primeira vista, a esvaecer diante da finalidade não-lucrativa que identifica a atuação das organizações sociais (de modo que o objetivo de prestação ótima de serviços públicos sociais teria o condão de equiparar os propósitos perseguidos por elas e pelo Estado, cabendo falar em interesses comuns). No entanto, na prática, mormente a partir da comparação com outras realidades que trazem esse mesmo signo, da atuação sem escopo lucrativo, como as entidades de utilidade pública, vislumbram-se sinuosidades – *ex vi*, por exemplo, das demandas levadas ao Poder Judiciário entre as entidades "conveniadas" – que não permitem afastar peremptoriamente a natureza contratual em comento. Para além desse ponto, que se poderia dizer frágil, porque assentado em constatações fáticas, algumas de difícil prova, tem-se a impossibilidade de caracterização da relação jurídica em causa como convênio, diante, especialmente, do fato de que, nessa segunda perspectiva, não se permite às instituições categorizadas como organizações sociais a livre denúncia do vínculo, sem maiores

---

[839] SZAZI, Eduardo. **Terceiro setor***:* regulação no Brasil. 2. ed. São Paulo: Peiropólis, 2001. p. 109.
[840] CARVALHO Filho, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17. ed.rev.ampl.atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 306 (destaques do original).
[841] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 33. ed.atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 267.
[842] MOREIRA, Egon Bockmann. Terceiro setor da Administração Pública. Organizações sociais. Contrato de gestão. **Revista de Direito Administrativo**, n. 227, jan./mar., 2002. p. 318.
[843] Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 220.
[844] BACELLAR Filho, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 125.
[845] VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública**: uma análise critica. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 260.

conseqüências. Ora, uma das características fundamentais dos convênios é, exatamente, a liberdade de ingresso e de retirada, que, portanto, não gera sanção. De outro lado, **em relação à primeira situação** (organizações sociais artificiais), não há que se falar em contrato, mas também não se pode defender a existência de convênio, simplesmente porque, em termos concretos, há uma única vontade: a da autoridade que extingue a entidade pública, que induz a constituição de uma pessoa jurídica de direito privado e que transfere para ela as atribuições da suprimida segundo as regras que entender convenientes.

Merece ênfase o fato de a Lei nº 9.637/98 ter repetido, como de obrigatória observância pelo contrato de gestão, os princípios que, nos termos da CF/88, regem a Administração Pública, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Poder-se-ia argumentar que nem precisaria tê-lo feito, haja vista a imposição automática em decorrência da estruturação concebida para as organizações sociais. No entanto, diante do laconismo da lei em comento, não se poderia deixar de apontar a relevância da consagração de um parágrafo de princípios. Quanto à eficiência, a menção não se faria imprescindível no corpo da lei – e, por isso, se entende de menor impacto a ausência –, na medida em que esse princípio constituiu mesmo um (senão, o maior) dos motivos apontados como justificadores da instituição das organizações sociais, encontrando-se na base da reforma administrativa, no âmbito da qual as organizações sociais foram concebidas. Ao que parece, entretanto, não ter feito constar, a eficiência, expressamente na lei, pode levar alguns executores mais distraídos a simplesmente olvidá-la. De outro lado, a esse conjunto de princípios, incorporou-se o preceito da economicidade, com vistas a retratar a orientação geral no sentido da modicidade de gastos. De se perscrutar sobre tais despesas.

A obrigação do Estado, no contexto das organizações sociais, concerne ao "fomento". A aprentação do termo entre as aspas em algumas passagens deste trabalho tem a pretensão de ressaltar que não se está diante de fomento, como corriqueiramente entendido no âmbito jurídico, ou seja, como auxílio, incentivo, estímulo, impulso ou apoio (nesse sentido, as organizações sociais teriam condições de se manter, ainda que precariamente, sem o dinheiro público, representando, os benefícios estatais, um complemento, ainda que expressivo). O fomento de que trata a lei em exame tem feição de sustentamento, conservação (isto é, sem os recursos de origem estatal, as organizações sociais não teriam qualquer possibilidade de persistência, mesmo porque antes deles sequer existiriam concretamente, segundo a exegese mais factível do modelo legal). Cumpre analisar as formas pelas quais esse fomento se materializa.

Com a qualificação como organização social, as entidades qualificadas passam, automaticamente, a usufruir as condições de entidades de interesse social e de utilidade pública (art. 11). Além disso, a elas são destinados recursos orçamentários e bens públicos. Quanto aos recursos, é assegurado às organizações sociais "os créditos previstos no orçamento e as respectivas liberações financeiras, de acordo com o cronograma de desembolso previsto no contrato de gestão", podendo, ainda, "ser adicionada aos créditos orçamentários destinados ao custeio do contrato de gestão parcela de recursos para compensar desligamento de servidor cedido, desde que haja justificativa expressa da necessidade pela organização social" (§§ 1º e 2º, do art. 12)[846]. No tocante aos bens, sua destinação às entidades em tela se fará mediante simples permissão de uso, independentemente de licitação, o que já se disse configurar uma aberração, por violação de vários princípios de magnitude constitucional. A propriedade dos bens persiste com o Estado, ainda que, eventualmente, tenha se verificado a permuta, devidamente autorizada e respaldada em prévia avaliação, de bens móveis públicos por outros de igual ou maior valor. Também constitui medida de fomento, nos moldes da lei, a cessão de servidores públicos às organizações sociais, com ônus para a origem, aspecto que expõe a discussão sobre eventual direito dos servidores públicos de prestarem os seus serviços no âmbito de entidades públicas, não podendo ser obrigados a executarem suas atividades na iniciativa privada, não por razão de eventual decesso remuneratório (ao que tudo indica, poderiam, inclusive, ter um acréscimo na remuneração, derivada de algum adicional pelo exercício de funções nas organizações sociais, que, entretanto, sublinhe-se, não se incorporará aos vencimentos, obedecendo-se as normas específicas constantes dos §§ 1º e 2º, do art. 14, da Lei nº 9.637/98[847]), mas por considerações de origem e fundamento do vínculo, respeitando, as primeiras (de origem), ao acesso mediante concurso público para determinado cargo dos quadros de pessoal públicos, e, as segundas (de fundamento), ao fato de estarem incumbidos da prestação de serviços públicos, e não de serviços de interesse público, para usar a terminologia que os defensores do modelo

---

[846] BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. In: MEDAUAR, Odete (org.). **Coletânea de legislação administrativa e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 831.

[847] "Art. 14. [...]/§ 1º Nao será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social./§ 2º Nao será permitido o pagamento de vantagem pecuniária permanente por organização social a servidor público cedido com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria" (BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. In: MEDAUAR, Odete (org.). **Coletânea de legislação administrativa e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 831). No ensejo, observe-se, extraído da mesma fonte citada, o disposto no § 3º, do art. 14: "O servidor cedido perceberá as vantagens do cargo a que fizer jus no órgão de origem, quando ocupante de cargo de primeiro ou de segundo escalão na organização social".

das organizações sociais fazem questão de empregar. Importante considerar, nesse contexto, que a lei referenciada não traz qualquer linha acerca da manutenção das garantias conferidas aos servidores públicos em função do regime estatutário a que se submetam no serviço público, embora essa omissão não permita inferir, segundo aqui se entende, que eles as perderiam uma vez cedidos, porquanto a lei os atrela, ainda que timidamente, à origem. Nesse ponto, é de expressar plena concordância com a posição de MELLO, no sentido da impossibilidade de os servidores públicos serem forçados a trabalhar em instituições privadas, mesmo – e principalmente – quando elas se manifestam de forma maquiada, estruturadas substancialmente sob recursos públicos[848].

Citando como exemplo de fomentação, em nível estadual, tem-se noticiado, em relação ao Porto Digital, a concessão de incentivos fiscais que implicam na redução da alíquota do imposto sobre serviços (ISS), de 5% (cinco por cento) para 2% (dois por cento). Demais disso, também se chegou a conceder isenção de pagamento do imposto sobre a propriedade territorial urbana (IPTU) às empresas que se dispuserem a investir na recuperação dos prédios, especialmente os mais vetustos, que compõem o entorno das dependências do Porto Digital, no coração do Recife Antigo. Não se pode olvidar, outrossim, em relação ao mencionado empreendimento – o de maior envergadura em Pernambuco – o aporte de recursos estaduais, bem como oriundos da iniciativa privada e de instituições financeiras internacionais, em vista do grande interesse inegavelmente existente com o desenvolvimento tecnológico na área de informática[849].

Não se deixe passar, ademais, que a União poderá outorgar os benefícios descritos nos arts. 11 e 12, § 3º, da Lei nº 9.637/98 (ou seja, declaração de entidade de interesse social e de utilidade pública e a destinação de bens mediante cessão de uso independente de licitação), às instituições qualificadas como organizações sociais no âmbito dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, desde que atendidos dois requisitos: seja-lhe conferido tratamento recíproco e a legislação estadual, distrital ou municipal não contrarie as normas federais atinentes à espécie. Resta questionar como a União fará isso, sem ofender a regra do tratamento isonômico entre as unidades da federação (já que, inegavelmente, as medidas têm efeitos extensivos à realidade macro em que inseridas as organizações sociais, especialmente porque, não custa lembrar, elas exercitam serviços à coletividade substitutivamente ao

---

[848] Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 226.

[849] Informações oferecidas pelo Diretor-Presidente do Núcleo de Gestão do Porto Digital. Disponíveis em: <www.estadao.com.br>. Acesso em: 29 abr. 2003.

Estado) e, mais uma vez, relegando os procedimentos licitatórios (especialmente no toante aos bens públicos a disponibilizar).

**1.6. Formas de controle.**

Uma das principais características das organizações sociais concerne à mudança do rumo quanto ao tema controle. De fato, com a implementação das organizações sociais, as preocupações do poder público foram concentradas na eficiência com que as novas entidades deveriam atuar, e não, propriamente, na forma pela qual elas deveriam alcançar os resultados de que se encarregaram (como se fosse possível essa desvinculação, quando se trata da coisa pública). De todo modo, pelo que contém a lei, mais do que os meios de ação, importam, na sistemática das organizações sociais, os fins a serem atingidos. O controle de forma é substituído pelo controle de proveitos. E mais, o controle social aparece com especial conotação nas vozes dos mentores das organizações sociais, ao lado do controle de base estatal (pelo Ministério ou entidade supervisora e pelo Tribunal de Contas da União, no caso de estarem envolvidos recursos federais, esperando-se, outrossim, uma postura diligente do Ministério Público, face às importantes funções que a Constituição Federal lhe outorgou, *ex vi* em particular do art. 129).

Quadra fixar as prescrições da Lei nº 9.637/98, no respeitante à matéria. Note-se que, tanto o contrato de gestão é uma derivação necessária da qualificação como organização social, que, quando se fala de controle, em sede da lei das organizações sociais, tal se subsume fundamentalmente à fiscalização do contrato de gestão. Assim, também, no manual editado pelo Governo, nos termos do qual se aponta para o relevo do acompanhamento e da avaliação do ajuste de gestão, processo que envolve, fundamentalmente, apresentação de relatórios parciais e anuais, mensuração institucional e auditorias, isto é, impõe um acompanhamento contínuo (não simploriamente *a posteriori*)[850], o que é absolutamente pertinente frente ao volume de recursos públicos que estarão envolvidos.

A responsabilidade direta pela fiscalização da execução do contrato de gestão é do órgão ou entidade supervisora da área de atuação da organização social. A organização social deverá, nos termos do § 1º, do art. 8º, da lei, apresentar ao Poder Público, ao final de cada exercício ou sempre que solicitado, em face do interesse público, relatório concernente à

[850] Cf. BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado. Secretaria da Reforma do Estado. **Organizações sociais**. 5. ed. Brasília: MARE, 1998. p. 42. (Cadernos MARE da reforma do Estado, 2).

execução do contrato de gestão, com o cotejo entre as metas propostas e os resultados alcançados (inclusive em série histórica) e com a prestação de contas do exercício financeiro. É o chamado relatório de desempenho, cuja periodicidade ideal, para os parciais, pode ser trimestral ou quadrimestral, segundo interpretação autêntica, ou seja, expedida pelo Governo, além da obrigatoriedade de divulgação de relatório anual (de final de exercício)[851]. É óbvio que, a despeito dessa sugestão de periodização, nada impede a verificação em intervalos menores, sobretudo no início da execução do contrato de gestão.

Os resultados apresentados serão, respeitada a periodicidade, avaliados por comissão indicada pelo órgão ou entidade supervisora, e, uma vez procedida à análise, deverá ser expedido relatório conclusivo pela referida comissão (§§ 2º e 3º, do art. 8º, da Lei nº 9.637/98). Particular realce é de ser dado à exigência legal consistente no fato de que a comissão de avaliação deve ser integrada por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação. Com essa determinação, uma das únicas que se manifestam úteis – se pudesse ser vista isoladamente e se realmente se concretizasse –, a norma legal cumpriu dupla função: a) por um lado, tem-se a possibilidade de evitar que o relatório em apreço se converta em mera formalidade, o que ocorreria se à avaliação não fosse conferido caráter técnico; b) por outro lado, traduz, de certo modo, a idéia de controle de resultados, mesmo porque esses apenas poderiam ser identificados por profissionais com conhecimento da área. Dúvidas existem quanto à concretização dessa norma, mesmo porque é de conhecimento corrente o alargamento que a Administração Pública normalmente confere a expressões como "notória capacidade".

Frise-se que "os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária" (art. 9º)[852]. Essa regra tem a vantagem de diminuir a possibilidade de posturas omissivas da Administração Pública, no que também guarda coerência com a natureza dos recursos materiais envolvidos. Sublinhe-se, ademais, o importante papel que desempenha a Corte de Contas, em relação às organizações sociais, a teor do art. 71, da CF/88, valendo ressaltar o Programa Educacional Diálogo Público,

---

[851] Cf. BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado. Secretaria da Reforma do Estado. **Organizações sociais**. 5. ed. Brasília: MARE, 1998. p. 43. (Cadernos MARE da reforma do Estado, 2).

[852] BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. In: MEDAUAR, Odete (org.). **Coletânea de legislação administrative e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 830-831.

especificamente do ano de 2006, em sede do qual o TCU promoveu uma série de encontros abertos para debater o terceiro setor.

Por fim, o art. 10 determina que os responsáveis pela fiscalização, nas hipóteses em que o exigir a gravidade dos fatos e o interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, se dirijam ao Ministério Público, à Advocacia Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira, perante o Poder Judiciário, segundo a lei processual civil, "a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público"[853]. CARVALHO Filho corrige a nomenclatura disposta na lei, no sentido de que não se trata propriamente de seqüestro, mas sim de arresto, pois, "no caso, não há qualquer bem determinado que constitua objeto de litígio; há, ao contrário, a preocupação de cautela do Estado em relação a eventual e futura necessidade de promover a ação com vistas à recuperação dos recursos mal geridos"[854]. A essa postulação pode se juntar pleito de quebra de sigilo bancário e fiscal, que, advirta-se, deve deixar de ser visto como algo anômalo ou excepcional, passando a ser manejado como importante instrumento de investigação, que pode resultar, inclusive, na formação de prova favorável aos acusados. Com as medidas tomadas, inviabilizada a continuação das atividades pela organização social, o Estado deve passar a prestá-las, sem solução de continuidade, porquanto se está tratando de serviços públicos de marcante essencialidade.

Ainda a título de controle externo, pode ser previsto um calendário de auditorias, a serem efetivadas pela Secretaria Federal responsável e pelo Tribunal de Contas da União, cuidando-se de verbas federais.

Ao Conselho de Administração, de outro ângulo, em sede de controle interno, cabe também fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, inclusive com auxílio de auditorias externas, explicitamente previstas na lei (art. 4º, X, da Lei nº 9.637/98).

Finalmente, o principal tipo de controle que se diz buscar instituir é o controle social – em superação ao controle do tipo burocrático –, consubstanciado, em especial (sem esquecer o acompanhamento por parte dos cidadãos que estão fora da estrutura das

---

[853] BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. In: MEDAUAR, Odete (org.). **Coletânea de legislação administrative e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 831.

[854] CARVALHO Filho, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17. ed.rev.ampl.atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 307.

organizações sociais), na participação de representantes da sociedade civil nos conselhos de administração das organizações sociais (mas, é mister realçar que não se garantiu sequer a seleção desses representantes entre os usuários dos serviços exercitados pelas organizações sociais[855]). Teoricamente, o controle social teria o condão de aproximar as políticas sociais das necessidades efetivamente sentidas pela comunidade, bem como seria instrumento de cobrança de eficiência e transparência. Na prática, contudo, algumas questões se impõem, a exemplo das que seguem: "qual o alcance da participação social nas decisões estratégicas afetas às políticas sociais?" e "até que ponto a participação de membros da comunidade no Conselho é suficiente para o exercício efetivo da participação e do controle social ?"[856].

É fato que a sociedade civil não participa do núcleo estratégico do Estado – e nenhuma mudança se propôs em relação a isso –, bem como é certo que raríssimas vezes, ela é chamada diretamente a decidir sobre alguma matéria, embora a Constituição preveja explicitamente instrumentos democráticos (como o plebiscito), de modo que a sociedade, provavelmente, não interferirá na formulação de planos de ação, que já chegarão prontos e acabados[857]. Assim, a participação da sociedade civil foi limitada, especificamente nas organizações sociais, ao âmbito de organismos de execução, e, nesse degrau, ainda deve ser levada em conta a possibilidade de influenciação social na condução das políticas públicas. Entrementes, essa capacidade de direção pressupõe entendimento e liberdade que, por sua vez, dependem de acesso à educação e à formação profissional e de ausência ou neutralização de forças de manipulação da vontade dos representantes da comunidade, aspectos que, no Brasil, ainda não se apresentam minimamente concretizáveis, em vista dos poderosos influxos dos elementos econômico e político, aos quais tudo parece ceder, criando-se, inclusive, um universo de impunidade. A doutrina, discorrendo acerca da idéia da democracia participativa, não deixa de apontar distorções, resultantes de um histórico de patrimonialismo e

---

[855] Cf. ERHARDT, Manoel. As organizações sociais. **Revista ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, n. 1, jan., 2001. p. 177 (quando se reporta a NASSUNO, Marianne. Organização dos usuários, participação na gestão e controle das organizações sociais. In: PETRUCCI, Vera; SCHWARTZ, Letícia (org.). **Administração Pública gerencial**: a reforma de 1995: ensaios sobre a reforma administrativa brasileira. Brasília: UNB; ENAP, 1999. p. 151-167).

[856] BARRETO, Maria Inês. As organizações sociais na reforma do Estado brasileiro. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (org.). **O público não-estatal na reforma do Estado.** Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 133.

[857] Nesse sentido, por exemplo, recentemente, Ministro de Governo, analisando, na televisão, o fato da invasão, por movimento popular constituído, preponderantemente, de trabalhadores rurais, de área em que iniciados os trabalhos de transposição do Rio São Francisco, asseverou que estava disposto a "dialogar", mas para, dizendo de logo, manter a posição governamental em todos os seus termos, exceto se os rurícolas trouxessem simplesmente estudo fundado com opção viável de modificação do projeto técnico. Como diria CHOMSKY, embora referindo-se aos Estados Unidos, "o povo pode ter suas opiniões; pode até mesmo votar, mas a

clientelismo: "[...] a idéia de que a participação em órgãos deliberativos e consultivos é uma oportunidade para o conselheiro granjear a simpatia das autoridades e, até, quem sabe? – futuramente conseguir alguma vantagem em proveito próprio"[858].

É com perplexidade que se vê o Governo demandar por participação e controle populares, sem garantir aos cidadãos condições mínimas de subsistência e de esclarecimento, quando essas é que tornam possível aquela, pois nenhum faminto conseguirá ter forças para fazer sua voz ouvida em assembléias com "garantida" composição popular, e poucas pessoas mantidas na ignorância da falta do ensino regular terão condição de ler ou de compreender o detalhamento de muitos projetos públicos. O mais correto seria inverter o processo (ou, no mínimo, estabelecer a simultaneidade de suas fases): o Estado forma os cidadãos, educa-os – "[...] cidadão vox ou ludens, que vocalize direito ou seja capaz de produzir e extrair sempre novos significados pelo uso criativo das linguagens"[859] –, e, então, a eles repassa uma tal responsabilidade, palavra essa que deve ser destacada, pois o que se está vendo concretizar é a possibilidade de o Governo responsabilizar a sociedade civil pelo insucesso dos novos modelos de gestão "abertos", haja vista que, consoante será destacado, cumpriu a sua função democrática de "assegurar" a participação popular, inclusive para fins de fiscalização. Na verdade, a invocação da sociedade civil pelos teóricos reformistas, situando-a ao lado do Estado, como colaboradora, está servindo a apagar toda a vivacidade que o conceito retrata, a minimizar dela o discurso por mudança, a desfigurar o sentido plural. Essas considerações, para muitos, especialmente para os defensores da reforma, serão taxadas de autoritárias e anti-democráticas, mas se espera que, para outros tantos, possam ser admitidas como preocupação com os rumos que se vê tomados, com o desamparo dos cidadãos, transformados em "clientes" ou "consumidores"[860], e com o descaso com a coisa pública, que sofre um processo de privatização para satisfazer unicamente as tendências individualizadoras, para as quais o Estado a extinguir é, exatamente, o que buscava realizar, mesmo sem exclusão da iniciativa privada, o cumprimento de sua função social, especialmente na forma de prestação de

---

orientação política continua a mesma, determinada por outras forças" (CHOMSKY, Noam. **Segredos, mentiras e democracia**: entrevistas a David Barsalian. Tradução de Alberigo Loutron. Brasília: UNB, 1999. p. 35).

[858] BORGES, Alice Gonzalez. Democracia participativa. Reflexões sobre a natureza e a atuação dos conselhos representativos da sociedade civil. **Fórum Administrativo**: direito público, n. 57, nov., 2005. p. 6375.

[859] ZAIDAN, Michel. **Pernambuco falando para o mundo** (ensaios sobre educação, multiculturalismo, globalização, teoris e história). Recife: Livro Rápido, 2004. p. 69.

[860] Mesmo porque "homens e mulheres percebem que muitas das perguntas próprias dos cidadãos – a que lugar pertenço e que direitos isso me dá, como posso me informar, quem representa meus interesses – recebem sua resposta mais através do consumo privado de bens e dos meios de comunicação de massa do que pelas regras abstratas da democracia ou pela participação coletiva em espaços públicos" (CANCLINI, Nestor García. **Consumidores e cidadãos**: conflitos multiculturais da globalização. Tradução de Maurício Santana Dias. 6. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006. p. 29).

serviços públicos sociais (em particular, saúde, educação e assistência aos miseráveis). Que os cidadãos prefiram exigir que o Estado cumpra sua missão institucional, ao invés de aderirem ao caudal do individualismo brutal.

# Capítulo 2. As organizações da sociedade civil de interesse público.

> "Mas tudo isso ainda se trata de política? A confusão acerca do *lobby* reside no fato de se acreditar que o interesse geral irá nascer naturalmente do confronto honesto de interesses particulares./Atualmente o sistema americano protege muito bem os interesses privados, ele consegue até proteger interesses públicos, desde que estes interessem a um grupo particular, por exemplo o *lobby* das fundações. Não está equipado para trazer à tona um interesse geral, quer dizer o interesse da coletividade inteira considerada como grupo" (GUÉHEMO, Jean-Marie. **O fim da democracia**: um ensaio profundo e visionário sobre o próximo milênio. Tradução de Howard Maurice Johnson e Amaury Temporal. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999. p. 31-32).

## 2.1. Legislação. A Lei nº 9.790, de 23.03.1999.

As organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIP, que se podem dizer "meninas dos olhos" do Programa Comunidade Solidária, foram criadas, no âmbito federal, pela Lei nº 9.790, de 23.03.1999 (comumente chamada Nova Lei do Terceiro Setor), que, por sua vez, foi regulamentada pelo Decreto nº 3.100, de 30.06.1999. Na Exposição de Motivos nº 20, de 23.07.1998, que acompanhou o projeto de lei das OSCIP, lê-se:

> No Brasil, como em toda parte, o Terceiro Setor – não-governamental e não-lucrativo – coexiste hoje com o Estado (primeiro setor) e com o mercado (segundo setor), mobilizando um volume crescente de recursos e energias para iniciativas de desenvolvimento social. Essa multiplicação de iniciativas privadas com sentido público é um fenômeno recente, massivo e global. O protagonismo dos cidadãos e de suas organizações rompe a dicotomia entre público e privado, na qual público era sinônimo de estatal e, privado, de empresarial. A expansão do Terceiro Setor dá origem, portanto, a uma esfera pública não-estatal.
> As características do Terceiro Setor são a espontaneidade e a diversidade. [...] Hoje o conceito de Terceiro Setor é bem mais abrangente. Inclui o amplo espectro das instituições filantrópicas, dedicadas à prestação de serviços nas áreas da saúde, educação e bem-estar social. Compreende também as organizações voltadas para a defesa dos direitos de grupos específicos da população, como mulheres, negros e provos indígenas, ou de proteção ao meio ambiente, promoção de esporte, cultura e lazer. Além disso, engloba as experiências de trabalho voluntário, pelas quais cidadãos exprimem sua solidariedade através da doação de tempo, trabalho e talento para causas sociais.[861]

OSCIP e organizações sociais carregam, portanto, a marca originária de serem títulos decorrentes do processo de reformulação do Estado Administrante, especialmente

[861] Trecho extraído de BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 14.334/1999-2. Brasília, DF. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006. Também citado por BOUDENS, Emile. **Terceiro setor**: legislação. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000. p. 26-27.

pelos discursos de emergência do terceiro setor. A semelhança pára, contudo, nesse contexto de nascimento, a par de algumas normas jurídicas constantes das leis das organizações sociais e das OSCIP assemelharem-se, em termos redacionais, a essas se estendendo as observações já formuladas em relação àquelas. De toda sorte, são gritantes as diferenças[862] entre os dois títulos, bastando dizer, para começar, que as organizações sociais têm cunho nitidamente desnatural, enquanto as OSCIP materializam realidades espontâneas de manifestação social, bem como que as organizações sociais destinam-se, por regra, a substituir o ente estatal na prestação de serviços públicos, extinguindo-o, ao passo que as OSCIP não têm por pressuposto ou por conseqüência a supressão de instituições públicas[863]. Entretanto, sintomaticamente, enquanto a lei das organizações sociais é mais permissiva e menos rigorosa (até lacunosa), a lei que regulou as OSCIP parece mais austera e minunciosa (embora traga preceitos criticáveis ou mantenha algumas omissões), o que contrasta com as teorias que serviram a fundamentar o projeto brasileiro do "terceiro setor oficial", de enaltecimento da sociedade civil, pois, enquanto nas organizações sociais, de regime, em tese, mais flexível e de acesso a vultosos investimentos públicos, a sociedade civil está obliterada pelo artificialismo, nas OSCIP, os vivos movimentos populares estão submetidos a maiores exigências e fazem jus à, comparativamente, parca ajuda estatal[864].

No Estado de Pernambuco, as organizações da sociedade civil de interesse público foram previstas na Lei nº 11.743, de 20.01.2000, que segue, basicamente, o modelo federal. Dentre as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, já qualificadas com esse título, em Pernambuco, tem-se: Agência do Crédito (Decreto nº 25.151, de

---

[862] Fala-se em "abissais diferenças" (BRAGA, Luziânia C. Pinheiro. Organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs) – Promoção e construção de (novos) direitos e assessoria jurídica de caráter suplementar. **Fórum Administrativo**: direito público, n. 57, nov., 2005. p. 6396).

[863] Há até quem discorde da pertinência dessa distinção, asseverando que "as OSCIPs, assim como as organizações sociais, também são qualificadas para assumirem atividades estatais, com o intuito de fuga ao regime jurídico administrativo. Exemplificativamente, muitos Municípios acabam repassando atividades que antes eram executadas diretamente pela Administração Pública para entidades qualificadas como OSCIPs, escapando do concurso público e da realização de licitação, praticando, inclusive, terceirização ilícita" (VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública**: uma análise crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 216). Aqui, diversamente, entende-se que a diferenciação é válida, pelo menos em termos legislativos, haja vista o teor das leis correspondentes, sendo que a lei das organizações sociais, explicitamente, reporta-se à substitutividade, ao passo que a leis das organizações da sociedade civil de interesse público não traz esse traço, pelo menos de forma explícita e abstratamente considerada.

[864] Sobre esse auxílio, em investigação pelo TCU, constatou-se que "a aplicação prática da Lei nº 9.790/99 apresenta níveis crescents de certificação de OSCIPs, mas níveis de formalização de termos de parceria, em quantidade física e em volume de recursos financeiros envolvidos, considerados insignificantes se comparados à situação dos convênios no país. Destarte, conclui-se que o impacto real da nova lei sobre as contas públicas é insignificante" (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1777/2005-Plenário. Relator Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, 09 nov. 2005. p. 03. Disponível em <https:// contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento ?qn=1&doc=28&p=1&templ>. Acesso em: 10 abr. 2006.).

29.01.2003), IATEC - Instituto de Apoio Técnico Especializado à Cidadania (Decreto nº 25.652, de 15.07.2003), Instituto Maurício de Nassau (Decreto nº 25.767, de 22.08.2003), ONG Pedra D'Água (Decreto nº 25.790, de 27.08.2003), IDSTP - Instituto do Desenvolvimento Social e do Trabalho de Pernambuco (Decreto nº 25.791, de 27.08.2003), CADES - Centro de Ação Administrativa e Desenvolvimento Social e Urbano (Decreto nº 26.209, de 09.12.2003), IMA-PE - Instituto da Moda do Agreste de Pernambuco (Decreto nº 26.267, de 08.01.2004), Fundação Alice Figueira de Apoio ao IMIP (Decreto nº 26.751, de 24.05.2004), Instituto Mandacaru de Desenvolvimento Sócio-Econômico (Decreto nº 26.792, de 01.06.2004), AJUDE - Aliança de Justiça para uma Urbanização Democrática (Decreto nº 26.982, de 03.08.2004), DSHT - Desenvolvimento Social Humano e Tecnológico (Decreto nº 26.981, de 03.08.2004), SERTA - Serviço de Tecnologia Alternativa (Decreto nº 27.266, de 26.10.2004) e CEDENE - Centro de Desenvolvimento do Nordeste (Decreto nº 27.306, de 11.11.2004)[865]. Em 2005, mais nove instituições foram qualificadas.

Segundo dados do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, naquele ano (2005), foram repassados R$ 7.286.719,18, para as OSCIP existentes com termos de parceria, sendo que, nem os órgãos públicos parceiros comprovaram o acompanhamento dos termos de parceria, nem a ARPE (Agência Reguladora dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco) ou a PROGESTÃO (Programa de Modernização da Gestão Pública do Estado de Pernambuco) promoveram fiscalização e avaliação dos instrumentos de fomento mencionados. Não por outra razão, o TCE/PE, em parecer prévio sobre as contas do governo estadual, exercício de 2005, recomendou, ao lado do aperfeiçoamento do "processo de qualificação das OSCIPs observando, em seus estatutos, a necessária menção à legislação estadual sobre a matéria, assim como uma definição precisa das suas atribuições", o acompanhamento e a apreciação dos termos de parceria pelos órgãos públicos parceiros e pela ARPE[866].

Em 2006, quando foram qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público pernambucanas mais catorze entidades, a situação, em termos de controle, permaneceu praticamente a mesma, segundo o TCE/PE, com o diferencial de que as verbas disponibilizadas pelo Estado às OSCIP aumentaram. De fato, em função de termos de parceria, saíram dos cofres públicos estaduais R$ 9,8 milhões, e para a prestação de serviços pelas OSCIP – sem licitação, saliente-se –, mais de R$ 26 milhões, totalizando R$ 36

[865] Mais dados sobre a carteira estadual de OSCIP, cf. www.sare.pe.gov.br/terc_setor.
[866] Cf. PERNAMBUCO. Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. **Parecer prévio sobre as contas do governo estadual**: exercício 2005. Recife. Disponível em: <www.tce.pe.gov.br>. Acesso em: 15 set. 2007.

milhões, montante que, percentualmente, se insere no 0,47% (zero vírgula quarenta e sete por cento) das despesas totais, sendo essa a parcela que o Estado destina às transferências para as entidades sem fins lucrativos. Note-se que, embora a expressão percentual se mostre pequena, se comparada com outros tipos de gastos, a quantidade de recursos liberada tem relevância como dinheiro público, impondo atenção em relação ao seu uso, para que ele possa atender ao seu fim próprio. Nesse ponto, a Corte de Contas do Estado de Pernambuco nota que os órgãos parceiros não acompanharam suficientemente a execução dos termos de parceria, desconsiderando, inclusive, a Resolução TC nº 0020/2005 (que dispõe sobre as organizações sociais e as OSCIP, regulamentando a prestação de contas dessas entidades ao Poder Público)[867], bem como que a ARPE observou, e ainda deficientemente, apenas alguns termos de parceria, não tendo a Controladoria Estadual emitido qualquer relatório, nem a PROGESTÃO avaliado qualquer dos instrumentos firmados com as OSCIP pernambucanas. Em seu relatório prévio sobre as contas governamentais do exercício 2006, o TCE/PE recomendou que se evitasse contratar OSCIP sem a assinatura de termo de compromisso e, quando ela tivesse que ser contratada, que isso decorresse de processo licitatório; que fosse indicado um órgão central destinado à consolidação das informações dos responsáveis pelo controle das atividades desempenhadas pelas OSCIP; que delas se exigisse a prestação de contas, que não estaria ocorrendo, com violação à Lei nº 11.743/2000; que, para efeito de escolha da OSCIP a firmar termo de parceria com o Estado, fosse publicado edital de concurso de projetos, como imposto, inclusive, pela Lei nº 12.973/2005, que alterou a Lei nº 11.743/2000; que se enfatizasse o controle pela ARPE, em relação a essas entidades[868]. Vê-se, pois, que a regra tem sido o descontrole.

**2.2. Definição.**

As organizações da sociedade civil de interesse público são, a exemplo das organizações sociais, pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, assim qualificadas pelo Poder Público. Destarte, correspondem, de igual maneira, a um título que será outorgado em face do preenchimento dos requisitos prescritos pela Lei nº 9.790/99.

---

[867] Cf. PERNAMBUCO. Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. Resolução TC nº 0020, de 21 de setembro de 2005. Disponível em: <www.tce.pe.gov.br/resolucao-virtual/2005/r202005.htm>. Acesso em: 11.05.2007.

[868] Cf. PERNAMBUCO. Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. **Parecer prévio sobre as contas do governo estadual**: exercício 2006. Recife. Disponível em: <www.tce.pe.gov.br>. Acesso em: 30 set. 2007.

Um dos requisitos é que as entidades interessadas na qualificação não possuam fins lucrativos. Minúcia, que não constou de forma explícita da lei das organizações sociais – está incrustrada na alínea b, do inciso I, do art. 2º, da Lei nº 9.637/98 –, mas a essas se aplica, dado o seu caráter generalizador, é a concernente à expressão sem fins lucrativos, conceituada no § 1º, do art. 1º, da Lei nº 9.790/99:

> Considera-se sem fins lucrativos 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[869].

Anote-se que essas instituições podem ter resultados positivos, podem gerar rendas, excedentes operacionais, mas eles devem ser destinados, exclusivamente, a reinvestimento, e essa reinversão deve se dar em favor das atividades relacionadas com o objeto social, sempre para otimizá-las, alargando o alcance quantitativo e qualitativo de sua atuação.

Ademais, a qualificação de OSCIP apenas se confere às entidades cujos objetivos sociais tenham pelos menos uma das finalidades enumeradas no extenso (a amplitude do dispositivo, realmente, chama a atenção) rol do art. 3º, da lei (enumeração que dá corpo ao que se entende como atividade de interesse público, pelo menos para efeito de qualificação como organização da sociedade civil de interesse público), observado, em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, ou seja, a abrangência da comunidade como um todo, não se coadunando com o instituto o alcance restrito a uma determinada categoria de pessoas ou a um número limitado de beneficiários:

> I – promoção da assistência social[870];
> II – promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico[871];

---

[869] BRASIL. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. In: MEDAUAR, Odete (org.). **Coletânea de legislação administrativa e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 835.

[870] Assim entendida enquanto envolvendo as atividades previstas no art. 3º, da Lei Orgânica de Assistência Social (segundo o art. 6º, I, do Decreto nº 3.100/99). Cf. BRASIL. Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999. In: FERRAREZI, Elizabete. **OSCIP**: saiba o que são as organizações da sociedade civil de interesse público. Brasília: Agência de Educação para o Desenvolvimento, 2002. p. 73. Note-se o que reza o art. 204, da CF/88: "Art. 204. As ações governamentais na área de assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:/I – descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; II – participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis" (BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 111).

III – promoção gratuita[872] 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[873] e promoção do desenvolvimento sustentável;
VII – promoção do voluntariado[874];
VIII – promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à probreza;
IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito[875];
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[876] alternativas, promoção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo[877].

---

[871] Sobre a matéria, merece transcrição o art. 215, *caput*, da CF/88: "O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentovará a valorização e a difusão das manifestações culturais". Especialmente: "Art. 216. [...]/§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro [...]" (BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 114 e 115).

[872] Promoção gratuita: "prestação de serviços mediante financiamento com recursos próprios". Recursos próprios: "não são considerados recursos próprios aqueles gerados pela cobrança de serviços de qualquer pessoa física ou jurídica, ou obtidos em virtude de repasse ou arrecadação compulsória". Ademais, "o condicionamento da prestação de serviço ao recebimento de doação, contrapartida ou equivalente não pode ser considerado como promoção gratuita do serviço" (art. 6º, II, e §§ 1º e 2º, do Decreto nº 3.100/99). Cf. BRASIL. Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999. In: FERRAREZI, Elizabete. **OSCIP**: saiba o que são as organizações da sociedade civil de interesse público. Brasília: Agência de Educação para o Desenvolvimento, 2002. p. 73. Sobre a questão da gratuidade, rememorem-se as considerações acerca do tema, no que toca às organizações sociais, segundo as quais se viu interpretação no sentido de que a não-lucratividade não se confundiria com gratuitidade, admitindo-se, *prima facie*, portanto, a existência de instituições que, embora não lucrativas, cobrassem pela prestação dos seus serviços, garantindo-se, contudo, um quatitativo de atendimentos gratuitos. No caso das organizações da sociedade civil de interesse público, contudo, acredita-se que seus mentores deixaram menos margem às dúvidas, tanto que, opondo as OSCIP a outras certificações (utilidade pública e CEBAS), diferenciaram as primeiras pelo fato de os serviços serem "apenas gratuitos", ao passo que nas entidades de utilidade pública e beneficentes de assistência social, os serviços seriam "gratuitos ou pagos" (FERRAREZI, Elizabete. **OSCIP**: saiba o que são as organizações da sociedade civil de interesse público. Brasília: Agência de Educação para o Desenvolvimento, 2002. p. 50-51 – sem esquecer que a autora da obra referida foi Assessora de Interlocução Política do Conselho da Comunidade Solidária do Governo Fernando Henrique Cardoso).

[873] As OSCIP da área ambiental poderão gerir unidades de conservação, nos termos da Lei nº 9.985/2000 e do Decreto nº 4.340/2002. Segundo o art. 225, *caput*, da CF/88, "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" (BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 117-118).

[874] Importante assinalar a existência da Lei nº 9.608/98, regendo o trabalho voluntário.

[875] As OSCIP da área de sistemas alternativos de crédito (microcrédito) não se sujeitam à Lei da Usura e ao limite da taxa de juros de 12% (doze por cento) ao ano, de conformidade com a MP nº 2.172/2001.

[876] De conformidade com o art. 218, da Carta Magna, "o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica" (BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 115).

[877] BRASIL. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. In: MEDAUAR, Odete (org.). **Coletânea de legislação administrativa e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 835-836.

Para não deixar dúvidas, a lei ressaltou, inclusive, o sentido que se pretendeu atribuir à determinação de que, para fins de qualificação, as entidades deveriam se dedicar às atividades especificadas no mencionado art. 3º: "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" (parágrafo único, do art. 3º)[878].

A Lei da OSCIP também foi cuidadosa – e até mesmo tautológica – quanto à enumeração (art. 2º) das pessoas que não poderiam ser assim qualificadas, ainda que desempenhassem as atividades listadas no art. 3º, acima transcrito. Sociedades comerciais, sindicatos, instituições religiosas, partidos políticos, entidades de benefício mútuo, hospitais e escolas privados não gratuitos, entidades que comercializam planos de saúde, cooperativas, fundações públicas, organizações creditícias vinculadas ao Sistema Financeiro Nacional, bem como fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas, não podem ser qualificados como OSCIP. De igual modo, as organizações sociais não podem receber o título de OSCIP, ou seja, a mesma instituição privada não pode deter, concomitantemente, os títulos de organização social e OSCIP.

A qualificação como OSCIP também está condicionada à posse, pelas pessoas jurídicas, de estatutos que contenham disposições obrigatórias, nos moldes em que detalhado na norma de regência (art. 4º, da lei em referência). Assim, os estatutos não podem prescindir de determinação no sentido de que sejam observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência. Note-se que, em relação à lei das OSCIP – diferentemente da lei das organizações sociais –, constou referência expressa ao princípio da eficiência, a tal verificação se aplicando a observação anteriormente lançada em relação às organizações sociais. Demais disso, os estatutos deverão trazer em seu bojo: a adoção de práticas de gestão administrativa dirigidas a refrear atuações voltadas ao patrocínio de interesses pessoais[879]; a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, que a lei determinou seja "dotado de compentência para opinar sobre os relatórios de

---

[878] BRASIL. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. In: MEDAUAR, Odete (org.). **Coletânea de legislação administrativa e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 836.

[879] Benefícios ou vantagens pessoais, para esse efeito, são os obtidos: "I - pelos dirigentes da entidade e seus cônjuges, companheiros e parentes colaterais ou afins até o terceiro grau;/II - pelas pessoas jurídicas das quais os mencionados acima sejam controladores ou detenham mais de dez por cento das participações societárias" (incisos do art. 7º, do Decreto nº 3.100/99). Cf. BRASIL. Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999. In: FERRAREZI, Elizabete. **OSCIP**: saiba o que são as organizações da sociedade civil de interesse público. Brasília: Agência de Educação para o Desenvolvimento, 2002. p. 73.

desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade"[880]; a previsão de transferência do patrimônio líquido para outra OSCIP (preferencialmente com o mesmo objeto social), na hipótese de dissolução[881]; a previsão de transferência a outra OSCIP do acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que qualificada estava a pessoa jurídica que vier a perder a qualificação; as normas de prestação de contas a serem observadas (garantindo-se obediência aos princípios de contabilidade e às Normas Brasileiras de Contabilidade, ampla publicidade, realização de auditorias e prestação de contas de conformidade com o que determina o parágrafo único, do art. 70, da CF/88, e sem olvidar a dicção dos arts. 11 e 19, do Decreto nº 3.100/99, que, respectivamente define prestação de contas e impõe a realização de auditoria independente, quando os recursos percebidos em função de termo de parceria (ou de termos de parcerias somados[882]) forem iguais ou superiores a R$ 600.000,00).

Além disso, os estatutos das entidades interessadas deverão prever a "possibilidade [note-se que é uma faculdade] 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" (art. 4º, VI)[883]. No dispositivo em questão, nota-se, afora o incentivo à maior dedicação do profissional, em virtude da previsão de remuneração (como se dá nas organizações sociais), uma aparente cautela em relação aos parâmetros que serão considerados com vistas à determinação do *quantum* remuneratório. Diferentemente do que se vislumbra da lei das organizações sociais, cujas amarras se mostram mais frouxas e os conceitos com maior grau de indeterminação, a lei das OSCIP expressamente estabelece que a remuneração dos dirigentes – sendo esses apenas os que atuem de modo efetivo na gestão executiva – e do pessoal que prestar serviços específicos

[880] BRASIL. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. In: MEDAUAR, Odete (org.). **Coletânea de legislação administrativa e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 837.

[881] Sendo regra especial, não tem aplicabilidade no caso das OSCIP a norma do art. 61, do novo Código Civil (especialmente no que prevê a devolução de valores aos associados no respeitante ao montante com que contribuíram), em vista do princípio segundo o qual a lei especial prevalece em detrimento da normativa de caráter geral. Assim, ou a entidade atende à determinação própria do inciso IV, do art. 4º, da Lei nº 9.790/99, ou não poderá ser qualificada como OSCIP.

[882] Pois "é possível a vigência simultânea de um ou mais Termos de Parceria, ainda que com o mesmo órgão estatal, de acordo com a capacidade operacional da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público" (art. 16, do Decreto nº 3.100/99). Cf. BRASIL. Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999. In: FERRAREZI, Elizabete. **OSCIP**: saiba o que são as organizações da sociedade civil de interesse público. Brasília: Agência de Educação para o Desenvolvimento, 2002. p. 75.

deve ser compatível com os realizados no mercado. Já é um diferencial, em termos de controle, dada a possibilidade de aferição, mediante pesquisa de preços, para evitar o uso licencioso do dinheiro público. Isso, em se comparando a regra com a permissibilidade que impregna a lei das organizações sociais, em que a definição dos valores caberá ao Poder Executivo. Ainda assim, o cuidado é reputado, por algumas vozes, insuficiente. VIOLIN, sobre a questão, opõe o posicionamento de Augusto FRANCO, favorável ao preceito sobre a remuneração (por colocar um fim à "hipocrisia institucionalizada"), ao de José Eduardo Sabo PAES, para quem o termo "valor de mercado" seria de tal modo vago que ensejaria perigosa discricionariedade[884]. Equipe de auditoria do Tribunal de Contas da União teve visão diferenciada, mas próxima da segunda posição, de acordo com o que se apreende do trecho do relatório que segue transcrito:

> Em uma análise inicial, se a filosofia da lei é aumentar a publicização (ampliar o caráter de público sem ser estatal), o critério não deve ser o privado, mas sim o público; logo, o pagamento de pessoal salário não deveria ser comparado com os salários de mercado, mas sim com os salários da Administração Pública. Em um exame mais detalhado desta questão, verifica-se que haveria certa dificuldade da implantação deste limite lógico e legítimo na lei por dois motivos. Primeiro, porque não há necessariamente isonomia salarial na Administração Pública desde o início da vigência da Emenda Constitucional nº 19/98, o que dificulta às OSCIPs eleger um padrão de comparação. Segundo, porque não seria a princípio legal fazer, mediante qualquer meio, inclusive contrato, convênio ou parceria, pagamento de pessoal com cargo ou emprego particular que exercesse atribuições também previstas para cargo ou emprego público, pois haveria forte possibilidade de ser configurada terceirização de atividade-fim, prática inquinada pela jurisprudência deste Tribunal por contrariar o mandamento constitucional do concurso público (CF/88, art. 37, II). Portanto, de acordo com o princípio da moralidade, se esta previsão de pagamento de pessoal continuar vigente, pode e deve ser acompanhada por limitação, nesta lei das OSCIPs, para que os vencimentos máximos de cargo ou emprego, pagos a qualquer título pela OSCIP com recursos governamentais, não sejam superiores aos vencimentos máximos do cargo de Presidente da República[885].

Cumpre notar, no entanto, que o Tribunal de Contas da União não chancelou essa impressão, concluindo no sentido da juridicidade do art. 4º, VI, da Lei nº 9.790/99, e, portanto, da suficiência da expressão "valores praticados no mercado". Com isso, os órgãos responsáveis pela fiscalização, quando firmado termo de parceria, deverão ter particular cuidado na conferência desse item, realizando pesquisa de preços, com pelo menos duas

---

[883] BRASIL. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. In: MEDAUAR, Odete (org.). **Coletânea de legislação administrativa e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 836.

[884] VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública**: uma análise crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 212-213.

[885] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1777/2005-Plenário. Relator Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, 09 nov. 2005, p. 03. Disponível em <https:// contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento ?qn=1&doc=28&p=1&templ>. Acesso em: 10 abr. 2006.

fontes consultadas, e respeitadas as especificidades da área da atividade desenvolvida, para chegar a uma média que se possa designar de praticada no mercado.

Em continuação, cumpre sublinhar a discussão atinente à participação de servidores públicos nas OSCIP. Originariamente, o art. 4º, da Lei nº 9.790/99, não trazia parágrafo único, que restou acrescentado pela Medida Provisória nº 37/2002, diploma normativo com força de lei que explicitamente admitiu a possibilidade de que esses agentes compusessem a diretoria das OSCIP. O fato, entretanto, é que tal permissão colidia ostensivamente com a regra do art. 117, X, da Lei nº 8.112/90 (na redação atribuída pela MP nº 2.225-45, de 04-09-2001), que veda terminantemente ao servidor público a participação em gerência ou administração de empresa privada, sociedade civil, exceto em conselhos de administração e fiscal de entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social. Diante da antinomia, a Lei nº 10.539/2002, quando da conversão daquela medida provisória, corrigiu a disposição do parágrafo único, do art. 4º, da Lei das OSCIP, fixando permissão à participação dos servidores públicos na composição apenas do conselho (não da diretoria) da organização da sociedade civil de interesse público, desde que sem a percepção de remuneração ou subsídio a qualquer título. Destarte, de acordo com as orientações disponibilizadas na página institucional do Ministério da Justiça na internet:

> O parágrafo único do art. 4º da Lei nº 9.790/99, cuja observância é obrigatória para qualificação da entidade como OSCIP, não permite a participação de servidores públicos na composição da Diretoria de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, vedada a percepção de remuneração ou subsídio, a qualquer título. Assim, para fazer-se prova desse requisito proibitivo, a entidade deverá apresentar a cláusula no estatuto ou na ata de eleição da atual diretoria; ou ainda declaração de próprio punho dos atuais diretores que, sob pena da Lei, não exercem cargo, função ou emprego público.
> A vedação abrange detentores de cargo efetivo, cargo em comissão, empregados públicos em regime celetista, terceirizados, contratados, agentes políticos. Os aposentados podem ser diretores[886].

## 2.3. Procedimentos.

A qualificação como OSCIP deve ser buscada junto ao Ministério da Justiça (Secretaria Nacional de Justiça/Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e

[886] BRASIL. Ministério da Justiça. Esclarecimentos sobre qualificação como OSCIP. Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 10 jul. 2007.

Qualificação, nos termos da Portaria nº 31 da SNJ, de 20.06.2005, que diz que apenas a SNJ tem competência para os despachos de indeferimento), observando-se as normas da Portaria MJ nº 361, de 27.07.99, através de requerimento, no qual seja demonstrado o cumprimento dos requisitos legalmente exigidos, devendo o pleito ser instruído com cópias autenticadas do estatuto devidamente registrado em Cartório, da ata de eleição da atual diretoria, da inscrição no CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas), da declaração de isenção do imposto de renda (Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ) ou de termo de compromisso de entrega (para as entidades que não tiverem completado seu primeiro exercicio, a despeito de haver quem entenda que instituições com menos de um ano não poderiam postular a qualificação pela impossibilidade de apresentação da declaração referida[887]), bem como de balanço patrimonial e demonstração do resultado do exercício (art. 5º, da Lei nº 9.790/99, e art. 1º, do Decreto nº 3.100/99).

Diferentemente do que se verifica no caso das organizações sociais, o processo de qualificação como OSCIP tem menor carga de discricionariedade (o que não significa perfeição). Tanto o caráter discricionário é menor, que o § 3º, do art. 6º, da Lei nº 9.790/99, determina que o indeferimento do pedido de qualificação (e o Ministério da Justiça tem trinta dias para analisar o requerimento, devendo, em caso de não acatamento, dar ciência da decisão e dos seus fundamentos em quinze dias, através da imprensa oficial) apenas pode se dar em hipóteses bem específicas: se a postulante se enquadrar em um dos casos do art. 2º, da mesma lei; se não forem adimplidos os requisitos impostos nos arts. 3º e 4º, do diploma legal (o § 2º, do art. 1º, fixa que a outorga da qualificação é ato vinculado ao preenchimento dos pressupostos legais); se a documentação exigida pelo art. 5º estiver incompleta. Não se tratando de qualquer dessas hipóteses, a autoridade competente tem o dever de deferir o pedido, fazendo publicar o ato de deferimento no Diário Oficial e emitindo o certificado de qualificação, em quinze dias, a partir da decisão. Comparativamente, pode-se asseverar que, enquanto pela sistemática da lei das organizações sociais, a pessoa jurídica não tem direito subjetivo à qualificação como organização social, ainda que preencha os requisitos legais, pelo regramento determinado na lei das OSCIP, a pessoa jurídica que não se enquadre em nenhuma das situações descritas no já mencionado art. 6º, é titular de direito subjetivo à qualificação. De mais a mais, o indeferimento do pedido de qualificação não obsta novo pleito, que pode ser formulado a qualquer tempo (§ 3º, do art. 3º, do Decreto nº 3.100/99). Traz-se à liça a opinião de FERRAREZI:

---

[887] Essa possibilidade de entrega de termo de compromisso está em BRASIL. Ministério da Justiça.

> Para coibir o poder discricionário do servidor público, assegurar o cumprimento dos critérios e dar rapidez ao deferimento da solicitação, a Lei das OSCIP torna a qualificação automática, já que é ato vinculado ao cumprimento das exigências nela especificadas. Isso representa grande mudança na prática anterior, de vezo cartorial, em que os gestores públicos tinham poder discricionário sobre os pedidos. Inicialmente, isso se revelou muito difícil de ser implantado, já que diminui o poder político da burocracia e institui procedimento incomum na prática dos gestores. O ato vinculado visa impedir o clientelismo e diminuir os custos do processo, ao mesmo tempo que impõe às organizações maior responsabilidade, traduzida pela entrega da documentação correta e cumprimento das exigências legais[888].

Essa qualificação foi permitida, inclusive, como regra de transição, a outras pessoas jurídicas de direito público sem fins lucrativos, certificadas sob outros regimes (como as de utilidade públicas e as beneficentes de assistência social), desde que, obviamente, preenchidos os requisitos específicos, autorizando-se a simultaneidade de certificações, mas apenas pelo período máximo de dois anos a partir da edição da lei (art. 18, da Lei nº 9.790/99, na sua redação original[889]), findo o qual as entidades em tal situação deverão optar por uma das qualificações, interpretando-se, a ausência de opção expressa, como preferência pela detenção da certificação originária, perdendo elas a condição de OSCIP. Sobre essa concomitância de situações, é importante lembrar que as entidades deverão satisfazer as exigências constantes nos diversos regimes nos quais intentarem figurar. Assim, observe-se, por exemplo, que, embora a Lei das OSCIP permita a remuneração dos dirigentes da pessoa jurídica, se a entidade quiser continuar detendo a certificação de utilidade pública ou o CEBAS, por exemplo, não poderá remunerar sua diretoria, já que para esses dois últimos títulos é vedada a remuneração de dirigentes.

Como antes se disse, a lei das OSCIP não está privada de defeitos. Analisando-a, e mais particularmente o art. 6º, § 3º, da Lei nº 9.790/99, equipe técnica de auditoria, formada no âmbito do Tribunal de Contas da União, salientou, dentre outros aspectos, "dois exemplos de exclusão indevidas de controles legais feitos pela Lei nº 9.790/99", referentes "à ausência das seguintes exigências, tanto para a obtenção de Certificado de OSCIP, quanto para a assinatura de Termo de Parceria":

> exigência, prevista pela Lei nº 8.666/93, art. 29, de prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei (inc. III), e de prova de regularidade relativa à

---

Esclarecimentos sobre qualificação como OSCIP. Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 10 jul. 2007.

[888] FERRAREZI, Elizabete. **OSCIP**: saiba o que são as organizações da sociedade civil de interesse público. Brasília: Agência de Educação para o Desenvolvimento, 2002. p. 43.

[889] Esse prazo foi dilatado para cinco anos a partir da lei, pela MP nº 2.216/2001.

> Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei (inc. IV);
> exigência de comprovação de inexistência de débito com o sistema da seguridade social, prevista pela Constituição Federal, Art. 195, § 3º.

E concluiu:

> [...] pode este Tribunal firmar entendimentos [...]:
> sobre a inconstitucionalidade do § 3º do art. 6º da Lei nº 9.790/99, por ausência de exigência de comprovação de inexistência de débito com o sistema da seguridade social, prevista pela Constituição Federal, Art. 195, § 3º;
> sobre a ilegitimidade do § 3º do art. 6º da Lei nº 9.790/99, por ausência de exigência, prevista pela Lei nº 8.666/93, art. 29, de prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei (inc. III), e de prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei (inc. IV)[890];

A constatação foi acatada em parte pelo Pleno do Tribunal de Contas da União, que, conquanto não vislumbrando inconstitucionalidade ou ilegitimidade, decidiu, com invocação da própria lei das OSCIP:

> [...] firmar entendimento no sentido de que previamente à assinatura de Termos de Parceria, deve ser exigida da Oscip interessada em celebrar parceria com o Poder Público, as certidões negativas mencionadas no art. 4º, inciso VII, 'b', da Lei nº 9.790/99, tendo em vista o disposto no art. 195, § 3º, da Constituição Federal[891];

Ressalte-se que, em tentativa moralizadora, a lei impossibilitou que as entidades qualificadas como OSCIP participassem em campanhas de interesse político-partidário ou eleitorais, por qualquer forma, sendo certo que o desrespeito a essa vedação deverá resultar em perda da qualificação, a despeito de a lei não mencionar essa conseqüência expressamente, mas sendo esse o efeito inarredável, em vista da natureza da proibição e dos fins colimados pela norma legal, segundo a sistemática por ela adotada. Não é o caso, portanto, de aplicar o princípio da invalidade da sanção não sustentada em norma legal.

Sobre esse assunto, quadra esclarecer que a desqualificação pode se dar a pedido ou mediante decisão proferida em processo administrativo ou judicial, de iniciativa popular

---

[890] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1777/2005-Plenário. Relator Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, 09 nov. 2005. p. 03. Disponível em <https:// contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento ?qn=1&doc=28&p=1&templ>. Acesso em: 10 abr. 2006.

[891] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1777/2005-Plenário. Relator Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, 09 nov. 2005. p. 03. Disponível em <https:// contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento ?qn=1&doc=28&p=1&templ>. Acesso em: 10 abr. 2006.

ou do Ministério Público, garantidos contraditório e ampla defesa (arts. 7º e 8º, da Lei nº 9.790/99), não tendo, contudo, a lei, esclarecido que situações impõem a perda da qualificação, mas sendo elas inerentes à dinâmica instituída pela lei, a exemplo, do desatendimento superveniente a alguma das exigências constantes da lei. Tanto assim, que o art. 5º, do Decreto nº 3.100/99, explicita: "Qualquer alteração da finalidade ou do regime de funcionamento da organização, que implique mudança das condições que instruíram sua qualificação, deverá ser comunicada ao Ministério da Justiça, acompanhada de justificativa, sob pena de cancelamento da qualificação"[892].

## 2.4. O termo de parceria.

Até que seja firmado o termo de parceria, a OSCIP não detém qualquer liame com a Adminstração Pública. O termo de parceria é "instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes para o fomento e a execução das atividades de interesse público" (art. 9º)[893], atividades essas enumeradas no art. 3º, da Lei nº 9.790/99. OLIVEIRA e MÂNICA o conceituam como "*acordos colaborativos administrativos* [...] utilizados para viabilizar a *concertação administrativa*"[894]. Através dele, fixam-se objetivos para as partes envolvidas: para o poder público, prevê-se atuação como fomentador; para a OSCIP, definem-se metas a serem alcançadas. Não possui natureza propriamente contratual, assemelhando-se mais aos convênios, aos quais constitui uma alternativa. Nesse sentido, PAES contextualiza:

> 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

[892] BRASIL. Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999. In: FERRAREZI, Elizabete. **OSCIP**: saiba o que são as organizações da sociedade civil de interesse público. Brasília: Agência de Educação para o Desenvolvimento, 2002. p. 73.
[893] BRASIL. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. In: MEDAUAR, Odete (org.). **Coletânea de legislação administrativa e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 837.
[894] OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; MÂNICA, Fernando Borges. Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação. **Boletim de Direito Administrativo**, v. 21, n 9, set., 2005. p. 1019.

> OSCIP, que verificará o desempenho global do projeto em relação aos benefícios direcionados para a população alvo[895].

Segundo o Decreto nº 3.100/99, o termo de parceria será firmado mediante "modelo padrão próprio", oriundo do órgão estatal. Com isso, se confirma a conclusão de que a participação da sociedade civil, através da certificação como OSCIP e da subscrição de termo de parceria, se dará na condição de mera executora, de conformidade com as diretrizes definidas pelo "parceiro" público, sendo, de outro lado, definidas as políticas públicas, propriamente ditas, em domínios de difícil acesso. De todo modo, na tentativa de minimizar um pouco essa unilateralidade, segundo o § 1º, do art. 10, da lei em exame, "a celebração do Termo de Parceria será precedida de consulta aos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, nos respectivos níveis de governo"[896], sendo que o Decreto nº 3.100/99 detalha esse procedimento, em seu art. 10.

Enquanto, em relação às organizações sociais, não há referência legal à realização de procedimento para fins de seleção da mais habilitada a executar contrato de gestão (mesmo porque, como se viu, a própria existência da entidade qualificada como organização social depende do contrato de gestão), no tocante às OSCIP, o Decreto nº 3.100/99 reza, com particular esmiudamento, que a celebração do termo de parceria será realizada com organização que poderá ser escolhida através de concurso de projeto, cujo edital, que vinculada a Administração Pública (art. 29), como não poderia ser diferente, será publicado pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria (art. 23). Mais que isso, o diploma normativo determina que a OSCIP interessada deverá apresentar, ao órgão parceiro, seu projeto técnico e o detalhamento dos custos correspondentes (art. 26). Segue, estabelecendo a necessidade de que, na seleção e julgamento dos projetos, sejam observados: "I – o **mérito intrínseco** e adequação ao edital do projeto apresentado; II – a **capacidade técnica e operacional da candidata**; III – a **adequação entre os meios sugeridos, seus custos, cronogramas e resultados**; IV – o **ajustamento da proposta às especificações técnicas**",

---

[895] PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações e entidades de interesse social**: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 96. O TCU entendeu, inclusive, que, não sendo os termos de parceria convênios, a eles não se aplicaria a Instrução Normativa STN nº 1/97 (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1777/2005-Plenário. Relator Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, 09 nov. 2005, p. 03. Disponível em <https:// contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=1&doc=28&p=1&templ>. Acesso em: 10 abr. 2006.).

[896] BRASIL. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. In: MEDAUAR, Odete (org.). **Coletânea de legislação administrativa e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 838.

além da regularidade jurídica e institucional da OSCIP e análise documental (art. 27)[897]. Fixa, outrossim, elementos não aceitáveis a título de critérios de seleção, desclassificação ou pontuação, como os relacionados especificamente ao domicílio da pessoa jurídica e o volume de contrapartida ou outro benefício qualquer (art. 28), mostrando-se, esse último, incompatível com a idéia de parceria entre a Administração Pública e a sociedade civil, devendo, o aporte de recursos particulares, ser realmente estimulado, não colocado como empecilho. Demais disso, a comissão julgadora, que não será remunerada, deverá ter, entre os seus integrantes, um especialista no tema do concurso (art. 30). Se as previsões já apontadas são merecedoras de elogio (com a ressalva já antes feita), por favorecedoras da moralidade administrativa, a redação do decreto, nesse tocante, teria andado melhor se não tivesse vedado a possibilidade de interposição de recurso administrativo contra a decisão do processo seletivo (inciso I, do § 1º, do art. 31), o que fica ainda mais claro para os que conhecem as celeumas sobre o assunto nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial. Em que pese o ponto negativo, relativo ao duplo grau, qual seja, o adiamento da homologação do certame e da subscrição do ajuste, com prejuízo temporal para as atividades correlatas, de outro lado, é certo que sua admissão, estreitada à compreensão do inato inconformismo humano com os fatos que lhe são desfavoráveis, permite reduzir as possibilidades de demanda judicial, porquanto o interessado terá, então, sua irresignação enfrentada por duas instâncias. Finalmente, quanto à regra de que o órgão estatal parceiro "não poderá anular ou suspender administrativamente o resultado do concurso nem celebrar outros Termos de Parceria, com o mesmo objeto, sem antes finalizar o processo iniciado pelo concurso" (inciso II, do § 1º, do art. 31)[898], trata-se de regra com péssima redação legislativa, que vai além do que realmente se pretendeu com a norma ali constante (evitar burlas ao certame), sendo certo que a invalidação (por ilegalidade) ou a suspensão (por conveniência ou oportunidade administrativa, em respeito ao interesse público) do concurso não podem ser obstadas: a primeira, porque é um dever, não um poder; a segunda, porque se sustenta na supremacia do interesse público sobre o privado.

O fato é que, com a previsão desse procedimento seletivo – não obstante tenha sido assentado como faculdade: "a escolha [...] poderá ser feita [...]" –, conferiu-se, ao termo

[897] BRASIL. Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999. In: FERRAREZI, Elizabete. **OSCIP**: saiba o que são as organizações da sociedade civil de interesse público. Brasília: Agência de Educação para o Desenvolvimento, 2002. p. 77 (negritos acrescidos).
[898] BRASIL. Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999. In: FERRAREZI, Elizabete. **OSCIP**: saiba o que são as organizações da sociedade civil de interesse público. Brasília: Agência de Educação para o Desenvolvimento, 2002. p. 78.

de parceria, uma aparência de maior transparência e preocupação com a capacidade da entidade que firmará o ajuste com o poder público, de sorte que todas elas possam participar eqüitativamente do certame, sendo, a selecionada, a que se apresentar como o parceiro mais adequado do ponto de vista estritamente técnico. Não se esqueça que o art. 9º, do Decreto nº 3.100/99, impõe, ademais, que "o órgão estatal responsável pela celebração do Termo de Parceria verificará previamente o regular funcionamento da organização"[899]. Em estudo sobre a temática, Grupo de Trabalho do Tribunal de Contas da União afirmou (e a preocupação da Corte de Contas deveria ser estendida, com ainda maior razão, às organizações sociais.):

> a realização de concurso para a seleção de projetos objeto de Termo de Parceria é facultativa (art. 23), deixando à discricionariedade do administrador a decisão de optar ou não pelo certame; tendo em vista os trâmites burocráticos inerentes ao concurso, que oneram o processo de seleção, esse dispositivo pode tornar-se inócuo; o concurso visa preservar a isonomia no tratamento com as OSCIPs; assim, o concurso deveria ser, em tese, obrigatório, exceto se verificadas condições que lhe inviabilizem a realização (ausência de interessados, relação custo/benefício desvantajosa etc).

Pronunciando-se sobre o procedimento referenciado, o TCU, então, firmou posição no sentido de "determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e à Casa Civil da Presidência da República que avaliem a inclusão em normativo próprio de dispositivo que obrigue a aplicação do critério de seleção de Oscip previsto no art. 23 do Decreto nº 3.100/99 em toda e qualquer situação"[900].

O mesmo Grupo de Trabalho opinou no sentido de que fossem incluídas "algumas vedações aos termos de parceria e/ou às OSCIPs, a saber: terceirização de atividades-meio no Setor Público, utilização de instalações públicas para realização dos serviços contratados e aquisição de bens e serviços para uso pela Administração Pública" [901].

O termo de parceria terá como cláusulas essenciais: a do objeto, que conterá as especificações do programa de trabalho proposto pela OSCIP; a de estipulação de metas e resultados a serem atingidos, com os correspondentes prazos de execução ou cronograma; a de previsão de critérios objetivos de avaliação de desempenho, mediante indicadores de resultados; a de previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, com

---

[899] BRASIL. Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999. In: FERRAREZI, Elizabete. **OSCIP**: saiba o que são as organizações da sociedade civil de interesse público. Brasília: Agência de Educação para o Desenvolvimento, 2002. p. 74.

[900] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1777/2005-Plenário. Relator Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, 09 nov. 2005. p. 03. Disponível em <https:// contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento ?qn=1&doc=28&p=1&templ>. Acesso em: 10 abr. 2006.

detalhamento, inclusive, das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos com recursos oriundos ou vinculados ao termo de parceria; a de apresentação, pela OSCIP ao poder público, de relatório periódico (a cada exercício) sobre a execução do objeto do termo; a de publicidade de extrato do termo de parceria e de demonstrativo de sua execução física e financeira, sob pena de não liberação dos recursos correspondentes (art. 10, § 2º, da Lei nº 9.790/99, que é completado pelo arts. 12 e 18, do Decreto nº 3.100/99). Segundo OLIVEIRA e MÂNICA, dever-se-ia distinguir entre programação originária e programação derivada, a primeira consistindo no "conjunto de projetos, atividades ou ações formulados pelo parceiro público, e que consta no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual", e a segunda no "conjunto de projetos, atividades ou ações formuladas pelas OSCIP, apresentado no Termo de Parceria, e que deve estar harmonizado com a programação originária da competência do Poder Público"[902].

Por fim, "a execução do termo de parceria deve ser acompanhada e fiscalizada pelo órgão do poder público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo" (art. 11)[903], sendo que, se os responsáveis não comunicarem eventuais irregularidades ou ilegalidades, à Corte de Contas e ao Ministério Público, responderão solidariamente pelos prejuízos verificados. No tocante ao controle das OSCIP, especialmente quanto às comissões de avaliação e ao controle social, seguem-se basicamente as mesmas regras fixadas para as organizações sociais, justiça se fazendo, contudo, ao se observar que, quanto às comissões de avaliação, a lei das OSCIP não repetiu a das organizações sociais, limitando-se a estabelecer que "os resultados atingidos com a execução do Termo de Parceria devem ser analisados por comissão de avaliação, composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público"[904], com as achegas do art. 20, do Decreto nº 3.100/99, o que não significa que não se possa exigir conhecimento de área para os que realizarão a análise dos resultados alcançados pelas OSCIP.

Acrescente-se que, nos termos da lei, a subscrição do termo de parceria gerará para a OSCIP a obrigação de publicar, no prazo máximo de trinta dias, regulamento próprio

---

[901] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 931/1999. Processo nº 14.334/1999-2. Brasília, DF. Disponível em <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

[902] OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; MÂNICA, Fernando Borges. Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação. **Boletim de Direito Administrativo**, v. 21, n 9, set., 2005. p. 1020.

[903] BRASIL. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. In: MEDAUAR, Odete (org.). **Coletânea de legislação administrativa e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 838.

acerca dos procedimentos a serem executados para fins de contratação de obras e serviços e para compras com emprego dos recursos públicos que lhe forem disponibilizados em vista do vínculo, além do que serão gravados com cláusula de inalienabilidade os bens imóveis adquiridos com tais verbas oriundas do Poder Público.

Para além do termo de parceria, há outras possibilidades de fomento. Com as Medidas Provisórias nºs 2.158-34, de 28.07.2001, e 66, de 29.08.2002, tornou-se possível que pessoas jurídicas deduzam do imposto de renda, até o limite de 2% (dois por cento) sobre o lucro operacional, as doações feitas as OSCIP, ainda quando essas remunerem os seus dirigentes (Lei nº 9.249/95). As OSCIP poderão, ainda, receber doações de bens apreendidos pela Polícia Federal, além de outros auxílios da União, segundo sua Lei de Diretrizes Orçamentárias[905].

## 2.5. Similitudes e dissonâncias no cotejo com as organizações sociais.

Organizações sociais e OSCIP, é certo, são estruturalmente semelhantes: são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, com escopos essencialmente públicos, concebidas sob as prédicas em torno da imprescindibilidade de transferência de atividades não-exclusivas de Estado, do ente público para a inicitiva privada, com eficiência vinculada à autonomia gerencial. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO sintetiza essas semelhanças, indicando também os pontos de divergência, situados esses, especialmente, no campo finalístico (a transcrição é salutar):

> O objetivo de ambas as entidades é o mesmo: instituir parceria entre o poder público e uma organização não governamental, qualificada pelo poder público, sob certas condições, para prestar atividade de interesse público mediante variadas formas de fomento pelo Estado. Os dois tipos de entidade atuam na área dos chamados serviços públicos não exclusivos do Estado ou, mais especificamente, na área dos serviços sociais, que a Constituição prevê como serviço público e como atividade aberta à iniciativa privada, como saúde, educação, cultura etc. Só que, em um caso, a entidade assim qualificada recebe o título de **organização social** e, no outro, o de **organização da sociedade civil de interesse público**; no primeiro caso, o instrumento jurídico pelo qual se concretiza a parceria é denominado de **contrato de gestão**; no outro, é denominado de **termo de parceria**. O instrumento é praticamente o mesmo, apenas recebendo denominações diversas pelo legislador. Trata-se de miscelânea terminológica para designar entidades que, em termos

---

[904] BRASIL. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. In: MEDAUAR, Odete (org.). **Coletânea de legislação administrativa e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 838.

[905] Cf. FERRAREZI, Elizabete. **OSCIP**: saiba o que são as organizações da sociedade civil de interesse público. Brasília: Agência de Educação para o Desenvolvimento, 2002. p. 52-57.

> genéricos, apresentam características muito semelhantes e que, por isso mesmo, mereciam submeter-se ao mesmo regime jurídico.
> [...]
> Como se verifica, embora haja pontos comuns entre as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público, o objetivo é diverso nos dois casos: nas primeiras, o intuito evidente é o de que elas assumam determinadas atividades hoje desempenhadas, como serviços públicos, por entidades da Administração Pública, resultando na extinção destas últimas. Nas segundas, essa intenção não existe, pois a qualificação da entidade como organização da sociedade civil de interesse público não afeta em nada a existência ou as atribuições de entidades ou órgãos integrantes da Administração Pública. Além disso, a entidade privada, para ser qualificada, tem que ter existência legal, já que, entre os documentos exigidos para a obtenção da qualificação, estão o "balanço patrimonial e demonstrativo de resultados do exercício" e a "declaração de isenção do imposto de renda (art. 5º, III e IV, da Lei nº 9.790/99). Isso evita que entidades fantasmas, sem qualquer patrimônio e sem existência real, venham a pleitear o benefício.
> Em relação às organizações da sociedade civil de interesse público, o Poder Público exerce verdadeira atividade de fomento, ou seja, de incentivo à iniciativa privada de interesse público. Ao contrário do que ocorre na organização social, o Estado não abre mão de serviço público para transferi-lo à iniciativa privada, mas faz parceria com a entidade, para ajudá-la, incentivá-la a exercer atividades que, mesmo sem a natureza de serviços públicos, atendem a necessidades coleticas[906].

O TCU, confrontando os dois tipos de organização da sociedade civil, organiza quadro que traz basicamente as seguintes informações[907], às quais outras foram acrescentadas em favor de uma maior completude:

| | **OS** | **OSCIP** |
|---|---|---|
| Constância no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado | Previstas (plano de publicização) | Não previstas |
| Instrumento de parceria | Contrato de gestão | Termo de parceria |
| Ato de qualificação | Emitido pelo Poder Executivo (decreto), discricionariamente | Emitido pelo Ministério da Justiça (certificado), vinculado ao cumprimento dos requisitos dispostos na lei |
| Natureza jurídica | Pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos | |
| Finalidades | Escopo estrito | Escopo de ação amplo, abarcando, inclusive, as áreas das organizações sociais |
| Vínculo com a Administração Pública | Mais estreito. Normalmente nascem da publicização de serviços prestados pelo Poder | Não há vínculo, até a celebração do termo de parceria, com o Poder |

[906] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública***:* concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 210 e 218-219.
[907] Cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 931/1999. Processo nº 14.334/1999-2. Brasília, DF. Disponível em <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

| | | |
|---|---|---|
| | Público. Há membros do Poder Público no Conselho de Administração. Recebem servidores, bens e recursos orçamentários. | Público. O vínculo é com o interesse público. Se extintas o seu patrimônio se transfere para outra OSCIP. |
| Prestação de contas | Prestam contas diretamente ao TCU | Prestam contas ao Poder Público anualmente, na vigência do termo de parceria, embora o TCU tenha competência para fiscalizar diretamente o termo de parceria |
| Licitações | Têm regulamento próprio, obedecendo princípios da Administração Pública. | |
| Qualificação | São mutuamente excludentes, mas a qualificação como organização social leva automaticamente à titulação como entidade de interesse social e de utilidade pública, ao passo que a qualificação como OSCIP não permite a simultaneidade de títulos outros, ressalvada a regra de transição | |

Aspecto interessante de se reiterar é que a lei que instituiu as OSCIP – considerado, ademais, o decreto que a regulamentou[908] – é mais detalhada, cuidadosa e coerente do que a lei das organizações sociais. O rigor com que trata certos temas, discrepando, nesse contexto, das organizações sociais, parece estar associado, em termos proporcionais, aos objetivos almejados através de cada uma das modalidades de qualificação. A impressão é que, como as organizações sociais foram formuladas, especificamente, para servir de instrumental à concretização do projeto governamental de "publicização", que pressupõe maior abertura e menos entraves, o Estado simplesmente optou por uma regulação de feição mais flexível, que lhe permitisse moldar, com certa liberdade, as estruturas nascentes. Com as OSCIP, em que o escopo parece ter sido, efetivamente, incrementar as esferas complementares prestadoras de serviços de interesse comum, e não convertê-las em substitutivos da iniciativa pública, preferiu-se adotar legislação mais escrupulosa.

[908] Especificamente sobre o Decreto nº 3.100/99, v. estudo feito em BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 931/1999. Processo nº 14.334/1999-2. Brasília, DF. Disponível em <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

# PARTE QUARTA: A auto-inviabilização do terceiro setor no modelo de Administração Pública gestado no Brasil: incompatibilidades entre a base teórica fundadora e a expressão normativa dita resultante.

"Também me atrevo a sugerir que se conceda à empresa Daimler-Chrysler o troféu de Responsabilidade Social./No ano passado, no Fórum de Davos, que é algo assim como o Fórum de Porto Alegre ao contrário, um diretor da Daimler-Chrysler pronunciou o discurso mais aplaudido. Jürgen Shrempp emocionou a assistência exortando à 'responsabilidade social das empresas no mundo de hoje'. De hoje, ele disse. No dia seguinte, sua empresa despediu 26 mil trabalhadores" (GALEANO, Eduardo. **O teatro do bem e do mal**. Tradução de Sérgio Faraco. 2. ed. Porto Alegre: L&PM, 2007. p. 59-60. (Coleção L&PM Pocket Plus, 293).).

Procurando sintetizar o atual momento histórico vivenciado pelo Estado e, mais particularmente, pela Administração Pública, Roberto DROMI enfatiza:

> La sociedad reivindica para sí el intransferible derecho a la iniciativa privada 'privilegiada', de intervención estatal 'restringida', que permita el desarrollo social pluralista, com división de competencias, sin monopolios y con servicios públicos prestados desde fuera del Estado por un modelo de 'administración pública no estatal'. Sólo después que el hombre no pueda, que el mercado no acceda, el Estado debe. Antes no[909].

Não haveria, assim, como se negar que a nova ambiência política, econômica e social envolveria, pelo menos no nível do discurso imperante, os conceitos de subsidiariedade, de pluralismo, de comparticipação e de co-responsabilidade. Nesse sentido, nos últimos anos, estar-se-ia observando a retomada do conceito de sociedade civil, dirigida, grandemente, a reduzir o campo de interferência do Estado e a garantir o reconhecimento de outras formas de atuação, além do Estado, reputado esse, por muitos, ineficiente e repressor das iniciativas individuais e coletivas. A admissão de instâncias não-estatais, com capacidade produtiva e auto-regulatória, revelaria deferência em relação às potencialidades dessas realidades particulares e acatamento quanto à sua aptidão para contribuir mesmo com o crescimento do grupo maior no qual se encontrariam inseridas e pelo qual seriam, na medida de suas habilidades, responsáveis. Destarte, o agir subsidiário – que deveria caracterizar o Estado contemporâneo – seria aquele que se exercitaria em respeito às esferas de atuação dos entes de menor dimensão (particulares), seja porque eles operariam na condição de colaboradores, seja porque também eles responderiam pelos destinos da comunidade como um todo. A subsidiariedade, assim, estaria ligada às idéias de cooperação (somação de esforços) e de co-responsabilidade (comprometimento recíproco), ambos, por sua vez, voltados à maximização dos proveitos.

O terceiro setor seria visto enquanto inserido nesse arcabouço teórico. Correspondendo à conjunção entre o público não-estatal e o privado não-mercatório, o terceiro setor – o da sociedade atuante, sem intuito lucrativo, em áreas de interesse público – despontaria como opção à estagnação que teria sido ocasionada pelo gigantismo do Estado, na medida em que, superdimensionado, o ente estatal teria se tornado lento e ineficiente, na mesma proporção em que as demandas sociais teriam se avolumado e se complexificado, bem como sufocante, com prejuízo para o nível de instalação democrática.

---

[909] DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 7. ed.actual. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998. p. 33.

Não se discute aqui que a participação da sociedade, na produção de bens e serviços a ela mesma destinados, constitua-se uma necessidade. Nessa direção, também não se contesta que o Estado não pode ser o único responsável pela satisfação de todas as carências. É correto e inevitável que à sociedade se reconheça – como sempre se reconheceu, pelo menos no ordenamento jurídico brasileiro – alargada dimensão de atribuições que, executadas a título de colaboração e mediante estímulo do poder público, venham a integralizar o conjunto dos serviços públicos, democratizando o seu acesso e melhorando as suas condições. Discutem-se, sim, os falsos pressupostos (e o desvirtuamento dos verdadeiros) que se embutiu na defesa dessa "situação premente", com vistas a solapar a figura do Estado, que, a despeito das dificuldades, especialmente associadas à corrupção, começava a materializar seu papel inerente de resguardo do interesse público e das precisões sociais fundamentais, o que se enxerga, por exemplo, na Constituição Federal de 1988, em sua redação original.

De logo se diga que, consoante reconhecido pelos próprios teóricos do projeto reformista estatal, o grande problema não foi o Estado, mas sim a manipulação de sua estrutura pelos setores particulares. Lê-se, nesse sentido, em Bresser PEREIRA, a título de caracterização da "crise do Estado", que "as transferências do Estado foram sendo capturadas pelos interesses especiais de empresários, da classe média, e de burocratas públicos". Assim, a máquina estatal não se deformou, ela foi deturpada, através da "captura do Estado por interesses privados"[910]. Passe-se às equivocadas (e desvirtuadas) premissas a que anteriormente se fez referência.

A uma, não se tem visto, na realidade dos fatos, uma reivindicação da sociedade de tomar para si a prestação dos serviços públicos, mas sim de ser ouvida e de participar – reclamação existe em verdade para que o Estado cumpra seus deveres constitucionais de atendimento ao seu povo, para o qual existe ("todo o poder emana do povo", segundo o parágrafo único, do art. 1º, da Constituição do Brasil) –, especialmente nas áreas de educação e saúde, manifestando-se, essa verdadeira transferência de obrigações que se tem perpetrado, através das organizações sociais substitutivas, como uma imposição em nada espontânea. Nesse sentido, note-se, por exemplo, para efeito confirmatório do que se diz, que "o Uruguai foi o único país do mundo que derrotou as privatizações em consulta popular: no plebiscito de fins de 92, 72% dos uruguaios decidiu que os serviços sociais continuariam sendo

[910] PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Estado dos anos 90**: lógica e mecanismos de controle. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997. p. 13. (Cadernos MARE da reforma do Estado, 1). V. também a p. 15.

públicos”[911]. Nos demais Estados dos mundo, não se tem notícia de consulta às populações atingidas pelas medidas reformistas.

A duas, reduzir as cautelas com a gestão da coisa pública ou “espalhar” o dinheiro público entre os prováveis possíveis hábeis prestadores, como se pretende fazer nas organizações sociais, é medida apresentada como, no mínimo, estimuladora do voluntariado e da solidariedade social, quando, na realidade, não cumpre a verdadeira função educativa, desfocando para os expedientes a serem empregados no acesso aos recursos públicos e incrementando o nó gordiano representado pela captura das estruturas estatais pelos particulares. Nesse ponto – a par de se salientar que não se quer enveredar por tom panfletário, que não se conforma com pretensões científicas –, é certo que não se pode deixar de mencionar – por sua semelhança com a proposta de direcionamento do patrimônio público ao campo privado do terceiro setor – benesses, governamentalmente concebidas sob a rubrica da distribuição da riqueza e da redução das desigualdades sociais, de simples dação de dinheiro público aos que já foram intitulados de várias maneiras (talvez para ocultar o que realmente importa, o ser pessoa), por várias facções políticas, como “descamisados”, “famintos”, “excluídos”, mas sem qualquer controle e sem, pelo menos, o desenvolvimento de propostas efetivamente inclusivas, calcadas no trabalho digno e na produção em prol do bem comum. Um desses “benfajezos” instrumentos governamentais está em pleno fulgor; um outro começa a despontar nos meios de comunicação – esse, um espaço comum, mas infelizmente não público e muito pouco democrático. O bolsa-família, o primeiro, é uma realidade que, em tempos eleitorais, fica mais acentuada, como uma moeda de compra de apoio político. Não se precisa citar qualquer fonte, pois se trata de fato público e notório – que, portanto, prescinde de prova –, para realçar a força, nos dias de eleição (especialmente, os últimos que antecederam este trabalho), dos gritos – já que panfletos, segundo a lei eleitoral brasileira, não podem ser distribuídos no entorno dos locais de votação – de que se deveria votar em tal candidato para que o bolsa-família fosse mantido. Se o benefício efetivamente cumprisse a função a que se diz dirigido, deveria ser enaltecido. O que se vê, contudo, é o desamparo e a penúria em que continuam mergulhados os verdadeiros necessitados, que não conseguem obter o bolsa-família, ao passo que quem não precisa de ajuda para sobreviver, mas é “ligado” ou “tem entrada”, em relação aos que têm poder de distribuição dos recursos correspondentes, esbanja o acréscimo pecuniário dos contra-cheques

[911] GALEANO, Eduardo. **O teatro do bem e do mal**. Tradução de Sérgio Faraco. 2. ed. Porto Alegre: L&PM, 2007. p. 95. (Coleção L&PM Pocket Plus, 293).

(se os tem), numa imoralidade que faz incrédulos os espíritos mais crentes, ao que responde, o governo, que desconhecia tais fatos, que qualifica isolados, descumprindo, e reconhecendo isso expressamente, o dever de fiscalizar o uso dos recursos públicos. Se desconhecia, como sabe serem isoladas tais situações? Assiste-se também, com esse benefício, tão similar – guardadas as devidas proporções – ao projetado para as organizações sociais, o que é criticado exatamente pelos que o defendem: a inércia a que são estimulados os beneficiados com o ganho dadivoso dos recursos públicos. Afinal, para que trabalhar, se o Estado paga a inação? Nesse contexto, eis que surge, divulgada pela imprensa, mais uma proposta na mesma linha, a da eliminação das instituições públicas de ensino, substituídas por vale-dinheiro, através do qual o Estado disponibilizaria recursos – não se esclarece em que quantitativo – para que os pais paguem pela educação dos filhos, nas instituições que melhor lhes aprouverem, segundo o perfil pedagógico que entenderem mais conveniente. Quão democrática essa medida, quando a grande parte da população a ser atingida com a nova proposta não é esclarecida sobre o que consiste um "modelo pedagógico" e quais os disponíveis?

A três, o reconhecimento da capacidade produtiva da sociedade já estava consignada no ordenamento jurídico, muito antes de qualquer modificação legislativa, a exemplo da abertura óbvia que a Constituição Federal brasileira de 1988 – desde o seu texto original – dava à iniciativa privada de exercitar funções tipicamente públicas, a exemplo das atividades de saúde e educação, que nunca foram vedadas aos particulares, seja na forma gratuita, seja como exercício de atividade econômica lucrativa. Dizem, os reformistas do Estado, que "não há razão para que estas atividades permaneçam dentro do Estado, sejam monopólio estatal"[912]. Contudo, as atividades mencionadas nunca estiveram, pelo menos na Constituição Federal brasileira de 1988, sob monopólio do Estado.

A quatro, no que tange particularmente aos serviços públicos sociais e em vista do disciplinamento da matéria na Carta Magna nacional, não é o Estado que se deve qualificar de subsidiário (= secundário), mas sim a sociedade civil – já que se faz tanta questão de distinguir esses âmbitos, mas materializando a sociedade civil em estruturas integradas a um terceiro setor normativo. É importante que se frise, *ab initio*, que a noção de complementariedade pressupõe composição segundo as capacidades e os escopos dos entes envolvidos, bem como que falar em parceria entre público e privado e em participação da

[912] PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Estado dos anos 90**: lógica e mecanismos de controle. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997. p. 25. (Cadernos MARE da reforma do Estado, 1).

sociedade significa reconhecer que, do cerne da coletividade, espontaneamente, emergem movimentos e organizações dirigidas a auxiliar o Estado na gestão da coisa pública e na prestação de serviços de interesse comum. Nesse ponto, cumpre realçar que, no âmbito da prestação de serviços públicos, o princípio da subsidiariedade assume um significado peculiar, porquanto não se admite um Estado secundário em relação a um dever que lhe é constitucionalmente imposto, sobretudo em favor dos que, diante de uma realidade leoninamente excludente, não têm vez, nem voz, nas instâncias decisórias e executivas. A condição de acessoriedade, no caso, tem por titular os demais atores sociais, que vão acrescer ao que for disponibilizado pelo Estado em cumprimento a suas obrigações postas no ordenamento jurídico, com expressão maior na Constituição. Egon Bockmann MOREIRA, nessa direção, salienta:

> [...] não se dá a incidência do princípio da subsidiariedade no setor de serviços públicos, cuja definição constitucional [...] torna inversa a relação. O serviço público é reservado de forma primária ao Estado, podendo ser concedido o seu exercício aos particulares. Não há serviço público exercido de forma subsidiária pelo Poder Público (mas sim pelas pessoas privadas). Nem tampouco se poderia cogitar de o Estado 'intervir' num setor que lhe é próprio. Quanto aos serviços públicos, o Estado tem o dever de sempre atuar (de forma direta ou indireta), pois sua racionalidade exige a prestação pública contínua e adequada[913].

No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO:

> Os serviços sociais, que atendem a necessidades coletivas essenciais, como saúde, previdência, assistência, educação, não estão sob a égide do princípio da subsidiariedade, que daria ao Estado apenas a função de ajudar, estimular, subsidiar a iniciativa privada. A Constituição, no capítulo da ordem social, prevê todas essas tarefas como dever do Poder Público, embora sem caráter de exclusividade, tendo em vista que expressamente deixa também a sua execução aberta à iniciativa privada. Porém, mesmo quando a tarefa é atribuída ao Estado, é prevista a colaboração do particular, o que admite variadas formas de parceria[914].

A tais excertos se acrescenta que, se a idéia de que, "quando o Estado **ou** particulares (em regime de delegação ou fomento) os [serviços públicos] prestam em consonância com esses preceitos fundamentais [os decorrentes dos "princípios constitucionais

---

[913] MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo da economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann (org.). **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 93. A citação, importante, encontra-se também em ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 160.

[914] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo (coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Una evaluación de las tendencias del derecho administrativo. Obra em homenagem a Eduardo

do regime jurídico-administrativo"], ficará satisfeito o dever constitucional da Administração de garantir aos administrados serviços adequados às necessidades coletivas"[915], não se mostra factível, pelo menos nos atuais tempos, na parte referente à prestação exclusiva por particulares, de igual modo, não se pode acatar a argumentação, na mesma direção, de que, "nos serviços públicos sociais, o *princípio da subsidiariedade* apresenta-se como fundamental"[916]. O mesmo autor que consigna essa última asseveração, salienta:

> [...] O Estado deve abster-se de prestá-los diretamente, quando os mesmos puderem ser fornecidos satisfatoriamente pelos particulares sob regime de fomento. Entretanto, quando a Constituição Federal assim determina, compete-lhe fornecê-los sob a égide dos mesmos princípios incidentes sobre os serviços públicos.
> [...]
> O serviço público social é, sem sombra de dúvida, a área que a Lei Maior lhe [ao terceiro setor] reservou. Mesmo assim, não é papel do terceiro setor assumir inteiramente a execução dos serviços públicos sociais.
> *Colaborar com o interesse público não é assumir integralmente o compromisso da sua efetivação*. Recorde-se que o particular tem a *faculdade* de escolher um fim de utilidade pública para as instituições que voluntariamente constitui. Já para o Estado, o interesse público é uma injunção que justifica a sua própria existência[917].

Veementemente, não se concorda que o Estado, sob o argumento de democratização, publicização, eficiência, respeito à capacidade e à iniciativa particular, abandone os deveres que lhe são próprios, por natureza e por determinação constitucional, sendo transferidas à "sociedade" todas (ou a maior parte) as (das) obrigações, em troca de fomento livre de restrições – com liberdade maior gozada paradoxalmente pelos governos disponibilizadores dos recursos, que, inclusive, os dirigirão, e não pela própria coletividade, na medida em que eles se enraizam nas organizações sociais como normatizadas –, ou que eles promovam essas modificações estruturais mediante normas jurídicas violentadoras da Constituição. Se mudanças devem ser feitas, para tanto devem ser utilizados os meios adequados, de conformidade com o ordenamento jurídico, sob pena de fragilizá-lo, o que colocaria em risco a própria manutenção do Estado, com o que não se pode concordar, haja

---

García de Enterría. Anais do Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 434.

[915] FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reflexões soibre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor. **Interesse Público**, v. 7, n. 34, nov./dez., 2005. p. 93. Negrito que não consta do original, mas foi posto para realçar a alternatividade, que, em sentido excludente, subentende a possibilidade de ausentar-se, o Estado, da prestação dos serviços públicos sociais, com o que não se concorda, diante do contexto instalado, pautado fortemente no individualismo, bem como frente às normas constitucionais vigentes.

[916] FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor. **Interesse Público**, v. 7, n. 34, nov./dez., 2005. p. 98 (itálico do original).

[917] FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor. **Interesse Público**, v. 7, n. 34, nov./dez., 2005. p. 98 e 105 (itálicos do original).

vista que "a democracia e o Estado de Direito necessitam do seu [do Estado nacional] potencial na resistência contra as exigências intoleráveis do direito do mais forte"[918].

Por todos esses aspectos, existem percucientes altercações quanto às medidas implementadas pelo Estado brasileiro, nas reformas que tem promovido, especialmente na área administrativa, com fundamento na idéia de parceria. Pode-se afirmar que a introdução das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público, no sistema jurídico nacional, tem se dado de forma traumática, seja porque irrompem mais como fenômenos artificiais, do que como resultantes da conscientização e da manifestação social voluntária, seja porque vêm sendo postas como substitutivas, e não como complementares, da atuação do Estado, seja porque, no seu regramento, foram simplesmente desconsideradas as disposições constitucionais. Diante da relevância desses questionamentos, buscou-se sintetizar os pontos críticos.

**a) Desvirtuamento do terceiro setor (artificialismo das organizações da sociedade civil e sua concepção como substitutivo de entidades estatais extintas).**

As organizações sociais, no direito brasileiro, foram artificialmente construídas. Resumem-se, formalmente, a um título, e, na essência, correspondem a pessoas jurídicas de direito privado criadas, por indução, pelo Estado, de modo a permitir a extinção, por incorporação de atribuições, de entidade pública. Afirma-se, por isso, que o programa de publicização, na verdade, do modo como estruturado, se constitui, diversamente, em forma de privatização, em que o Estado pretende desincumbir-se dos serviços públicos até então por ele prestados, convertendo-os em serviços (privados) de interesse público, aproximando o seu regime do privatístico, materializando, como decorrência, "o desejo dos governantes de empurrar para o âmbito privado as responsabilidades e os destinos da desigualdade"[919]. Tanto é assim, que a lei das organizações sociais refere-se, como obrigação do Estado, nessa parceria, ao fomento, quando essa forma de atuação limita-se, no sentido técnico preciso, à idéia de apoio, sendo que a instituição fomentada atua como titular da atividade, não como delegada do Poder Público. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO elucida:

---

[918] MÜLLER, Friedrich. A limitação das possibilidades de atuação do Estado-Nação face à crescente globalização e o papel da sociedade civil em possíveis estratégias de resistência. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (coord.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao professor J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 209.

[919] DUPAS, Gilberto. **Tensões contemporâneas entre o público e o privado**. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 75.

> A intenção do Governo é transferir para entidades qualificadas como organizações sociais atividades hoje desempenhadas por órgãos públicos. Só que a entidade prestará o mesmo serviço, não mais como serviço público (daí excluir-se a idéia de descentralização) e sim como atividade privada de interesse público, a ser fomentada pelo Estado mediante a celebração do contrato de gestão.
> Exatamente por isso é curioso falar-se em Programa Nacional de Publicização quando, na realidade, o que está sendo idealizado é exatamente a privatização sob outra modalidade que não a venda de ações, já que a qualificação da entidade como organização social implica a extinção de um órgão público ou de uma pessoa jurídica de direito público (autarquia ou fundação) e, em seu lugar, o surgimento de uma pessoa jurídica de direito privado não enquadrada no conceito de Administração Pública, seja direta ou indireta[920].

Poder-se-ia argumentar que, embora falando em fomento, simplesmente, a lei das organizações sociais vai além dessa providência, descaracterizando-a, haja vista que a prestabilidade dos serviços de interesse público está na dependência da disponibilização da coisa pública pelo Estado aos entes qualificados, à medida que funcionarão com verbas e bens públicos e mediante a ação de servidores públicos. Assim, esse hibridismo serviria a demonstrar a materialização de processo de publicização, e não de privatização. Na verdade, ele embute, intencionalmente, uma contradição extremamente séria: os serviços não são mais públicos, no sentido de prestáveis mediante regime jurídico de direito público, são privados, a despeito de serem de relevância coletiva, exercitados por pessoas jurídicas de direito privado, sob regime jurídico prevalente de direito privado – embora, é certo, não se poderia negar, com algumas diferenciações –, mas esses novos prestadores ou serão forjados pelo Estado (como as duas instituições criadas na lei das organizações sociais, a que antes houve referência), ou serão sustentados pelo Estado, com os recursos materiais e humanos públicos.

Os próprios teóricos reformistas conceituam publicizar como "transformar uma organização estatal em uma organização de direito privado", embora pretendam reduzir o

---

[920] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública***:* concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 213. No mesmo sentido, o Ministro Eros GRAU (seguido pelos Ministros Joaquim BARBOSA e Marco AURÉLIO), nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, manifestou-se pela desconformidade ao Texto Constitucional do Programa Nacional de Publicização, constante do art. 20, da Lei nº 9.637/98, que consistiria na privatização de funções estatais, restando ofendidos os arts. 1º, 3º, 215, 218 e 225, da Constituição de 1988. José dos Santos CARVALHO Filho afirma que o emprego da expressão "publicização" não é correto: "O que existe, na realidade, é o cumprimento de mais uma etapa do processo de ***desestatização***, pelo qual o Estado se afasta do desempenho direto da atividade, ou, se se preferir, da prestação direta de alguns serviços públicos, mesmo não econômicos, delegando-a a pessoas de direito privado não integrantes da Administração Pública" (CARVALHO Filho, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17. ed.rev.ampl.atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 305 – itálico e negrito do original). FERREIRA afirma que "a *a alienação de bens públicos* é, tão-somente, uma das formas que, genericamente, se rotula de *privatização* ou de *desestatização*", mas que não se pode dizer que "extinguir *órgãos e entidades governamentais* e entregar suas *funções* a *instituições do setor privado*, não seja *privatizar*" (FERREIRA, Sérgio Andréa. As organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público: considerações sobre seu regime jurídico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set., 1999. p. 114 – itálicos do original).

impacto da idéia com a ressalva "mas pública não-estatal"[921]. No entanto, da mesma forma que é correto asseverar que o público não se limita ao Estado, também é certo afirmar que o público não pode ser circunscrito ao privado (especialmente quando esse é apenas uma categoria eleita utilitariamente pelo mercado), dispensando-se a participação estatal, evolutivamente equilibradora dos interesses particulares, como uma balança a impedir a imposição do mais forte.

Em verdade, é possível dizer que a estrutura das organizações sociais, como edificadas legislativamente no Brasil, embute dupla fraude, que não são, de forma nenhuma, "inocentes"[922].

A primeira, consistente no fato, anteriormente mencionado, de que ela não é produto de movimentos sociais reivindicadores ou de reconhecimento da contribuição (que, pois, se apresenta previamente e de forma promissora) de uma sociedade civil consciente e organizada. Ela é, de regra, resultado de um planejamento de extinção de entidades públicas, com absorção de serviços públicos por instituições privadas qualificadas com essa finalidade, que passariam a executar serviços privados de interesse geral.

A segunda – e mais grave –, atinente à situação de total comando das organizações sociais por parte das autoridades governamentais, que parecem pretender apenas se desatrelar das normas do regime jurídico de direito público (porque as organizações sociais são pessoas jurídicas de direito privado, submetidas a regime jurídico de direito privado, como se faz questão de iterar à exaustão), a ponto de se sustentar que os serviços públicos sociais que o Estado antes prestava, repassados às entidades particulares, passam a ser meros serviços sociais de interesse público, a despeito de essas instituições funcionarem, preponderamente, com dinheiro e bens públicos e serem movimentadas por servidores públicos, compondo, os representantes estatais, os seus órgãos de decisão (o dito fomento, em verdade, é sustentamento[923]).

---

[921] PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Estado dos anos 90**: lógica e mecanismos de controle. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997. p. 19. (Cadernos MARE da reforma do Estado, 1).

[922] Toma-se de empréstimo a expressão de GALBRAITH, John Kenneth. **A economia das fraudes inocentes**: verdades para o nosso tempo. Tradução de Paulo Anthero Soares Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

[923] Sobre a relevante questão: "Observe-se que a nota essencial da distinção do fomento para o serviço público é que naquele a atividade permanece sendo uma atividade privada, apenas apoiada pelo Estado. Se a subvenção estatal – uma das principais técnicas de fomento –, passar a ser de tal monta que a Administração Pública de fato se substitua ao particular, então já estaremos diante da prestação da atividade pela própria Administração Pública, podendo o particular eventualmente ser caracterizado como um delegatário atípico (OSCIP's etc) ou um ente terceirizado" (ARAGÃO, Alexandre Santos do. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 175-176).

Quanto a esse segundo embuste, é de se ressaltar que o efeito almejado pode não ser alcançado – o que já está se delineando, especialmente com a atuação da Cortes de Contas –, tendo em causa que serão reputados manifestação da Administração Pública, com as conseqüências decorrentes, os atos praticados pelas chamadas organizações públicas não-estatais, "se o Estado passar a exercer sobre a entidade da sociedade civil poderes além dos que caracterizam os simples parceiros, imiscuindo-se na sua administração e na condução das suas finalidades"[924], ou, em outros termos, se sem a presença estatal as instituições construídas sobre regras de direito privado não se sustentam, não valendo para elas a regra abstrata de que não integram os quadros do Estado.

Conseguintemente, as organizações sociais, como nascidas, negam duas vezes as idéias que, em tese, as sustentariam – de parceria e de terceiro setor. Não é possível mencionar terceiro setor, como abrangente da sociedade, se as organizações sociais são representadas por instituições criadas pelo próprio Estado, com esse guardando laços estreitos, desse recebendo os valores que aplica, os bens de que se utiliza e os servidores que executam suas atividades. Na verdade, o terceiro não se forma por ser totalmente dependente do primeiro (segundo, a depender da perspectiva) setor, com ele se confundindo e nele se esgotando. De igual modo, não há como enxergar nessa fórmula uma parceria entre público e privado, seja pelo fato de o Estado se tornar um financiador provisório, até o momento em que entenda deva identicamente se afastar, quando, então, restará apenas o privado (já que não se enxerga nas atividades executadas serviços essenciais, de prestabilidade pública); seja em razão de o Estado manutenir integralmente a organização social, subjugando a eventual expressão privada, quando, então, restará apenas o estatal. Sobre a gravidade da situação, merecem registro as considerações de Marçal JUSTEN Filho:

> Se for qualificada como 'organização social' uma entidade sujeita ao poder de controle estatal, haverá pura e simples simulação. O que identifica a organização social como ente autônomo e não sujeito ao regime de direito público é a ausência de atuação estatal. Trata-se de entidade privada, organizada segundo os padrões próprios da iniciativa privada. Não se admite, portanto, que o Estado constitua certa entidade, por meio da atribuição de recursos e patrimônio públicos, outorgue sua administração a servidores públicos, sujeitos aos desígnios e influências estatais, e pretenda caracterizá-la como 'organização social'. Hipótese assim configurada chega às raias da tipicidade penal[925].

---

[924] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 746.
[925] JUSTEN Filho, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 134-135.

Não se olvide que, às organizações da sociedade civil de interesse público, essa artificialidade não é, a princípio, oponível, na medida em que elas preexistem, com patrimônio material e humano próprios, ao momento da vinculação com o Estado, através do termo de parceria. Há um mínimo de concretude e os liames deverão ser firmados (pelo menos, assim se espera) em função da qualidade – mensurável – dos serviços disponibilizados pela instituição, consideradas todas as variáveis envolvidas: estrutura prestacional, quantitativo do atendimento, suficiência da prestação, resultados comunitários percebidos, capacidade de absorção de novos compromissos, entre outras.

Os opositores à crítica do artificialismo das organizações sociais asseveram que não se poderia ficar esperando a sociedade despertar para o papel que ela deveria desempenhar, bem como que, apesar de essas instituições estarem marcadas pela origem forçada, tenderiam a estimular manifestações sociais espontâneas, aspecto no qual residiria o seu valor. Na verdade, essa afirmação peca por um grave defeito, qual seja, o de considerar que a norma abstrata constitui os fatos sociais, e não o inverso. Além disso, frise-se que o processo educativo, a que aludem os anuentes/indiferentes à desnaturalidade das organizações sociais, é nitidamente insuficiente, para não dizer improvável, por não esclarecer, não conscientizar acerca de direitos e deveres, nem trazer ao debate, limitando-se a impor uma estrutura, diga-se, deformada, no que tem o efeito inverso (deseduca, para não dizer despolitiza, embora chamada, essa realidade, o que é mais grave, de manifestação democrática). Como enfatiza Jessé TORRES:

> [...] A cultura brasileira continua a oferecer essa intrigante tendência de inversão do fenômeno social: aqui, não se crê que a conduta seja capaz de gerar a norma, ou, ao menos, influenciar sua aplicação; imputa-se à norma o poder milagroso de modificar e criar conduta. Aos problemas que se cronificam responde-se com mais leis, e não com um processo educacional capaz de reformular valores e costumes, que reinterpretarão as leis. Como, a cada lei nova, permanece o velho problema (que está na postura das pessoas e não nas estruturas que concebem, comprometidas com essas posturas), a solução, segundo tal lógica, é modificar a lei, inclusive a primeira delas, que é a Constituição[926].

**b) Discricionariedade excessiva atribuída ao Poder Executivo.**

A discricionariedade conferida ao Poder Executivo, em relação às organizações sociais, é perceptível em todas fases de seu processo de estruturação e no desenvolvimento de

suas atividades. Nas organizações da sociedade civil de interesse público, isso se verifica em menor intensidade, mas ainda assim existe.

Detém, o Poder Executivo, e apenas ele, a autoridade para selecionar a entidade a ser qualificada como organização social. Também a ele cabe desqualificar. Especificamente, quanto ao ato de qualificação, é de se considerar que não foi previsto, na lei, processo seletivo, nem fixadas legalmente balizas orientadoras de como se proceder à escolha da pessoa jurídica de direito privado, que vai ser agraciada com o título de organização social, quando isso resultar, de logo (como parece ser o caso), na subscrição de um contrato de gestão nos moldes definidos na lei. A gravidade da situação é ainda mais acentuada diante da possibilidade de existência de mais de uma entidade interessada na qualificação, quando essa apenas poderá ser atribuída a uma delas, sobressaindo as exigências de igualdade e impersonalidade no trato com os administrados. Questionar-se-ia, assim, sobre a exigibilidade de licitação, na contratação para aquisição de bens ou serviços e mesmo quando a Administração Pública quer se desfazer de seu patrimônio, de base constitucional, para fins de seleção da entidade com a qual o Estado Administrador pretende se vincular estreitamente.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO aponta, com razão, para o fato de que se se pretende atribuir, à pessoa jurídica de direito privado, as atividades pertencentes à entidade pública, de modo a permitir, inclusive, a extinção dessa, não se poderia prescindir, nesse processo de transferência, de licitação ou de outro procedimento destinado à seleção da pessoa privada mais capacitada, dentre as interessadas, para substituir o ente público, medida que se destina a garantir isonomia de tratamento e impessoalidade na escolha e, particularmente, a evidenciar a conformidade, quanto aos fins, da opção feita pela autoridade ministerial. Destaca, também, a jurista, que a gerência de bens e dinheiro público apenas poderia ser autorizada à entidade que demonstrasse gozar de idoneidade financeira e qualificação técnica[927]. De fato, cuida-se de demonstração que, independentemente de previsão legal, nela pode ser reputada implicitamente inserida, vez que corresponde à exigência basilar, fundada no princípio da razoabilidade, aos que buscam participar da gestão da coisa pública. Considerando que a iniciativa privada tem sido apontada como parâmetro de eficiência, dela se pode extrair aspecto que colide frontalmente com a postura munificente atual do Estado brasileiro. Nesse sentido, é certo que nenhum particular, por mais otimista

---

[926] PEREIRA Júnior, Jessé Torres. **Da reforma administrativa constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 14-15.

[927] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública***:* concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 216.

que seja, entregaria os seus bens para serem administrados por empresas não suficientemente capacitadas. Se a iniciativa privada não admite tal situação, com maior razão não poderia o Estado conceber a entrega do patrimônio público a entidades destituídas de quaisquer condições de funcionamento ou atividade. Em tal direção, Paulo MODESTO fala da conveniência de se exigir, das entidades interessadas na qualificação, um tempo mínimo de atuação na área e a existência de patrimônio ou habilidade técnica[928]. Também sobre a questão, Sílvio Luís Ferreira da ROCHA defende a inconstitucionalidade do inciso II, do art. 2º, da Lei nº 9.637/98, haja vista que o dispositivo macularia o princípio constitucional da igualdade, "pois se duas pessoas jurídicas preenchem os requisitos exigidos pelo referido artigo, e ambas pedem a qualidade de organização social, a Administração não poderá escolher uma das duas"[929].

Ao Poder Executivo cabe, outrossim, decidir sobre a cessão de bens, recursos e servidores públicos às organizações sociais. É o Poder Executivo que formula o contrato de gestão e influencia decisivamente os rumos de atuação do conselho de administração. O Poder Executivo é também o responsável pela fiscalização na execução dos serviços. Segundo o Ministro Eros GRAU, do Supremo Tribunal Federal, o art. 5º, da Lei nº 9.637/98, relativo ao contrato de gestão, macularia a Constituição, "na medida em que coloca sob indefinido e difuso regime de parceria o cumprimento de funções de Estado"[930].

Essa discricionariedade em excesso, associada às inconstitucionalidades vislumbradas na lei que instituiu as organizações sociais (especialmente a fuga ao princípio da licitação), poderá resultar em prejuízos consideráveis ao patrimônio público. A um, por se atribuir a qualificação de organização social a entidade sem qualquer idoneidade técnica ou financeira, de modo que os recursos públicos ou serão mal empregados ou não serão empregados, destinando-se a outros fins, que não os eminentemente sociais. A dois, por se converter a qualificação – e as benesses que dela procedem – em moeda de troca no jogo político, inclusive através da indicação para funções de relevância no âmbito das organizações sociais. A três, por não haver instrumentos de controle mais eficazes, diante da autonomia de gerenciamento, que se apregoa como salvadora da ineficiência do aparato estatal.

Antevendo essa situação de malversação do patrimônio público, os Tribunais de Contas brasileiros têm tomado a dianteira na defesa da coisa pública. Analisando a

---

[928] MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. **Interesse Público**, n. 1, 1999. p. 40.
[929] ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 116.
[930] Trecho extraído de BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo**, n. 454, Brasília, 1º e 2 fev., 2007. p. 02.

juridicidade do contrato de gestão que o Estado de Pernambuco pretendia firmar com o Centro de Abastecimento Alimentar de Pernambuco (CEASA/PE), sendo esse último uma organização social estadual, a Procuradoria Geral do Estado de Pernambuco manifestou-se contrariamente, ao fundamento principal de que:

> [...] na escolha da entidade que assumirá parcelas de atividade até então exercidas pelo aparato do Estado e, ainda, que receberá recursos, bens e incentivos de toda ordem neste mister, é que se torna imprescindível a seleção pública da associação que gerirá a Organização Social, ou que ao menos, a escolha de uma associação seja justificada, com base em argumentos sólidos e coerentes[931].

Em acréscimo, invocou a regra inscrita na Resolução nº 20/2005, do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, nos termos da qual está vedada "a celebração de contratos de gestão ou termos de parceria sem prévio processo administrativo para selecionar de forma impessoal, isonômica, objetiva e transparente a OS ou OSCIP" (art. 8º, II)[932].

Da mesma forma que não se pode prescindir da realização de procedimento licitatório, ainda que simplificado, para a seleção da entidade que receberá a qualificação de organização social, com as conseqüências legais que daí automaticamente decorrem a teor dos dispositivos legais (repasse de bens e recursos públicos e cessão de servidores públicos, via contrato de gestão) ou para a escolha da organização social – quando mais de uma tiverem obtido a qualificação – a firmar contrato de gestão com o Estado, não é possível admitir que, na administração de recursos públicos, as aquisições de bens e serviços pelas organizações sociais sejam efetivadas sem qualquer procedimento desenvolvido à obtenção do melhor emprego dessas verbas. Esse foi o entendimento assentando pelo Tribunal de Contas da União, entre outros precedentes, no Acórdão 1777/2005-Plenário:

> ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:
> 9.1. adotar, para fins de fiscalização deste Tribunal e orientação dos órgãos e entidades da Administração Pública, as seguintes conclusões:
> 9.1.1. as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – Oscips, contratatadas pela Administração Pública Federal, por intermédio de Termos de Parceria, submetem-se ao Regulamento Próprio de contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade,

---

[931] NOGUEIRA, Ticiana Andréa Sales. **[Consulta interna]**. Recife: Procuradoria Geral do Estado de Pernambuco/Procuradoria Consultiva, 2005. p. 01. Arquivo gentilmente cedido pela autora.

[932] PERNAMBUCO. Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. Resolução nº 20/2005. In: NOGUEIRA, Ticiana Andréa Sales. **[Consulta interna]**. Recife: Procuradoria Geral do Estado de Pernambuco/Procuradoria Consultiva, 2005. p. 02. Arquivo gentilmente cedido pela autora.

> economicidade e da eficiência, nos termos do art. 14,c/c o art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.790/99;
> [...][933]

**c) O desarranjo do Texto Constitucional. O fictício conflito entre controle de resultados e controle do ato.**

A reforma, levada a efeito sem cuidado com a harmonia e inteireza da Constituição, produziu evidentes incompatibilidades das normas reformadoras com o Texto Constitucional.

Celso Antônio Bandeira de MELLO ressalta tais inconstitucionalidades: a) a qualificação como organização social, que torna possível a cessão às entidades qualificadas de bens, recursos e servidores públicos, prescinde de qualquer demonstração de sustentabilidade das instituições cessionárias, violando, dentre outros, o preceito da moralidade; b) essa prescindibilidade agride, outrossim, a norma isonômica e sua concretização através do preceito licitatório, seja porque dispensa a verificação dos mais aptos ao desempenho das relevantes atribuições a serem exercitadas por essas instituições qualificadas, seja à medida que discrepa da práxis administrativa, no pertinente às "relações contratuais singelas", para as quais se exige a comprovação de suficiência à prestabilidade; c) o regime jurídico previsto para as organizações sociais, ademais, não guarda correspondência com o princípio da razoabilidade, porquanto não materializa uma justificação plausível para a dissimilitude de tratamentos; d) a admissão da absorção de serviços públicos essenciais (como saúde e educação) por organizações sociais, a partir da extinção de entidades públicas prestadoras, é violadora dos ditames constitucionais que enumeram essas atividades como deveres do Estado (*ex vi* dos arts. 196 e 205 a 208, da CF/88), devendo funcionar, os particulares, como colaboradores e não como supressivos na iniciativa estatal[934].

O autor detalha: a impossibilidade de as organizações sociais receberem bens, dotações e servidores públicos sem processo regular, assegurada a isonomia entre os interessados e exigida a habilitação patrimonial, financeira e técnica; e a inadmissibilidade de

---

[933] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1777/2005-Plenário. Relator Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, 09 nov. 2005. p. 03. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=1&doc=28&p=1&templ>. Acesso em: 10 abr. 2006.

[934] Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11. ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 157-159.

situação em que o Estado seja "provedor de pessoal de entidades particulares" ou obrigue servidores públicos a prestarem serviços a entidades particulares[935].

O terceiro setor concebido pelo Estado brasileiro tem existência e imprescindibilidade respaldadas na sua potencialidade para produzir resultados positivos, na medida em que liberado de certos entraves e limites impostos ao setor público estatal. Associa-se, destarte, a eficiência da organização à maior autonomia que detenha na administração dos negócios de interesse público e ao controle *a posteriori* dos resultados, e, conseqüentemente, do lado oposto, a ineficiência, à preocupação com controles burocráticos apriorísticos. Assim, controle de resultados e controle de meios (ou do ato) estariam em conflito.

Em verdade, trata-se de falso dilema. Os dois controles mostram-se indispensáveis e deveriam ser buscados em simultaneidade e não com exclusão. Não se olvide mesmo que o pretendido Estado gerencial não dispensa a existência de uma estrutura burocrática para funcionar.

O controle de resultados não pode precindir da verificação da regularidade da forma. "Parece estar fora de dúvidas, pelo menos no âmbito do TCU, que os controles prévios e concomitantes contribuem significativamente para a boa e regular aplicação dos recursos públicos"[936]. Há muito que se considera ultrapassado e perigoso o preceito de que "os fins justificam os meios". Jacques MARITAIN asseverava que "[...] aplicar meios intrinsecamente maus para alcançar um fim intrinsecamente bom é simplesmente uma insensatez e um despautério"[937]. Sobre esse aspecto, é devastadora a impressão de Hannah ARENDT nas palavras de ROVIELLO:

> A questão do mal menor – uma outra maneira de exprimir a questão da justificação dos meios pelos fins – é tratada por H. Arendt a propósito do delicado problema da colaboração dos Conselhos Judaicos com as autoridades nazis. Ao aceitarem submeter-se às medidas que progressivamente iam sendo tomadas contra os judeus, os membros dos Conselhos Judaicos afirmavam agir em nome do 'mal menor': aceitavam seleccionar um determinado número de indivíduos que iriam ser enviados para uma morte certa para evitar que moresse um número ainda maior. De cada vez, procuravam evitar o pior 'até que já nada pior podia acontecer' conclui Arendt. Ela

---

[935] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11. ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 159-160.

[936] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1777/2005-Plenário. Relator Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, 09 nov. 2005. p. 03. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=1&doc=28&p=1&templ>. Acesso em: 10 abr. 2006.

[937] MARITAIN, Jacques. **O homem e o Estado**. 3. ed. Tradução de Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Agir, 1959. p. 69.

> aborda esse caso extremo para demonstrar que a preocupação com as conseqüências se vira contra si própria e conduz a conseqüências mais catastróficas[938].

Por outro lado, o controle do ato não pode desprezar o controle de resultados, sob pena de se tornar insubsistente.

**d) A evasão ao regime jurídico de direito público.**

Inquietação é gerada pelo efeito da afirmação de que "com essa iniciativa [consistente na absorção dos serviços públicos pelas organizações sociais, cabendo ao ente estatal o financiamento total ou parcial], o Estado oferece aos dirigentes de órgãos e entidades públicas estatais responsáveis pela prestação de serviços sociais a possibilidade de se libertarem das **disfunções operacionais** do Estado e, portanto, de assumirem plenamente a gestão estratégica de suas respectivas organizações"[939]. O que se chamou de "disfunções operacionais" são as regras de direito público, mais rigorosas por versarem sobre a coisa pública.

Com autoridade, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO sustenta que as organizações sociais foram concebidas, precipuamente, para afastar a incidência das normas de direito público:

> Pela forma como a matéria está disciplina na esfera federal, são inegáveis o conteúdo de imoralidade contida na lei, os riscos para o patrimônio público e para os direitos do cidadão.
> Em primeiro lugar, fica muito nítida a intenção do legislador de instituir um mecanismo de fugir ao regime jurídico de direito público a que se submete a Administração Pública. O fato de a organização social absolver atividade exercida por ente estatal e utilizar o patrimônio público e os servidores públicos antes a serviço desse mesmo ente, que resulta extinto, não deixa dúvidas de que, sob a roupagem de entidade privada, o real objetivo é o de mascarar uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao direito público. É a mesma atividade que vai ser exercida pelos mesmos servidores públicos e com utilização do mesmo patrimônio. Por outras palavras, a idéia é que os próprios servidores da entidade a ser extinta constituam uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, e se habilitem como organizações sociais, para exercerem a mesma atividade que antes exerciam e utilizem o mesmo patrimônio, porém sem a submissão àquilo que se costuma chamar de 'amarras' da Administração Pública
> [...] Trata-se de entidades constituídas ad hoc, ou seja, com o objetivo único de se habilitarem como organizações sociais e continuarem a fazer o que faziam antes,

---

[938] ROVIELLO, Anne-Marie. **Senso comum e modernidade em Hannah Arendt**. Tradução de Bénédicte Houart e João Filipe Marques. Lisboa: Instituto Piaget, 1987. p. 59.
[939] BARRETO, Maria Inês. As organizações sociais na reforma do Estado brasileiro. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (org.). **O público não-estatal na reforma do Estado.** Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 121. Negrito inexistente no original.

> porém com nova roupagem. São entidades fantasmas, porque não possuem patrimônio próprio, sede própria, vida própria. Elas viverão exclusivamente por conta do contrato de gestão com o poder público[940].

Mesmo os ingleses, normalmente citados como exemplos de seguidores das teorias de redução da figura do Estado Administrante e criadores das chamadas *quangos*, têm representantes que sustentam:

> It is a mistake to suppose that a developed system of administrative law is necessaraly antagonistic to efficient government. Intensive government will be more tolerable to the citizen, and the government's path will be smoother, where the law can enforce high standards of legality, reasonableness and fairness […][941].

**e) A negação dos objetivos da reforma pelo próprio instrumento de implementação (questionamentos sobre eficiência, economicidade, democratização, publicização e transparência).**

Do que ficou dito, não é difícil concluir que a forma através da qual foi regulado o projeto de parceria entre público e privado, tendo por instrumento principal as organizações sociais, conspurca os próprios objetivos indicados como norte das reformas.

A publicização é, em verdade, uma privatização contrafeita. A transparência é elidida pela discricionariedade excessiva e pela ausência de critérios objetivos de seleção e avaliação. A democratização não se realiza, diante da forma de constituição das pessoas jurídicas de direito privado a serem qualificadas como organizações sociais, bem como diante do *déficit* educacional e da pouca força influenciadora dos representantes da sociedade, eles sim manipuláveis consoante as ingerências políticas e econômicas, além da não correspondência em relação às postulações sociais. Economicidade não houve, pois o Estado continua prevendo e liberando dotações orçamentárias, cedendo servidores públicos, com ônus seu, e permitindo o uso de bens públicos, sendo que, agora, sem um controle mais rigoroso quanto ao destino do patrimônio público.

Quanto à eficiência, este é um dado que, numa visão otimista, apenas pode ser demonstrado com o tempo. Por enquanto, e já se vão quase dez anos de criação dos títulos

---

[940] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública***:* concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 215-216.

[941] WADE, William & FORSYTH, Christopher. **Administrative law**. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 22: "É um erro supor que um sistema desenvolvido de direito administrativo é necessariamente antagônico ao governo eficiente. Governo intenso será mais tolerado pelos cidadãos, e a conduta governamental será mais suave, quando a lei puder forçar altos padrões de legalidade, justiça e probidade" (tradução livre).

jurídicos em comento, não se contam grandes êxitos produzidos pelas organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público, com exceção dos que ilustram as páginas institucionais correspondentes na rede mundial de computadores. Além dessas notícias, não são incomuns as que mencionam os desvios de finalidade verificados em relação às instituições beneficiadas, na forma, especialmente, de malversação do patrimônio público disponibilizado.

Forma-se, então, um círculo vicioso: numa primeira fase, tem-se a compreensão de que o Estado é ineficiente, o que ocasiona a miséria horrenda em que padece grande parte da população, gerando violência; numa segunda fase, elimina-se o Estado (culpado de tudo) e elege-se a iniciativa privada como capaz de responder às necessidades sociais (assim, a violência será reduzida), pois não tem os mesmos controles a que se subordina a estrutura estatal, dita emperrada; numa terceira fase, percebe-se a ampliação da exclusão e, pois, da violência, com ainda maior número de subintegrados, aos quais não chegam efetivamente os recursos (materiais e humanos) públicos; alcança-se, então, por fim, a quarta fase, em que ao Estado se admite a maximização de uma de suas funções, exatamente para conter a violência: a punitiva. Então, o Estado de serviço é substituído, simplesmente, pelo Estado punitivo. A questão que se coloca é o seu direcionamento: "Mais estado, menos estado, quase nenhum estado? Um estado reduzido às funções de vigilância e castigo? Castigo de quem?"[942].

Em verdade, é importante relembrar que eficiência é conceito de natureza eminentemente econômica e que, nem mesmo pelo mercado, é certa a sua perfectibilização. Nesse sentido, o economista Amartya SEN destaca que, "mesmo na obtenção de eficiência, o mecanismo de mercado pode às vezes não ser totalmente eficaz, em especial na presença dos chamados 'bens públicos'"[943]. Designando por bens públicos os que "as pessoas consomem *juntas*, e não separadamente", o autor referido assevera a inverdade da afirmação de que todos os bens podem ser vendidos e comprados no mercado, haja vista que "a base racional do mecanismo de mercado está voltada para os bens privados [...] e não para os bens públicos", a exemplo (desses últimos) da educação básica e dos serviços de saúde, em relação aos quais a figura do Estado tem se apresentado como fundamental. Acrescenta, o economista:

> É nesse contexto notável que alguns entusiastas do mercado recomendam hoje em dia aos países em desenvolvimento que se baseiem totalmente no livre mercado até

[942] GALEANO, Eduardo. **O teatro do bem e do mal**. Tradução de Sérgio Faraco. 2. ed. Porto Alegre: L&PM, 2007. p. 125. (Coleção L&PM Pocket Plus, 293).
[943] SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 153.

> mesmo para a educação básica – com isso negando-lhes o próprio processo de expansão educacional que no passado foi crucial para difundir rapidamente a alfabetização na Europa, na América do Norte, no Japão e no Leste Asiático. Os pretensos seguidores de Adam Smith podem aprender alguma coisa com o que seu guru escreveu sobre esse tema, demonstrando sua frustração com o parco dispêndio público no campo da educação[944].

[944] SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 154.

# CONCLUSÃO: Destaques analíticos finais. Conscientização social e responsabilidade do Estado.

> "Em nosso tempo, em que os conceitos se misturam e as palavras se usam com leviana facilidade, o Estado se distribui por 'serviços' e por 'agências', perdido o seu sentido de relação real com a sociedade. Aliás, não entendo por que se fala por aí em políticas públicas. Quais as *políticas* que se devem chamar privadas?" (SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**: o privado e o público na vida social e histórica. 2. ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Atlântica, 2005. p. 55).

O presente trabalho de doutoramento pretendeu analisar o tema reforma do Estado Administrante brasileiro, através da seleção, para fins investigativos mais aprofundados, de uma de suas manifestações institucionais (as denominadas organizações da sociedade civil na sua concretização normativa, ou seja, as organizações sociais, reguladas pela Lei nº 9.637/98, e as organizações da sociedade civil de interesse público, instituídas pela Lei nº 9.790/99), com vistas à demonstração das incongruências que têm sido admitidas para satisfazer o atual ideário, alimentado pela globalização, de diminuição do tamanho do Estado, consistentes elas, sobretudo, na negação da base teórica, invocada para sustentar as inovações legislativas, pelas próprias regras legais que resultaram concretizadas, com pretenso amparo naquela fundamentação, bem como perfazendo várias agressões ao Texto Constitucional. De forma sintética, são as seguintes, as principais conclusões, que se pode extrair do exame:

a) se a eliminação do paradigma da organização política moderna não se mostra próxima (mesmo porque para as categorias dominantes ainda se apresenta como instrumento útil, se bem manejado), é certo, em outro ângulo, que o Estado enfrenta discursos vigorosos favoráveis ao seu redimensionamento, tanto no âmbito internacional, quanto na esfera interna. Miguel REALE assevera que, ao invés de uma "redução de poder" (no sentido de desfazimento da soberania), advoga-se por uma "mudança de enfoque"[945]. Esse realinhamento derivaria, especialmente, da ascensão de novos atores sociais e do despertar dos há muito adormecidos, processo alimentado pela globalização (especialmente em sua matriz econômica otimizada pela revolução tecnológica, com diluição de parâmetros de tempo e espaço), que deslocou, do Estado, para a sociedade civil internacional e para a sociedade civil nacional, a iniciativa de ação, sob a invocação do princípio da subsidiariedade. Internacionalmente, esse preceito serviu a justificar e fortalecer os movimentos integrativos, de formação de

[945] REALE, Miguel. Os fins do Estado. In: _____. **Crise do capitalismo e crise do Estado**. São Paulo: SENAC São Paulo, 2000. p. 57.

comunidades de Estados, a resolverem questões cuja dimensão transcendesse o território de cada Estado. Internamente, o enunciado veio a sustentar o programa de reforma do Estado Administrador, pela idéia de que ele (como realidade maior) não deveria sufocar as entidades menores, tidas como muito mais capazes de desempenhar as atribuições até então mantidas nas mãos de um *Leviatã* caro e ineficiente, cuja atuação apenas estaria legitimada em vista da impossibilidade manifesta de realização pelos interessados diretos. O princípio da subsidiariedade – o mesmo de origem religiosa – deu, então, nome à nova fase da evolução da organização política moderna, que já trafegara de um Estado absoluto a um Estado liberal, desse a um Estado de Providência, de um *welferismo* a um Estado mínimo, ascendendo, finalmente (pelo menos por enquanto), a partir do neoliberal, o Estado subsidiário, identificado também como o Estado parceiro, que compartiria com a sociedade as tarefas relacionadas ao bem comum ou, a dizer, de interesse público, de modo que subsidiariedade e parceria compuseram a escora teórica dos reformistas e, em particular, dos mentores das organizações sociais;

a1) em sentido doutrinariamente mais corrente, subsidiário é sinônimo de secundário ou acessório (critério de comparabilidade), podendo, contudo, ser empregado com ênfase no caráter de concertamento (critério de somação), emergindo, nessa última perspectiva, a idéia de parceria ou compartilhamento;

a2) a lei das organizações sociais – e em menor grau a lei das organizações da sociedade civil de interesse público – não concretiza subsidiariedade do Estado, nem parceria entre Estado e sociedade civil, que alguns designam de parceria ente o público e o privado. Os campos reservados às organizações sociais (ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde), enquanto pessoas jurídicas de direito privado, estão abrangidos, segundo a Constituição Federal de 1988, em sua redação plenamente vigorante (imodificável por norma infraconstitucional), na esfera dos deveres do Estado, embora não sejam atividades exclusivas do Estado (*ex vi*, basicamente, dos arts. 205, 218, 225, 215 e 196), de modo que a designação Estado subsidiário (no sentido de secundário ou acessório), o que importa na admissão de instituições outras que seriam, no contraponto, essenciais ou principais, mostra-se absolutamente equivocada, ao passo que a lei em tela é, no mínimo, nesse tocante, despicienda, pela inexistência de vedação ao desempenho de atividades dessas naturezas pelas pessoas privadas. Em verdade, em tais áreas, a atuação do Estado é a imprescindível (pois se trata do exercício de funções que lhe são inerentes, além de estratégicas), devendo ele ser auxiliado pelos demais atores sociais

(esses, sim, complementários). E isso não tem nada a ver com despotismo estatal ou estrangulamento da iniciativa extra-estatal, mas sim cumprimento das obrigações que constituem a razão de ser do Estado e com a necessidade de garantir o atendimento aos mais necessitados, segundo normas rigorosas de impessoalidade e isonomia, especialmente diante de uma realidade movida, cada vez mais, a individualismos, de uma "sociedade de indivíduos"[946], em que persiste um forte clientelismo, entranhado em quase todas as estruturas;

a3) igualmente, não se vê configurada, na lei das organizações sociais, a noção de parceria. Em que pese o deslocamento das atividades para as mãos de uma pessoa jurídica formalmente de direito privado, a dizer, para uma esfera não-estatal – e, portanto, não submetida a regime jurídico de direito público –, lugar reputado de expressão das forças sociais, essas, em verdade, não se fazem presentes, seja porque quem cria as pessoas jurídicas que serão qualificadas como organizações sociais e quem as qualifica (e desqualifica) são as instâncias governamentais, que se fazem preponderantes no conselho de administração das entidades qualificadas, tendo papel determinante na construção dos regulamentos da instituição e do contrato de gestão, através do qual o Estado fornece recursos, bens e servidores públicos, para permitir a própria existência da qualificada. Em síntese: há unicamente Estado (coisa pública), que as autoridades governamentais – invocando novas opções políticas – querem desvestido do regime de direito público. Não há a pluralidade pressuposta para uma parceria, há unilateralidade, em que o papel de outros-não-Estado é, em grande medida, figurativo. Em outro canto, até para seguir a paradoxalidade que se enxerga na lei das organizações sociais, se se concebe que, verdadeiramente, o Estado cede para que possa vir à tona a sociedade civil, a lei em questão se transfigura em permissivo potencial ao abandono pelo Estado dos seus deveres constitucionais, principalmente porque as organizações sociais são substitutivas de entidades públicas que se extinguem. Assim, mesmo que, a princípio, a lei preveja o repasse de recursos materiais e humanos da esfera estatal para as organizações sociais, o acatamento da percepção de que tais atividades não devem ser cometidas ao Estado (que, portanto, não deveria suportá-las, sustentando-as enquanto e na proporção que quisesse), mas aos particulares, resulta em transferência de todas as responsabilidades aos atores não-estatais (suprimidos os agentes estatais), desfigurando, mais

[946] Tomou-se emprestada a expressão usada por ELIAS, Norbert. **A sociedade de indivíduos.** Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

uma vez, a nota de parceria, por imposição de unilateralidade, embora em pólo oposto, com a saída do Estado;

b) para dar maior concretude à subsidiariedade e à parceria, os defensores das organizações sociais (bem como os das organizações da sociedade civil de interesse público) dirigem sua visualização à condição de integrantes do terceiro setor, da sociedade civil, cujo campo de ação seria a profícua esfera pública (não limitada ao Estado), e com pendores de concretização democrática, tendo efeito restaurativo da legitimidade atualmente espatifada, momento em que se vê os representantes de várias ideologias aparentemente convergirem, como se tivessem chegado, finalmente, a um ponto comum: os que sempre foram anti-estatalistas aproveitam a oportunidade para avivar a discussão sobre a verve social, sendo que alguns, desconfiados de propostas tão avançadas, passam a enxergar pontos positivos na existência do Estado; simultaneamente, instala-se um "estatismo antiestado", ou seja, os próprios Estados (ou melhor, algumas figuras do poder estatal) diminuindo sua capacidade de ação, segundo teses, no entanto, que não prevêem seu desaparecimento, mas apenas seu deslocamento ou reposicionamento[947]. Acusa-se o Estado, inclusive, nesse contexto, de investir contra a dignidade do homem, especialmente desconsiderando os direitos fundamentais arduamente conquistados, apresentando-se, assim, como arrogante e totalitário o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado;

b1) a expressão terceiro setor – no quadro dos movimentos pela busca de novos padrões, a exemplo da terceira via e da terceira onda – foi lembrada (preexistia), em especial, para facilitar a distinção entre Estado (primeiro setor), mercado (segundo setor) e sociedade civil (terceiro setor), localizando, nessa, de vívido momento revitalizador e reivindicador, a força motriz relacionada à satisfação dos anseios de índole pública (alusivos à comunidade como um todo) por entidades privadas (a dizer, localizadas extra-estatalmente) sem fins lucrativos (corporificando um público não-estatal ou um privado não-mercatório). Na verdade, a discussão pode ser contextualizada na clássica dicotomia privado x público, em que se opõem a vida no recôndito familiar e íntimo e o encontro com o outro estranho; o trabalho para a sobrevivência e a participação política; o campo das relações econômicas lucrativas e a esfera em que o lucro não é o referencial; a preservação do sigiloso e o dado a

[947] Cf. MARKOFF, John. Globalização e democracia: conexões conturbadas. In: BARROSO, João Rodrigues (coord.). **Globalização e identidade nacional**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 75. O mesmo autor observa: "[...] Tornou-se agora lugar-comum entre candidatos a cargos públicos eleitos articular ataques, contras as ações do Estado, em suas campanhas, assim como para os seus adversários responder em que algumas partes da rede de segurança social (como se diz nos Estados Unidos) sejam preservadas. Na Europa Ocidental, hoje, alguns dos

conhecer, dualidade que se esvazia e se ratifica, constantemente, quando se constata, por exemplo, a composição de um terceiro gênero (o social), ou quando se observa o estreitamento entre esses âmbitos, que se tangenciam, mas preservam seus elementos identitários, tidos por reciprocamente suplementários (nem o público que desconsidera a personalidade, nem o privado que despreza o comum; mas o privado que confere a respeitabilidade necessária ao debate frutífero no espaço coletivo, e o público que dá sentido ao humano pela compreensão do outro). Nesse quadro, a esfera pública é o campo em que os vários atores sociais – incluindo o Estado (não se exaurindo nele) – se relacionam, em toda a sua pluralidade, estabelecendo soluções concebidas pelo diálogo, do qual todos podem participar com efetividade. O Estado, nesse âmbito, deve desempenhar papel extremamente relevante, qual seja, o de garante da participação dos sujeitos relacionais que ainda persistem em situação de subintegração, por um histórico de marginalização não vencido, não como um curador perpétuo – pois tais partícipes não são inválidos –, mas como fornecedor dos bens da vida indispensáveis à superação dessa condição e ao favorecimento dessa inclusão e, especialmente, como refreador das tendências destrutivas do interesse público, do que é comum a todos, por mais individualistas que sejam. Nessa esfera pública, destaca-se a atuação da sociedade civil, termo nascido como sinônimo de Estado (por ser antônimo do "estado de natureza"), mas a ele contraposto, sobretudo a partir da influência das idéias marxistas. Nesse momento, à sociedade civil se atribuiu um significado emancipacionista, crítico, e assim ela se terminou se consagrando. O entrechoque entre sociedade civil – enquanto manifestação espontânea dos vários sujeitos sociais, pessoas físicas ou jurídicas, entes despersonalizados, integrados ou não integrados a movimentos sociais, categorizados por suas diferenças, em sua variedade, o que, inclusive, favorece a tolerância –, o Estado e os agentes de mercado, todos na esfera pública, permite níveis de comunicação aptos a impedir que um sucumba ao outro e a garantir um consenso que, idealmente, possa se designar democrático. Sobre a democracia, entende-se pela impossibilidade de atribuição de um conceito padronizado, já que perenes os processos de redefinição, qualificando-se sob várias perspectivas (liberal – de prevalência no indivíduo; socialista – de proximidade com o que se pensa como democracia direta; procedimental – com preocupação na forma de concretização possível; dentre outras), mas é certo que o grande embate que, hoje, se estabelece, especialmente alimentado pelo multiculturalismo (do assentimento congruente na diferença, a partir do direito de ser diferente), é o que opõe a democracia representativa à democracia participativa, impondo a

---

partidos de esquerda são primazes defensores de aspectos do *status quo*, tendo-se tornado, conforme aponta

ênfase em procedimentos democráticos mais diretos (cujo exemplo mais salutar é o orçamento participativo), não limitados ou concentrados unicamente no voto em época de eleição, modelagem essa em franco declínio, mormente em vista dos inúmeros escândalos envolvendos políticos escolhidos pelo povo em pleitos eleitorais, salvo prova em contrário, regulares;

b2) A lei das organizações sociais, embora tida como respaldada neles, não realiza os conceitos de sociedade civil e de esfera pública, nem de democracia participativa. Os intitutos por ela concebidos são artificiais. Criam-se por decisão governamental, sustentam-se com estrutura e instrumental de origem estatal, repassados através de ajuste, cujas cláusulas fundamentais são definidas no âmbito do governo, funcionam segundo diretrizes impostas pelo Estado e são fiscalizadas, preponderamente, por ele. No caso das organizações da sociedade civil de interesse público, essa conclusão é minorada, à medida que a qualificação pressupõe a preexistência da entidade a ser qualificada, ou seja, anterior expressão de vontade social, na construção de entidade destinada à realização de atividades de interesse público, sem intuito lucrativo. Enquanto nas organizações sociais, a norma tenta forçar o fato; nas OSCIP, o fato é reconhecido pela norma. A previsão de participação social nas organizações sociais se limita à composição, com alguns membros, do conselho de administração da entidade, o que, a toda vista, não é suficiente a corporificar manifestações de sociedade civil e de democracia, pois assentada unicamente em um número e não na qualidade da intervenção. Mais ainda, o termo terceiro setor, como empregado pelos teóricos da reforma do Estado, é visto a partir da consideração de sua captura e do seu emprego utilitário pelos projetos neoliberais. Com o seu uso, pretendeu-se trazer a sociedade civil para o lado dos reformadores, apagando, dela, a expressão contestadora construtiva. Sendo de sabença geral que as reformas implicariam a necessidade de redução de gastos, sobretudo na área social, o que iria gerar grandes protestos, esses foram impedidos com a invocação da importância da sociedade civil e do seu "direito de participação" (como se ele não existe desde muito antes). A expressão terceiro setor tem sido, assim, objeto de duras críticas, como as que consideram: que essa discriminação é aleatória (com prejuízo para a precisão terminológica), devendo prevalecer, em caso de insistência pelo critério ordinal, a sociedade civil no primeiro setor, já que surgiu antes de qualquer outro; e que seu uso indistinto terminou por albergar realidades e sujeitos interessados expressivamente díspares e mesmo, em certas circunstâncias, contrapostos, a exemplo dos sem-terra e dos grandes conglomerados empresariais (os

---

Tony Judty, conservadores" (p. 76).

primeiros, reivindicando reforma agrária; e os segundos, concebendo programas de responsabilidade social), fazendo com que até o elemento lucro restasse embutido nesse setor, descaracterizando-o;

b3) a participação da sociedade civil na definição e na execução das políticas públicas tem base constitucional, haja vista o princípio fundante de que "todo poder emana do povo", devendo ser reconhecido, face aos últimos acontecimentos, que a democracia representativa está fragilizada, com perda de legitimidade, que se traduz, inclusive, pelos números da violência reinante. Além disso, não se pode concordar com posturas passivas ou com assitencialismos, que geram apatia nos cidadãos e descompromisso com o outro, devendo ser incentivada a cada vez maior inserção social nos assuntos públicos. Não se concorda, entretanto, com o manuseio do conceito de sociedade civil, para permitir a construção de institutos que dela nada trazem ou que a ela nada levarão. Isso porque o problema não repousa na substituição do Estado pela sociedade civil (mesmo porque a existência do Estado é dependente do adequado exercício da representatividade do seu povo), mas sim na suplantação do Estado – que, bem ou mal, continua garantindo a prevalência do interesse público – pelo mercado, e, pior ainda, utilizando-se, para tanto, como instrumento, a definição teórica de sociedade civil;

c) os proponentes do modelo de organização social asseveram, ainda, que ela seria uma resposta à ineficiência estatal. Contra a burocracia engessadora e o desregramento com o dinheiro público, elege-se a *New Public Management*, uma nova forma de gerir a Administração Pública, sustentada na teoria dos jogos e na disciplina *law and economics*, nos termos das quais pretende-se transplantar as técnicas gerenciais da iniciativa privada ao campo dos serviços de interesse público;

c1) a eficiência não é termo jurídico, mas sim econômico, segundo o qual deve-se extrair o maior proveito, com o menor custo. Sua maximização, já que é regra técnica e não norma ética, pode deflagrar um processo de desconstituição dos vínculos que formam a sociedade (exatamente no sentido inverso do que se propaga), pela desconsideração de verdadeiros valores sociais, como o refletido no preceito da eqüidade. "As demandas de eficiência, liberdade, desconcentração e mercado devem harmonizar-se com outro conjunto de demandas (eqüidade, desenvolvimento social, bem-estar coletivo e justiça) [...]"[948];

[948] NOVELO, Frederico. Estado keynesiano e Estado neoliberal. In: LAURELL, Asa Cristina (org.). **Estado e políticas sociais no neoliberalismo**. Tradução de Rodrigo León Contrera. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 69.

c2) a alegada ineficiência estatal, especificamente na área social, que é a alcançada pelas organizações sociais, foi, muito mais, resultado do corte de recursos dirigidos a esse campo, que fez com que os agentes públicos não tivessem como realizar uma prestação adequada dos serviços pelos quais eram responsáveis. Assim, é solução simplista culpar o aparato humano (por sua incompetência técnica) e estrutural (por seu sucateamento) do Estado pela quase falência do sistema de prestação de serviços públicos sociais. Ela, na realidade, é conseqüência, em grande medida, da opção política pelo redirecionamento dos recursos ao adimplemento das dívidas interna e externa[949];

c3) é falsa a premissa de que o Estado não funciona porque tem uma burocracia. Os corpos burocráticos são uma realidade, tanto na esfera pública, quanto na esfera privada, e o Estado gerencial deles não prescinde para se concretizar. Basta, nesse sentido, observar os trâmites burocráticos necessários, nos termos da lei, para fazer funcionar a sistemática das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público. Entende-se, ademais, que a burocracia em essência não é prejudicial. Muito ao contrário, funda-se, especialmente, de conformidade com o modelo weberiano, na idéia de que os servidores públicos devem ser escolhidos por sua capacidade profissional, através de seleção objetiva, bem como de que os administrados devem ser tratados com igualdade, de modo impessoal e com respaldo em normas preestabelecidas, vinculantes dos prestadores públicos, o que fator de segurança;

c4) é irreal acreditar que a lei das organizações sociais gerou economia aos cofres públicos, bastando para chegar a essa ilação que se considere que o Estado continuará repassando, agora às organizações sociais, os recursos públicos que, anteriormente, eram dirigidos à instituição pública extinta substituída, a elas também dirigindo os bens públicos que se fizerem necessários à realização de suas atividades, cedendo, outrossim, servidores públicos, com ônus para origem, para que prestem serviço nas organizações sociais. Acresça-se que eventual economia sentida pelo Estado, em virtude da eliminação de cargos de provimento comissionado, pela extinção das entidades públicas, poderá ser revertida, pecuniariamente, às organizações sociais. Ao lado de tudo isso, não se olvide que as organizações sociais poderão ser contratadas por instituições públicas, para a prestação de

[949] Cf. LESBAUPIN, Ivo; MINEIRO, Adhemar. **O desmonte da nação em dados**. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 39 *et seq*. Os autores mencionam que, "num período [de 1995 a 2001] em que a população cresceu e o desemprego explodiu, o investimento na área social foi reduzido". E aponta mais: "Em compensação, o pagamento de juros, encargos e amortização das dívidas públicas interna e externa, em termos reais, totalizou R$ 106,9 bilhões em 2001 [...]" (p. 40 e 42).

serviços que estejam abarcados pelo contrato de gestão, sendo, portanto, remuneradas, mais uma vez, com recursos públicos;

d) as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público são certificações concedidas pelo Estado, como os títulos de utilidade pública e beneficente de assistência social. Entretanto, considerada a legislação brasileira pertinente à matéria, mais se aproximam da Associação Pioneiras Sociais, que se reputam inseridas no quadro dos serviços sociais autônomos. Já no contexto do direito comparado, é inegável que se aproxima do modelo das *quangos* inglesas (que, inclusive, já começaram a declinar, sendo exigida uma maior presença do Estado), mas a comparabilidade útil que se pode fazer é com o sistema americano de terceiro setor, por ser um paradigma mundial na área e pelo referencial econômico que o subsidia em termos construtivos;

e) enquanto, na lei das organizações da sociedade civil de interesse público, verifica-se um viés efetivamente complementar da atuação do Estado, na lei das organizações sociais, tem-se, marcadamente, uma pretensão de substituição das pessoas jurídicas de direito público prestadoras de serviços públicos (em regime público), por pessoas jurídicas de direito privado, sob regime diferenciado (de direito privado, com algumas adaptações), que executarão as mesmas atividades antes de incumbência das entidades públicas extintas, mas com os mesmos recursos, bens e servidores públicos, que a essas eram dirigidos;

e1) em que pese a multiplicidade de perspectivas de tratamento do tema serviços públicos, parece prevalecer o entendimento de que, assim, serão considerados aqueles cuja realização o ordenamento jurídico imputar ao Estado, ou quem lhe faça as vezes, sob regime de direito público. Destarte, no caso dos serviços públicos não exclusivos de Estado (em que não há delegação, porque não são proibidos à iniciativa particular), como educação e saúde, que a Constituição Federal de 1988 define como deveres do Estado, constata-se que, quando ele os executa, e o faz sob o regime de direito público, configura-se a prestação de serviço público, ao passo que, quando os particulares os prestam segundo as regras privatísticas, eles passam a ser considerados como serviços de interesse público ou de relevância social;

e2) considerado o grau de interferência do Estado nas organizações sociais, a despeito de serem elas pessoas jurídicas de direito privado, sob regime, *a priori*, de direito privado, os serviços por elas prestados continuarão sendo considerados serviços públicos, assim como a elas se aplicarão normas jurídicas dirigidas a entes da Administração Pública;

f) conquanto tenha julgado diversamente o Supremo Tribunal Federal, em sede de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, entende-se que a lei das

organizações sociais é inconstitucional, especialmente ao desobrigar o Estado de cumprir com deveres constitucionais, privatizando serviços públicos de marcada essencialidade, inclusive com extinção dos entes públicos prestadores, colocando em seu lugar frágeis pessoas jurídicas de direito privado, sem qualquer existência anterior, a desempenhar exatamente as mesmas atividades, com a utilização dos mesmos recursos materiais e humanos, mas com um regime mais "suave" ou "flexível", que o de direito público. Exatamente o elastério constante da lei referenciada, bem como as suas significativas lacunas, incompatíveis com a gestão da coisa pública, violam todos os princípios constitucionais relativos à Administração Pública, constantes do *caput*, do art. 37, da CF/88, bem como os preceitos fundamentais implícitos, a exemplo da razoabilidade;

g) de todo modo, concretamente, parece haver um esvaziamento do modelo instituído pela lei das organizações sociais – já estando em tramitação um substitutivo designado de "fundações estatais" –, tendo em conta as imposições que têm sido feitas pelos órgãos de controle, em respeito à coisa pública, que não dispensam os procedimentos licitatórios, ainda que simplificados, e a prestação de contas.

# Referências bibliográficas.

## a) Livros.


ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade**: no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos.** São Paulo: Max Limonad, 1999.

AKTOUF, Omar. **A administração entre a tradição e a renovação**. Tradução de Antônio José Cunha *et al*. São Paulo: Atlas, 1996.

ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Traducción de Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970, t. II.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.

ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado.** Sem referência a tradutor. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1980.

ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do trabalho e pós-modernidade:** fundamentos para uma teoria geral**.** São Paulo: LTr, 2005.

ANDRADE, Manoel Correia de. **Globalização e geografia**. Recife: Editora da UFPE, 1996.

ANTUNES, Ricardo. **A desertificação neoliberal no Brasil (Collor, FHC e Lula)**. Campinas: Autores Associados, 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 8. ed.rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

_____. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. **Entre o passado e o futuro**. Tradução de Mauro Barbosa de Almeida. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.

ARISTÓTELES. **Política.** Tradução de Mário da Gama Cury. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

ARRUDA Júnior, Edmundo Lima de (org.). **Max Weber**: direito e modernidade. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996. (Ensaios: Sociologia do Direito).

AUSTIN, James E. **Parcerias:** fundamentos e benefícios para o terceiro setor. Tradução de Lenke Peres. São Paulo: Futura, 2001.

AVRITZER, Leonardo. **A moralidade da democracia**: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática. São Paulo: Perspectiva; Belo Horizonte: UFMG, 1996. (Debates, 272).

AVRITZER, Leonardo; NAVARRO, Zander (org.). **A inovação democrática no Brasil**: o orçamento participativo. São Paulo: Cortez, 2003.

BACELLAR Filho, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BAKUNIN, Mijail. **Escritos de filosofia política**. Traducción de Antonio Escohotado. Madrid: Alianza Editorial, 1990, 2v (Crítica de la sociedade). (El Libro de Bolsillo).

_____. **Textos anarquistas**. Tradução de Zilá Bernd. Porto Alegre: L&PM, 1999. (L&PM Pocket, 157).

BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras**: 1891. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia; Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Constituições Brasileiras, 2).

BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. **Constituições brasileiras**: 1946. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia; Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Constituições Brasileiras, 5).

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade:** conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BARROSO, João Rodrigues (coord.). **Globalização e identidade nacional**. São Paulo: Atlas, 1999.

BARZELAY, Michael. **Atravesando la burocracia**: una nueva perspectiva de la Administración Pública. Traducción de Jorge Ferreiro. México: Fondo de Cultura Econômica, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

_____. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

_____. **Em busca da política**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

_____. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

_____. **Tempos líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.

_____. **Vida líquida**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.

BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo**: Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo.São Paulo: UNESP, 2003.

BELL, Daniel. **The end of ideology**: on the exhaustion of political ideas in the fifties. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar**: a aventura da modernidade. Tradução de Carlos Felipe Moisés, Ana Maria L. Ioriatti e Marcelo Macca. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.

BERNARDO, João. **Democracia totalitária**: teoria e prática da empresa soberana. São Paulo: Cortez, 2004.

BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BOBBIO, Noberto. **As ideologias e o poder em crise.** Tradução de João Ferreira. 4. ed. Brasília: UNB, 1999.

_____. **Ensaios sobre Gramsci e o conceito de sociedade civil.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira e Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

_____. **Entre duas repúblicas**: às origens da democracia italiana. Tradução de Mabel Malheiros Bellati. Brasília: UNB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001.

_____. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

_____. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2006.

_____. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varialle *et al*. 11. ed. Brasilia: UNB, 1998, 2v.

BOFF, Leonardo. **Depois de 500 anos:** que Brasil queremos? 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Curso de direito constitucional**. 12. ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Do país constitucional ao país neocolonial:** a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêtica, por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (coord.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao professor J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006.

BORON, Atílio A. **Estado, capitalismo e democracia na América Latina**. São Paulo: Paz e Terra, 1994.

BOTELLA, Juan; CAÑEQUE, Carlos; GONZALO, Eduardo (ed.). **El pensamiento político en sus textos**: de Platón a Marx. Madrid: Tecnos, 1998.

BOUDENS, Emile. **Terceiro setor**: legislação. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000.

BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado. Secretaria da Reforma do Estado. **Organizações sociais**. 5. ed. Brasília: MARE, 1998. (Cadernos MARE da reforma do Estado, 2).

BRASIL. Secretaria da Reforma do Estado. **Modelo conceitual de contrato de gestão**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

BRASIL. Secretaria da Reforma do Estado. **O que são as organizações sociais?** Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

BRASIL. Secretaria da Reforma do Estado. **Projeto das organizações sociais**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

BRAUDEL, Fernand. **Civilização material, economia e capitalismo:** séculos XV-XVIII. Tradução de Telma Costa. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

BRAVO, Maria Inês Souza; PEREIRA, Potyara A. P (org.). **Política social e democracia**. 2. ed. São Paulo: Cortez; Rio de Janeiro: UERJ, 2002.

BUENO, Roberto (org.). **Dilemas da globalização**: teoria liberal e ordem jurídica no mundo contemporâneo. São Paulo: Cultural Paulista, 2000.

BURDEAU, Georges. **O Estado**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Justiça e Direito).

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk. **O diálogo democrático**: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl. Curitiba: Juruá, 2006.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 3. ed.rev.ampl. Coimbra:

Coimbra Editora, 1951.

CALAME, Pierre; TALMANT, André. **A questão do Estado no coração do futuro**: o mecano da governança. Tradução de Ephraim Ferreira Alves. Petrópolis: Vozes; Montevidéu: Ediciones Trilce, 2001.

CAMARGO, Mariângela Franco de *et al*. **Gestão do terceiro setor no Brasil**: estratégias de captação de recursos para organizações sem fins lucrativos. 2. ed. São Paulo: Futura, 2001.

CANCLINI, Nestor García. **Consumidores e cidadãos**: conflitos multiculturais da globalização. Tradução de Maurício Santana Dias. 6. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, [2002].

CARDOSO, Fernando Henrique. **Avança, Brasil:** mais 4 anos de desenvolvimento para todos. Proposta de governo/Fernando Henrique Cardoso. Brasília: [s.n.], 1998.

CARVALHO, Cristiano; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). **Aspectos jurídicos do terceiro setor**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

CARVALHO Filho, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17. ed.rev.ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. Bari: Laterza, 2007.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venâncio Majer. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. (A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura, 1).

CASTOR, Belmiro Valverde Jobim *et al*. **Burocracia e reforma do Estado**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. (Cadernos Adenauer II, 3).

CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e seqüela**: privatização, desregulação, flexibilização terceirização. São Paulo: LTr, 1997.

CAUPERS, João. **A administração periférica do Estado**: estudo de ciência da administração. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1994.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **O novo regime previdenciário dos servidores públicos**. Recife: Nossa Livraria, 1999.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão, BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras**: 1967. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia; Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Constituições Brasileiras, 6).

CHANDHOKE, Neera. **State and civil society**: explorations in political theory. 4. ed. New Delhi/Thousand Oaks/London: Sage Publications, 2004.

CHAPUS, René. **Droit administratif general**. 4. ed. Paris: Montchrestien, 1988, t. 1.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das idéias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor,

2000.

CHAUÍ, Marilena. **Cultura e democracia**: o discurso competente e outras falas 10. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

CHOMSKY, Noam. **Segredos, mentiras e democracia**: entrevistas a David Barsalian. Tradução de Alberigo Loutron. Brasília: UNB, 1999.

COELHO, Daniela Mello. **Administração Pública gerencial e direito administrativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

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

COHEN, Jean; ARATO, Andrew. **Sociedad civil y teoría política.** Traducción de Roberto Reyes Masón. México: Fondo de Cultura Económica. 2000.

COHN, Amélia; ELIAS, Paulo E. (coord.). **O público e o privado na saúde**: o PAS em São Paulo. São Paulo: Cortez/CEDEC, 1999.

CONSTANT, Benjamin. **Escritos de política**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de direito comparado**: introdução ao direito comparado. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

COSTA, Lúcia Cortes da. **Os impasses do Estado capitalista**: uma análise sobre a reforma do Estado no Brasil. Ponta Grossa: UEPG; São Paulo: Cortez, 2006.

COSTA, Sérgio. **As cores de Ercília**: esfera pública, democracia, configurações pós-nacionais. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

CRETELLA Neto, José. **Comentários à lei das parcerias público-privadas – PPPs.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CREVELD, Martin Van. **Ascensão e declínio do Estado**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CROZIER, Michel. **O fenômeno burocrático**: ensaio sobre as tendências burocráticas dos sistemas de organização modernos e suas relações, na França, com o sistema social e cultural. Tradução de Juan A Gili Sobrino. Brasília: UNB, 1981. (Coleção Sociedade Moderna, 2).

CRUET, Jean. **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Sem referência a tradutor. 2. ed. Leme: Edijur, 2003.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann (org.). **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DAGNINO, Evelina (org.). **Anos 90**: política e sociedade no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1994.

_____ (coord.). **Sociedad civil, esfera pública y democratización en América Latina:**

Brasil. Tradução de Fabiana Davyt *et al*. São Paulo: Editora UNICAMP; México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001.

DANTAS, Ivo. **Direito constitucional comparado:** introdução. Teoria e metodologia. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DAVIS, Mike. **Holocaustos coloniais**: clima, fome e imperialismo na formação do Terceiro Mundo. Tradução de Alda Porto. Rio de Janeiro: Record, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DIEZ-MORENO, Fernando. **Manual de derecho de la Unión Europea**. Madri: Editorial Civitas, 1996.

DINIZ, Eli; AZEVEDO, Sérgio de (org.). **Reforma do Estado e democracia no Brasil**: dilemas e perspectivas. Brasília: UNB, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 9. ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

DONAHUE, John D. **Privatização**: fins públicos, meios privados. Tradução de José Carlos Teixeira Rocha. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1992.

DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 7. ed.actual. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.

DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho público**. Traducción de Ramón Jean e Adolfo Posada. Madrid: Francisco Beltran Librería, 1926.

_____. **Soberania y libertad**: leciones dadas en la Universidad de Columbia (New York). Traducción de José G. Acuña. Madrid: Francisco Beltran Librería, 1924.

DUPAS, Gilberto. **Tensões contemporâneas entre o público e o privado.** São Paulo: Paz e Terra, 2003.

DURANT, Will. **Filosofia da vida.** Tradução de Monteiro Lobato. 11. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1959.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins

Fontes, 2000.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução de Gilson Cesar Cardoso Souza. 15. ed. reimp. São Paulo: Editora Perspectiva, 1999.

ELIAS, Norbert. **A sociedade de indivíduos.** Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

_____. **O processo civilizador**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, v. 2 (Formação do Estado e Civilização).

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1999.

ETZIONNI, Amitai. **Next**: the road to the good society. New York: basic Books, 2001.

FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e globalização econômica:** implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1998.

FARRELL, Martin Diego. **La democracia liberal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988.

FÉDER, João. **Estado sem poder**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo. **Gestão municipal e participação social no Brasil**: a trajetória de Recife e Salvador (1986-2000). São Paulo: Annablume; Fapesp, 2004.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Soberania e processos de integração**: o novo conceito de soberania em face da globalização (uma abordagem especial quanto às realidades de integração regional). 2. ed. rev.atual. Curitiba: Juruá, 2007. (Pensamento Jurídico).

FERRAREZI, Elisabete. **OSCIP**: saiba o que são as organizações da sociedade civil de interesse público. Brasília: Agência de Educação para o Desenvolvimento, 2002. (Prazer em Conhecer, 4).

FERRAREZI, Elisabete; 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.

FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio. **A ciência do direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1990.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. **Constituição e governabilidade**: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**: com aplicações em economia, administração e ciências sociais. 2. ed.rev.atual. 2. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FISCHER, Nilton Bueno; MOLL, Jaqueline (org.). **Por uma nova esfera pública**: a experiência do orçamento participativo. Petrópolis: Vozes, 2000.

FLEURY, Sonia (org.). **Democracia, descentralização e desenvolvimento**: Brasil e Espanha. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

FONTES, Breno; MARTINS, Paulo Henrique (org.). **Redes, práticas associativas e gestão pública**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado. 14. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999.

FRANÇA Filho, Genauto Carvalho de; LAVILLE, Jean-Louis. **Economia solidária**: uma abordagem internacional. Porto Alegre: UFRGS, 2004.

FREYRE, Gilberto. **Insurgências e ressurgências atuais**: cruzamentos de sins e nãos num mundo em transição. 2. ed. rev. São Paulo: Global, 2006.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom.** 40. anniversary ed. Chicago and London: The University of Chicago Press, [2002].

FUKUYAMA, Francis. **Construção de Estados**: governo e organização no século XXI. Tradução de Nivaldo Montingelli Júnior. Rio de Janeiro: Rocco, 2005.

_____. **The end of history and the last man.** London: Penguin Books, 1992.

GALBRAITH, John Kenneth. **A economia das fraudes inocentes**: verdades para o nosso tempo. Tradução de Paulo Anthero Soares Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____. **A sociedade justa**: uma perspective humana. Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

GALEANO, Eduardo. **O teatro do bem e do mal**. Tradução de Sérgio Faraco. 2. ed. Porto Alegre: L&PM, 2007. (Coleção L&PM Pocket Plus, 293).

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 9. ed.rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

GASSET, José Ortega y. **O homem e a gente** (intercomunicação humana). Tradução de J. Carlos Lisboa. 2. ed. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1973.

GENRO, Tarso. **Crise da democracia**: direito, democracia direta e neoliberalismo na ordem global. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. **O futuro por armar**: democracia e socialismo na era globalitária. Petrópolis: Vozes, 1999.

GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto amministrativo**. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1993, v. 1.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Tradução de Maria Luíza X de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999.

_____. **Mundo em descontrole**: o que a globalização está fazendo por nós. Tradução de Maria Luíza X de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000.

_____ (org.). **O debate global sobre a terceira via**. Tradução de Roger Maioli dos Santos. São Paulo: UNESP, 2007.

GONÇALVES, Hermes Laranja. **Uma visão crítica do orçamento participativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GONÇALVES, Vânia Mara Nascimento. **Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GORDILLO, Agustín. **Depués de la reforma del Estado**. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1996.

_____. **La administración paralela**: el parasistema jurídico-administrativo. Madrid: Civitas, 2001.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno.** Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRAMSCI, Antonio. **Escritos políticos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, v. 1 (1910-1920).

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 4.ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRAU, Nuria Cunill. **Repensando o público através da sociedade**: novas formas de gestão pública e representação social. Tradução de Carolina Andrade. Rio de Janeiro: Renavan; Brasília: ENAP, 1998.

GUÉHENNO, Jean-Marie. **O fim da democracia**: um ensaio profundo e visionário sobre o próximo milênio. Tradução de Howard Maurice Johnson e Amauri Temporal. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

GUTTERIDGE, H. C. **El derecho comparado:** introdución al método comparativo en la investigación y en el estudio del derecho. Barcelona: Instituto de Derecho Comparado, 1954.

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **A era das transições**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. (Humanística, 3).

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 2v. (Biblioteca Tempo Universitário, 101).

**_____. Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria de sociedade burguesa. Tradução de Flávio R. Kothe. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. (Biblioteca Tempo Universitário, 76: Série Estudos Alemães).

_____. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Passado como futuro**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993. (Tempo Universitária, 94).

HALPERIN, Morton H; SIEGLE, Joseph T; WEINSTEIN, Michael M. **The democracy advantage**: how democracies promote prosperity and peace. New York; London: Routledge, 2005.

HAURIOU, Maurice. **Précis élémentaire de droit administratif**. 4. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1938.

HAYEK, Friedrich A. **Camino de servidumbre**. Traducción de José Vergara. 2. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 2003.

HEADY, Ferrel. **Administración Pública**: una perspectiva comparada. Traducción de Roberto Reyes Mazzoni. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

HEGEL. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores, 1990.

HELLER, Agnes *et al*. **A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o Século XXI.** 1. reimp. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

HILL, Jr., Myron G.; ROSSEN, Howard M.; SOGG, Wilton S. **Smith's review**: legal gem series: administrative law: for law school and bar examinations. Cleveland: West Publishing, 1974.

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000.

HOBSBAWM, Eric. **A era das revoluções**: Europa 1789-1848. Tradução de Marcos Penchel e Maria Tereza Lopes Teixeira. 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

_____. **A era do capital**. Tradução de Luciano Costa Neto. 5. ed. rev. 2. reimp. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

_____. **A era dos impérios**. Tradução de Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel Toledo. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

_____. **Era dos extremos**: o breve século XX. 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

_____. **Sobre história**: ensaios. Tradução de Cid Knipel Moreira. 3. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

HOLLENSTEINER, Stephan (org.). **Estado e sociedade civil no processo de reformas no Brasil e na Alemanha.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

HUNTINGTON, Samuel P. **La tercera ola**: la democratización a finales del siglo XIX. Traducción de Josefina Delgado. Barcelona: Paidós, 2002.

IANNI, Ocatvio. **Estado e capitalismo**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 5. ed.rev.ampl.atual. Niterói: Impetus, 2005.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - IDEC. **A proteção ao consumidor de serviços públicos.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

IRELLI, Vicenzo Cerulli. **Corso di diritto administrativo**. Nuova edizione riveduta ed ampliata. Prima ristampa aggiornata e corretta. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

JÈZE, Gaston. **Los princípios generales del derecho administrativo**. Traducción de Carlos Garcia Oviedo. Madrid: Editorial Reus, 1928.

JOIN-LAMBERT, Christian (dir.). **L'Etat moderne et l'administration**: nouveaux contexts, nouvelles éthiques, nouveaux experts. Paris: Libraire Generale de Droit et de Jurisprudence, 1994.

JOUVENEL, Bertrand de. **Los orígenes del estado moderno**: historia de las ideas políticas en el siglo XIX. Traducción de Gerardo Novás Peleteiro. Madrid: Ensayos Aldaba, 1977.

JOVCHELOVITCH, Sandra. **Representações sociais e esfera pública**: a construção simbólica dos espaços públicos no Brasil. Petrópolis: Vozes, 2000.

JUSTEN, Mônica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN Filho, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**.11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KAFKA, Franz. **Le procès**. Traduction d' Alexandre Viatalle. [S. l.]: Gallimard, 2000.

KAMERMAN, Sheila B; KAHN, Alfred J. (comp.). **La privatización y el Estado benefactor**. Traducción de Maria Antonia Neira Bigorra. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti *et al*. 2. ed. São Paulo:

Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KERVÉGAN, Jean-François. **Hegel, Carl Schmitt**: o político entre a especulação e a positividade. Tradução de Carolina Huang. Barueri: Manole, 2006.

KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. Tradução de Mário R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

KRAWCZYK, Nora Rut; WANDERLEY, Luiz Eduardo (org.). **América Latina**: Estado e reformas numa perspectiva comparada. São Paulo: Cortez, 2003.

KRISCHKE, Paulo J. **Aprendendo a democracia na América Latina**: atores sociais e mudança cultural. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

KUCZYNSKI, Pedro-Pablo; WILLIAMSON, John (org.). **Depois do Consenso de Washington**: retomando o crescimento e a reforma na América Latina. Tradução de Célio Knipel Moreira e Cid Knipel Moreira. São Paulo: Saraiva, 2004.

LAFER, Celso. **Hannah Arendt**: pensamento, persuasão e poder. 2. ed.rev.ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

LANDIM, Leilah (org.). **Ações em sociedade**: militância, caridade, assistência etc. Rio de Janeiro: NAU, 1998.

LANE, Jan-Erik. **New public management**. London and New York: Routledge, [2003].

LASKI, Harold J. **El Estado Moderno y sus instituciones políticas y económicas**. Traducción de Teodoro Gonzalez García. Barcelona: Libreria Bosch, 1932.

_____. **El problema de la soberanía**. Traducción de Armando Bazan. Buenos Aires: Editorial Dedalo, 1960.

_____. **Introdução à política**. Tradução de Marcelle Soares Brandão. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.

_____. **La crisis de la democracia**. Traducción de Armando Bazan. Buenos Aires: Ediciones Siglo Viente, 1950. (Colección Economia y Política Social).

_____. **La libertad en el Estado Moderno**. Traducción de Eduardo Warshaver. Buenos Aires: Editora Abril, 1946.

LAURELL, Asa Cristina (org.). **Estado e políticas sociais no neoliberalismo**. Tradução de Rodrigo Leon Contrera. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

LE GOFF, Jacques. **Uma vida para a história**: conversações com Marc Heurgon. Tradução de José Aluysio Reis de Andrade. 2. ed. rev.ampl. São Paulo: UNESP, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e sociedade**: novos paradigmas.

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEAL, Suely. **Fetiche da participação popular**: novas práticas de planejamento, gestão e governança democrática no Recife – Brasil. Recife: Ed. do Autor, 2003.

LÊNIN. **Sobre os sindicatos**. Sem referência a tradutor. São Paulo: Polis, 1979. (Teoria e História, 4).

LEROY, Jean-Pierre *et al*. **Tudo ao mesmo tempo agora**: desenvolvimento, sustentabilidade, democracia: o que isso tem a ver com você? Petrópolis: Vozes, 2002.

LESBAUPIN, Ivo; MINEIRO, Adhemar. **O desmonte da nação em dados**. Petrópolis: Vozes, 2002.

LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia**: desempenho e padrões de governo em 36 países. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LODGE, George. **Sindicatos, vanguarda da democracia**: o trabalhismo nos países em desenvolvimento. Tradução de Nélson de Vincenzi. Rio de Janeiro: Lidador, 1965.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à reforma administrativa**: de acordo com as Emendas Constitucionais 18, de 05.02.1998, e 19, de 04.06.1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MACHIAVELLI, Niccoló. **O príncipe.** Tradução de Lívio Xavier. 4. ed. São Paulo: Athena, 1957. (Biblioteca Clássica, 27).

MACIEL, Marco. **Reformas e governabilidade**. Brasília: Senado Federal, 1994.

MAINWARING, Scott; WELNA, Chistorpher (ed.). **Democratic accountability in Latin America.** Oxford: Oxford University Press, 2005. (Oxford Studies in Democratization).

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A sociedade e o Estado**: introdução sociológica ao estudo do direito público. Tradução de Lúcia Amélia Fernandes Baz e Maria Sicília Damiano. Campinas: LZN, 2003.

MARINI, Caio. **Gestão pública**: o debate contemporâneo. Salvador: FLEM, 2003. (Cadernos FLEM, 7).

MARITAIN, Jacques. **O homem e o Estado**. Tradução de Alceu Amoroso Lima. 3. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1959.

MARTINS, Ives Gandra (coord.). **O Estado do futuro.** São Paulo: Pioneira, 1998.

MARX, Karl. **O capital:** crítica da economia política. Tradução de Reginaldo Sant'Anna. 15. ed. . Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996, livro I, v. II.

_____. **O capital:** crítica da economia política. Tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe.

Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1996, livro I, v. I, t. I.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **O manifesto comunista**. Tradução de Maria Lúcia Como. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

MAUÉS, Antonio G Moreira (org.). **Constituição e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo *et al*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Direito administrativo moderno**. 2. ed.rev.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 14. tir. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Curso de direito administrativo**. 18. ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. 7. tir. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, v. 1.

MENEM, Carlo; DROMI, Roberto. **Reforma del Estado.** Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997.

MILL, John Stuart. **Bentham.** Estudio preliminary, traducción y notas de Carlos Mellizo. Madrid: Tecnos, 1993. (Clásicos del Pensamiento, 101).

_____. **Princípios de economia política**: com algumas de suas aplicações à filosofia social. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996, 2v. (Os Economistas).

MINTZBERG, Henry. **Criando organizações eficazes**: estruturas em cinco configurações. Tradução de Ailton Bomfim Brandão. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MITRE, Emilio. **Historia y pensamiento histórico**: estudio y antología. Madrid: Catédra, 1997.

MONTANER, Luis Cosculluela. **Manual de Derecho Administrativo**. 5. ed. Madrid: Civitas, 1994.

MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social**: crítica ao padrão emergente de intervenção social. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **A idéia de direito social**: o pluralismo jurídico de George Gurvitch. São Paulo: Livraria do Advogado, 1997.

MOREIRA, Luiz (org.). **Com Habermas, contra Habermas**: direito, discurso e democracia. Tradução de Cláudio Moltz. São Paulo: landy, 2004.

MOREIRA, Vital. **Administração autónoma e associações públicas.** Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. **Apontamentos sobre a reforma administrativa**: Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____ (coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Una evaluación de las tendencias del derecho administrativo. Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Anais do Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOTTA, Fernando C. Prestes. **O que é burocracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000. (Coleção Primeiros Passos, 21).

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

MUMFORD, Lewis. **A cidade na história**: suas origens, transformações e perspectivas. Tradução de Neil R. da Silva. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

NANUS, Burt; DOBBS, Stephen M. **Liderança para o terceiro setor**: estratégias de sucesso para organizações sem fins lucrativos. Tradução de Cynthia Azevedo. São Paulo: Futura, 2000.

NATANSON, José. **Buenos muchachos**: vida y obra de los economistas del *establishment*. Caracas: Monte Ávila Editores Latinoamericana, 2006.

NETTO, José Paulo. **Capitalismo monopolista y servicio social**. Traducción de Carlos E. Montaño. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Um Estado para a sociedade civil**: temas éticos e políticos da gestão democrática. São Paulo: Cortez, 2004.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições brasileiras**: 1824. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia; Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Constituições Brasileiras, 1).

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia.** Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

OHMAE, Kenichi. **O fim do Estado nação**: a ascensão das economias regionais. Tradução de Ivo Korytowski. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia. **Os sentidos da democracia**: políticas do dissenso e hegemonia global. 2. ed. Petrópolis: Vozes; Brasília: NEDIC, 1999.

ORTEGA, Francisco. **Para uma política da amizade**: Arendt, Derrida, Foucault. 2. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000. (Conexões, 6).

ORTEGA, Ricardo Rivero. **El Estado vigilante**: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración. Madrid: Tecnos, 2000.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Economia y Estado**: crisis y reforma del sector público. Madrid: Marcial Pons, 1993.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações e entidades de interesse social**: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Estado dos anos 90**: lógica e mecanismos de controle. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997. (Cadernos MARE da reforma do Estado, 1).

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (org.). **O público não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

PEREIRA Júnior, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública**. 6. ed.rev.atual.ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Da reforma administrativa constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREZ, Clotilde; JUNQUEIRA, Luciano Prates (org.). **Voluntariado e gestão das políticas sociais**. São Paulo: Futura, 2002.

PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública democrática**: institutos de participação popular na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

PIERSON, Christopher. **The modern state**. 2. ed. London: Routledge, 2004.

PINTO, Luiz Fernando da Silva. **Gestão-cidadã**: ações estratégicas para a participação social no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002.

PIZZORUSSO, Alessandro. **Curso de derecho comparado.** Barcelona: Ariel, 1990.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições brasileiras**: 1934. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia; Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Constituições Brasileiras, 3).

POLTRONIERI, Renato. **Parcerias público-privadas e a atuação administrativa**: reflexões sobre a instituição de parcerias entre a Administração Pública e o setor privado e os contratos administrativos aplicáveis a esta forma especial de concessão de serviço público. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1987, 2t. (Biblioteca de Cultura Humanista, 2 e 3).

PORTO, Walter Costa. **Constituições brasileiras**: 1937. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia; Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Constituições Brasileiras, 4).

PRUNES, Cândido Mendes (org.). **Hayek no Brasil**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2006.

QUELHAS, Ana Paula Santos. **A refundação do papel do Estado nas políticas sociais**. Coimbra: Almedina, 2001.

QUINTANA, Fernado. **La ONU y la exégesis de los derechos humanos** (una discusión teórica de la nación). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor; UNIGRANRIO, 1999.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução de Cabral de Moncada. 6. ed. rev.ampl. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.

RAICHELIS, Raquel. **Esfera pública e conselhos de assistência social**: caminhos da construção democrática. 2. ed.rev. São Paulo: Cortez, 2000.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia**: de Freud à atualidade. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2006. (Coleção História da Filosofia, 7).

_____. **História da filosofia**: de Nietzsche à Escola de Frankfurt. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2006. (Coleção História da Filosofia, 6).

REALE, Miguel. **Brasil, sociedade plural**. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 2002.

_____. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REGO, Vicente Pereira do. **Elementos de direito administrativo brasileiro**: comparado com o direito administrativo francês, segundo o methodo de P.Pradier-Foderé. Recife: Typographia Universal, 1857, t. 1.

REZENDE, Flávio da Cunha. **Por que falham as reformas administrativas?** Rio de Janeiro: FGV, 2004.

RIBEIRO, Ana Clara Torres; GRAZIA, Grazia de. **Experiências de orçamento participativo no Brasil**: período de 1997 a 2000. Petrópolis: Vozes, 2003.

RICARDO, David. **Princípios de economia política e tributação**. Tradução de Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Os Economistas).

RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado.** Tradução de J. Cretella Júnior. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (RT Textos Fundamentais, 10).

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor**. São Paulo: Malheiros, 2003. (Temas de Direito Administrativo, 7).

RODRÍGUEZ, Ricardo Vélez. **A democracia liberal segundo Alexis de Tocqueville**. Sao Paulo: Mandarim, 1998.

ROSANVALLON, Pierre. **A nova questão social**: repensando o Estado providência. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.

ROSENBLOOM, David H. **Public administration**: understanding management, politics and law in the public sector. 3. ed. New York: McGraw-Hill, 1993.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2000.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **O contrato social**. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ROVIELLO, Anne-Marie. **Senso comum e modernidade em Hannah Arendt.** Tradução de Bénédicte Houart e João Filipe Marques. Lisboa: Instituto Piaget, [1997]. (Pensamento e Filosofia).

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Introducción al derecho constitucional comparado**: las "formas de Estado" y las "formas de gobierno". Las Constitucionales modernas. Y 1988-1990: un trienio de profundas transformaciones constitucionales en Occidente, en la URSS y en los Estados socialistas del Este europeo. Traducción de Héctor Fix-Zamundio. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

SADER, Emir (comp.). **El ajuste estructural en América Latina**: costos sociales y alternativas. Buenos Aires: CLACSO/ASDI, 2001.

SADER, Emir; GENTILI, Pablo (org.). **Pós-neoliberalismo**: as políticas sociais e o Estado democrático. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

_____. **Pós-neoliberalismo II**: que Estado para que democracia? 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**: o privado e o público na vida social e histórica. 2. ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Atlântica, 2005.

_____. **Secularização e democracia**: sobre a relação entre formas de governo e contextos culturais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

_____ (org.). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia representativa. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. (Reinventar a Emancipação Social: Para Novos Manifestos, 1).

_____ (org.). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. (Reinventar a Emancipação Social: Para Novos Manifestos, 3).

SANTOS Júnior, Orlando Alves dos; RIBEIRO, Luiz César de Queiroz; AZEVEDO, Sérgio de (org.). **Governança democrática e poder local**: a experiência dos conselhos municipais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan/Fase, 2004.

SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos *versus* interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994, v. 1 (O debate contemporâneo). (Série Fundamentos, 104).

SEGURA, Julio; CABRILLO, Francisco; TORTELLA, Gabril. **La reforma del Estado asistencial**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. (Cuadernos y Debates, 2).

SEMERARO, Giovanni. **Gramsci e a sociedade civil**: cultura e educação para a democracia. Petrópolis: Vozes, 1999.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. Tradução Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, 2v.

SOCZEK, Daniel. **ONGs e democracia**: metamorfoses de uma paradigma em construção. Curitiba: Juruá, 2007.

SOUSA, Alfredo José *et al*. **O novo Tribunal de Contas**: órgão protetor dos direitos fundamentais. 2. ed. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SOUTO, Cláudio. **Da inexistência científico-conceitual do direito comparado** (conceituação do indagar comparativo mais específico da Ciência do Direito). Tese doutoral. Recife: [s.n.], 1956.

SOUTO, Cláudio**;** SOUTO, Solange. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro; São Paulo: Livros Técnicos e Científicos, 1981.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões e terceirizações**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SOUZA, Jessé (org.). **A atualidade de Max Weber.** Brasília: UNB, 2000.

_____. **Democracia hoje**: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: UNB, 2001.

STUART MILL, John. **Princípios de economia política com algumas de suas aplicações à filosofia social**. Tradução de João Baraúna. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____ (coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNSTEIN, Cass R. **After the rights revolution.** Reconceiving the regulatory state. Cambridge/Massachusetts/London: Harvardv University Press, 1990.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SZAZI, Eduardo. **Terceiro setor**: regulação no Brasil. 2. ed. São Paulo: Peirópolis, 2002.

TÁCITO, Caio. **Constituições brasileiras**: 1988. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia; Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Constituições Brasileiras, 7).

TEIXEIRA, Ana Carolina Wanderley. **Região metropolitana**: instituição e gestão contemporânea. Dimensão participativa. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

TELLES Júnior, Goffredo. **A democracia e o Brasil**: uma doutrina para a Revolução de Março. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965.

_____. **O povo e o poder**: o conselho de planejamento nacional. São Paulo:Malheiros, 2003

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, Livro 1 (Leis e Costumes).

_____. **A democracia na América**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2004, Livro 2 (Sentimentos e Opiniões).

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** Tradução de João Guilherme de Freitas Teixeira. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

TOYNBEE, Arnold. **História**: função e valor (por que estudar história?). Tradução de Jarbas Maciel. Recife: Imprensa Universitária, 1966.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos:** fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública**: uma análise crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Justiça e Direito).

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres:** a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Sem referência a tradutor. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Freitas Bastos

Editora, 2001. (Pensamento Criminológico, 6).

WADE, William & FORSYTH, Christopher. **Administrative law**. Oxford: Clarendon Press, 1994.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. **O direito de parceira e a nova lei de concessões.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu**: a retórica do poder. Tradução de Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: UNB; São Paulo: Impresa Oficial do Estado, 1999, 2004, 2v.

WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald. **Introdução à economia**. Tradução de Nuno Renan Lopes de Figueiredo Pinto *et al*. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1985.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. **Curso de introdução à ciência política**. Unidade III: Formas de Estado e de governo. 2.ed. Brasília: UNB, 1984.

YAGÜEZ, Ricardo de Angel. **Introducción al estudio del derecho**. 4. ed.rev. Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto, 1986.

ZAIDAN Filho, Michel. **Pernambuco falando para o mundo** (ensaios sobre educação, multiculturalismo, globalização, teoria e história). Recife: Livro Rápido, 2004.

ZAOUAL, Hassan. **Globalização e diversidade cultural.** Tradução de Michel Thiollent. São Paulo: Cortez, 2003.

**b) Dicionários.**

ANTAS, Luiz Mendes. **Dicionário de termos técnicos**: inglês – português. 6. ed. São Paulo: Traço, 1980.

BUSTANI, Janine-Monique. **Manual de francês diplomático**. Brasília: FUNAG, 1997.

DIREITO. In: LOYN, H.R. (org.). **Dicionário da Idade Média.** Tradução de Álvaro Cabral. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991. p. 118-119.

FERREIRA, Pe. Júlio Albino. **Dicionário português-inglês e inglês-português**. Porto: Editorial Domingos Barreira, [1980].

FONSECA, José da. **Novo dicionário francês-português**. Nova edição corrigida e aumentada por José Lello e Edgar Lello. Porto: Lello e Irmãos, 1962.

LIEUTAUD, Casimir. **Tratado completo da conjugação dos verbos francezes**: regulares e irregulares. 10. ed. estereotypada. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1916.

PARLAGRECO, Carlo. **Dizionario portoghese-italiano e italiano-portoghese.** 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

SIDOU, Othon (org.). **Dicionário jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. II.

**c) Artigos de revistas científicas e de obras coletivas.**

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, n. 217, jul./set., 1999. p. 67-79.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Administração Pública pluricêntrica. **Revista de Direito Administrativo**, n. 227, jan./mar., 2002. p. 131-150.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalidade do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Brasileira de Direito Público**, n. 14, jul./set., 2006. p. 09-53.

BORGES, Alice Gonzalez. Democracia participativa. Reflexões sobre a natureza e a atuação dos conselhos representativos da sociedade civil. **Fórum Administrativo**: direito público, n. 57, nov., 2005. p. 6372-6378.

BRAGA, Luziânia C. Pinheiro. Organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs) – Promoção e construção de (novos) direitos e assessoria jurídica de caráter suplementar. **Fórum Administrativo**: direito público, n. 57, nov., 2005. p. 6393-6401.

BRANCO, Vera Sylvia Venegas Falsetti. Imunidade tributária e terceiro setor (filantrópico): Por maior transparência e regulamentação. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas,** n. 26, jan./mar., 1999. p. 31-42.

CAMPOS, Anna Maria. *Accountability*: quando poderemos traduzi-la para o português? **Revista de Administração Pública**, v. 24, n. 02, mar./abr., 1990. p. 30-50.

CASSESE, Sabino. De la vieja a la nueva disciplina en los servicios públicos. **Actualidad en el derecho público**, n. 8, Buenos Aires: AdHoc, sep./dic., 1998. p. 19-24.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Existência, vigência, validade, eficácia e efetividade das normas jurídicas. **Revista da Procuradoria Geral da República**, n. 2. p. 155-170.

ERHARDT, Manoel. As organizações sociais. **Revista ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, n. 1, jan., 2001. p. 169-181.

FORTINI, Cristiana. Organizações sociais: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face dos danos causados a terceiros. **Interesse Público**, v. 8, n. 38, jul./ago., 2006. p. 113-121.

DANTAS, Ivo. Direito comparado como ciência. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 7, Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1995. p. 149-198.

_____. O direito constitucional e o Estado. **Revista da Amatra**, Recife, n. 4, fev., 1998, p. 42-50.

DELGADO, José Augusto. Reflexões sobre o sistema tributário aplicado ao terceiro setor. **Revista Fórum de Direito Tributário**, n. 17, set./out., 2005. p. 09-38.

EFKEN, Karl-Heinz. O potencial democrático comunicativo da esfera pública e da sociedade civil. In: MORAES, Alfredo; DI MATTEO, Vincenzo (org.). **A filosofia no Recife**: ontem e hoje. Olinda: Livro Rápido, 2006. p. 171-198.

ESPÍRITO SANTO, Ataliba Pinheiro. As organizações sociais e a reforma administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, n. 230, out./dez., 2002. p. 75-100.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. Subsidiariedade e parceria: o terceiro setor (as organizações da sociedade civil). **Revista da Escola da Magistratura Federal da 5ª Região**, n. 6, Recife, abr., 2004. p. 269-339.

FERREIRA, Paulo Marrecas. Le principe de subsidiarité comme principe de droit constitutionnel. **Documentação e Direito Comparado.** Boletim do Ministério da Justiça, n. 57-58, 1994. p. 129-169.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. As organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público: considerações sobre o seu regime jurídico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set., 1999. p. 105-118.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Relexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor. **Interesse Público**, v. 7, n. 34, nov./dez., 2005. p. 89-106.

_____. Eficiência administrativa na Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo**, v. 220, abr./jun., 2000. p. 165-177.

FREITAS, Juarez. As organizações sociais: sugestões para o aprimoramento do modelo federal. **Boletim de Direito Administrativo**, out./dez., 1998. p. 617-222.

_____. As organizações sociais: sugestões para o aprimoramento do modelo federal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 140, out./dez., 1998. p. 133-138.

GOMES, Marcelo Barros. Entidades fiscalizadoras superiores-EFSs na busca pelo aperfeiçoamento da *accountability* e do desempenho em agências reguladoras de serviços públicos. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, n. 104, abr./jun., 2005. p. 62-74.

GUIMARÃES, Tomás de Aquino. O modelo organizações sociais: lições e oportunidades de melhoria. **Revista do Serviço Público**, n. 1, jan./mar., 2003. p. 99-117.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. Compendium of third sector legislation: analysis of the existing laws and regulation in Brazil. **International Journal of Civil Society Law**, v. 1, jan., 2003. p. 08-20.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. **Revista de Direito Administrativo**, n. 212, Rio de Janeiro, abr./jun., 1998. p. 57-70.

MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. **Revista de Direito Administrativo**, n. 210, out./dez., 1997. p.195-212.

MOREIRA, Egon Bockmann. Terceiro setor da Administração Pública. Organizações sociais. Contrato de gestão. **Revista de Direito Administrativo**, n. 227, jan./mar., 2002. p. 309-320.

OLIVEIRA, Felipe Faria de. O alcance do teto remuneratório constitucional e o terceiro setor: sua aplicabilidade às organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público. **Revista Fórum Administrativo**: direito público, n. 66, ago., 2006. p. 7698-7706.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; MÂNICA, Fernando Borges. Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação. **Boletim de Direito Administrativo**, v. 21, n 9, set., 2005. p. 1010-1025.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Moral, direito e democracia: o debate Apel *versus* Habermas no contexto de uma concepção procedimental da filosofia prática. In: MOREIRA, Luiz (org.). **Com Habermas, contra Habermas**: direito, discurso e democracia. São Paulo: Landy, 2004. p. 145-176.

PIRES, Maria Coeli Simões. Terceiro setor e organizações sociais. **Boletim de Direito Administrativo**, v. 15, n. 4, abr., 1999. p. 245-255.

RODRIGUES, Luciana Cordeiro. A concessão do título jurídico de organização social. **Revista de Direito Administrativo**, v. 232, abr./jun., 2003. p. 133-140.

ROSA, Denis. Ação de governo local e o dilema efetividade-eqüidade. **Revista de Sociologia e Política**, n. 22, jun., 2004. p. 217-221.

SCAFF, Fernando Facury. Contrato de gestão, serviços sociais autônomos e intervenção do Estado. **Revista de Direito Administrativo**, n. 225, jul./set., 2001. p. 273-297.

SCHROTH, Peter W. Corruption and accountability of the civil service in the United States. In: REITZ, John C; CLARK, David S (ed.). **American law in the 21st century**: U.S. National Reports to the XVIIth International Congress of Comparative Law. The American Journal of Comparative Law. Michigan: The Amaerican Society of Comparative Law, 2006, v. 54 (supplement). p. 553-580.

SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público 'à brasileira'? **Revista de Direito Administrativo**, n. 230, out./dez., 2002. p. 45-74.

SKWARA, Bete Alina. Descobrindo o segundo setor e meio. **Idéia Social**, n. 1, jun./jul./ago., 2005. p. 21-26.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. A Constituição brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas. **Revista de Informação Legislativa**, n. 109, Brasília, jan./mar., 1991. p. 71-109.

_____. Notas sobre as dimensões do direito constitucional comparado. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 14, Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, jan./jul., 1999.

VIOLIN, Tarso Cabral. As parcerias do "terceiro setor" com a Administração Pública. **Fórum Administrativo**: direito público, n. 70, dez., 2006. p. 8225-8249.

_____. Peculiaridades dos convênios administrativos firmados com as entidades do terceiro setor. **Revista Zênite**, ILC – Informativo de Licitações e Contratos, v. 13, n. 143, jan., 2006. p. 20-30.

_____. Uma análise crítica do ideário do terceiro setor no contexto neoliberal e as parcerias com a Administração Pública. **Revista Zênite**, ILC – Informativo de Licitações e Contratos, 13, n. 150, ago., 2006. p. 678-685.

**d) Arquivos doutrinários capturados na internet.**

ALVES, Mário Aquino; KOGA, Natália Massaco. Brazilian nonprofit organizations and the new legal framework: an institutional perspective. **Public Administration Review**, v. 3, n. 2, a. 5, jul./dec., 2006. p. 68-83. Disponível em: <www.anpad.org.br/bar/vol_03>. Acesso em: 10 set. 2007.

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Neoliberalismo no direito do trabalho**. Disponível em: <http://www.amatra.com.br/anais2.html>. Acesso em: 03 fev. 2006.

CARTA ENCÍCLICA *RERUM NOVARUM* do Papa Leão XII sobre a Condição dos Operários. Disponível em: <http://www.vatican.va/holyfather/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_lxiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html>. Acesso em: 16 out. 2006.

CARTA ENCÍCLICA *QUADRAGESIMO ANNO* de sua Santidade Papa Pio XI sobre a Restauração e Aperfeiçoamento da Ordem Social em Conformidade com a Lei Evangélica no XL Aniversário da Encíclica de Leão XII *Rerum Novarum.* Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_pxi_enc_19310515_quadragesimo-anno_po.html>. Acesso em: 16 out. 2006.

FERNANDES, Rubem César. **O que é o terceiro setor?** Disponível em: <www.rits.org.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

FERRAZ, Luciano. Lei de responsabilidade fiscal e terceirização de mão-de-obra no serviço público. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 4, jul., 2001. p. 01-22. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 10 ago. 2007.

FISHMAN, James J. The development of nonprofit corporation law and an agenda for reform. **Emory Law Journal**, n. 34, 1985. p. 670-671. Disponível em: <eprints.law.pace.edu/163/>. Acesso em: 09 fev. 2006.

FREMONT-SMITH, Marion R. **Governing nonprofit organizations.** Federal and state law and regulation. Cambridge/Massachusetts/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004. p. 2. Disponível em: <www.hup.harvard.edu/catalog/FREGOV.html>. Acesso

em: 09 fev. 2006.

MARTINS, Humberto Falcão. Reforma do Estado na era FHC: diversidade ou fragmentação da agenda de políticas de gestão pública? **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado**, Salvador, n. 10, jun./ago., 2007. p. 01-63. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/RERE-10-junho-2007-HUMBERTO%20MARTINS. pdf>. Acesso em: 10 out. 2007.

MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil – as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 9, dez., 2001. p. 01-21. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 09 fev. 2006.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: <www.agu.gov.br/ce/cenovo/revista>. Acesso em: 15 jul. 2003.

NATHAN, Richard. Reinventing government: what does it mean? **Public Administration Review**, mar./abr., 1995. p. 213-215. Disponível em: <www.anpad.org.br/bar/vol_03>. Acesso em: 10 set. 2007.

**e) Normas jurídicas.**

**A CONSTITUIÇÃO dos Estados Unidos da América com notas explicativas**. Adaptado com a permissão de The World Book Encyclopedia. Redação da introdução e das notas explicativas de J. W. Peltason. Sem referência a tradutor. [S.l.]: World Book, 1986.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. In: MANNRICH, Nelson (org.). **Consolidação das Leis do Trabalho, Código de Processo Civil, legislação trabalhista e processual trabalhista, legislação previdenciária e Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 21-145.

BRASIL. Decreto nº 371, de 20 de dezembro de 1991. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

BRASIL. Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999. In: FERRAREZI, Elizabete. **OSCIP**: saiba o que são as organizações da sociedade civil de interesse público. Brasília: Agência de Educação para o Desenvolvimento, 2002. p. 72-78. (Prazer em Conhecer, 4).

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. In: MEDAUAR, Odete (org.). **Constituição Federal, Coletânea de legislação administrativa**. 6. ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 889-921.

BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. In: MANNRICH, Nelson (org.). **CLT, legislação trabalhista e previdenciária e Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: Revista

dos Tribunais, 2004. p. 815-851.

BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. In: OLIVEIRA, Aristeu de. **Consolidação da legislação previdenciária**: regulamento e legislação complementar. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 49-78.

BRASIL. Lei nº 8.246, de 22 de outubro de 1991. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. In: MEDAUAR, Odete (org.). **Coletânea de legislação administrative e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 661-706.

BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. In: MEDAUAR, Odete (org.). **Coletânea de legislação administrative e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 828-834.

BRASIL. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. In: MEDAUAR, Odete (org.). **Coletânea de legislação administrative e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 834-839.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. In: FRANCO, Vera Helena de Mello; CARRAZZA, Roque Antônio (org.). **Código Comercial, Código Tributário Nacional e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 991-1015.

BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. Seção Brasileira e Ministério das Relações Exteriores. **Mercosul**: legislação e textos básicos. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2000.

**CONSTITUIÇÕES brasileiras**: 1969. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia; Centro de Estudos Estratégicos, 1999. (Constituições Brasileiras, 6a).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição. In: MITCHEL, Ralph (comp.). **Um índice para a Constituição dos EUA com glossário**. Sem referência a tradutor. Wisconsin: [s.n.]. 1980.

PERNAMBUCO. Decreto Estadual nº 23.212, de 20 de abril de 2001. Disponível em: <www.sare.pe.gov.br/terc_setor2.html>. Acesso em: 10 abr. 2006.

PERNAMBUCO. Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. Resolução TC nº 0020, de 21 de setembro de 2005. Disponível em: <www.tce.pe.gov.br/resolucao-virtual/2005/r202005.htm>. Acesso em: 11.05.2007.

UNITED STATES OF AMERICA. Circular nº A-110. Revised November 11, 1993, as Further Amended September 9, 1999. To the Heads of Executive Departments and Establishments. Disponível em: <www.whitehouse.gov/omb/circulars/index.html>. Acesso em: 09 fev. 2006

UNITED STATES OF AMERICA. Circular nº A-122. Revised May 10, 2004. To the Heads of Executive Departments and Establishments. Disponível em:

<www.whitehouse.gov/omb/circulars/index.html>. Acesso em: 09 fev. 2006.

UNITED STATES OF AMERICA. Circular nº A-133. Revised to show changes published in the Federal Register June 27, 2003. Audits of States, Local Government, and Non-Profit Organizations. Disponível em: <www.whitehouse.gov/omb/circulars/index.html>. Acesso em: 09 fev. 2006.

**f) Precedentes jurisprudenciais.**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 10527/DF. Primeira Seção, Brasília, DF, 14 de setembro de 2005. Relatora Ministra Denise Arruda. Diário da Justiça de 07 de novembro de 2005, p. 75. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em 10 abr. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 01 de agosto de 2007. Relator Ministro Ilmar Galvão (Carlos Britto). Relator para o acórdão Ministro Eros Grau. Diário da Justiça de 21 de setembro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.028/DF. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 11 de novembro de 1999. Relator Ministro Moreira Alves. Diário da Justiça de 16 de junho de 2000, p. 30. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 112/1995. Processo nº 014.236/94-0. Brasília, DF, 06 de setembro de 1995. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 421/2004-Plenário. Processo nº 019.027/2003-3. Brasília, DF, 14 de abril de 2004. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1777/2005-Plenário. Relator Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, 09 nov. 2005, p. 03. Disponível em: <https:// contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=1&doc=28&p=1&templ>. Acesso em: 10 abr. 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 24/1993. Processo nº 010.982/92-2. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 93. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 66/2000. Processo nº 014.877/1999-6. Brasília, DF, 09 de fevereiro de 2000. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 931/1999. Processo nº 14.334/1999-2. Brasília, DF. Disponível em <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Jurisprudência sistematizada:** pessoal - terceirização – inadmissibilidade. Disponível em <http://www2.tcu.gov.br/portal/page ?_pageid=33,2546000&_dad=portal&_schema=PORTAL>. Acesso em: 10 abr. 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Jurisprudência sistematizada:** pessoal - terceirização – subordinação, pessoalidade e habitualidade. Disponível em <http://www2.tcu.gov.br/portal/page?_pageid=33,2546001&_dad=portal&_schema=PORTAL>. Acesso em: 10 abr. 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 010.982/92-2. Brasília, DF. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 3.518/94-9. Brasília, DF, 02 de fevereiro de 1994. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 14.236/94-0. Brasília, DF, 06 de setembro de 1995. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 14.334/1999-2. Brasília, DF. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 199901000995849/BA. Segunda Turma, Brasília, DF, 09 de novembro de 1999. Diário da Justiça de 10 de fevereiro de 2000, p. 100. Disponível em: <www.jf.gov.br/juris/resultado.jsp?index=0&1=10&action=simples.jsp&STF=S>. Acesso em: 10 abr. 2006.

**g) Outros.**

BRASIL. Ministério da Justiça. Esclarecimentos sobre qualificação como OSCIP. Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 01 jul. 2007.

BRASIL. Ministério da Justiça. [**RESULTADO de consulta por parâmetros**]. Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 01 jul. 2007. Os parâmetros foram “utilidade pública” e “Pernambuco”.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quinta Região. Processo originário nº 2005.85.00.002271-0. Aracaju, SE, 15 de junho de 2005. Cópia da decisão nos autos da Suspensão de Liminar nº 3580/SE, Tribunal Pleno, Recife, PE, Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti. Extração de excerto mediante consulta direta aos autos, presentemente conservados no Arquivo da Presidência. Acesso em: 10 out. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo**. Nº 454. Brasília. 1º e 2 fev. 2007. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 mar. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo**. Nº 474. Brasília. 8 ago. 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 ago. 2007.

DANTAS, Ivo. Direito comparado e epistemologia. In: _____. **Direito constitucional comparado:** introdução, teoria e metodologia. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, cap. 1. Ainda não publicado. Disponibilizado pelo autor, por ocasião do ministério das aulas na disciplina Direito Comparado, do Curso de Doutorado, do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito do Recife – Centro de Ciências Jurídicas – Universidade Federal de Pernambuco, no primeiro semestre de 2005.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Direitos fundamentais e deveres fundamentais** (a quebra de sigilo bancário especialmente deferida ao Fisco). Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização)-Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004.

**[INFORMAÇÕES oferecidas pelo Diretor-Presidente do Núcleo de Gestão do Porto Digital]**. Disponíveis em: <www.estadao.com.br>. Acesso em: 29 abr. 2003.

LÉVINAS, Emmanuel. Prólogo. In: _____. **Humanismo do outro homem**. Tradução de Pergentino S. Pivatto *et al*. Petrópolis: Vozes, 1999.

MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. Tranferência de atividades estatais a entes da sociedade. Tese apresentada no XXIV Congresso Nacional de Procuradores do Estado de São Paulo, 1998.

NERUDA, Pablo. **Cadernos de Temuco**: 1919-1920. Tradução de Thiago de Mello. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

NOGUEIRA, Ticiana Andréa Sales. **[Consulta interna]**. Recife: Procuradoria Geral do Estado de Pernambuco/Procuradoria Consultiva, 2005. Arquivo gentilmente cedido pela autora.

PACHECO, Regina Silvia. **Reformando a Administração Pública no Brasil**: eficiência e *accountability* democrática. In: Seminário "A Reforma da Administração Pública: possibilidades e obstáculos". Recife: Fundação Joaquim Nabuco, ago., 1998.

PAZ, Octavio. **A dupla chama**: amor e erotismo. Tradução de Wladir Dupont. 4. ed. São Paulo: Siciliano, 2001.

PERNAMBUCO. Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. **Parecer prévio sobre as contas do governo estadual**: exercício 2005. Recife. Disponível em: <www.tce.pe.gov.br>. Acesso em: 15 set. 2007.

PERNAMBUCO. Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. **Parecer prévio sobre as contas do governo estadual**: exercício 2006. Recife. Disponível em: <www.tce.pe.gov.br>. Acesso em: 30 set. 2007.

QUINTANA, Mário. **Prosa e verso**. 8. ed. São Paulo: Globo, 1998.

SANT'ANNA, Affonso Romano de. **Intervalo amoroso e outros poemas escolhidos**. Porto Alegre: L&PM, 1999. p. 19. (Coleção L&PM Pocket).

TAVARES, José F. F. **A ponderação de interesses na gestão pública vs. gestão privada.** [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <lucianam@trf5.gov.br> em 10 out. 2005.

ZAIDAN, Michel. **Mini-curso**: democracia e participação. Conteúdo programático. Disponibilizado pelo professor, por ocasião do ministério das aulas na disciplina Tópicos Especiais de Teoria Política, do Curso de Doutorado, do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito do Recife – Centro de Ciências Jurídicas – Universidade Federal de Pernambuco, no segundo semestre de 2004.