

**A ATUAÇÃO DO TERCEIRO SETOR, ENQUANTO ESFERA PÚBLICA-NÃO
ESTATAL, NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, COMO COROLÁRIO À
EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL**

THE ACTION OF THE THIRD SECTOR, AS A PUBLIC-NON-STATE ENTITY, IN THE
PROVISION OF PUBLIC SERVICES, AS A COROLLARY TO THE EFFECTIVENESS
OF SOCIAL RIGHTS IN BRAZIL

Marcos Aurélio Manaf¹

Adalberto Simão Filho²

RESUMO

O Estado brasileiro tem apresentado momentos de transição política e crises econômicas, atualmente, refletidos numa posição de letargia diante da evolução da sociedade. A discussão tanto jurídica quanto política e filosófica, sobre a dicotomia entre público e privado, volta-se à necessidade de uma reconfiguração do papel do Estado, das suas funções, responsabilidades e desburocratização estatal, para dar maior dinamismo na execução de Políticas Públicas. A descentralização do Estado, enquanto Poder Público, e a necessidade de uma reforma administrativa, visa assegurar o atendimento das demandas sociais com soluções mais precisas e rápidas. No entanto, essas ações devem reafirmar na gestão pública, a moralidade e probidade administrativa, quanto ao uso dos bens e recursos públicos, seja na diminuição dos obstáculos legais na flexibilização de normas e procedimentos burocráticos, seja na formalização de parcerias com entidades do Terceiro Setor, para que a atividade estatal tenha maior eficiência na prestação de serviços públicos, garantindo assim, a efetivação de direitos sociais fundamentais.

Palavras-chave: desburocratização, gestão pública, moralidade administrativa

¹ Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Membro em Grupo de Pesquisa cadastrado no Diretório do CNPq: Direitos Coletivos, Pluralismo jurídico e exploração econômica da biodiversidade, vinculado à Universidade de Ribeirão Preto (SP). Bolsista CAPES. Email: marcosmanaf@gmail.com

² Professor Doutor Titular IV (título de Professor Emérito) do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, titular da Associação de Ensino de Ribeirão Preto, Possui graduação em Direito - Faculdades Metropolitanas Unidas (1981). Mestrado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1991) e doutorado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002) e pós Doutor pela Universidade de Coimbra (2009-2011). Professor dos programas de pós-graduação COGEAE/PUC-SP. em direito dos contratos e direito comercial. Atualmente é Membro do Conselho Científico da Revista Jurídica IASP, Revista da Presidência da República e da Revista Jurídica -CCJ/FURB. Diretor do Escritório de Advocacia Simão Filho Advogados. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Empresarial, atuando principalmente nos seguintes temas: sociedade da informação, contratos-societário, crise empresarial, telecomunicações, tecnologia, interesses coletivos, sistema interpretativo, interesses difusos e automediação. Email: adalbertosimao@uol.com.br

ABSTRACT

The Brazilian state has presented moments of political transition and economic crises, currently reflected in a position of lethargy in the face of the evolution of society. The legal, political and philosophical discussion on the dichotomy between public and private, addresses the need to the reconfiguration of the role of the State, its functions, responsibilities and state debureaucratization, to give greater dynamism in the implementation of public policies. Decentralization of the State, as a Government, and the need for an administrative reform, aims to ensure the fulfillment of social demands with more precise and rapid solutions. However, these actions should reaffirm public management, morality and administrative probity, regarding the use of public assets and resources, for the reduction of legal obstacles to flexibilization of bureaucratic norms and procedures, for the formalization of partnerships with entities of the Third Sector, So that state activity has more efficiency in the provision of public services, guaranteeing the realization of fundamental social rights.

Keywords: debureaucratization; public management; administrative morality.

1. INTRODUÇÃO

A participação do Terceiro Setor (sociedade pública não-estatal) nas atividades sociais e políticas, coexistindo com as empresas (sociedade econômica) e com o Estado (sociedade política), é um fenômeno mundial que repercutiu e repercute no Brasil contemporâneo, com o crescimento da participação de entidades privadas com finalidades públicas e não lucrativas, sob diversas denominações e formas jurídicas.

A partir da reforma administrativa do Estado no Brasil, principiada a partir de meados da década de 90, fundada nas Emendas Constitucionais ns. 08/1995 e 19/1998, principalmente pela Lei n. 9.637/1998, que trata da publicização dos serviços públicos não-exclusivos e, pela Lei n. 9.790/1999, que trata da qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), que instituiu e disciplina o Termo de Parceria com o Poder Público, na execução de serviços públicos, bem como dos meios e instrumentos jurídicos de transferência dos serviços públicos, e da participação popular na formulação, fiscalização da execução dos mesmos.

Nesse sentido, pessoas jurídicas sem fins lucrativos, enquanto públicas não estatais, possuem um papel fundamental de ligação entre as esferas Público e Privado, ou seja,

entre a sociedade civil e empresas, enquanto esfera privada e o Poder Público, enquanto Estado, na esfera pública, no que se refere à efetividade concretização de direitos sociais.

O Estado de Direito brasileiro passa por mutações que o coloca em crise constante, ora liberal (estatização da sociedade), ora social (socialização do Estado), e têm exigido maior dinâmica diante da constante evolução da própria sociedade brasileira, de tal forma que, na atualidade, surge uma necessidade de nova conceituação de Estado, para que este venha assumir funções e responsabilidades, que possam retornar à sociedade soluções eficazes às demandas sociais.

O Estado brasileiro encontra-se em situação de letargia e crise administrativo-financeira, pela pouca eficiência em gerir recursos públicos, em controlar os gastos em serviços públicos, etc, e em âmbito político e social, vem fragilizando sua legitimidade e existência jurídica, pela incapacidade em responder de forma eficaz as demandas sociais e pela não eficiência nos serviços públicos, principalmente os considerados não-exclusivos.

Sob esse prisma, a manutenção de um Estado inchado e altamente burocrático, ou a sua redução exagerada, são condições extremas e perversas a ponto de refletirem em sacrifício de direitos e garantias fundamentais, representando um retrocesso na supressão de direitos coletivos e sociais.

O presente trabalho pretende demonstrar como temática central a evolução de novos atores sociais na esfera pública (enquanto não-estatal) e social (enquanto não econômica), utilizando análise de dados estatísticos, e por referenciais bibliográficos, quanto aos obstáculos presentes nas parcerias que dificultam a acoplagem entre as esferas público e privada, como contribuição no debate e reflexão temática, através da Norberto Bobbio, Robert A. Dahl, Jürgen Habermas, Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça, Carlos Eduardo Montaña, além do conjunto de autores referenciados.

2. DA ESFERA PÚBLICA PARA A ESFERA POLÍTICA: A GARANTIA DOS INTERESSES COLETIVOS COMO COROLÁRIO DO ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA.

V CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
Desafios Contemporâneos para a Consolidação do Estado Democrático de Direito
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

O homem, a sociedade e o próprio Estado se entrelaçam por toda a história, isto porque a existência é indissociável entre si, conforme Aristóteles, a concepção da origem do Estado¹ como sinônimo de sociedade política², focada na esperança de um bem, atribuindo que a sociedade se formou da reunião de várias aldeias, e assim constituiu-se em uma Cidade, a qual possui a faculdade de se bastar a si mesma, organizada não apenas para conservar a sua existência, mas também para buscar o bem-estar:

[...] Todas as sociedades, portanto, têm como meta alguma vantagem, e aquela que é a principal e contém em si todas as outras se propõe a maior vantagem possível. Chamamo-la Estado ou sociedade política. Enganam-se os que imaginam que o poder de um rei ou de um magistrado de República só se diferencie do de um pai de família e de um senhor pelo número maior de súditos e que não há nenhuma diferença específica entre seus poderes.[...] A distinção seria que um rei governa sozinho perpetuamente, enquanto um magistrado de República comanda e obedece alienadamente, em virtude da Constituição.³

O homem possui uma vocação inata para a vida social e encontra, assim, na sociedade, as condições para sua sobrevivência. E, “se a Sociedade é o valor primário ou fundamental, se a sua existência importa numa realidade nova e superior, subsistente por si mesma, temos o organicismo⁴”. Nesse sentido, Bonavides informa que:

¹ “O todo existe necessariamente antes da parte. As sociedades domésticas e os indivíduos não são senão as partes integrantes da Cidade, todas subordinadas ao corpo inteiro, todas distintas por seus poderes e suas funções, e todas inúteis quando desarticuladas, semelhantes às mãos e aos pés que, uma vez separadas do corpo, só conservam o nome e a aparência, sem a realidade, como uma mão de pedra. [...] Aquele que não precisa dos outros homens, ou não pode resolver-se a ficar com eles, ou é um deus, ou um bruto. (**A Política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 5)

² “A sociedade que em seguida se formou de várias casas chama-se aldeia e se assemelha perfeitamente à primeira sociedade natural, com diferença de não de todos os momentos, nem de uma freqüentação tão contínua. [...] Assim, as Cidades inicialmente foram, como ainda hoje o são algumas nações, submetidas ao governo real, formadas que eram de reuniões de pessoas que já viviam sob um monarca. [...] É portanto, evidente que toda Cidade está na natureza e que o homem é naturalmente feito para a sociedade política. [...]. Assim, o homem é um animal cívico, mais social do que as abelhas e os outros animais que vivem juntos.” (Ibid. p. 8-9)

³ ARISTÓTELES. Op. cit. p.10-12

⁴ Del Vecchio citado por Bonavides dá o seguinte conceito de organicismo: “Reunião de várias partes, que preenchem funções distintas e que, por sua ação combinada, concorrem para manter a vida do todo”. (BONAVIDES. Paulo. **Ciência Política**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.58).

V CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
Desafios Contemporâneos para a Consolidação do Estado Democrático de Direito
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

Se, ao contrário, o indivíduo é a unidade embriogênica, o centro irreduzível a toda assimilação coletiva, o sujeito da ordem social, a unidade que não criou nem há de criar nenhuma realidade mais, que lhe seja superior, a ponto primário e básico que vale por si mesmo e do qual todos os ordenamentos sociais emanam como derivações secundárias, como variações que podem reconduzir-se sempre ao ponto de partida: a ele, ao indivíduo, aqui estamos fora de toda a dúvida em presença de uma posição mecanicista.

Os primeiros, por se abraçarem ao valor Sociedade, são organicistas; os segundos, por não reconhecerem na Sociedade mais que mera soma de partes, que não gera nenhuma realidade suscetível de subsistir fora ou acima dos indivíduos, são mecanicistas.¹

No entanto, Bonavides alerta sobre o risco em que os organicistas ficam expostos e por vezes são arrastados às posições antidemocráticas, de autoritarismo, e às justificações reacionárias do poder, contrapondo-se com Rousseau no “Contrato Social com a proposição de que os homens nascem livres e iguais, em antagonismo com quase toda a doutrina organicista, que afirma precisamente o contrário”, ou seja, consideram que o homem não nasce livre e sim dependente da autoridade, de hierarquia, desprotegido, de maneira que é a família quem cria os vínculos necessários com a Sociedade.²

No mundo moderno, a ascensão das famílias e das atividades econômicas ao nível público, conduziu à transformação dos interesses da esfera privada das famílias para um interesse ‘coletivo’, fez surgir uma esfera política diante dos interesses comuns. Nesse sentido Arendt aduz que:

A distinção entre uma esfera de vida privada a uma esfera de vida pública corresponde à existência das esferas da família e da política como entidades diferentes e separadas, pelo menos desde o surgimento da antiga cidade-estado; mas a ascendência da esfera social, que não era nem privada e nem pública no sentido restrito do termo, é um fenômeno relativamente novo, cuja origem coincidiu com o surgimento da era moderna e que encontrou sua forma política no estado nacional. [...] o que chamamos de ‘sociedade’ é o conjunto de famílias economicamente organizadas de modo a constituírem o

BONAVIDES. Paulo. **Ciência Política**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.58

² Idem. p.59

V CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
Desafios Contemporâneos para a Consolidação do Estado Democrático de Direito
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

fac-símile de uma única família sobre-humana, e sua forma política de organização é denominada ‘nação’¹.²

Assim, os interesses comuns, em sentido amplo, compreendidos como compostos franquearam o declínio das famílias com seus interesses particulares, e acabaram sendo absorvidas por grupos sociais e econômicos e, para que suas necessidades pudessem ser atendidas, centralizou o poder político no governo pelo Estado. Dessa forma, em contrapartida, antes uma coletividade com interesses comuns compostos (esfera privada), o Estado (esfera política) passa a perseguir os interesses coletivos (esfera pública), a fim de atender a todos e não só o interesse individual ou de uma classe, categoria ou família.

Habermas esclarece que a esfera pública como um fenômeno social elementar, do mesmo modo que a ação, o ator, o grupo ou a coletividade; mas não tido dentre os conceitos tradicionais elaborados para descrever a ordem social, ou seja, a esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização pois, ela não constitui uma estrutura normativa seja para diferenciar competências, seja para regular-se como uma organização, cuja atribuição compete a esfera política. Nesse descreve que:

A esfera pública 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. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural. [...] A esfera pública constituiu principalmente uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver como o espaço social, gerado no agir comunicativo, não com as funções nem como os conteúdos da comunicação cotidiana. [...] Na esfera pública luta-se por influência, pois ela se forma nessa esfera. Nessa luta não se aplica somente a

¹ Hauriou citado por Bonavides conceitua nação como “um grupo humano no qual os indivíduos se sentem mutuamente unidos, por laços tanto materiais como espirituais, bem como conscientes daquilo que os distingue dos indivíduos componentes de outros grupos nacionais”. (in HAURIOU, Maurice. **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**. Paris, 1966. p.90). Ibid. p.84.

² AREDNT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2005. p.37-38

V CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
Desafios Contemporâneos para a Consolidação do Estado Democrático de Direito
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

influência política já adquirida (de funcionários comprovados, de partidos estabelecidos ou de grupos conhecidos, tais como Greenpeace, a Anistia Internacional, etc.), mas também o prestígio de grupos de pessoas e de especialistas que conquistaram a sua influência através de esferas públicas especiais (por exemplo, a autoridade de membros da igreja, a notoriedade literatos e artistas, a reputação de cientistas, o renome de astros do esporte, etc.).¹

Nessa esteira, a esfera pública não é uma entidade ou instituição, mas o ambiente estruturado e propício no qual se encontram a esfera privada (coletividade) e a esfera política (Estado), e seus sistemas: social, político e o jurídico.²

Os sistemas sociais das sociedades modernas são funcionalmente diferenciados como pelos sistemas parciais³, que possuem seus próprios códigos e operações específicas de reprodução e abertura ao ambiente, como os sistemas econômico, jurídico e político⁴, cada um com seus próprios códigos operativos, e funcionam simultaneamente, respondendo às demandas do ambiente com suas estruturas internas.

A sociedade civil na atualidade, sob o enfoque de Bobbio, é empregada na

¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 92 e 95

² CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.66.

³ A teoria de Luhmann tem como ponto de partida um sistema que processa e responde às demandas do ambiente com suas estruturas internas, assim todos os sistemas parciais e especializados da sociedade moderna funcionam simultaneamente, de forma que os subsistemas sociais são entornos constituídos uns para os outros, a estrutura de relações entre eles define a própria forma como a sociedade organiza as suas comunicações, e a medida que aumenta a sua complexidade sistêmica, constitui um elemento de diferenciação da sociedade. CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit. p. 66

⁴ Luhmann citado por Campilongo desloca os indivíduos para o ambiente da sociedade, nesse sentido elabora um caminho para definir o tipo de operação pela qual estrutura um sistema social, que é a comunicação – sendo esta uma operação específica e interna do sistema social, e este se distingue de tudo, inclusive dos seres humanos, pois a sociedade é considerada como o entorno para o indivíduo. Não existe comunicação entre o sistema e o ambiente, e toda comunicação sintetiza três seleções: a) emissão; b) informação e c) compreensão. Dessa forma, os sistemas sociais utilizam a comunicação com o seu ato de reprodução, e tudo que não for comunicação pode ser observado pelo sistema social e transformado em tema da comunicação. (retro-alimentação). Os sistemas: jurídico e político como sistemas sociais particulares funcionalmente diferenciados e produzem suas próprias operações, estruturas e fronteiras, não aceitam determinação ou delimitação externa, ou seja, são auto-determinados e auto-organizados, de maneira que não podem ser pensados separadamente da sociedade, sendo partes integrantes e inseparáveis do sistema social, logo, tratar de forma separada direito e sociedade ou Estado e sociedade não faz sentido. Ibid. p. 69-70

linguagem política como a grande dicotomia sociedade civil/Estado, de modo que sua delimitação necessita da significação do Estado. Desse modo, a sociedade civil de Bobbio está relacionada à esfera não política, sendo que as relações sociais são praticadas livremente na busca de sua emancipação, enquanto o Estado pertence à esfera política pelo qual concentra as relações políticas, dominando o poder político e o exercício da função de coator/regulador das relações sociais¹.

Num contexto histórico diferente da tradição liberal, a esfera da sociedade burguesa era composta do trabalho e comércio numa economia de mercado, Habermas elucida que, modernamente, vem a ser denominada como sociedade civil, sem o viés da economia, mas constituída através do direito privado, do trabalho, do capital e do mercado de bens e serviços, bem como movida por aquelas organizações com finalidade econômica, e também por aquelas sem finalidade econômica, e ambas de natureza não estatais, sendo 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. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas.²

Na limitação da autoridade e da divisão dos Poderes, Rousseau, influenciado pela Teoria dos pesos e contrapesos na divisão dos Poderes do Estado de Montesquieu, tratava o governo como “um corpo intermediário, estabelecido entre os vassalos e o soberano, para possibilitar a recíproca correspondência, encarregado da execução das leis e da manutenção da liberdade tanto civil como política [...]”³. Em complemento, considerava que o é governo, em pequena escala, e que o corpo político, que o encerra, é em grande escala, assim:

¹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurelio Nogueira. 10.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003. p. 33-35

² HABERMAS, Jürgen. Op. cit. p. 99

³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução de Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica. [s.i]: Ed. Ridendo Castigat Moraes. S.d. p.28

V CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
Desafios Contemporâneos para a Consolidação do Estado Democrático de Direito
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

Constitui uma pessoa moral, dotada de determinadas faculdades, ativa como o soberano, passiva como o Estado, suscetível de ser decomposta em outras relações semelhantes: de onde nasce, por conseguinte uma nova proporção, e ainda outra nesta aqui, segundo a ordem dos tribunais, até que se chegue a um meio-termo indivisível, isto é, a um único chefe ou magistrado supremo, que podemos representar em meio dessa progressão, como a unidade entre a série das frações e a dos números. [...] Chamo, pois, governo, ou suprema administração, ao exercício legítimo do poder executivo; e príncipe ou magistrado, ao homem ou ao corpo incumbido dessa administração^{1, 2}.

Por outro lado, Bobbio aduz que é com o nascimento do Estado de Direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do ‘príncipe’ (soberano), para ponto de vista dos cidadãos, o indivíduo soberano em acordo com outros indivíduos igualmente soberanos, cria a sociedade política³, a ponto de não haver “corpos” intermediários⁴, sendo esta concepção

¹ ROUSSEAU. Jean-Jacques. Op. cit. p.29.

² “Entre esses dois corpos ocorre esta diferença essencial: é que o Estado existe por si mesmo, ao passo que o governo só existe devido ao soberano. Assim, a vontade dominante do príncipe só é ou só deve ser a vontade geral da lei: sua força é a força de todos concentrada em si; tão logo pretenda ele extrair de si mesmo algum ato absoluto e independente, a ligação do todo começa afrouxar. Se enfim acontecesse ter o príncipe uma vontade particular mais ativa que a do soberano para exigir obediência a essa vontade particular, fizesse uso da força pública que tem em mãos, de sorte a que houvesse, por assim dizer, dois soberanos, um de direito e outro de fato, a união social se esvaeceria no próprio instante, e o corpo político seria dissolvido”. (Idem. p. 30)

³ “[...] qualquer forma de sociedade, e especialmente a sociedade política, é um produto artificial da vontade dos indivíduos. Para a formação da concepção individualista da sociedade e do estado e para a dissolução da concepção orgânica concorreram três eventos que caracterizam a filosofia social da idade moderna: a) o contratualismo dos seiscentos e dos setecentos, que parte da hipótese de que antes da sociedade civil existe o estado de natureza, no qual soberanos são indivíduos singulares livres e iguais, que entram em acordo entre si para dar vida a um poder comum capaz de cumprir a função de garantir-lhes a vida e a liberdade (bem como a propriedade); b) o nascimento da economia política, vale dizer, de uma análise da sociedade e das relações sociais cujo sujeito é ainda uma vez o indivíduo singular, o *homo oeconomicus* e não o *politikón zôon* da tradição, que não é considerado em si mesmo mas apenas como membro de uma comunidade, o indivíduo singular que, segundo Adam Smith, “perseguido o próprio interesse, frequentemente promove aquele da sociedade de modo mais eficaz do que quando pretende realmente promovê-lo” (de resto é conhecida a recente interpretação de Macpherson segundo a qual, o estado de natureza de Hobbes e de Locke é uma prefiguração da sociedade de mercado); c) a filosofia unitarista de Bentham a Mill, para a qual o único critério capaz de fundar uma ética objetivista, e portanto distinguir o bem do mal de recorrer a conceitos vagos como “natureza” e outros, é o de partir da consideração de estados essencialmente individuais, como o prazer e a dor, e de resolver o problema tradicional do bem comum na soma dos bens individuais ou, segundo a fórmula benthamiana, na felicidade do maior número”. (BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p-21)

⁴ “O que aconteceu nos estados democráticos foi exatamente o oposto: sujeitos politicamente relevantes tornaram-se sempre mais grupos, grande organizações, associações da mais diversa natureza, sindicatos das mais

contrária a forma orgânica, segundo a qual o todo precede as partes, dominante na idade antiga e na idade média. Lado outro, é no Estado de Direito, que o indivíduo tem em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos, de maneira que o Estado de Direito é o Estado dos cidadãos.¹

A ideia de democracia de acordo com Bobbio, influenciado por Aristóteles, trata-se de uma concepção individualista da sociedade, ou seja,

o individualismo é a base filosófica da democracia: uma cabeça, um voto. Como tal, sempre se contrapõe (e sempre se contraporá) às concepções holísticas da sociedade e da história, qualquer que seja a procedência das mesmas, concepções que têm em comum o desprezo pela democracia, entendida como aquela forma de governo, da qual todos são livres, para tomar as decisões sobre o que lhes diz respeito, e têm o poder de fazê-lo.²

Sob outro enfoque, a perspectiva da sociedade moderna remota para uma sociedade contemporânea, Bobbio afirma que o modelo ideal de sociedade democrática era uma sociedade “centrípeda”, porém, a sociedade não tem apenas um centro de poder, o que seria entendido na vontade geral por Rousseau, mas a sociedade atual é poliárquica, ou seja, o modelo de estado democrático embasado na soberania popular idealizado à imagem e semelhança da soberania do “príncipe”, configurando uma sociedade monística, enquanto a sociedade real é pluralista.³

Nessa esteira, Dahl⁴ discorre sobre a possibilidade da democracia não ter sido uma obra e sim um fenômeno social, possível de manifestação independente da cultura ou do

diversas profissões, partidos das mais diversas ideologias, e sempre menos os indivíduos. Os grupos e não os indivíduos são os protagonistas da vida política numa sociedade democrática, na qual não existe mais um soberano, o povo ou a nação, composto por indivíduos que adquiriram o direito de participar direta ou indiretamente do governo central (autonomia que os indivíduos singulares perderam ou só tiveram num estado ideal de governo democrático sempre desmentido pelos fatos”. (Ibid. p.22)

¹ Idem. **A era dos direitos**. Op. cit. p.61.

² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 18.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.61

³ BOBBIO, Norberto. **O futuro da Democracia**. Op. Cit. p. 22

⁴ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 2001. p.19-21)

registro histórico, e que tal fenômeno é possível em condições favoráveis num determinado grupo social:

[...] Como o fogo, a pintura ou a escrita, a democracia parece ter sido inventada mais de uma vez, em mais de um local. Afinal de contas, se houvesse condições favoráveis para a invenção da democracia em um momento, num só lugar (por exemplo, em Atenas, mais ou menos 500 anos a.C, não poderiam ocorrer semelhantes condições favoráveis em qualquer outro lugar?

Pressuponho que a democracia possa ser inventada e reinventada de maneira autônoma sempre que existirem as condições adequadas. [...] Por exemplo, devido a condições favoráveis, é bem provável que tenha existido alguma forma de democracia em governos tribais muito antes da história registrada. [...] Pode-se dizer que a democracia primitiva foi reinventada em uma forma mais avançada. Os avanços mais decisivos ocorreram na Europa – três na costa do Mediterrâneo, outros na Europa do Norte.¹

Dahl esclarece, ainda, que a evolução de um governo popular para um governo representativo, teve sua evolução histórica muito demorada e bastante complexa. Sob este espeque, a característica chave da democracia para Dahl é a contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados politicamente iguais:

[...] o termo ‘democracia’² para um sistema político que tenha, como uma de suas características, a qualidade de ser inteiramente, ou quase inteiramente, responsivo a todos os seus cidadãos, [...] todos os cidadãos plenos deve ter

¹ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Op. cit. p.27.

² “Quer se chamassem democracias ou repúblicas, os sistemas de governo popular na Grécia, em Roma e na Itália não possuíam inúmeras das características decisivas do moderno governo representativo. [...] Da perspectiva de hoje, evidentemente ausente de todos esses sistemas, estavam pelo menos três instituições políticas básicas: um parlamento nacional composto por representantes eleitos e governos locais ao governo nacional. Um sistema combinando a democracia em níveis locais com um parlamento eleito pelo povo no nível mais elevado ainda estava para ser criado. Essa combinação de instituições políticas originou-se na Inglaterra, na Escandinávia, nos Países Baixos e na Suíça e em qualquer outro canto ao norte do Mediterrâneo. Embora os padrões do desenvolvimento político divergissem amplamente, entre essas regiões, uma versão bastante simplificada seria muito parecida com essa. Em várias localidades, homens livres e nobres começariam a participar diretamente das assembleias locais. A essas, foram acrescentadas as assembleias regionais e nacionais, constituindo em representantes a serem eleitos”. (Idem. p.27-28).

V CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
Desafios Contemporâneos para a Consolidação do Estado Democrático de Direito
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

oportunidades plenas: 1 – de formular suas preferências; 2 – de expressar suas preferências a seus concidadãos e ao governo através da ação individual e da coletiva; 3 – de ter suas preferências igualmente consideradas, na conduta do governo, ou seja, considerada sem discriminação decorrente do conteúdo ou da fonte da preferência.¹

O'Donnel² argumenta que as teorias e tipologias da democracia existentes se referem à democracia representativa e que possui variações e subtipos nos países capitalistas desenvolvidos, enquanto em países periféricos ou em desenvolvimento, estas democracias apresentam características de democracia delegativa³, dada não estarem totalmente consolidadas ou institucionalizadas, por fatores como profunda crise social e econômica.

As instituições políticas, segundo O'Donnel, encontram-se aquelas pertencentes à rede constitucional de uma poliarquia⁴ que induzem a representação como: Congresso, Judiciários e pluralidade partidária. Nas sociedades modernas, em seu entendimento, há de se diferenciar as instituições⁵ de institucionalização, consideradas padrões regularizados de

¹ DAHL, Robert. A. **Poliarquia: Participação e Oposição**. Tradução de Celso Mauro Paciomik. 1.ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. 2005. p. 25-26

² O'DONNELL, Guillermo. **Democracia Delegativa**. In: Novos Estudos CEBRAP. N. 31, outubro 1991, p. 26.

³ “a democracia delegativa é fortemente individualista, porém com um corte mais hobbesiano do que lockiano: pressupõe-se que os eleitores escolhem, independentemente de suas identidades e filiações, a pessoa que é mais adequada para cuidar dos destinos do país. As eleições em democracias delegativas são um processo muito emocional e que envolve altas apostas: vários candidatos concorrem para saber quem será o ganhador, num jogo absolutamente soma zero, da delegação para governar o país sem quaisquer outras (mas não menos do que com elas, como veremos) restrições a não ser aquelas impostas pelas relações de poder nuas — isto é, não institucionalizadas”. Op. cit. p. 31

⁴ Segundo Robert A. Dahl nenhum grande sistema no mundo real é plenamente democratizado, mas encontram-se em sistemas de poliarquias, ou seja, regimes que foram substancialmente popularizados e liberalizados, isto é, fortemente inclusivos (participativos) e amplamente abertos à contestação pública. (in **Poliarquia: Participação e Oposição**. Op. cit. p. 31)

⁵ “Instituições são padrões regularizados de interação que são conhecidos, praticados e aceitos regularmente (embora não necessariamente aprovados normativamente) por agentes sociais dados, que, em virtude dessas características, esperam continuar interagindo sob as regras e normas incorporadas (formal ou informalmente) nesses padrões. Nesse sentido, há um sub-conjunto de instituições, sendo as instituições democráticas uma delas, e que possui uma definição evasiva, quando entendidas como instituições políticas em sentido amplo, pois essas instituições podem ser ou não politizadas em vários tipos e estágios de democratização.[...] Outros níveis indispensáveis para o funcionamento da democracia nas sociedades contemporâneas — os que se relacionam à formação e representação de identidades e interesses coletivos — podem ou não ser institucionalizados, ou podem funcionar só para uma parcela limitada dos setores potencialmente relevantes. Por meio de arranjos

V CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
Desafios Contemporâneos para a Consolidação do Estado Democrático de Direito
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

interação, reconhecidos, praticados e aceitos regularmente na sociedade em si. Sob essa ótica, O'Donnel discorre que:

Talvez uma boa maneira de resumir o que eu disse antes seja dizer que, no funcionamento das complexas sociedades contemporâneas, as instituições políticas democráticas são um nível decisivo de mediação e agregação entre, de um lado, fatores estruturais e, de outro, não só pessoas mas também os diversos agrupamentos nos quais a sociedade organiza seus múltiplos interesses e identidades. Esse nível — institucional — intermediário tem impactos importantes sobre os padrões de organização das pessoas, fazendo de algumas delas vozes representativas no processo político, e excluindo outras. Esse mesmo nível tem impactos menos imediatos e menos detectáveis, embora importantes, sobre fatores estruturais, particularmente no que diz respeito às mudanças que as decisões públicas e privadas podem provocar quando formuladas com um horizonte de tempo apropriado. A institucionalização acarreta, de fato, custos pesados — não só a exclusão de muitas vozes, mas também a recorrência de pesadelos de burocratização e aborrecimentos. A alternativa, por sua vez, submerge a vida social e política no inferno de um colossal dilema do prisioneiro^{1,2}.

Sob este prisma, o contraste entre a sociedade e Estado põe-se então como contraste entre a quantidade e qualidade das demandas e a capacidade das instituições de dar respostas adequadas e tempestivas:

Nas sociedades atuais com suas relações complexas é notório os conflitos entre a sociedade civil e o Estado, quando este não consegue equacionar o

pluralistas ou (especialmente) neocorporativistas, esses padrões são altamente institucionalizados nas democracias consolidadas”. (O'DONNELL, Guillermo. Op. cit. p. 26-28).

¹ O dilema do prisioneiro desenvolvido por Merrill Flood e Melvin Dresher (1950), trata-se de um jogo de estratégia dominante, representado nas ações de cooperar e trair, nas quais cada prisioneiro esboça sua escolha sem saber a decisão do outro, pois não podem combinar suas ações, e como problema principal é a escolha individual, pois não é a melhor para ambos. O mesmo problema é atribuído ao Dilema Social, cujo interesse individual e análise estritamente matemática e racional induz a resultados piores do que outras opções sob o aspecto coletivo. EPSTEIN, Isaac. **O dilema do prisioneiro e a ética**. Estudos Avançados, [s.l.], v. 9, n. 23, p.149-163, abr. 1995. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-40141995000100010>. Acesso em 10.jan.2017.

² O'DONNELL, Guillermo. **Democracia Delegativa**. Op. cit. p. 29-30

atendimento das necessidades demandadas pela coletividade, surgindo as crises e conflitos de governabilidade, consequentemente no aspecto político, gera a crise de legitimidade do representante estatal (governo), como autoridade da qual se reconhece o direito de tomar decisões válidas a serem cumpridas pela coletividade.¹

Dessa maneira, não basta uma sociedade ter formalmente em sua Carta Constitucional o direito de defesa, direito de proteção ou mesmo estabelecer direitos sociais, é necessário conferir aos cidadãos a possibilidade de participação na vida social e política, por meio de canais legítimos, para que os direitos sejam realmente respeitados pelo Poder Público e pelos particulares, na construção de uma sociedade mais justa.

O Estado de Direito sob o ideal de Justiça Social, deve irradiar seus efeitos sobre todos os seus componentes sociais constitutivos e também na ordem jurídica, promovendo a transformação do ‘estado social’ da própria sociedade, instituindo instrumentos efetivos à participação democrática do cidadão na ordem política, social e econômica, a fim de assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais.

3. A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL NA *RES PUBLICA* POR MEIO DE INSTITUIÇÕES PÚBLICAS NÃO-ESTATAIS: OS OBSTÁCULOS QUE FRAGILIZAM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.

As demandas sociais ao longo do século XX passaram por transformações, principalmente a partir da década de 50, quando novos direitos foram introduzidos na ordem jurídico-constitucional das sociedades modernas, como direitos sociais, econômicos e políticos, aumentando assim a responsabilidade dos Estados, enquanto esferas públicas e esferas políticas, em garantir a efetividade desses direitos frente às demandas da sociedade civil em particular. Para tanto,

¹ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política*. Op. cit. p. 36-37

V CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
Desafios Contemporâneos para a Consolidação do Estado Democrático de Direito
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos dezoito e dezenove. [...] Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state*¹ têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos.²

O Estado brasileiro, a partir de meados da década de 90, por meio de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, buscou alavancar sua atuação social em atendimento à população, por meio de parcerias com o Terceiro Setor.

Sobre o que se entende por Terceiro Setor, Rubem Cesar Fernandes informa que, desde os anos setenta do século XX, a expressão costumava ser usada nos Estados Unidos sob dois aspectos, no qual um se referia às organizações sem fins lucrativos (*non profit organization*), ou seja, instituições cujos benefícios financeiros não poderiam ser distribuídos entre seus diretores e associados e; o outro aspecto, o terceiro setor era voltado às ‘organizações voluntárias’, no sentido complementar ao do primeiro aspecto.³

¹ Segundo Offe, *Welfare state* é definido, habitualmente, como um conjunto de habilitações legais dos cidadãos para transferir pagamentos dos esquemas de seguro social compulsório para os serviços organizados do Estado (como saúde e educação), em uma grande variedade de casos definidos de necessidades e contingências. “[...] Embora a função primária do *welfare state* seja cobrir aqueles riscos e incertezas aos quais estão expostos os trabalhadores assalariados e suas famílias na sociedade capitalista, existem alguns efeitos indiretos que também servem à classe capitalista. Isto se torna evidente quando verificamos o que possivelmente ocorreria na ausência dos arranjos do *welfare state* numa sociedade capitalista”. (OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado Capitalista**. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p.374)

² CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.10-11

³ O que é o Terceiro Setor?. In IOSCHPE, Evelyn (et al). **Terceiro Setor: Desenvolvimento social sustentado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005. p.25

Rubem Fernandes esclarece que na Europa continental predomina o uso da expressão organizações não-governamentais (ONG), cuja origem encontra-se como nomenclatura do sistema de representações das Nações Unidas, mesmo não representando governos, possuem papéis significativos das quais justificam a sua presença formal na ONU, enquanto no Brasil usa-se com maior frequência organizações da sociedade civil (OSC) para designar o conjunto de instituições sem fins lucrativos que, dada suas características, distinguem-se não apenas do Estado, mas também do mercado, com um espaço próprio no contexto de democratização à participação nas causas coletivas, em que indivíduos e instituições particulares exercem sua cidadania de forma direta e autônoma.¹

O terceiro setor, como um fenômeno social no Brasil, ganhou força a partir final da década de 80, passando a coexistir com os dois setores tradicionais, ou seja, o primeiro setor, na figura do Estado(esfera política) e o segundo setor, composto pelo capital privado (esfera econômica).

E sob a ótica crítica de Carlos Eduardo Montaña, o terceiro setor possui uma característica que vai além de um simples ator no cenário público, sendo que:

A perspectiva hegemônica, em clara inspiração pluralista, estruturalista ou neopositivista, isola os supostos “setores” um dos outros e concentra-se em estudar (de forma desarticulada da totalidade social) o que entende que constitui o chamado “terceiro setor”: estudam-se as ONGs, as fundações, as associações comunitárias, os movimentos sociais, etc., porém desconsideram-se processos tais como a reestruturação produtiva, a reforma do Estado, enfim, descartam-se as transformações do capital promovidas segundo os postulados neoliberais.²

Montaña esclarece que o conceito terceiro setor foi cunhado por intelectuais orgânicos do capital, e isso sinaliza clara ligação com os interesses de classe, nas transformações necessárias à alta burguesia, supostamente, o terceiro setor teria vindo para

¹ O que é o Terceiro Setor?. In IOSCHPE, Evelyn (et al). **Terceiro Setor: Desenvolvimento social sustentado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005. p.26-27

² MONTAÑO, Carlos Eduardo. **Terceiro Setor: e a questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social**. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2008. p.51

“resolver” um problema de dicotomia entre o público e o privado. No entanto, aduz que, se o Estado está em crise e o mercado tem uma lógica lucrativa, nem um nem o outro poderiam dar resposta às demandas sociais, e que o terceiro setor seria uma simbiose entre ambos os setores: o público, porém privado, isto é, a atividade pública desenvolvida pelo setor privado, na perspectiva da expressão “público não-estatal” cunhada por Bresser-Pereira na década de 90.¹

Assim, o terceiro setor no Brasil, a partir da década de 90, passou a ser concebido e constituído a partir de iniciativas privadas, voluntárias, sem fins lucrativos, caracterizada pela atuação pública, porém não-estatal, cujo objetivo é voltado a promover o bem comum, e tem sido a via de participação cidadã (sociedade civil e empresas) em parceira com o Poder Público (Estado), à concretização de direitos sociais e coletivos. Nesse sentido:

A proposta governamental de reforma do Aparelho do Estado no Brasil adotou uma estratégia, que os teóricos da reforma chamaram de Publicização, a qual objetiva implantar um instrumento de absorção dos serviços públicos não-estatais fomentados pelo Estado. [...] As organizações sociais, entes localizados entre a sociedade e o Estado, viabilizando uma ação pública mais ágil e de maior alcance, com controle social direto e participativo.²

Tem-se assim que, dois diplomas legais, sendo a Lei n. 9.637/1998 (Organização Social - OS), e a Lei n. 9.790/1999 (Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP), passaram a balizar a atuação das parcerias entre o Poder Público com as pessoas jurídicas de direito privado sem finalidade lucrativa, as quais compõem o terceiro setor, consideradas organizações públicas não-estatais.

Dados dos IBGE publicados em 2010 informam que até 1970 existiam 9.558 Fundações e associações privadas sem fins lucrativos, e que durante a década de 70 surgiram 27.720, na década de 80 foram registradas 45.132, na década de 90 passando a existir 90.079 novas instituições, entre 2001

¹ MONTAÑO, Carlos Eduardo. Op. cit. p. 53-54.

² MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. **As organizações sociais entre o público e o privado: uma análise de direito administrativo**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008. p.75-76

V CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
Desafios Contemporâneos para a Consolidação do Estado Democrático de Direito
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

a 2005 surgiram 58.388, entre 2006 a 2010 surgiram 60.265 novas instituições, totalizando 290.692 instituições privadas sem fins lucrativos em todo o Brasil¹.

Nessa esteira, o IPEA informa que as entidades sem fins lucrativos firmaram convênios com o Poder Público entre 2003 e 2011, um montante de quase R\$ 190 bilhões, para execução de Políticas Públicas Federais. Essas entidades compõem aproximadamente 15% do total de transferências realizadas pela União, correspondendo a quase R\$ 29 bilhões².

A classificação da natureza jurídica dessas entidades que firmaram convênios, descritos no estudo acima, possuem as seguintes categorias: associação; cooperativa; entidade sindical; fundações em geral; fundações de apoio à pesquisa: hospitais e santas casas; serviço social autônomo; e outros.

Sob este prisma, a Lei das OSCIPs, culminou na promulgação da Lei n. 13.019/2014, que entrou em vigor a partir de 27 de julho de 2015, alterada pela Lei n. 13.204/2015 de 14 de dezembro de 2015, na tentativa de flexibilizar e estabelecer o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil.

Entretanto, a Lei n. 9.637/1998 que trata das Organizações Sociais (OS), em seu art. 20 determina a necessidade de criação do Programa Nacional de Publicização, mediante decreto do Poder Executivo, visando estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação das organizações sociais na forma desta lei, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos, bem como o art. 8.º determina que: “a execução do contrato de gestão celebrado por organização social será fiscalizado pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada”.

O diploma legal, Lei n. 9.637/1998, que trata das Organizações Sociais, em quase duas décadas de vigência não tem, até o presente momento, a regulação das competências e atribuições da ‘entidade nacional supervisora’, o órgão que seja o responsável para o controle

¹ BRASIL. IBGE. (Org.). **Cadastro Central de Empresas 2010**. Diretoria de Pesquisas. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 24 jan. 2016.

² BRASIL. IPEA. (Ed.). **A Participação das ONGS nas Políticas Públicas: o ponto de vista de gestores federais**. Texto para discussão 1949. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, Abril, 2014. p. 7-9

e fiscalização dos serviços públicos não-exclusivos, sequer houve regulamentação das diretrizes relacionadas ao atendimento do cidadão-cliente, quanto à ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados, tampouco as formas de controle social das ações de forma transparente.

As Organizações Sociais (OS) possuem participação na execução de serviços públicos não-exclusivos por meio do Contrato de Gestão¹, instrumento jurídico derivado do processo de privatizações, e utilizado para firmar pactos entre o Poder Público com as estas entidades, diferentemente das OSCIPs que necessitam de Termos de colaboração, Termos de fomento ou de acordos de cooperação, para a execução dos serviços públicos.

O Contrato de Gestão, segundo Maria Sylvia Di Pietro, possui objetivo de estabelecer determinadas metas a serem alcançadas pela entidade em troca de algum benefício outorgado pelo Poder Público. O contrato é estabelecido por tempo determinado, ficando a entidade sujeita a controle de resultado para verificação do cumprimento das metas estabelecidas.²

A falta de regulamentação normativa e regulação eficaz, lastreadas às prestações de serviços públicos considerados não-exclusivos (saúde, educação, proteção do meio ambiente, etc.), gera uma espécie de sonegação política, com espaços para desvios e percalços jurídicos, que dificultam a eficiência no serviço público, a melhoria e a efetividade na concretização de direitos sociais, sinalizando a mera privatização ou terceirização do serviço público para a gestão do setor privado.

Sob o aspecto de que o terceiro setor possa compensar a execução de políticas sociais abandonadas ou repassadas pelo Estado, Montañó esclarece que:

¹ Contrato de Gestão é utilizado nos negócios públicos com as Organizações Sociais e Administração Pública, sendo um instrumento jurídico emprestado dos Decretos n.º2.487/1998 e n.º2.488/1998 que tratam respectivamente da qualificação de autarquias e fundações como Agências Executivas, e que estabelece critérios e procedimentos para a elaboração, acompanhamento e avaliação dos contratos de gestão e dos planos estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional das entidades qualificadas; e das medidas de organização administrativa específicas para as autarquias e fundações qualificadas como Agências Executivas, conforme a Lei n.º9.649/1998 (Organização da Presidência da República e dos Ministérios).

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29.ed. São Paulo:Editora Forense, 2016. p.387

V CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
Desafios Contemporâneos para a Consolidação do Estado Democrático de Direito
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

Diferenciar Estado de governo torna-se central para poder caracterizar, no nosso caso, o papel e a função na relação (por exemplo, de “parceria”) entre organizações populares, não-governamentais, com o Estado.[...] Assim sendo, a chamada “parceria” não é outra coisa senão o repasse de verbas e fundos públicos no âmbito do Estado para instâncias privadas, substituindo o movimento social pela ONG. E essa verdadeira transferência de recursos públicos para setores privados não ocorre sem uma clara utilidade política governamental. [...] e repasse de verbas, um verdadeiro subsidiador e promotor destas organizações e ações do chamado “terceiro setor” e da ilusão do seu serviço. [...] as políticas sociais promovidas no “terceiro setor” tendem a multifragmentação do trato da “questão social”, pois além da sua setorialização genética, são agora multifragmentadas, dada as novas concepções ali presentes e a pequena área de abrangência das organizações deste setor em micro-espacos. Mal poderia o chamado “terceiro setor” compensar, em quantidade, qualidade, variedade e abrangência, as políticas sociais e assistenciais abandonadas pelo Estado.¹

O legislador contemplou na Lei n. 9.637/1998 (art. 20) a necessidade de regulamentação, pois, implicitamente, admitiu que a lei precisa de complementação para a devida e correta aplicação, de maneira que a falta dessa regulamentação, ocasiona o comprometimento na execução dos contratos de gestão firmados entre o Poder Público e Organizações Sociais.

Cabe destacar que a necessidade de estruturação normativa do Programa Nacional de Publicização e da definição legal da entidade supervisora, desde a entrada em vigor da Lei n. 9.637/1998, encontra-se em desacordo com a Constituição que estabelece a competência do Presidente da República de expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis (art. 84, IV CF/88), fixando regras procedimentais relacionadas aos contratos e negócios públicos com entidades da Administração Pública Direta e Indireta com as pessoas jurídicas de direito privado.

Dessa forma, a intenção do constituinte pátrio ao inserir o princípio da moralidade, no artigo 37, caput, da Constituição brasileira, não foi evidenciar meramente a Moral, mas a observância de princípios constitucionais sobre a ‘boa administração pública’

¹ MONTAÑO, Carlos Eduardo. **Terceiro Setor: e a questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social**. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2008. p.137-144 e 169

defendida por Hauriou, valorando, assim, a conduta proba necessária em realizar o interesse público em prol da coletividade.

Nesse íterim, Têmis Limberger ao discorrer sobre a primazia do desenvolvimento da moralidade administrativa no campo doutrinário, remete as suas anotações aos ensinamentos de Hauriou:

A legalidade dos atos jurídicos administrativos é fiscalizada pelo recurso baseado na violação da lei; mas a conformidade desses atos aos princípios basilares da “boa administração”, determinante necessária de qualquer decisão administrativa, é fiscalizada por outro recurso, fundado no desvio de poder, cuja zona de policiamento é a zona da moralidade administrativa.¹

Dessa forma, conclui Limberger que:

[...] a lei pode ter sido observada, mas a finalidade pública pode não ter sido atingida. [...] evidentemente há o propósito deliberado de descumprimento à lei, a prática do ato se reveste de mais gravidade do que quando inexistiu o desiderato de violação. Assim, constituem-se em hipóteses diversas que caberá ao Judiciário valorar frente aos casos concretos.²

O art. 37, §4.º da CF/88 estabelece que os atos de improbidade administrativa acarretam suspensão de direitos políticos, a perda de função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível, bem como a matéria é regulada pela Lei n. 8.429/1992, cuja aplicação geral em todas as esferas de governo.

Assim, todo ato de desvio de poder e/ou corrupção guarda no íntimo do agente público ou de terceiros, não só o desejo, mas também interesse em alcançar uma vantagem seja qual for esta, pecuniária ou benefício econômico, realizada tanto no ambiente estatal

¹ LIMBERGER, Têmis. **Atos da administração lesivos ao patrimônio público: Os princípios constitucionais da legalidade e moralidade**. Porto Alegre: livraria do Advogado, 1998. p. 124

² Idem. p. 125 e 127

quanto no privado. É importante entender que o ato corrupto e/ou improbo dificulta ou cria obstáculos em serviços públicos essenciais, atingindo muitas vezes à população em geral, causando prejuízos à Administração Pública, em detrimento ao benefício do agente/servidor público ou terceiro beneficiado.¹

No tocante à distinção entre moralidade administrativa e probidade administrativa, Maria Sylvia Zanella Di Pietro considera que as expressões guardam a mesma significância, pois ambas se relacionam com a ideia de honestidade na Administração Pública, informando que:

Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.²

Por probidade, entende-se que o administrador público (enquanto autoridade), e os agentes públicos (executores), em momento algum devem cometer qualquer tipo de favorecimento ou nepotismo, sendo-lhe vedada qualquer conduta tendente a beneficiar particulares em detrimento do interesse público.³

Nesta ordem, a Administração Pública tem o dever-poder de fiscalizar a lisura dos seus negócios públicos, mas também compete à sociedade em geral, e aos Poderes Legislativo e Judiciário tal tarefa. A finalidade é garantir a proteção ao Patrimônio Público (*res publica* do Direito Romano), contra desvios do interesse público materializados em ações danosas e lesivas praticadas por agentes públicos/servidores e terceiros, que venham a ser beneficiados ou facilitar irregularmente benefícios a terceiros com recursos públicos (financeiros ou econômicos), de forma ilícita ou pelo enriquecimento ilícito.

¹ BUGALHO, Gustavo R. **Improbidade Administrativa**. Leme: JH Mizuno, 2009. p. 14-15.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29.ed. São Paulo: Editora Forense, 2016. p.973

³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 504

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do interesse público e do privado (alicerçado nos interesses individuais) presentes nas relações tradicionais entre Sociedade e Estado, desde o século XIX, teve sua evolução que resultaram em novos papéis da sociedade (esfera não política), e do Estado (esfera política), a partir do surgimento dos direitos sociais no século XX.

O Estado de Direito é construído a partir do indivíduo e outros indivíduos passam a ser considerados soberanos, e assim os indivíduos passam a ter não só direitos privados (direitos civis e políticos), como também direitos públicos (direitos sociais), fortalecendo a democracia representativa, e logrando espaços por sua participação tanto nas decisões e como nas ações estatais, tornando-se imprescindíveis à manutenção e realização dos interesses coletivos.

E assim, os interesses da coletividade passaram a ser considerados uma esfera pública não-estatal, eis que não correspondem a uma instituição, mas uma arena de participação de novos atores sociais, no atendimento dos interesses sociais em contribuição aos deveres e funções do Estado e da própria sociedade, que encontram no terceiro setor o meio adequado e, talvez, possível à efetivação principalmente dos direitos sociais.

Nos últimos 20 anos, várias tentativas em âmbito legal, através de emendas à Constituição Federal em alterar o modelo burocrático estatal, e com a edição de leis infraconstitucionais, para flexibilizar procedimentos rígidos, objetivavam dinamizar não só as atividades estatais, como também, as parcerias com entidades privadas de fins públicos, porém não estatais, a fim de alargar, assim, a presença estatal, agilizando a execução de serviços públicos, no atendimento das demandas sociais, e na efetividade de direitos sociais.

O aumento das parcerias e destinação de recursos públicos, registradas por órgãos oficiais como IBGE e IPEA, reforçam a necessidade de que a probidade administrativa seja cada vez mais o elemento indispensável na execução dos serviços públicos executados pelas

entidades públicas não-estatais, a fim de fortalecer o dever de honestidade e ética para com a entidade estatal e, principalmente, para com o interesse público.

Entretanto, a necessidade de impregnar o princípio da moralidade e da probidade nas atividades estatais, por agentes públicos ou em colaboração, transpassa o uso de bens e recursos públicos, e encontra abrigo também na ação ou omissão, envolvendo culpa ou dolo do agente, seja ele um servidor público ou um agente político, que deixa de exercer um ato, ou uma atividade em prol do interesse público e/ou contrário às determinações legais.

Nesse sentido, o presente trabalho ao ventilar a questão quanto à participação da sociedade civil, na execução de serviços públicos, por meio de Organizações Sociais, e da evidente falta de regulamentação da Lei n. 9.637/1998, no que tange aos instrumentos legais efetivos à transferência desses serviços, não pretende esgotar o debate sobre os obstáculos e embaraços administrativos nos negócios públicos, que se caracterizam numa manifesta ilegalidade dos atos praticados pelo Poder Público ao firmar contratos de gestão com entidades qualificadas como Organizações Sociais.

A questão sobre o franco desrespeito e ausência de regulamentação da Lei n. 9.637/1998 há, em tese, uma finalidade estatal obscura e/ou escusa, em flexibilizar a execução dos serviços públicos não-exclusivos à iniciativa privada, o que sinaliza, em verdade, uma terceirização ou a privatização desses serviços à participação de pessoas jurídicas sem finalidades lucrativas, sob o manto de uma pretensa legalidade.

REFERÊNCIAS

AREDNT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

_____. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. IBGE. (Org.). **CADASTRO CENTRAL DE EMPRESAS 2010**. Diretoria de Pesquisas. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 24 jan. 2016.

BUGALHO, Gustavo R. **Improbidade Administrativa**. Leme: JH Mizuno, 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 2001.

_____. **Poliarquia: Participação e Oposição**. Tradução de Celso Mauro Paciomik. 1.ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29.ed. São Paulo: Editora Forense, 2016.

EPSTEIN, Isaac. **O dilema do prisioneiro e a ética**. Estudos Avançados, [s.l.], v. 9, n. 23, p.149-163, abr. 1995. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-40141995000100010>. Acesso em 10.jan.2017.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. v.2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

IOSCHPE, Evelyn (et al). **Terceiro Setor: Desenvolvimento social sustentado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

LIMBERGER, Têmis. **Atos da administração lesivos ao patrimônio público: Os princípios constitucionais da legalidade e moralidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro.** 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. **As organizações sociais entre o público e o privado: uma análise de direito administrativo.** Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008.

MONTAÑO, Carlos Eduardo. **Terceiro Setor: e a questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social.** 5.ed. São Paulo: Cortez, 2008.

O'DONNELL, Guillermo. **Democracia Delegativa.** In: Novos Estudos CEBRAP. N. 31, outubro 1991.

OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado Capitalista.** Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social.** Tradução de Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica. [s.i]: Ed. Ridendo Castigat Moraes. S.d.

Submetido em 22.08.2017

Aprovado em 04.09.2017