



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC  
CURSO DIREITO**

**TAÍS GONÇALVES DE ALMEIDA**

**TENDÊNCIAS ATUAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:  
PARTICIPAÇÃO E CONSENSUALIDADE**

**JUIZ DE FORA – MG**

**2010**

**TAÍS GONÇALVES DE ALMEIDA**

**TENDÊNCIAS ATUAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:  
PARTICIPAÇÃO E CONSENSUALIDADE**

Monografia apresentada à Universidade  
Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como  
requisito parcial para conclusão do curso de  
Direito.

Orientadora: Silvia da Costa Pinto Ribeiro

**JUIZ DE FORA – MG**

**2010**

**Taís Gonçalves de Almeida**

**TENDÊNCIAS ATUAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PARTICIPAÇÃO E  
CONSENSUALIDADE**

Monografia apresentada à Universidade  
Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como  
requisito parcial para conclusão do curso de  
Direito.

**Banca Examinadora**

---

Professor Orientador

---

Professor

---

Professor

Aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

## **AGRADECIMENTO**

Agradecer é admitir que houve momentos em que se precisou de alguém. Agradecer é reconhecer que o homem jamais poderá atribuir-se o dom de ser auto-suficiente. Hoje agradeço àqueles que incutiram em mim a inspiração, motivação e o estímulo necessário para que eu pudesse concretizar mais uma etapa de minha vida. Meu agradecimento mais do que especial a minha querida orientadora Silvia, que transformou simples lições em verdadeiros tesouros que levarei em minha vida.

## RESUMO

Muito tem se falado sobre a participação da sociedade na Administração Pública, ou sobre o empreendedorismo social, com um tom de novidade ou até mesmo com um ar de modismo. Mas, essa atividade possui um longo histórico. A parceria entre o Terceiro Setor e a Administração Pública pode viabilizar um novo modelo de desenvolvimento, formulação e implantação de políticas públicas, numa perspectiva intersetorial, capaz de alcançar efeitos reais para o desenvolvimento social. Nesse sentido, a busca de novas formas de solução de conflitos, em contraposição aos tradicionais antagonismo e autoritarismo do Direito Administrativo, faz-se necessária, inaugurando uma nova era de relacionamento entre a Administração Pública e os cidadãos. As vias tradicionais, inúmeras vezes implicam obras inacabadas e interrupção dos contratos e, não raro com interesse público não atendido. Nessa transição de um modelo de gestão pública autoritário para um modelo de gestão pública aberta e democrática, a atividade administrativa necessita utilizar-se da técnica da ponderação dos interesses em conflito, de tal forma a buscar o equilíbrio das relações jurídicas. Defende-se pelas vias consensuais de solução de litígios, com a adoção da transação nos contratos administrativos com vista a obter uma solução consensual mais célere, como forma de assegurar, aos colaboradores da Administração Pública, a tranquilidade e segurança de que poderão ver respeitados os seus legítimos direitos

Palavras-chave: Consensualidade, Parceria, Terceiro Setor.

## SUMÁRIO

|          |                                                                           |           |
|----------|---------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1</b> | <b>INTRODUÇÃO .....</b>                                                   | <b>6</b>  |
| <b>2</b> | <b>A EVOLUÇÃO DO PAPEL DO ESTADO .....</b>                                | <b>8</b>  |
| 2.1      | O papel do Estado até o século XX .....                                   | 8         |
| 2.2      | O atual papel do Estado na administração pública .....                    | 11        |
| 2.3      | O futuro do Estado nas sociedades .....                                   | 14        |
| 2.4      | A Administração Pública participativa no Direito Comparado.....           | 16        |
| <b>3</b> | <b>PARCERIAS E CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO</b>                       |           |
|          | <b>PÚBLICA .....</b>                                                      | <b>19</b> |
| 3.1      | Definição de consensualidade .....                                        | 19        |
| 3.2      | Os contratos como instrumentos jurídicos na Administração                 |           |
|          | Consensual.....                                                           | 22        |
| 3.3      | A parceria através dos convênios.....                                     | 24        |
| 3.3.1    | A criação de títulos jurídicos .....                                      | 28        |
| 3.3.2    | A necessidade de revisão e estruturação para a concessão de títulos       |           |
|          | jurídicos .....                                                           | 30        |
| 3.3.3    | As primeiras organizações que obtiveram os títulos jurídicos .....        | 30        |
| 3.3.4    | Organizações sociais .....                                                | 31        |
| 3.3.5    | OSCIPI .....                                                              | 33        |
| <b>4</b> | <b>O TERCEIRO SETOR .....</b>                                             | <b>35</b> |
| 4.1      | Origem histórica e conceito do Terceiro Setor .....                       | 35        |
| 4.2      | Áreas de atuação do Terceiro Setor .....                                  | 39        |
| 4.3      | As características das várias denominações que formam o Terceiro Setor .. | 39        |
| <b>5</b> | <b>CONCLUSÃO .....</b>                                                    | <b>42</b> |
| <b>6</b> | <b>REFERÊNCIAS .....</b>                                                  | <b>44</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

As diversas crises enfrentadas pelo Estado que de forma generalizada importaram na constatação da incapacidade do mesmo de por si só gerar o bem-estar social, estimular o desenvolvimento econômico, promover saúde, moradia, transporte e educação de forma eficiente para a sociedade, o fizeram buscar novas alternativas de ação nas chamadas entidades intermediárias e ou no próprio mercado.

Esse Estado que anteriormente ocupou-se em garantir os direitos individuais, intervindo de forma mínima na sociedade, incentivando a liberdade de iniciativa, a propriedade privada e o livre exercício da atividade econômica, buscou afastar o surgimento de um Estado que em nome do “bem estar comum” pudesse cercear a liberdade individual. Qualquer tipo de regulação era entendida como autoritarismo, o que incutiu na sociedade o embrião do que seria ou deveria ser a democracia – com todas as suas prerrogativas – avançando posteriormente para o chamado Estado Providência em que assumiu uma série de funções, principal e fundamentalmente na esfera social, além claro de atuar na esfera econômica, buscando garantir a justiça social e o bem estar coletivo.

Porém, este Estado Social mostrou-se claramente ineficiente para atender a demanda social sempre crescente, fazendo, em sua busca de meios de enfrentamento da demanda, surgir como uma das alternativas, a parceria entre Estado e sociedade civil, criando possibilidades e chances de interesse de todos os envolvidos.

A construção de uma nova realidade social, passa sem dúvida, pelo estabelecimento de uma rede organizacional atuando intersetorialmente no processo de execução de políticas sociais eficazes. A intersetorialidade é fundamental para se ter uma visão ampla dos problemas existentes, permitindo assim, um trabalho integrado entre os diversos setores envolvidos.

Como consequência mediata dessa alternativa está a forma como essa parceria entre Estado e sociedade deve ocorrer. A criação de normas jurídicas capazes de garantir idoneidade e eficácia para o pleno desenvolvimento das ações propostas deve sempre se pautar pelos mais altos princípios proclamados pela Constituição Federal.

Por isso é necessário prever e recluir o quão perigosa pode tornar-se essa relação de parceria, se ela não for atentamente observada pelo Poder Público e pelos particulares,

garantindo transparência no gasto do dinheiro público empregado na execução de projetos; não deixando que assim essa relação seja baseada pela promiscuidade entre o Estado e a sociedade civil, servindo o Terceiro Setor de uma fachada para o corporativismo.

Alguns doutrinadores concordam quando falam que houve uma transformação do papel do Estado e da democracia na sociedade, existe um incentivo e abertura maiores para a participação dos cidadãos e também uma clareza na identificação dos papéis desempenhados na mesma, o cidadão comum deixa de ser um mero espectador das decisões tomadas pela administração, e passa a agir como partícipe e fiscalizador; o que não significa dizer com isso que os princípios democráticos já não fossem acolhidos nas concepções anteriores, mas eles passam a ser vistos sob nova perspectiva.

Esta nova perspectiva e visão de democracia, que eleva os direitos de cada indivíduo, mas também aponta os deveres para a consecução de uma sociedade mais justa e equilibrada, exigem um alargamento do processo democrático que atingirá vários setores da vida política, cultural e econômica do cidadão, exigindo um comprometimento intenso e contínuo que só acontecerá por meio da democratização da própria sociedade civil, que deve possuir mecanismos eficazes de participação em vários setores da sociedade, inclusive junto à própria Administração Pública.

Posto isso, este trabalho pretende levantar a discussão da crescente relevância do consensualismo na Administração Pública. Salientar-se-á como ocorreu seu surgimento, sua evolução, a comparação com os outros ordenamentos jurídicos, algumas de suas formas de expressão e seus instrumentos de ação. Visa também abordar uma das várias manifestações dessa interação entre Estado e sociedade civil, que é o Terceiro Setor – envolvendo outras modalidades não pertencentes ao Estado nem ao Mercado, tais como economia social, economia popular, ressaltando ainda sua importância e atuação.

Essas atividades são identificáveis de alguma forma em quase todos os países no mundo com menor ou maior incidência e intensidade, sendo exercida com mais ou menos maturidade de acordo com a própria maturidade de seu Estado e conseqüente sociedade, é resumidamente denominada de Terceiro Setor.

O Terceiro Setor surge na esteira de um novo panorama social, onde a complexidade dos desafios sociais impõe soluções capazes de minorar a exclusão para construir uma sociedade mais justa.

## **2 A EVOLUÇÃO DO PAPEL DO ESTADO**

### **2.1 O papel do Estado até o século XX**

O Estado, como estrutura organizada de poder e ação, desempenha a função de garantir entre os homens uma convivência ordenada de forma harmoniosa e segura, sobretudo mantendo a paz e a segurança jurídica e, para isso só consegue cumprir esta tarefa uma ordem de conduta que seja eficaz e homogênea. A eficácia específica da ordem de conduta jurídica baseia-se na probabilidade segura de impor a observância das suas normas perante um procedimento coercitivo, juridicamente organizado.

Nos finais da Idade Média, os direitos de soberania encontravam-se divididos, nos diversos territórios, entre príncipes, de um lado e, igreja, cavaleiros e cidades por outro. Víamos dois Estados se enfrentando dentro de um mesmo Estado; príncipes e estamentos tinham tropas, autoridades, tesouros e representações diplomáticas próprias.

Após um vagaroso processo de consolidação interna, em que alguns territórios, como a França, concluiu-se mais cedo, e que noutros se prolongou até o século XIX, os senhores territoriais impuseram-se progressivamente e transformaram as poliarquias, frouxamente ligadas entre si, em unidades de poder rigidamente organizadas, dispondo de um só exército, de uma hierarquia de funcionários e de uma ordem jurídica cada vez mais unificada e que acabou freqüentemente por ser codificada no âmbito do direito vigente no respectivo território. (ZIPPELIUS, 1997, p.72)

Sendo assim, o princípio de um poder homogêneo de domínio do Estado revela-se, como uma idéia penosamente conquistada contra a desunião, nascida da necessidade política.

Dentro dessa perspectiva histórica, temos o nascimento do Estado Absolutista, defendido por teóricos que exercem ainda hoje influência na vida prática. Dentre eles, está Thomas Hobbes, para quem a vida em sociedade depende da existência de um poder visível, que mantenha os homens dentro dos limites consentidos e os obrigue por temor ao castigo, a realizar seus compromissos e à observância das leis da natureza, através de um contrato. Esse poder visível é o Estado, um grande e robusto homem artificial, construído pelo homem natural para sua proteção e defesa; para ele o homem vive a eminência de uma situação de

desordem que se verifica sempre que os mesmos não têm suas ações reprimidas, ou pela voz da razão ou pela presença de instituições políticas eficientes. Em seu livro “Leviatã”, ele destaca que o estado de natureza é uma ameaça constante que pesa sobre a sociedade e que pode surgir sempre que a paixão calar a razão ou quando a autoridade fracassar. Ele ainda acentua que os homens no estado de natureza, são egoístas, luxuriosos e inclinados a agredir os outros. (BASTOS, 1995, p. 13)

Mesmo os que se opuseram a espécie de contratualismo de Hobbes, tomaram a mesma posição contratualista para explicar a origem da sociedade, como por exemplo, aconteceu com Montesquieu, que em sua obra fundamental, “Do espírito das Leis”, também se refere ao homem em estado natural, anterior ao estabelecimento das sociedades. Diz, porém, que existem leis naturais que levam o homem a escolher a vida em sociedade.

Quem retomou a linha de avaliação de Hobbes, explicando a existência e a organização da sociedade a partir de um contrato inicial, foi Rousseau, especialmente em seu livro “O contrato social”, no qual, entretanto se assemelha mais as idéias de Montesquieu no tocante à predominância da bondade humana no estado da natureza. O contratualismo de Rousseau foi o que teve maior repercussão prática. Ainda hoje é perfeitamente notada a presença das idéias de Rousseau na afirmação do povo como soberano, no reconhecimento da igualdade como um dos objetivos fundamentais da sociedade, bem como na consciência de que existem interesses coletivos distintos dos interesses de cada membro da coletividade. (BASTOS, 1995, p.17)

Todavia, ainda é possível identificar significativas diferenças entre o contratualismo de Hobbes e o contratualismo de Rousseau; ambos entendiam haver uma alienação total de cada indivíduo, com todos os seus direitos a favor de toda a comunidade, produzindo um corpo moral e coletivo, que é o Estado. Hobbes em sua obra inclinava-se ao Absolutismo, sendo certo que suas idéias exerceram enorme influência prática para a nobreza inglesa, enquanto para Rousseau, o soberano era sempre o povo, entendido como vontade geral.

Em consonância, Hobbes e Rousseau viam a propriedade privada não como um direito natural, mas sim civil. No Estado de natureza de Hobbes e no Estado de sociedade de Rousseau, o fato de indivíduos se apossarem de terras e bens era irrelevante, pois não existiam leis para garanti-las. A propriedade privada era, portanto, um mero efeito do contrato social e um decreto do soberano. Porém essa teoria não seria por muito tempo suficiente para frear a burguesia em ascensão.

De fato, embora o capitalismo estivesse em via de consolidação e o poderio econômico da burguesia não fosse contestado, quanto ao regime político permanecia o

monárquico e com ele o poderio político e o prestígio social. Precisaria então a burguesia de uma teoria que lhes desse uma legitimidade tão grande ou maior que o sangue e a hereditariedade davam a realeza e a nobreza. Tal teoria deveria se embasar na propriedade privada como direito natural.

Surgiu assim, no final do século XVII, uma reação às idéias de Hobbes, através dos trabalhos de John Locke, que acreditava que o homem era livre no estado natural, porém, temendo que um homem tentasse submeter o outro a seu poder absoluto, estes homens delegaram poderes a um Estado, através de um contrato social, para que esse assegurasse seus direitos naturais, assim como, a sua propriedade. Dessa maneira, a burguesia se vê legitimada perante a realeza e a nobreza e, mais do que isso, surge como superior a elas, uma vez que o burguês acredita que é proprietário graças ao seu trabalho, enquanto reis e nobres são parasitas da sociedade. (CHAUÍ, 2000)

Essa guinada tomada pela burguesia abriu frente para as diversas revoluções em vários territórios ocorridas nesse período, servindo de inspiração principalmente para a Revolução Francesa, marcada pelos ideais de liberdade e igualdade entre os homens.

Diante de tal cenário histórico o desdobramento lógico da separação entre o público e o privado ou pessoal, era uma nova forma de Estado, que rompesse com a ordem hierárquica das corporações, dos laços sanguíneos e dos privilégios; surgindo assim o Estado Liberal.

O objetivo central do Estado Liberal era o indivíduo e, seu papel era garantir, acima de tudo, a liberdade das pessoas. Daí o distanciamento do Estado em relação à vida social, econômica e religiosa dos indivíduos.

O teórico, Adam Smith, contribuiu extraordinariamente para a consolidação desse Estado Liberal. Considerado o pai do liberalismo econômico, afirmava existir uma lógica interna, uma razão própria, na produção das mercadorias, lógica que ficou conhecida vulgarmente como a “Teoria da Mão Invisível”, onde existiria um ordenamento perfeito, quase natural, no funcionamento das atividades econômicas, sendo assim dispensável qualquer elemento externo de intervenção.

Considerando assim, reduzidas as funções que lhe cabiam, o Estado era composto de um pequeno núcleo estratégico e não havia grande necessidade de descentralização, mesmo porque as atividades exercidas restringiam-se quase exclusivamente às atividades típicas do Estado – defesa nacional, segurança interna – que são, em geral, indelegáveis.

As demais atividades públicas tinham seu exercício transferido aos particulares, por meio de concessão. A realização dessas atividades por particulares era feita pela via contratual e, restringia a intervenção do Estado nos negócios privados ao mínimo necessário.

Contudo, essa intervenção mínima do Estado gerou consequências desastrosas, a principal talvez foi a desigualdade social.

Como resposta ao Estado Liberal, surgia, após a segunda Grande Guerra, o denominado Estado Social, em que a preocupação com o princípio da liberdade foi superada pela necessidade de se assegurar o cumprimento de outro princípio, o da igualdade.

No Estado Social, também chamado Estado do Bem-Estar, Estado Providência, Estado do Desenvolvimento, emergente nos séculos XIX e XX, o ideal de igualdade, que fora tomado como pressuposto liberal, é reconhecido como algo a ser implementado, adquirindo maior importância do que a liberdade individual e econômica.

Assim, para atingir essa igualdade, entendia-se que o Estado deveria intervir na ordem econômica e social, atuando diretamente na área social e intervindo no domínio econômico. Deste modo, no início do século XX, a condução do processo de desenvolvimento econômico e social atribuída ao Estado, tinha a finalidade de alcançar a igualdade entre os homens e ajudar os menos favorecidos.

De acordo com o afastamento do Estado dos princípios do liberalismo, este começou a ampliar o rol das atividades próprias, adotando diferentes atitudes; algumas atribuições como serviços públicos, comerciais, industriais e sociais foram assumidos pelo próprio Estado e, para desempenhar tais serviços o mesmo começou a criar um maior número de empresas estatais e fundações; outras atribuições, ele 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. (MAURANO, p.3, 2004)

À medida que o Estado, com a justificativa de assegurar a promoção do bem-estar comum, foi assumindo responsabilidade por tais atividades, verificou que não dispunha de organização adequada à realização dessas atividades, então gradativamente transformou-se em um Estado prestador de serviços.

## **2.2 O atual papel do Estado na Administração Pública**

Muito tem se discutido acerca da diminuição ou enfraquecimento do papel do Estado.

Neste cenário atual predomina a ideologia neoliberal - em resposta ao crescimento descomensurado do Estado que passou a atuar em todos os setores da vida social, com uma ação interventiva que coloca em risco a própria liberdade individual, afetando o princípio da separação de poderes e conduzindo à ineficiência na prestação de serviços – traçando uma mudança de paradigmas e toda uma nova conceituação a respeito das questões sociais, da cidadania, da soberania entre tantas outras que passam por alterações frente ao novo Estado.

As relações econômicas agora são reguladas pelo mercado num mundo onde não existem mais fronteiras, de reestruturação tecnológica, que atinge tanto as formas de produção, organização e gestão empresarial quanto à própria natureza do Estado e a sua função enquanto instituição reguladora e promotora do bem estar social. (FAGUNDES, 2003).

Esta nova era mundial, foi minuciosamente planejada como uma saída à economia capitalista que vinha amargurando baixo crescimento econômico, fazendo com que alguns países necessitassem de novos mercados e da internacionalização da produção.

Na busca por esses novos mercados e pela internacionalização da produção, fez-se necessário diminuir as fronteiras de Estados nacionais.

No entanto, após algum tempo da implantação desta nova ordem global de liberação econômica, podemos constatar que houve muitos avanços em diversas áreas, tais como, tecnologia, comunicação, entre outros, mas por outro lado, trouxe muitos prejuízos nas áreas social, econômica, trabalhista e humana para uma infinidade de pessoas.

Por isso o questionamento a respeito da intervenção do Estado na promoção do interesse público, nas suas mais diversas áreas e níveis de intensidade, conciliando a responsabilidade ou dever de orquestrar uma economia de mercado estabilizada diante do sistema financeiro internacional, com os problemas sociais urgentes de uma sociedade necessitada, que ainda precisam ser resolvidos, principalmente nos países periféricos. (FAGUNDES, 2003)

Diante de tantos dilemas o Estado se assume também como regulador e não mais como executor, as atividades que permanecerem sob sua responsabilidade deverá ser preferencialmente executadas de forma descentralizada com a contratação de entidades ou empresas privadas, de modo que o Estado apenas mantenha suas funções de ente soberano. (MAURANO, p.4, 2004)

Isso não poderia ocorrer de modo absoluto, pois algumas atividades não poderiam ser adequadamente desempenhadas pelo particular. Cabe então ao Estado fomentar estas atividades fornecendo os instrumentos necessários ao seu desempenho.

Conforme assevera Paulo Modesto:

É sabido que o Estado atualmente não tem condições de monopolizar a prestação direta, executiva, de todos os serviços sociais de interesse coletivo. Estes podem ser executados por outros sujeitos, como associações de usuários, fundações ou organizações não governamentais sem fins lucrativos, sob acompanhamento e financiamento do Estado. Não prover diretamente o serviço não quer dizer tornar-se irresponsável perante essas necessidades sociais básicas. Não se trata de reduzir o Estado a mero ente regulador. O Estado apenas regulador é o Estado Mínimo, utopia conservadora insustentável ante as desigualdades das sociedades atuais. Não é este o Estado que se espera resulte das reformas em curso em todo mundo. O Estado deve ser regulador e promotor dos serviços sociais básicos e econômicos estratégicos. Precisa garantir a prestação de serviços de saúde de forma universal, mas não deter o domínio de todos os hospitais necessários; precisa assegurar o oferecimento de ensino de qualidade aos cidadãos, mas não estatizar todo o ensino. Os serviços sociais devem ser fortemente financiados pelo Estado, assegurados de forma imparcial pelo Estado, mas não necessariamente realizados pelo aparato do Estado. (MODESTO, 2006, p.5)

Complementa Maria Sylvia Di Pietro (DI PIETRO, p.37, 2005) dizendo que, “O Estado deve fomentar coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso nas condições de seus empreendimentos”.

Acrescentamos aqui a noção de subsidiariedade, onde no Estado os direitos fundamentais do homem constituem a própria razão de ser deste Estado. Cabe a este promover, estimular, criar condições para que o indivíduo se desenvolva livremente e igualmente dentro da sociedade; para isso é necessário que se criem condições para a participação do cidadão no processo político e no controle das atividades governamentais. (GENESCA, p.42, 2006)

A subsidiariedade então existe como um limite à intervenção do poder público nas relações com particulares, do poder central sobre os periféricos, em defesa da liberdade dos indivíduos e da coletividade, seja como impulso à ação de sustento (subsidiária) às coletividades mais fracas, exigindo a ativação de instrumentos de redistribuição social de riqueza. Além de fazer multiplicar os interesses a serem protegidos, aqui não se fala em interesse público de que é titular exclusivo o Estado, mas de vários interesses públicos, representativos dos vários setores da sociedade civil. A proteção do interesse público não é prerrogativa única do Estado, que não mais tem condições de assumir todas as novas atividades de interesse geral. Como consequência surge a necessidade de ampliação da atividade administrativa de fomento, significando, como uma das aplicações do princípio da subsidiariedade, o incentivo à iniciativa privada de interesse público. O Estado deve ajudar estimular, criar condições para que os vários grupos de interesses, representados por entidades particulares, partam em busca de seus próprios objetivos.

Pelo que se depreende não devemos confundir o Estado Mínimo – onde somente eram exercidas as atividades essenciais deixando tudo o mais para a iniciativa privada, dentro da idéia da liberdade individual que era inerente ao período liberal.

### **2.3 O futuro do Estado nas sociedades**

A noção de Estado, cuja vontade é formada pelo povo em seu conjunto, traz consigo, de modo inseparável, a idéia de participação dos cidadãos. Hodiernamente, é possível asseverar que o conteúdo do conceito de democracia se baseia na soberania popular, onde o poder é emanado do povo e na participação deste, no exercício do poder de forma direta e indireta.

O conceito de cidadão deve ir além da simples capacidade de ser eleitor. Melhor dizendo, o direito do voto não expressa por si só a grandeza da cidadania. No Estado Democrático de Direito a cidadania se expressa pelo direito de votar e de ser votado, mais ainda pelo exercício da democracia de forma direta, sem intermediários que traduzam a vontade do cidadão. A cidadania, nesta nova concepção não fica restrita a uma mera técnica, justificável no regime representativo.

É importante notar, entretanto, que não há substituição da democracia representativa. A participação não deve ser vista como uma superação da representação, mesmo porque diante da complexidade das sociedades modernas não há um modelo alternativo. O que se observa atualmente é uma junção do sistema representativo com o alargamento das formas de participação popular na produção legislativa, na gestão e no controle da Administração Pública. Correspondendo aos presentes anseios do indivíduo em participar, quer pela via administrativa, quer pela via judicial, da defesa dos interesses públicos. (PINHEIRO, p.4, 2010)

Carlos Ayres Brito, expressa claramente esta ausência de conflito:

A participação popular não quebra o monopólio estatal da produção do Direito, mas obriga o Estado a elaborar o seu Direito de forma emparceirada com os particulares (individual ou coletivamente). E é justamente esse modo emparceirado de trabalhar o fenômeno jurídico, no plano de sua criação, que se pode entender a locução “Estado democrático” (figurante no preâmbulo da Carta de outubro) como sinônimo perfeito do “Estado participativo. (BRITTO, p.121-122, 1992).

Ainda, a possibilidade de participação deve ser incentivada tanto ao cidadão, individualmente considerado, como aos grupos, aos representantes de vários setores da sociedade, uma vez que nós vivemos numa sociedade pluralista.

A Administração Pública contemporânea tende a valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à formação da conduta administrativa. Destacamos que, o Direito Administrativo caminha para modelos de colaboração privada no desempenho das prestações administrativas. Maria Sylvia Zanella Di Pietro ressalta esta aproximação entre o público e o privado:

Nesta terceira fase da evolução da Administração Pública, a participação do particular já não se dá mais nem por delegação do poder público, nem por simples colaboração em atividade paralela. Ela se dá mediante a atuação do particular diretamente na gestão e no controle da Administração Pública. É nesse sentido que a participação popular é uma característica essencial do Estado de Direito Democrático, porque ela aproxima mais o particular da Administração, diminuindo ainda mais as barreiras entre Estado e a sociedade. (DI PIETRO, p. 32, 1993)

Embora existam alguns dispositivos constitucionais positivando instrumentos de participação, muitos deles são veiculados por normas programáticas, o que não facilita a sua concretização. Isso não invalida a utilidade de tais normas, porque verifica-se a sua imperatividade e a produção de efeitos. De fato, a consagração da possibilidade de participação do administrado em normas programáticas traz, por si só, a consequência de vincular o legislador infraconstitucional. Como toda norma constitucional só tem efeitos a partir da sua promulgação, o legislador infraconstitucional fica, ao menos, proibido de criar normas que disponham em sentido contrário. O reconhecimento desta eficácia não afasta, porém, o entendimento de que a sua capacidade de transformação e influência no mundo dos fatos se torna ainda maior quando o princípio participativo serve de diretriz e fundamento para instrumentos jurídicos que o ponham em prática. (PINHEIRO, p.7, 2010)

Nesse diapasão de participação na Administração Pública, destaca-se a existência de leis-infraconstitucionais que veiculam tais instrumentos. A Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, prevê a utilização dos instrumentos da consulta e da audiência pública, quando a matéria envolver assunto de interesse geral.

A Administração Pública quando se utiliza desses institutos está permitindo a realização de um processo aberto à participação de indivíduos e de grupos sociais, objetivando o aperfeiçoamento e legitimidade da mesma. Por meio deles os administrados

exercem o direito de expor preferências e opções que possam levar o Poder Público a decisões cada vez mais consensuais. Diogo Figueiredo Moreira Neto salienta que esta é a sua função:

Deve-se destacar que é precisamente no campo da administração pública que a consensualidade mais tem progredido, ainda porque a todo o momento são identificadas novas atividades em que o Estado pode atuar mais eficientemente e com menores custos em relações de coordenação do que faria nas clássicas relações de subordinação. Em outros termos, para o superior atendimento de inúmeros interesses públicos, é mais conveniente para o Estado atuar como parceiro do que como órgão de coerção. (NETO, p.12, 1997)

Prossegue, ainda, o mencionado autor:

A audiência pública situa-se, assim como instrumento de vanguarda para o aperfeiçoamento da legitimidade, contribuindo para que a democracia não seja apenas uma técnica formal de escolha periódica de quem queremos que nos governe, mas, muitos mais do que isso, uma escolha permanente de como queremos ser governados. (NETO, p. 12, 1997)

Podemos também observar esta tendência no Estatuto da Cidade (Lei nº10.257/2001), afirmando que a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana e eleva à diretriz geral a gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (art. 2º, inciso II).

Tal diretriz torna-se efetiva quando, na citada lei vem dispondo que, no processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implantação, o Poder Legislativo e Executivo municipais garantirão a promoção de audiências públicas e debates a participação dos administrados (art. 39, §4º, inciso I).

Através dos exemplos acima mencionados, verifica-se que a democracia representativa e a participativa não são técnicas contraditórias ou excludentes, ao contrário se completam, para garantir o exercício do poder pelo povo e para o povo, no seu sentido substancial.

## **2.4 A Administração Pública participativa no Direito Comparado**

Os Estados Unidos, bem como a Inglaterra, países de tradição anglo-saxônica, vivenciaram experiências administrativas extremamente distintas da brasileira, bastando observar a importância naqueles países do princípio, consagrado desde a Revolução Francesa, da separação dos poderes. Com certeza, nesses países, a forma encontrada para abrandar a força da autoridade constituiu em distribuir o uso das forças por diferentes funcionários.

A Inglaterra, a despeito da centralização política, não conheceu uma centralização administrativa, o que era suprido por uma unidade oriunda da semelhança dos elementos sociais. A organização das municipalidades na Inglaterra e nos Estados Unidos descansa sobre a idéia, à qual se deu a maior expansão, de que cada um é o melhor apreciador do que lhe diz respeito, e está mais em estado de prover as suas necessidades particulares.

Cabendo salientar que tanto na Inglaterra quanto Estados Unidos, existe uma tradição muito forte e bastante respeitada de separação entre a Administração e a política, que aqui se desconhece. Isso permitiu àquelas sociedades de participarem da Administração sem intrometer-se na política.

O modelo de auto-regulação norte americano recorreu, para fazer face às crises que se instalaram em meados do século XX, a um terceiro agente, que seria capaz de impor uma regra que recuperasse e mantivesse o equilíbrio.

As mesmas crises por que passaram os Estados Unidos também assombraram as economias dos países europeus. Porém, a Europa adotou solução radicalmente diversa para as crises, os países europeus implementaram uma política econômica de cunho fortemente interventivo, sob a égide do Estado do Bem-Estar Social. Assim, preferiram desempenhar diretamente atividades econômicas, ou, quando muito, criar agências administrativas dependentes do poder político para o desempenho das atividades econômicas críticas. Seguindo essa linha é que se deve entender a Administração Pública brasileira, que encontra na França o berço de suas instituições. É certo que o modelo francês não se assenta na auto-regulação, mas ao contrário, caracteriza-se por ser essencialmente uniforme preventivo e centralizador.

A França conheceu um amplo processo de estatização ao longo do século XX, quando o intervencionismo econômico mostrou-se mais forte. As primeiras nacionalizações efetuaram-se já em 1936, através da estatização do Banque de France, das indústrias de armamento e de estradas de ferro. Porém, as nacionalizações mais importantes ocorreram no período da desocupação nazista, quando foram estatizados os setores-chave da economia: o

gás, a eletricidade e o carvão. No domínio financeiro e no domínio dos transportes também se verificou o fenómeno.

O reverso desse processo ocorreria a partir da década de 1980, quando tiveram início as privatizações, inaugurando, portanto, o modelo que iria consolidar a importância das autoridades administrativas independentes, como forma de preservar um papel fundamental ao Estado.

Estado este que tem agora mecanismos de fiscalização e regulação do mesmo, não só na execução dos serviços públicos, como também no exercício das atividades económicas, através das agências reguladoras.

### 3 PARCERIAS E CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

#### 3.1 Definição de consensualidade

Nos tempos atuais, de aperfeiçoamento no Brasil de uma nova cultura vinculada tanto à dimensão dos direitos sociais inscritos na Carta Magna de 1988, como à participação de uma variedade de atores com presença na cena pública, a concepção constitucional de democracia requer um contexto social de esferas públicas mobilizadas, manifestado em uma sociedade civil autônoma e na participação cívica interagindo com as instituições de governo.

Entretanto, a percepção do não estabelecimento de uma cidadania plena no Brasil relaciona-se a fatores como o distanciamento entre a democracia formal e a democracia real, a grave crise econômica que aumenta a recessão e produz um gigantesco número de desempregados sem perspectivas sociais e que está sob a frágil linha da sobrevivência e, em especial atenção, devido à formação do Estado Brasileiro ter como base o modelo burocrático estamental patrimonialista.

O conceito de governo por representação, essência da democracia representativa, permitiu a compreensão de como articulam povo e poder, cabendo ao primeiro a eleição direta daqueles que o exerciam por delegação. Essa formulação teórica, embora bem difundida por muito tempo, é alvo de críticas. É sabido que a necessidade de transpor as limitações compartmentadas do conceito e da prática da tradicional democracia, promovendo uma superação à concepção de que esta enfatiza unicamente a idéia de representação, ora entendida como delegação de poderes, ora como governo da minoria sobre a maioria, visão esta responsável pela manutenção do *status quo*. (MEDEIROS, p.14, 2006)

Segundo o sociólogo, Jürgen Habermas:

O lugar dos cidadãos e de seus interesses individuais é ocupado por organizações e interesses organizados. Partindo do princípio no qual todos os atores coletivos têm aproximadamente as mesmas chances de influenciar os processos de decisão relevantes para eles; que os membros da organização determinam a política das associações e dos partidos; e que estes, por seu turno, são forçados a assumir compromissos e a entrelaçar interesses, levados pelos vários tipos de pertença e associações. A democracia de concorrência forma então um equilíbrio social do

poder, no nível de distribuição do poder político, de tal modo que a política estatal leve em consideração um amplo leque de interesses simétricos. (HABERMAS, p.59-60 1997)

É certa a evolução e mudança da sociedade, e como consequência, espera-se que os mecanismos de organização acompanhem tal tendência. Daí surge a idéia de um constitucionalismo que enalteça um núcleo essencial de direitos e garantias individuais e também a prevenção e combate ao abuso de poder perpetrado por essa própria estrutura de organização política e social que vinha se concebendo, incorporando com novos instrumentos mais democráticos no âmbito da gestão pública administrativa.

No panorama do controle social, interessante analisar, a democracia representativa no Brasil, ensejando o questionamento da legitimidade do processo da democracia representativa no tocante ao planejamento, controle e avaliação da gestão pública ao de medir a satisfação das propostas governamentais e o interesse público. Conforme previsão constitucional de que no Brasil a democracia não é mais tão somente representativa, a democracia também é direta – através dos mecanismos de plebiscito, referendo e iniciativa popular de lei – e participativa – através da presença e interferência da sociedade civil nos espaços de gestão pública e de fiscalização de políticas públicas – contribuindo para a legitimação da participação popular. (MEDEIROS, p.15, 2006)

Disso, concluímos que o interesse público, antes de ser da Administração, é da sociedade que não pode ser marginalizada no processo de tutela desse mesmo valor. É mister o reconhecimento, com indispensável respeito ao equilíbrio e harmonia dos Poderes, que o exercício vinculado e discricionário da Administração Pública não pode ser do tipo de decisão imperial sem razoabilidade aos limites da discricionariedade, à qual a sociedade se curve em grata reverência.

Existe um extenso e intenso rol de técnicas consensuais que vêm sendo utilizadas, como soluções preferenciais – e não unicamente alternativas – à utilização de métodos estatais que veiculem unilateral e impositivamente comando para os cidadãos, empresas e organizações da sociedade civil. Por isso, uma das linhas de transformação do Direito Administrativo consiste em evidenciar que, no âmbito estatal, em campos habitualmente ocupados pela imperatividade há a abertura de consideráveis espaços para a consensualidade.

Portanto, deduz-se que o controle social da Administração Pública é fundamentado numa cidadania ativa. Não é somente o simples estabelecimento de dispositivos legais e estruturais, estes podem resultar num amontoado de mecanismos e regras inúteis, pois não correspondem às habilidades de cidadania desenvolvidas na sociedade civil brasileira.

Contudo, apesar das novas perspectivas da cidadania, mantém-se um estágio principiante da participação social ativa ainda reduzida nos problemas decorrentes de crises econômicas associados à corrupção e ao corporativismo, incorporados às práticas da Administração Pública que se sobrepõem e desencorajam as iniciativas inovadoras de governos locais ou do federal de estímulo aos mecanismos de cidadania.

Aplicado na área da Administração Pública, esse novo modelo participativo gerou várias expressões como administrar por contrato, administrar por acordos, administração paritária, e mais recentemente, administração consensual. Tal diversidade terminológica não chega a ser negativa, visto que evoca o fato de que administrar por meio de métodos ou instrumentos consensuais não significa, necessariamente, lançar mão da figura clássica do contrato administrativo. (OLIVEIRA, p.132, 2010)

Nas palavras do Doutor em Direito do Estado pela USP, Gustavo Justino de Oliveira:

O sentido das expressões acima elencadas sinaliza um novo caminho, no qual a Administração Pública passa a valorizar – e por vezes privilegiar – uma forma de gestão cujas referências são o acordo, a negociação, a coordenação, a cooperação, a colaboração, a conciliação e a transação. Isso em setores e atividades preferencial ou exclusivamente reservados ao tradicional modelo de administrar: a administração por via impositiva ou autoritária. (OLIVEIRA, p.132, 2010)

Porém é perceptível e natural, que a maioria dos cidadãos comuns que não saiba como atuar, tenha medo de exercer a sua cidadania por falta de informação e receio das repercussões que possam surgir de seus atos.

É preciso lembrar que, a cooperação entre Estado e Sociedade se cristaliza pelas diretrizes da participação e, por certo, da atuação consensual que pressupõe uma conjugação de esforços na compreensão dos problemas e na formação das soluções, que igualmente não podem prescindir da participação da sociedade.

Com a participação da sociedade, é possível legitimar uma política ou conduta a ser implementada pelo Estado, seja pela intervenção ativa através da apresentação de sugestões e propostas, seja pela simples verificação da observância dos imperativos relacionados ao adequado atendimento do interesse público.

Se levarmos em conta que a descentralização das atribuições do Estado impõe a necessidade de uma participação cada vez mais intensa da sociedade nos mecanismos de controle, tornou-se ultrapassada a idéia de uma supremacia vertical entre governantes e governados, evidenciando-se que o estímulo em garantir, através da transparência, a possibilidade dessa interação horizontal, entre agentes e destinatários do exercício do poder, e investimentos nas formas de interação e ou da associação entre o setor público e o privado

através da implantação e constante atualização dos instrumentos legais rumo à expansão da participação da sociedade. (MEDEIROS, 2006, p.5)

### **3.2 Os contratos como instrumentos jurídicos na Administração Consensual**

Conforme já visto nos capítulos anteriores, a busca e incentivo ao estreitamento da relação entre o Estado e a sociedade é a tônica para o fortalecimento de ambos.

O desenvolvimento dessa relação ocorre, na maior parte do tempo, através de estruturas subsidiárias e complementares às atividades típicas estatais, no que tange aos denominados serviços sociais básicos, como saúde e educação, por exemplo.

Por se tratarem de relações juridicamente importantes, as mesmas necessitam ser formalizadas. E tal formalização acontece nas diversas modalidades contratuais que estão previstas legalmente.

Abordaremos inicialmente o contrato administrativo.

O contrato administrativo corresponde, pois, ao contrato firmado pela Administração Pública, segundo normas de direito público, com o propósito de solver sua necessidade, sendo, em regra, precedido de licitação.

Os contratos são pluripartes (mais de uma parte), formais, consensuais (refletem um acordo de vontades), onerosos (remunerados), comutativos (compensações recíprocas) e celebrados em regra, *intuitu personae*. Os contratos administrativos possuem algumas características fundamentais, assim apresentadas na lição de Di Pietro (DI PIETRO, p. 240, 2004):

a) a contratante deve ser a Administração Pública, como expressão do Poder Público: aqui, nitidamente manifestada através da inclusão, nos contrato administrativo, de cláusulas exorbitantes.

Trata-se do conjunto de prerrogativas que garantem a primazia do Estado nos contratos administrativos que celebra. Tal característica tem notadamente o valor da imperativa supremacia do interesse público sobre o privado, porém quando o Estado se relaciona com outro sujeito, que apesar de possuir personalidade jurídica de direito privado, apresenta finalidade preponderantemente pública, assim como a própria Administração Pública, torna-se delicado a aplicação de característica supracitada.

A referida supremacia deve ser encarada mais como uma sujeição de ambas as partes, Estado e entidades privadas com finalidades públicas, ao interesse público.

b) o objeto deve corresponder ao interesse público (como ocorre em todas as atividades estatais): elemento intrínseco a própria natureza dos contratos administrativos. Como bem assevera Di Pietro: “(...) às vezes, pode ocorrer que a utilidade direta seja usufruída apenas pelo particular, como ocorre na concessão de uso de sepultura, mas, indiretamente, é sempre o interesse público que a Administração tem que ter em vista, sob pena de desvio de poder.” Sendo assim, a finalidade pública decorre da essência da Administração Pública, cuja formação se justifica em nome da ordenação daquilo que se reveste de interesse da coletividade.

c) obediência à forma imposta em lei (as partes não convencionam a forma): a formalidade a que se submetem os contratos administrativos tem como regra, algumas que podemos destacar: i) obrigatoriedade da observância da forma escrita, havendo apenas uma residual hipótese de contratação verbal; ii) publicidade, que deve ser dada através da publicação, no Diário Oficial, do extrato do contrato celebrado, a ser feita, obrigatoriamente, em até 20 dias, sob pena de perda de validade do mesmo; iii) formalização do contrato através de “Termo de Contrato”, “nota de empenho de despesa”, “autorização de compra”; iv) vinculação do instrumento contratual ao edital licitatório; v) previsão do rol de cláusulas consideradas necessárias seja de natureza regulamentar (referentes ao objeto, forma de execução, rescisão), sejam de natureza financeira (preço, critérios de reajustamento).

d) segue-se o rito procedimental imposto em lei (antecedido por licitação, reserva de recursos orçamentários, etc.): nada mais é que o conjunto de procedimentos, fixados por lei, que são de obrigatória observância na celebração de contratos administrativos.

O principal destes procedimentos é a licitação, prevista já na Constituição, em seus artigos 37, inciso XXI e 175, regulamentada pela Lei 8.666/93 e suas disposições posteriores. Como hoje está prevista a licitação, ela tornou-se um emaranhado de etapas extremamente burocráticas, e como consequência seu resultado final nem sempre conquista a probidade esperada.

e) presença de cláusulas exorbitantes (alteração unilateral, rescisão unilateral, aplicação de penalidades): são cláusulas permitidas em contratos administrativos, mas que em contratos civis seriam ilícitas. São elas as mantenedoras e garantidoras da sujeição da Administração Pública e do contratado ao interesse público.

f) mutabilidade do regime contratual: as razões e circunstâncias que tornam os contratos administrativos mutáveis são a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Todos esses itens elencados objetivam não só resguardar a Administração Pública, como também, as outras partes contratantes.

Porém, no que diz respeito ao Terceiro Setor, tal normatização, por vezes se apresenta demasiado onerosa. Isto acontece na medida em que muitas instituições que o compõe são de tamanho diminuto e não tem recursos, nem financeiros, nem humanos, suficientes para suprir todas as exigências formais que se impõem principalmente as originadas do procedimento licitatório.

De forma mais didática os doutrinadores conceituam contratos administrativos assim, para José dos Santos Carvalho Filho:

Instituto destinado à livre manifestação da vontade, os contratos são conhecidos desde tempos imemoriais, muito embora, como é evidente, sem o detalhamento sobre os aspectos de conteúdo e de formalização que a história jurídica tem apresentado. Com a noção mais moderna da personificação do Estado, cristalizou-se a idéia da possibilidade jurídica de serem firmados pactos bilaterais, figurando ele como uma das partes na relação obrigacional. Logicamente, tais compromissos nem deveriam, de um lado, ser desnaturados a ponto de perder sua característica própria, nem deveriam, por outro, ser de tal modo livres que pudessem abstrair-se das condições especiais que cercam a figura do Estado. (CARVALHO FILHO, p. 167, 2004)

Importante destacar que a Lei 8.666/93 – Lei das Licitações – é aplicada igualmente, qualquer que seja a parte contratada. Assim, em princípio, organizações do Terceiro Setor, apesar de seu caráter não lucrativo e suas finalidades exclusivamente públicas, não encontram nenhuma diferenciação por parte da legislação, devendo, se for do interesse, se adequar ao modelo licitatório, ainda que existam previsões na própria Lei, de contratações diferenciadas, conforme seu art. 24, incisos XIII, XXIV e XXX.

### **3.3 A parceria através dos convênios**

Convênio corresponde ao acordo de vontades pelo qual o Poder Público firma associação com entidades públicas ou privadas, visando ao atingimento de interesses comuns. Difere substancialmente dos contratos por que: os interesses não são conflitantes, mas comuns; há mútua colaboração entre os partícipes do acordo; os pagamentos são

integralmente voltados para a consecução do objetivo expresso no instrumento, e não como contraprestação remuneratória.

Segundo o ilustre Procurador de Fundações do Distrito Federal, José Eduardo Sabo Paes:

A ampliação das funções do Estado, a complexidade, a falta de estrutura e de condições para, com eficácia, cumprir suas atribuições fizeram com que o próprio Estado estabelecesse novas formas e meios de prestação eficiente de seus serviços e atribuição. Uma das formas usuais são os convênios administrativos, entendidos estes como acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares - associações civis e fundações de direito privado, por realização dos objetivos do interesse comum dos partícipes. (PAES, 2010)

E com esta possibilidade de serem firmados com organizações particulares, que não tenham o caráter lucrativo, transformou o convênio no instrumento mais utilizado na celebração de acordos entre a Administração Pública e o Terceiro Setor.

No mesmo sentido, afirmando pela distinção conceitual entre convênios e contratos, aduz Di Pietro:

O convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades. Mas é um acordo de vontades com características próprias. Isto resulta da própria Lei nº 8.666, de 1993, quando, no art. 116, caput, determina que suas normas aplicam-se aos convênios no que couber. Se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade dessa norma, porque a aplicação da Lei já decorreria dos arts. 1º e 2º. (DI PIETRO, 2005)

Algumas outras características que os distinguem: a existência de objetivos institucionais comuns entre os entes conveniados; a existência de competências institucionais comuns, entre os seres conveniados, se inserindo dentro das atribuições de cada um, os resultados alcançados; a noção de que os partícipes objetivam o alcance de um resultado comum, que será usufruído por ambos ou até por terceiros que sejam destinatários do mesmo; a verificação de que os entes trabalham em regime de mútua colaboração, que pode ser concretizada de várias formas como o repasse de verbas, o uso de cessão de equipamentos, etc., razão pela qual, inclusive em convênios, não se cogita preço ou remuneração.

Por isso, enquanto no contrato a Administração paga uma remuneração em troca de uma obra, um serviço, um projeto, um bem de que necessita; essa obra, serviço, projeto ou bem entra para o patrimônio público e o valor pago pela Administração entra para o patrimônio do contratado; a forma como este vai utilizar esse valor deixa de interessar ao Poder Público. Já no caso do convênio, se o conveniado recebe determinado valor, este fica vinculado ao objeto do convênio durante toda a sua execução. O dinheiro repassado aqui não altera sua natureza por força do convênio, é mantida sua natureza de dinheiro público – pois está sendo destinado a fim público. (DI PIETRO, 2005, p.251)

Resta salientar, com relação ao convênio, que sua celebração independe de prévia licitação.

Os contratos administrativos são regidos pela já citada Lei 8.666/93 e por isso são necessariamente precedidos de licitação, no convênio não há que se falar em viabilidade de competição, quando se trata de mútua colaboração, através de diversas maneiras, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos, de imóveis.<sup>1</sup>

Em suma, quando o particular realiza atividades sociais sem fins lucrativos, em áreas como a cultura, educação e saúde esta relação vem sendo formalizada em via de regra, através de convênios.

Contudo, não devemos confundir convênio com delegação de serviço público, pois conforme a mesma autora:

O convênio não se presta à delegação de serviço público ao particular, porque essa delegação é incompatível com a própria natureza do convênio; na delegação ocorre a transferência de atividade de uma pessoa para outra que não a possui; no convênio, pressupõe-se que as duas pessoas têm competências institucionais comuns e vão prestar mútua colaboração para atingir seus objetivos. (DI PIETRO, 2005)

O convênio está disciplinado no artigo 116, da Lei 8.666/ 93, que diz o seguinte:

Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

§ 1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

I - identificação do objeto a ser executado;

II - metas a serem atingidas;

III - etapas ou fases de execução;

IV - plano de aplicação dos recursos financeiros;

V - cronograma de desembolso;

VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;

VII – se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.

§2º Assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva.

§3º As parcelas do convênio serão liberadas em estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado, exceto nos casos a seguir, em que as mesmas ficarão retidas até o saneamento das impropriedades ocorrentes:

I – quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável, inclusive mediante

<sup>1</sup> Os convênios não são abrangidos pelas normas do art. 2º da referida lei, pois trata-se de contrato, no parágrafo único define-se contrato por forma que não alcança os convênios ou outros ajustes similares, já que nestes não existe a “estipulação de obrigações recíprocas” a que se refere o dispositivo

procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública;

II – quando verificado desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programadas, práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio, ou o inadimplemento do executor com relação a outras cláusulas conveniais básicas;

III – quando o executor deixar de adotar as medidas saneadoras apontadas pelo partícipe repassador dos recursos ou por integrantes do respectivo sistema de controle interno.

§4º Os saldos de convênio, enquanto não utilizados, serão obrigatoriamente aplicados em cadernetas de poupança de instituição financeira oficial se a previsão de seu uso for igual ou superior a um mês, ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos da dívida pública, quando a utilização dos mesmos verificar-se em prazos menores que um mês.

§5º As receitas financeiras auferidas na forma do parágrafo anterior serão obrigatoriamente computadas a crédito do convênio e aplicadas, exclusivamente, no objeto de sua finalidade, devendo constar de demonstrativo específico que integrará as prestações de contas do ajuste.

§6º Quando da conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio, acordo ou ajuste, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo de 30 (trinta) dias do evento, sob pena do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos. ([www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/8666cons.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/8666cons.))<sup>2</sup>

Os convênios podem ter por objeto a prestação de serviços contínuos, desde que estejam contidas as características necessárias em relação ao ajuste dessa natureza, apesar da imprecisão dos termos empregados, dando a impressão de que somente se aplica a ajustes que tenham por objeto a realização de projetos que tenham resultados determinados, e não os chamados serviços contínuos.

Nesse sentido, o artigo 116, da Lei 8.666/93, supra transcrito será aplicado no que couber, devendo ser observadas suas estipulações sempre que houver repasse de recursos públicos.

Entendemos que todos os partícipes e também as pessoas e entidades que se envolvem com o ajuste e seus procedimentos ficam obrigados a prestarem contas sobre o atendimento de direitos, deveres, obrigações, pretensões e responsabilidades pactuadas, de regramentos de partícipes que forem aplicáveis ao ajuste e, ainda, do definido pelos princípios, normas estritas e valores constitucionais e infraconstitucionais. Salientando, dentre outros, os compromissos e obrigações relativos à realização e execução do objeto pactuado, ao atingimento dos objetivos acordados, a realização dos gastos notadamente sem a ocorrência de desvio de finalidade e sem agressões à obrigação de administrar de forma adequada, boa, correta, econômica, regular e legal os valores, bens e dinheiros colocados à disposição.

---

<sup>2</sup> Acesso em 08/10/2010.

Os partícipes e todos que se envolverem com o ajuste e seus procedimentos devem ficar sujeitos à fiscalização e ao controle das pessoas e entidades partícipes em especial os concedentes de recursos, inclusive em termos de contrapartida, e, ainda, dos órgãos de contabilidade, auditoria e controladoria das pessoas e entidades partícipes, dos Tribunais de Contas respectivos, como também, de uma forma sempre ampliada à fiscalização e controle da cidadania e da sociedade.

Atualmente, a celebração, execução e prestação de contas de convênios, encontram-se regulada pela Instrução Normativa nº01/1997, da Secretaria do Tesouro Nacional.

Esse controle se faz necessário nos convênios por conta de não existir neles a reciprocidade obrigacional presente nos contratos administrativos, sendo a verba repassada de natureza pública e não preço ou honorário contratual.

Por essa razão, o executor do convênio é encarado como alguém que administra dinheiro público; com tal, está vinculado a prestar contas não só ao ente repassador da verba, como também ao Tribunal de Contas, com base no artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal.

### **3.3.1 A criação de títulos jurídicos**

No Brasil, surgiu há algum tempo o debate acerca da utilidade e adequação à realidade dos nossos dias dos títulos de utilidade pública.

O que seria e de que serviria essa identificação pela legislação brasileira de entidades de utilidade pública? Essas designações somente constituem títulos jurídicos, em princípio, por isso tais títulos podem ser conferidos, suspensos ou até mesmo retirados. Essas denominações não têm o poder de embutir uma qualidade inata ou um traço original de qualquer espécie de entidade. Dizer que alguma entidade é de utilidade pública ou organização social, significa tão somente dizer que ela recebeu e mantém correspondente título jurídico.

A discussão gira em torno da compatibilidade entre os propósitos declarados pelas normas e o resultado normativo final, bem como a congruência dos objetivos normativos com as possíveis consequências da inteira aplicação do modelo legal. A concessão de títulos jurídicos a entidades, analisados caso a caso, possibilita a certificação, padronização e

controle jurídico. A emissão de tais títulos jurídicos permite diferenciar as entidades qualificadas, permitindo assim inseri-las em um regime específico. Também permite padronizar o tratamento normativo a entidades que apresentam características comuns relevantes, evitando com isso o tratamento casuístico – para dizer no mínimo – dessas entidades. (MODESTO, p.3, 2006)

Por fim, podemos dizer que a concessão dos títulos jurídicos permite um controle de aspectos da atividade das entidades qualificadas; por isso, repita-se o título pode ser além de concedido, suspenso ou cancelado.

Porém, mesmo com tantos efeitos benéficos, a emissão de títulos jurídicos pode ter consequências indesejáveis também.

Se por um lado é louvável a certificação de entidades podendo qualificá-las, incorremos no risco de haver uma certificação indevida, realizada sem critério, por ato administrativo ou lei casuística, uma corrupção de difícil controle. Assim, a concessão indevida do título jurídico pode demonstrar a fraqueza dos critérios utilizados e a hipótese clara de fraude.

Isso ocorre quando as exigências para a concessão do título tornam-se por demais genéricas e, a lei torna-se excessivamente abrangente, não fazendo distinções importantes, perdendo o título jurídico sua utilidade e adequação, estimulando a criação de outros títulos. O contrário também pode ser classificado como um dos efeitos indesejáveis, a padronização excessiva de vantagens e obrigações legais para entidades distintas.

Como desvantagem técnica, encontramos também a margem de insegurança jurídica que a concessão de tais títulos pode gerar. Na medida em que a manutenção do título está condicionada geralmente ao cumprimento continuado de certas exigências, que são periodicamente aferidas pela autoridade competente, a entidade qualificada está também periodicamente sujeita a eventual ocorrência de desvios no sistema de controle, com graves repercussões na sua condição jurídica enquanto sujeito de direitos e obrigações. (MODESTO, p.5, 2006)

O risco da insegurança jurídica seria sanado se houvesse uma previsão normativa clara sobre o modo de processamento do controle administrativo exigido para a continuidade do título, assegurando às entidades garantias contra o exercício abusivo da prerrogativa de controle pela autoridade.

### **3.3.2 A necessidade de revisão e estruturação para a concessão de títulos jurídicos**

A legislação básica sobre utilidade pública no âmbito da União tem sido um dos principais óbices para o fortalecimento do Terceiro Setor no Brasil. A legislação básica na matéria, é em geral deficiente, lacônica, deixando uma gama de temas sem cobertura legal e sob o comando da discricção de autoridades administrativas.

Essa lacuna propiciou a proliferação de entidades inautênticas – quando não de fachada – vinculadas a interesses políticos menores, econômicos ou de grupos restritos; assim como também permitiu o estímulo a processos de corrupção no setor público.

Conforme já foi dito anteriormente, a forma genérica e abrangente com que a lei classifica as entidades de utilidade pública permite, por exemplo, que se confundam entidades de favorecimento mútuo, de entidades de fins públicos.

As primeiras estão voltadas para proporcionar benefícios a um círculo restrito ou limitado de sócios, inclusive mediante cobrança de contribuições em dinheiro, de forma facultativa ou compulsória. Enquanto que as segundas são dirigidas a oferecer utilidades concretas ou benefícios especiais à comunidade de um modo geral, sem considerar para isso vínculos jurídicos especiais, quase sempre de forma gratuita.

Mesmo assim, aos dois tipos de entidade a legislação vigente confere o mesmo título jurídico, o título de utilidade pública, autorizando e impondo um tratamento legal mais benéfico, deixando ainda de prever qualquer forma mais efetiva de controle de resultados e satisfazendo-se com a apresentação periódica de documentos.

Este tratamento indiferenciado às entidades do Terceiro Setor e a deficiência do sistema de controle deu margem para que abusos ocorressem e isso alimentou a desconfiança em atividades e relações de parceira em que a confiança e probidade são valores fundamentais.

### **3.3.3 A primeiras organizações que obtiveram os títulos jurídicos**

A concessão de títulos jurídicos não é matéria inédita no Brasil, já em 1935, foi editada Lei Federal de nº91, de 28/08/1935, na qual instituía a Declaração de Utilidade Pública Federal – UPF – título mais antigo dentre aqueles conferidos pelo poder público.

As organizações - associações e fundações - constituídas no país que serviam de maneira desinteressada à coletividade poderiam pleitear o título de utilidade pública, na forma do estatuído da referida lei.

Inicialmente este título jurídico não trazia nenhum benefício para a organização. Após algumas modificações na legislação foram agregadas algumas vantagens, tais como: a possibilidade de oferecer dedução fiscal no imposto de renda em doação de pessoas jurídicas; acesso a subvenções e auxílios da União e suas autarquias. (ZAPE, p.5, 2008)

Essas modificações trouxeram um novo caráter predominantemente cívico e honorífico para o valioso instrumento de fomento.

### **3.3.4 Organizações sociais**

As organizações sociais são entendidas como instituições pertencentes ao Terceiro Setor, ou seja, pessoas privadas de fins públicos, sem finalidade lucrativa, constituídas voluntariamente por particulares com a finalidade de desenvolver atividades de conteúdo social relevante.

Em 15 de maio de 1998, com a Lei nº 9.637, foi criado o título jurídico para as Organizações Sociais. A lei então estabeleceu critérios para que entidades privadas sem fins lucrativos adquirissem esta qualidade jurídica.

A denominação Organização Social, designa apenas as fundações (conjunto de bens, com um fim que a lei dá a condição de pessoa), associações (uma pessoa jurídica criada a partir da idéia e esforços de pessoas em torno de um propósito que não tenha a finalidade lucrativa) ou sociedades sem fins lucrativos (pessoas jurídicas formadas a partir da união dos esforços de pessoas em prol de algum objetivo comum) que utilizam o título de organização social, sem com isso criar ou constituir uma nova forma de pessoa jurídica.

O título de Organização Social faz nascer para tais instituições que obtém o título um conjunto de vantagens e sujeições incomuns para as tradicionais pessoas jurídicas qualificadas pelo título de utilidade pública. (MODESTO, p.7, 2006)

Vantagens técnicas na despolitização de inúmeras decisões que, em vez de serem tomadas por indivíduos das áreas políticas ou burocráticas, descomprometidos pessoalmente com os resultados, no sentido de que não são por eles atingidos, passam a ser negociadas pelos grupos sociais mais diretamente interessados, evitando posturas políticas, ideológicas, experiências desastrosas e as indefectíveis generalizações fáceis.

Vantagens fiscais, no fato de que esses entes de cooperação podem vir a ser criados sem gerar novo ônus para o Estado prescindindo de novos tributos para custeá-los, uma vez que os recursos necessários para mantê-los e desenvolver-lhes as atividades, podem vir a ser cobrados de todos diretamente beneficiados.

Merece ser destacado novamente que nenhuma entidade é constituída como organização social. Ser considerada organização social também não se equivale em uma qualidade inata, mas sim uma qualidade adquirida, resultado de um ato do Poder Público.

O instrumento contratual criado especialmente para a interlocução do Estado e as Organizações Sociais é o contrato de gestão.

Contrato de gestão é o compromisso institucional firmado entre o Estado, através de suas entidades competentes e, uma entidade pública estatal, empresa pública ou organização social. Tem como propósito contribuir e reforçar o alcance de objetivos de políticas públicas, mediante o desenvolvimento de um programa de melhoria da gestão, com vistas a atingir uma qualidade superior do produto ou serviço prestado ao cidadão permitindo maior autonomia ao órgão ou entidade contratada.

No contrato de gestão é importante que venha especificado:

- Os objetivos da política pública a qual se vincula a instituição, sua missão, seus objetivos estratégicos e metas institucionais;
- Os indicadores de desempenho;
- As metas a serem alcançadas;
- Os prazos para a consecução dessas metas estabelecidas;
- Condições de revisão, suspensão ou rescisão do contrato;
- Os critérios de avaliação de desempenho;
- Os mecanismos de controle social.

Visto sob o enfoque do Poder Público, o contrato de gestão é um instrumento de implantação, supervisão e avaliação de políticas ou programas públicos.

Sob o ponto de vista das organizações sociais contratadas, o contrato de gestão se coloca como um instrumento de gestão estratégica, na medida em que direciona a ação

organizacional, assim como a melhoria da gestão, aos destinatários que se beneficiarão do processo.

### 3.3.5 OSCIP

Mais recente ainda que a criação do título jurídico para as Organizações Sociais é a criação do título para as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Lei nº 9.790 de 23 de março de 1999).

Há inúmeras semelhanças entre esse título com o modelo normativo concedido as organizações sociais; como por exemplo, a restrição à distribuição pela entidade de lucros ou resultados; a identificação de áreas sociais onde atuam as entidades como requisito de qualificação; a exigência de um conselho de fiscalização dos administradores da entidade; a criação de um instrumento específico destinado a formação de um vínculo de parceria e cooperação das entidades qualificadas com o Poder Público – contrato de gestão nas Organizações Sócias e Termo de Parceria nas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - a possibilidade de remuneração dos diretores da entidade que respondam pela gestão executiva, desde que observados os valores praticados no mercado.

Para Paulo Modesto (MODESTO, p.12, 2006) de igual forma existe diferença entre uma organização e outra qual seja: a especificação das entidades que não podem ser qualificadas com o título de OSCIPs; a exigência de observância pela entidade de procedimentos contábeis exigidos pelas Normas Brasileiras de Contabilidade; a lei de forma indireta exige prazo de atividade de no mínimo 01 exercício financeiro, pois obriga apresentação de documentos como balanço patrimonial e declaração de isenção do imposto de renda; expressa proibição de participação das entidades qualificadas em campanhas de caráter político-partidário ou eleitorais, sob quaisquer meios ou formas.

Assim como as Organizações Sociais as OSCIPs também possuem instrumento próprio de interlocução com o Estado, o chamado Termo de Parceria. Segundo a própria Lei que instituiu o título jurídico supracitado, em seu artigo 9º, dispõe o seguinte:

Art. 9º - Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações de 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 previstas no art. 3º desta Lei.

Constituem cláusulas essenciais do Termo de Parceria: o objeto, com especificação do programa de trabalho; as metas e resultados previstos com prazos de execução e cronograma de desembolso; os critérios objetivos de avaliação de desempenho com indicadores de resultado; a previsão de receitas e despesas, detalhadas por categorias contábeis, segundo as Normas Brasileiras de Contabilidade, inclusive as remunerações de pessoal a serem pagos com recursos do Termo de Parceria; o conjunto de obrigações da OSCIP, dentre as quais de apresentar ao Poder Público celebrante, ao término de cada exercício, relatório detalhado sobre a execução do Termo de Parceria, com a análise das metas propostas e resultados alcançados, bem como de prestação de contas dos gastos efetivamente realizados.

Existe na doutrina alguma divergência quanto à classificação da natureza jurídica do Termo de Parceria; pelo que estudamos e entendemos o instrumento referido se assemelha ao convênio, pois entre os envolvidos, seus interesses não são conflitantes e sim comuns, devendo por isso ser equiparado como tal.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Atualmente existem três correntes que divergem. A primeira delas, denominada Convencional, é liderada por José dos Santos Carvalho Filho e, diz que o Termo de Parceria se assemelha do convênio, devendo ser enquadrado, portanto, nesta categoria jurídica, ficando clara a comunhão de interesses típica dos convênios. A segunda corrente, considerada Contratualista, defendida por Alexandre Moraes, busca semelhanças no Termo de Parceria com o contrato de gestão, pois, possui cláusulas indispensáveis na sua estrutura, dentre outras características típicas dos contratos. A terceira e última corrente, denominada como Mista, é a princípio majoritária, defendida por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem o Termo de Parceria mescla características tanto de convênio, como de contrato, devendo por isso adotar natureza jurídica distinta destes ordenamentos jurídicos.

## 4 O TERCEIRO SETOR

### 4.1 Origem histórica e conceito do Terceiro Setor

Se verificarmos a forma como a sociedade se organiza, identificaremos uma infinidade de organizações diferentes, com diferentes objetivos e diferentes pessoas. São organizações tão diversas quanto um órgão público, uma empresa transnacional ou uma pequena empresa.

Então, o que é o Terceiro Setor e como ele surgiu?

Diante desta questão e da grande diversidade acima citada, podemos classificar segundo Rafael Matín Delatorre, (DELATORRE, p.5, 2002) as organizações segundo a natureza de suas atividades, em um modelo de três setores.

- Primeiro Setor, ou Governo – São atividades desenvolvidas com o objetivo do atendimento universal das necessidades sociais. Diferentemente do mercado, o governo tem sua ação legitimada por poderes coercitivos, possuindo todo um arcabouço legal que limita, orienta e regula sua atuação na sociedade.
- Segundo Setor, ou Mercado – Aqui, as atividades envolvem a troca de bens e serviços, com a intenção de auferir lucro. No mercado, nenhuma pessoa é obrigada a comprar, nem a vender. Os mecanismos do mercado estão ligados a preços e demanda.
- Terceiro Setor – Formado por instituições cujas atividades não são coercitivas, ou seja, possuem toda liberdade de atuação, porém seu objetivo não está ligado ao seu lucro, mas sim ao atendimento das necessidades coletivas.

Assim, as mudanças ocorridas na estrutura do Estado ao longo dos séculos tiveram grande influência no desenho das organizações sociais e na natureza da relação que estas estabelecem com o mesmo.

As organizações sociais que hoje compõem o Terceiro Setor não têm sua origem no século XX, tampouco no século XXI. Europa, América do Norte e até mesmo América Latina, tiveram os movimentos associativos iniciados nos séculos XVI e XVII, com caráter predominantemente religioso. As mudanças religiosas ocorridas na Europa contribuíram com o trabalho organizado socialmente e o mesmo estava diretamente interligado com o trabalho religioso. Com isso a relação entre a sociedade civil, o setor privado e o Estado intensificou-

se, sobretudo diversificou-se. Precipuamente, os movimentos associativos adotaram formas particulares de atuação, onde a Igreja e o Estado delimitavam suas atividades, por isso, as associações acabaram por adquirir características das duas instituições, como a participação massiva e politizada e uma hierarquia centralizadora e controladora. (ALBUQUERQUE, p.21, 2006)

Na Europa com a ascensão da burguesia e o surgimento do capitalismo, o Terceiro Setor surge atrelado a Igreja com o surgimento do Protestantismo. A expansão do Protestantismo, juntamente com a propagação de valores humanísticos, democráticos e racionalistas do Iluminismo, provocou mudanças e começaram a alterar profundamente sua organização social em razão das novas concepções religiosas.

José Eduardo Sabo Paes observa que:

Nos países anglo-saxões existe uma das tradições mais ricas, sendo deles a disseminação comum dos termos *non profit* sector, independent sector ou *voluntary* sector para se referir ao que atualmente vem sendo chamado de Terceiro Setor, cuja legislação é o resultado de séculos de experiência social e jurídica, tendo eles já desenvolvido um marco legal do Terceiro Setor, no qual, em linhas gerais, optou-se por distinguir em duas categorias as organizações do referido setor, tendo como parâmetro as suas finalidades. (PAES, p.137, 2010)

O Terceiro Setor aparece pela primeira vez, na história brasileira, vinculado à Igreja Católica. Na época da Proclamação da República, a Igreja ainda estava muito ligada ao Estado, porém as Confrarias, formadas por pessoas religiosas e reconhecidas pela Igreja, realizavam um importante papel filantrópico e de assistência social. Eram organizações voluntárias, que ofereciam serviços como assistência médica e financeira, organizava funerais e ofereciam refúgio para mendigos. Essas organizações tinham estatutos que deveriam ser aprovados pelo governo e pela lei eclesiástica, mantendo, contudo a independência de atuação.

Mas, foi nos Estados Unidos, país construído por refugiados religiosos praticantes do Protestantismo, que a organização da sociedade veio a refletir com mais clareza o novo modelo político da era moderna – principalmente naquilo que diz respeito à iniciativa individual. Conforme depreende-se da clássica obra do historiador e pensador político francês Alexis de Tocqueville:

Os princípios gerais em que se baseiam as constituições modernas já se encontravam nas leis da Nova Inglaterra, incluindo a participação do povo nos negócios públicos, a livre votação dos impostos, a responsabilidade dos agentes do poder, a liberdade individual e o julgamento pelo júri. (TOCQUEVILLE, 1987)

As sociedades que tinham formação protestante, como os Estados Unidos, Canadá, Austrália, Nova Zelândia e os países da Europa do Norte, onde se destacam Noruega,

Alemanha, Áustria, Suíça e Suécia, têm tradição de filantropia, como podemos observar pela existência de sistemas legais complexos que regem o Terceiro Setor nesses países. Já os países católicos do sul da Europa possuem um Terceiro Setor menos desenvolvido, pelo menos com relação à existência de organizações de defesa do interesse público. (PAES, 2010, p.141).

Apesar desta sua origem remota, a expressão “Terceiro Setor” é recente, foi utilizada inicialmente na década de 1970 nos Estados Unidos e na década seguinte começava a ser usada na Europa.

Foi de diversas formas que o Terceiro Setor foi sendo experimentado em vários países e foi se consolidando, variando em grau e amplitude conforme a interação da sociedade e o Estado de cada Nação.

Nos países desenvolvidos as deficiências encontradas estão numa etapa mais avançada e, dizem respeito à renovação de estratégias para manter e reconquistar a identidade e os valores do Terceiro Setor através de planejamento, treinamento, gestão entre outras medidas. Garantindo a efetividade e responsabilidade financeira, podendo assim contar com o apoio dos cidadãos, fazendo com que cada vez mais, outros setores da sociedade ampliem seu apoio às organizações do Terceiro Setor. Promovendo a integração internacional levando em conta a globalização, pois o Terceiro Setor sofrerá as consequências dos processos de integração econômica ou política que vêm ocorrendo em diversas regiões do mundo, bem como do processo de globalização, e deverá fazer frente à complexidade da sociedade atual. (ALBUQUERQUE, p.24, 2006)

Na América Latina a situação é outra, pois aqui o desafio é antes de tudo, tornar o Terceiro Setor uma realidade, criando um conceito comum para o mesmo, com interesses e necessidades compartilhadas por todas as organizações. Formar parcerias de transparência, utilizando o histórico de clientelismo político que existe na América Latina como exemplo para erradicar tais posturas adiante, garantindo assim uma maior autonomia para o Terceiro Setor.

Uma definição que enfatiza a estrutura básica das organizações e instituições tal como consideram Salomon e Anheier (1997, p.33):

- Organizadas – Institucionalizadas de alguma forma. Aqui a realidade institucional não precisa ser necessariamente formal, mas pode demonstradas por reuniões periódicas, representantes reconhecidos, regras de atuação, entre outras. Não são consideradas

parte do Terceiro Setor, portanto, iniciativas *ad hoc* ou grupos informais e temporários de pessoas.

- Privadas – As instituições devem ser formalmente separadas do setor governamental, não fazendo parte nem sendo governadas ou geridas pelo governo. Isto não significa que as instituições não possam receber recursos públicos, nem que nenhum membro do governo possa fazer parte do corpo de diretores.
- Não distribuidoras de lucros – Os eventuais superávits produzidos pela instituição não podem ser repartidos entre os diretores, devendo ser reinvestidos no cumprimento de seus objetivos estabelecidos. Com isso, se diferencia o Terceiro Setor do mercado.
- Auto governadas – As organizações devem ser independentemente de outras organizações, com procedimentos e forma de atuação definidos internamente.
- Voluntárias – As organizações devem envolver algum grau de participação voluntária, em funções gerenciais ou operacionais. Uma instituição com um corpo de diretores voluntário pode ser classificada como “voluntária”. Esta definição do que é e não é considerada organização sem fins lucrativos torna o setor um objeto de estudo passível de ser analisado, o que não acontecia quando se levava em conta apenas a definição privada com objetivo público.

Assim escreve Habermas:

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. Esses “designs” discursivos refletem, em suas formas de organização, abertas e igualitárias, certas características que compõem o tipo de comunicação em torno do qual se cristalizam, conferindo-lhe continuidade e duração. (HABERMAS, p.99, 1997)

Sendo assim, temos na lição de José Eduardo Sabo Paes, (PAES, p.134, 2010) uma definição de Terceiro Setor, “o Terceiro Setor é um conjunto de organismos, organizações ou instituições sem fins lucrativos dotados de autonomia e administração própria que apresentam como função e objetivos principais atuar voluntariamente junto à sociedade civil visando ao seu aperfeiçoamento.”

O já mencionado pesquisador do John Hopkins University, Lester Salamon, preferiu desenvolver um conceito mais restrito que possibilitasse a mensuração do fenômeno em escala mundial:

Embora a terminologia utilizada e os propósitos específicos a serem perseguidos variem de lugar para lugar, a realidade social subjacente é bem similar: uma virtual revolução associativa está em curso no mundo, a qual faz emergir um expressivo ‘terceiro setor’ global, que é composto de: (a) organizações estruturadas; (b)

localizadas fora do aparato formal do Estado; (c) que não são destinadas a distribuir lucros auferidos com suas atividades entre os seus diretores ou entre um conjunto de acionistas; (d) autogovernadas; (e) envolvendo indivíduos num significativo esforço voluntário.

Esta última definição, embora seja bastante útil para os pesquisadores que pretendam avaliar o tamanho e peso que o setor tem na economia e na sociedade, incorre na seguinte distorção: ao restringir a composição do setor a organizações estruturadas, o autor americano dá uma ênfase maior na parte formal do Terceiro Setor, negligenciando um aspecto importante do associativismo que é a possibilidade da geração de ações informais e espontâneas.

## **4.2 Áreas de atuação do Terceiro Setor**

As atividades realizadas por entidades do Terceiro Setor são as mais diversas e possuem características muito diferentes, por isso iremos somente ilustrar o vasto campo de trabalho empreendido pelo Terceiro Setor.

O Terceiro Setor se manifesta na área de cultura, artes; na área de educação e pesquisa; na área da saúde, com hospitais e reabilitações, sanatórios, asilos; na assistência social; no ambientalismo e proteção dos animais; no desenvolvimento econômico e comunitário, na habitação, no emprego e capacitação; na defesa dos direitos civis, através de intermediários filantrópicos e na promoção do voluntariado e também nas atividades internacionais.

## **4.3 As características das várias denominações que formam o Terceiro Setor**

Além da denominação Terceiro Setor, existe hoje outras designações em destaque na sociedade. Para muitos esses termos podem significar sinônimos ou podem indicar que fazem parte de um mesmo espaço de vida social e de trabalho existente entre as esferas do Estado e do mercado.

Ao designar um vasto conjunto de organizações que não dizem respeito nem ao Mercado nem ao Estado, a expressão Terceiro Setor adquire um alcance tão amplo que abarca outros termos aparentemente correlatos.

Com efeito, diferenças importantes existem entre Terceiro Setor, Economia Social, Economia Solidária e Economia Popular.

Para Genauto Carvalho de França Filho, (FRANÇA FILHO, p.10, 2002) é primordial o conhecimento da diferença entre esses termos, compreendendo em que lugar sócio-histórico se estruturou essas categorias e qual o significado desses conceitos.

A noção de Economia Social surge na Europa principalmente na França. Essas experiências associativas do século XIX, na Europa, ocorridas através das chamadas sociedades de socorro mútuo, são classificadas como verdadeiras práticas de economia social.

Em tais sociedades é possível destacar a cooperação e o movimento associativista. As ações iniciadas dentro dessa economia social aparecem como alternativas, para a organização do trabalho, àquela proposta de forma dominante de trabalho assalariado instituída pelo princípio econômico que começava a ser imposto pela empresa capitalista nascente. (FRANÇA FILHO, p. 12, 2002)

A economia social surgiu para que as atividades econômicas do Estado atendessem às demandas sociais, ou seja, possibilitassem as parcelas sociais não atendidas pelo bem-estar oferecido pelo Estado o acesso a benefícios básicos como educação, saúde e trabalho.

Então, de forma a conceituar Economia Social, temos aquelas iniciativas coletivas realizadas por organizações sociais e assistenciais sem fins lucrativos e por aqueles que têm objetivo econômico, porém com características de distribuição de renda.

A Economia Solidária carrega consigo uma dimensão política com alicerces no desenvolvimento de atividades econômicas para a realização de objetivos sociais.

A noção de economia solidária remete a uma perspectiva de regulação, colocada como uma questão de escolha de um projeto político de sociedade.

A economia solidária tem como peça chave a sincronia de oferta e demanda, isto é, a oferta ou os serviços prestados através das iniciativas vinculando-se exclusivamente às necessidades ou demandas reais vindas diretamente das populações. O motor da geração de atividades econômicas se encontra no desejo do atendimento das reais necessidades expressadas pelos grupos locais. (FRANÇA FILHO, p.14, 2002)

Vislumbramos várias iniciativas e práticas nesse campo. Na Europa denominou-se a expressão “iniciativas locais” e “servidores solidários”, como exemplo desta prática está a ajuda em domicílio através da jardinagem, consertos domésticos (bricolagem), ou serviços de

“mediação social” nos bairros visando à melhoria da qualidade de vida e do meio ambiente local, chegando a empresas sócias, sociedades de crédito e clubes. (PAES, p.152, 2010)

No Brasil, em meio aos movimentos sociais que reagiram à crise de emprego em massa, e que se agravou com a abertura do mercado interno às importações, foram sendo formadas entidades de economia solidária. E essa idéia de juntar forças e organizar uma atividade econômica coletiva, à base de participação igualitária nas decisões e no capital, tem ganhado força e magnitude no atual cenário brasileiro.

Na lição de José Eduardo Sabo Paes, (PAES, p.155, 2010) “a Economia Popular é termo ou noção própria do contexto latino-americano e é utilizado, na maioria das vezes para identificar uma realidade heterogênea”, é um processo social que pode ser traduzido pelo surgimento de várias pequenas atividades produtivas e comerciais nos setores marginalizados dos grandes centros urbanos.

As microempresas podem ser citadas como exemplos de economia popular, uma vez que são constituídas informalmente, muitas vezes no âmbito familiar, por isso, como característica básica da economia popular, temos a solidariedade, base fundamental sobre a qual se erguem, ou melhor, se desenvolvem as atividades econômicas.

A dimensão dessa economia popular interage em alguns casos com o plano institucional. Para França Filho, (FRANÇA FILHO, p.16, 2002) “isso acontece, particularmente, nos casos em que o poder público reconhece o saber popular e tenta apoiá-lo sob a forma de assessoria técnica, que, na prática, muitas vezes acaba funcionando como modo de instrumentalização das experiências populares”. O mutirão recurso amplamente utilizado nas práticas de organização e de produção dos grupos populares, é muito comum na nossa realidade, e pode ser visto como exemplo dessa interação entre necessidades (demandas) e saberes (competências).

## CONCLUSÃO

Os movimentos transformadores do Estado, acontecido ao longo dos séculos, visaram não somente à reavaliação dos fins deste, mas também ao reexame das funções típicas do Estado e da forma como essas funções eram desempenhadas.

Seguindo esse encaixe, a sociedade brasileira, mais especificamente o Estado brasileiro, vive um momento de profundas mudanças em sua configuração social. Concomitantemente a tantos outros fenômenos, observa-se o recrudescimento do chamado Terceiro Setor - composto por diversos atores da sociedade, abarcando pessoas físicas e jurídicas.

O Terceiro Setor possui uma diversidade de participantes e se materializa sob variadas formas e instrumentos, por isso, torna-se de suma importância a definição de seus contornos e conceitos, assim como dos elementos que o compõem. A consequência natural dessa busca por definições e limites esbarra no tratamento entre o Terceiro Setor e o Estado.

Na existe, ainda, no âmbito do sistema normativo brasileiro, uma definição jurídica do que é esse Terceiro Setor, ou uma qualificação de todas as possíveis entidades jurídicas já existentes para tarefas concernentes àquele. Constatamos que a Constituição cuidou de positivar, ainda que de maneira tímida princípios como o da subsidiariedade, solidariedade, participação social, autonomia, consensualidade e eficácia. Importante registrar também que houve, a partir do segundo semestre do ano de 1997, reuniões com representantes de organizações do Terceiro Setor, com uma rodada de interlocuções governo/sociedade iniciada pelo Conselho da Comunidade Solidária, sobre o “marco legal do Terceiro Setor”, na qual foram identificadas as principais dificuldades legais e as sugestões de como mudar e inovar a atual legislação relativa às organizações da sociedade civil. Assim, em 28/07/1998, foi enviado ao Congresso Nacional, um projeto de lei que dispunha sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, e que instituía o Termo de Parceria; em 23/03/1999 este projeto foi sancionado, sendo hoje a Lei nº 9.790/99.

Por isso, devemos avançar mais para o aperfeiçoamento da prática da consensualidade na Administração Pública. A análise deste fenômeno e seu contínuo estudo devem gerar normas claras que visem à transparência e a eficiência dessa relação, apontando

de que maneiras o Estado pode e deve incentivar a livre iniciativa dos particulares – cuidando para que não estejam somente buscando vantagens para um grupo restrito de pessoas, sendo uma fonte de corporativismo e, como ele mesmo também não deve e não pode se escusar de suas funções de guardião do bem estar geral.

Sinais claros do surgimento de uma nova forma de administrar, cujas referências são o diálogo, a negociação, o acordo, a coordenação, a descentralização, a cooperação e a colaboração. Assim, o processo de determinação do interesse público passa a ser desenvolvido a partir de uma perspectiva consensual, a qual contrasta com a ainda perspectiva imperativa, avessa à utilização de mecanismos de comunicação internos e externos à organização administrativa – intersetorialidade.

Trata-se da Administração Consensual, marcada pela evolução de um modelo centrado no ato administrativo – unilateral – para um modelo que visa contemplar acordos administrativos – bilaterais e multilaterais. Sua disseminação tem o intuito de nortear a transição de um modelo de gestão pública fechada e autoritária para um modelo aberto e verdadeiramente democrático, habilitando o Estado contemporâneo a bem desempenhar suas tarefas e atingir os seus objetivos, preferencialmente, de modo participativo com os cidadãos; contudo mesmo diante de toda a sua importância e relevância, o Terceiro Setor permanece como que invisível para um grande número de políticos, de empresários, da mídia e da imprensa e conseqüentemente para a grande maioria dos cidadãos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Antonio Carlos Carneiro de. **Terceiro setor: história e gestão de organizações** / São Paulo: Summus, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de teoria do Estado e ciência política /– 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 1995.

BRITTO, Carlos Ayres. **Distinção entre “Controle Social do Poder e “Participação Popular”**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 189, p.121-122, jul./set. 1992.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** / – 12. Ed. – Lúmen Júris, 2004.

CHAUÍ, Maria Helena. **Estado de natureza, contrato social, Estado civil na filosofia de Hobbes, Locke e Rousseau**; Filosofia /– São Paulo: Ática, 2000.

DELATORRE, Rafael Martín. **Mensuração do resultado social no contexto das organizações do terceiro setor** / - Universidade de São Paulo Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade Departamento de Administração. São Paulo – SP: 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** / – 17. Ed. – São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas** /– 5. Ed. – São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. **Participação Popular na Administração Pública**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 191, p. 32 jan./mar.1993

FAGUNDES, Jeferson Mandracio. **O Papel do Estado na Globalização**/ - UFSM - Junho de 2003.

FALCÃO, Joaquim. **Democracia, direito e terceiro setor** /– 2. Ed. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006

FRANÇA FILHO, Genauto Carvalho de. **Terceiro setor, economia social, economia solidária e economia popular: traçando fronteiras conceituais** / Bahia Análise & Dados, Salvador, SEI v.12 n.1 p.9-19 Junho 2002.

GENESCA, Pedro Carpenter. **Os novos instrumentos contratuais na relação Estado – Terceiro setor.** – Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro - RJ: 2006

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, volume II / tradução Flávio Beno Siebeneichler. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOLLANDA, Heloísa Buarque de. **O terceiro setor no mundo dos negócios.** Artigo publicado e disponível no site <http://www.heloisabuarquedehollanda.com.br/?p=756>. Acesso em: 27/06/2010.

MARTINS, Humberto Falcão. **Em busca de uma teoria da burocracia pública não estatal: política e administração no terceiro setor.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n2, junho/julho/agosto, 2005. Disponível na Internet [HTTP://direitodoestado.com.br](http://direitodoestado.com.br). Acesso em 27 de junho de 2010.

MAULAZ, Ralph Batista. **Os paradigmas do Estado de direito – o Estado liberal, o Estado social (socialista) e o Estado democrático de direito.** Mestre em Direito Constitucional Professor de Direito Constitucional no Centro de Atualização em Direito (CAD) Professor de Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado da Universidade de Itaúna.

MAURANO, Adriana. **A redefinição do papel do Estado e a introdução de novas figuras jurídicas no Direito brasileiro.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 531, 20 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6073>>. Acesso em: 04 out. 2010.

MEDEIROS, Diego Vale de. **Abordagem das inovações do exercício do controle social da gestão pública administrativa.** Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n.11, dez. 2006.

MODESTO, Paulo. **Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil.** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 5, junho/julho/agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 05 de julho de 2010.

\_\_\_\_\_. **Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil.** Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado, Salvador, n.5, março/abril/maio, 2006. Disponível na Internet [HTTP://direitodoestado.com.br](http://direitodoestado.com.br). Acesso em 27 de junho de 2010.

NETO, Diogo Figueiredo Moreira. **Mutações do Direito Administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações).** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.2 junho/julho/agosto, 2005. Disponível na Internet [HTTP://direitodoestado.com.br](http://direitodoestado.com.br). Acesso em 15 de outubro de 2010.

\_\_\_\_\_. **Audiências Públicas**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n° 210, p. 12, out./dez. 1997.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. SCHWANKA, Cristiane. **A administração consensual como nova face da Administração Pública no século XXI: Fundamentos Dogmáticos, Formas de expressão e instrumentos de ação**.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários** /– 7. Ed. – São Paulo: Forense, 2010.

PEREIRA, Ivanise Franco. **Organizações não-governamentais no Brasil: o terceiro setor numa nova era econômica, política e social**. Artigo publicado e disponível no site [http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=MSC0000000092006000100020&script=sci\\_arttext](http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=MSC0000000092006000100020&script=sci_arttext). Em Março de 2006. Acesso em 21/07/2010.

PEREIRA, Rodrigo Mendes. **Conceitos, características e desacordos no terceiro setor**. Artigo publicado e disponível no site [http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/esa1.2.3.1.asp?id\\_noticias=134](http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/esa1.2.3.1.asp?id_noticias=134). Acesso em: 27/06/2010.

PINHEIRO, Renata Peixoto. **Direito a participação na administração**. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

SALAMON, Lester. **A emergência do terceiro setor** – Uma revolução associativa global. *Revista de Administração*. Rio de Janeiro v.33, n.1, p.5-11, janeiro/março 1998.

SALAMON, L. M. & Anheier, H. K. (1997): **The International Classification of Nonprofit Organizations: ICNPO-Revision 1, 1997 Working Papers of the Johns Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project**. Baltimore: The Johns Hopkins Institute for Policy Studies.

SILVA, Arcênio Rodrigues da. **A origem do terceiro setor no Brasil**. Artigo publicado e disponível no site [http://www.apf.org.br/portapaf/index.php?option=com\\_content&task=view&id=441&Itemid=55](http://www.apf.org.br/portapaf/index.php?option=com_content&task=view&id=441&Itemid=55). Acesso em 21/07/2010.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América** /– 3. ed. - Belo Horizonte: Estática, 1987.

TODERO, **Dos convênios da administração pública**.– Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre – RS: 2006.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Estado, ordem social e privatização – as terceirizações ilícitas da administração pública por meio das organizações sociais, Oscips e demais entidades do “terceiro setor”**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto

Brasileiro de Direito Público, n.12, dezembro/janeiro/fevereiro, 2008. Disponível na internet: [HTTP://direitodoestado.com.br/rere.asp](http://direitodoestado.com.br/rere.asp)>. Acesso em 12 de maio de 2010.

\_\_\_\_\_. **Uma análise crítica do ideário do “terceiro setor” no contexto neoliberal e as parcerias com a administração pública.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.13, março/abril/maio, 2008. Disponível na internet: [HTTP://direitodoestado.com.br/rere.asp](http://direitodoestado.com.br/rere.asp)>. Acesso em 27 de junho de 2010.

ZAPE, Katiani Lucia. **Títulos jurídicos concedidos pela administração pública às organizações do terceiro setor.** Trabalho apresentado no II Seminário Políticas Sociais e Cidadania, Universidade Católica do Salvador, Salvador-BA, de 19 a 21 de novembro de 2008.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado.** 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

**Brasil: terceiro setor emprega cerca de 1,6% da população economicamente ativa.** Artigo publicado e disponível no site [http://web.observatoriodasmetrolopes.net/index.php?option=com\\_content&view=article&id=370%3Abrasl-terceiro-setor-emprega-cerca-de-16-da-populacao-economicamente-ativa&catid=45%3Amaterias&Itemid=88&showall=1&lang=en](http://web.observatoriodasmetrolopes.net/index.php?option=com_content&view=article&id=370%3Abrasl-terceiro-setor-emprega-cerca-de-16-da-populacao-economicamente-ativa&catid=45%3Amaterias&Itemid=88&showall=1&lang=en). Em 30 de Janeiro de 2008. Acesso em 21/07/2010.