

O Regime Jurídico das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público

Patrícia Duarte Costa Menta

Administradora. Professora universitária, formada em Direito e em Administração. Mestre em Direito Empresarial. Especialista em gestão cultural e Direito Internacional

RESUMO

O Terceiro Setor, compreendido por ações realizadas tanto por pessoas físicas quanto por pessoas jurídicas de direito privado, surge como coadjuvante do Estado na consecução das atividades sociais. Para tanto, faz-se necessário construir um novo arcabouço legal que reconheça o caráter público de um conjunto, imenso e ainda informal, de organizações da Sociedade Civil; e, ao mesmo tempo, facilite a colaboração entre essas organizações e o Estado. Trata-se de construir um novo marco institucional que possibilite a progressiva mudança do desenho das políticas públicas governamentais, de sorte a transformá-las em políticas públicas de parceria entre Estado e Sociedade Civil em todos os níveis, com a incorporação das organizações de cidadãos na sua elaboração, na sua execução, no seu monitoramento, na sua avaliação e na sua fiscalização. Apesar da não-submissão do particular ao princípio da legalidade da mesma forma como ocorre com a Administração Pública; a Lei nº. 9.979/1999 visa, no geral, a estimular o crescimento do Terceiro Setor, fortalecendo a sociedade, mas intensifica o teor de subordinação das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) à lei. Descobrir qual o regime jurídico das entidades do Terceiro Setor não é uma tarefa simples, pois há que se entender o funcionamento da Administração Pública e implica descobrir qual a parcela de princípios e normas jurídicas aplicáveis a determinado fato social.

Palavras-chave: Organizações da sociedade civil de interesse público, Administração Pública, Terceiro Setor, regime jurídico.

ABSTRACT

The Third Sector, limited by actions that were accomplished by individuals as well as legal entities of private law, emerges as the States' coadjutant in the consecution of social activities. For such, it is necessary to build a new legal framework, which recognizes the public character of an immense and still informal assemblage, of organizations of the Civil Society, and, in the same time may facilitate the collaboration between these organizations and the State. It is about building a new institutional mark that will enable a progressive change in the government's public policies framework, in such a manner that it may transform them into public policies of partnership between the State and the Civil Society in all levels, incorporating citizens' organizations during its elaboration, its execution, its monitoring, its evaluation and its inspection. In spite of the non submission of its particular towards the principle of legality, the Public Administration, with the proviso Law number 9.979/1999 is intended, in a general, to stimulate the growth of the Third Sector, giving strength to the society, although it will intensify the *Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público* (OSCIPs) subordination content's to the law. To discover which is the juridical regime of the entities of the Third Sector is not a simple task, for there is a need to understand how the Public Administration operates and it also implies in discovering which are the principles bit and the juridical rules that are applied in a determined social fact.

Key-words: Public administration, Civil Society, Third Sector, juridicial regime.

INTRODUÇÃO

Ao que parece, a verdadeira solução para a realização dos direitos sociais é o trabalho conjunto em torno de um espírito de solidariedade entre Estado, mercado e sociedade a partir da ação voluntária de responsabilidades com o desenvolvimento humano e como um exercício de soberania nacional.

Na última década, os principais problemas que vêm afetando a sociedade - destruição do meio ambiente, explosão populacional, narcotráfico, proliferação de

doenças, instabilidade dos mercados financeiros, aumento da pobreza e desemprego - passaram a ser reconhecidos como questões que vão além das fronteiras e excedem os recursos de que dispõem os Estados. Pela primeira vez organizações de cidadãos desempenham papel decisivo na definição de uma nova agenda, na qual democracia e direitos humanos, respeito ao meio ambiente, igualdade de gênero, luta contra a pobreza e a exclusão social são reconhecidos como questões do interesse de toda a humanidade. O crescente protagonismo e influência dos cidadãos nos debates sobre a nova ordem mundial, antes privilégio dos Estados e de multinacionais, configura o surgimento de um novo segmento social.

Um novo padrão de relacionamento entre atores públicos e privados está sendo testado em experiências inovadoras através de um relacionamento de mobilização para o enfrentamento de questões definidas consensualmente como de inequívoco interesse público.

Em tempos atuais, nenhum Estado tem condições de enfrentar sozinho os novos desafios do mundo contemporâneo. Apenas esforços coletivos orientados podem minimizar ou superar as graves ameaças que pairam sobre a humanidade e auxiliar em suas reais necessidades. A população mundial está envolta na teia global, fenômeno que expande as novas tecnologias, invade fronteiras, modifica costumes, constrói e destrói mercados, e que, com a sua dinâmica, dificulta o controle estatal sobre ele.

A formação de uma sociedade global modifica substancialmente as condições de vida e trabalho, o modo de ser, sentir e imaginar. Provoca transformações com implicações econômicas, políticas e sociais, resultando na dissolução de fronteiras e gerando, com isso, o enfraquecimento do Estado, que não consegue mais controlar os fluxos de capitais, pessoas, dinheiro e outros bens.

Constata-se que o Estado não é o único responsável pelo seu próprio destino. Seu poder político está colocado frente a frente com o mercado, dele encontra-se dependente e é-lhe impossível controlar relações que extrapolam seus limites territoriais, fazendo com que ele tenha seu poder de decisão reduzido.

Diversos posicionamentos sobre o papel do Estado - que atenda a reais necessidades modernas - vêm sendo debatidos desde o final do século passado. A discussão sai da esfera econômica e passa aos diversos ambientes sociais, e seus efeitos e desdobramentos para a sociedade implicam uma diferente percepção da nova estrutura social, econômica e política que sobrepõe o controle desse Estado.

Diante das dificuldades para cumprir as inúmeras tarefas de caráter social que são enfrentadas - a fraqueza econômica do setor público e sua incapacidade de satisfazer as demandas sociais, o Estado acaba por devolver à sociedade parte da responsabilidade na realização dos direitos sociais.

Pode-se dizer que o denominado Estado Social coloca o poder público como agente - protetor e defensor - da promoção social e organizador da economia. Nesta orientação, o Estado é o agente regulamentador de toda vida e saúde social, política e econômica do país, mas, ao mostrar-se ineficiente na realização dessas atividades, face às crescentes demandas sociais de uma sociedade heterogênea, tem sua capacidade instrumental comprometida.

O Estado Social busca superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social. E só recebe essa denominação quando confere direitos do trabalho, da previdência, da educação, da cultura, bem como quando intervém na economia, regula o salário, a moeda e os preços, combate o desemprego, age como mantenedor da saúde, sempre fundado no reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

O Estado brasileiro - ao longo dos anos 70 e 80 - buscou organizar um modelo de Estado do Bem-Estar Social, na tentativa de satisfazer algumas demandas da população desprotegida. Entretanto, desde as décadas citadas o Brasil não considera os gastos com políticas sociais como investimento produtivo. A maior parte das políticas adotadas no Brasil são semelhantes às antigas políticas assistencialistas européias - destinadas mais a remediar a pobreza do que efetivamente criarem uma maior eficiência econômico-produtiva e gerar novas e maiores riquezas.

A Constituição de 1988, considerada constituição cidadã, consagra o conjunto das políticas sociais no Brasil - numa fase cujas condições econômicas se tornam cada vez mais precárias; o Brasil passa toda a década de 1990 preso a empréstimos do Fundo Monetário Internacional (FMI) e sujeito às regras do Consenso de Washington,¹ que privilegia os interesses dos capitais financeiros internacionais e são avessas a quaisquer políticas sociais. Sendo assim, com a crise econômica e nas finanças públicas, os direitos constitucionais adquiridos passaram a ser, desde meados dos anos 90, um dos conflitos a serem enfrentados numa eventual reforma do Estado. A crise do Estado do Bem-Estar Social no Brasil chegou antes que ele pudesse ser, de fato, implantado em sua plenitude.

Dessa forma, frente à impossibilidade de o Estado cumprir com suas obrigações de protetor e promotor, nasce um setor que assume a responsabilidade atribuída pela Constituição Federal de 1988 como forma de exercício de cidadania e, ao mesmo tempo, de combate à real ineficiência estatal na realização dos direitos sociais: o Terceiro Setor.

Setor que tem, no momento atual da sociedade, duas realidades que devem ser consideradas no seu desempenho: a realidade de sanar as questões sociais não resolvidas pelo Estado Social e as demandas sociais de que o mercado abdicou nas suas tradicionais limitações. Essa realidade envolve a filantropia empresarial, os financiamentos de agências nacionais e estrangeiras, as redes de empresas que investem na gestão de conhecimento e metodologias para reverter às carências e a realidade do comprometimento e da missão de privilegiar o ser humano. Essas novas relações, então, exigem uma nova forma de gestão nas organizações sociais.

1 Roberto Candelori, no artigo "O consenso de Washington e o neoliberalismo", escrito à Folha de S. Paulo, <<http://www1.folha.uol.com.br/foha/educacao/ult305u11503.shtml>>, conta que, "reunidos na capital americana em novembro 1989 no International Institute for Economy, funcionários do governo dos EUA, dos organismos internacionais e economistas latino-americanos discutiam um conjunto de reformas essenciais para que a América Latina superasse a crise econômica e retomasse o caminho do crescimento". As conclusões desse encontro passaram a ser denominadas informalmente como o Consenso de Washington - expressão atribuída ao economista inglês John Williamson e representavam uma corrente de pensamento na defesa de um conjunto de medidas técnicas em favor da economia de mercado, que visavam, em tese, a recuperação econômica dos países latino-americanos. Denominadas "neoliberais", essas medidas foram aplicadas inicialmente no programa de governo de Margaret Thatcher, a partir dos anos 80. Tendo como eixo central o combate ao poder dos sindicatos e a redução do papel do Estado na economia (Estado mínimo), empregou-se o receituário neoliberal: privatização das empresas estatais, flexibilização da legislação trabalhista, redução da carga fiscal e abertura comercial.

O Terceiro Setor reaviva espaços na sociedade e começa a mostrar a sua importância na relação que visa à integração com o primeiro e segundo setores no diálogo de políticas sociais necessárias, no treinamento eficaz de gestores sociais e na multiplicação de seus atores. Destaca a idéia de que os bens e serviços públicos resultam não apenas da atuação do Estado, mas também de uma multiplicação de iniciativas particulares.

Chamando-as por um único nome, obtém-se uma idéia maior de sua escala, que na verdade é co-extensiva à própria noção de Estado. No limite, não há serviço público que não possa, em alguma medida, ser trabalhado pelas iniciativas particulares. A própria manutenção da ordem é direito e responsabilidade de todos, segundo a Constituição de 1988.

Entre todas as expressões em uso, o termo Terceiro Setor vem tendo maior aceitação para traduzir o conjunto de iniciativas provenientes da sociedade, voltadas à produção de bens públicos. O nascimento desse setor representa, em tese, uma transformação profunda no que tange o papel do Estado e do mercado e, em particular, à forma de participação do cidadão na esfera pública.

Diante do aparecimento desse novo setor, recém-surgido na legislação brasileira e na doutrina - considerado uma das áreas mais novas e multidisciplinares das Ciências Sociais - como uma alternativa viável para que o Estado consiga cumprir tarefas que, financeira e ou materialmente se mostraram de difícil execução é imprescindível que se descubra a qual regime de direito este setor pertence: o regime de direito público ou privado?

1 O ATO ADMINISTRATIVO

Hoje, no Brasil, na transição do Estado Social para um novo modelo, em que não mais a Administração Pública mantém o indivíduo extremamente dependente de suas ações provedoras, a colaboração entre sociedade civil e Estado tem-se tornado cada vez mais elemento-chave no paradigma que vem nascendo. Diminui-se o lugar para o ato administrativo isolado, revelando-se como instrumento da Administração

um complexo de procedimentos, de natureza *sui generis*, que têm conseqüências não apenas para o indivíduo sujeito do caso concreto, mas para toda a coletividade.

Para Marcello Caetano, ao praticar um ato administrativo, a Administração Pública objetiva realizar interesses que a lei coloca como de sua responsabilidade. Assim, conceitua ato administrativo como “conduta voluntária da Administração que, no exercício de um poder público e para prossecução de interesses postos por lei a seu cargo, produza efeitos jurídicos num caso concreto”.² Por isso a decisão não se pode subtrair à legalidade, mas também não está restrita a critérios sempre objetivos.

1.1 O Financiamento do Terceiro Setor

O Estado, através da sua máquina burocrática, em sua essência, deve promover o bem-estar social. Não sendo o Estado capaz de realizar todas as tarefas para atingir seu fim, e, necessitando a iniciativa privada de campos de trabalho, o primeiro estimula essa iniciativa para que a segunda possa realizar tarefas de interesse público.

O princípio da subsidiariedade justifica-se porquanto o Estado, ao delegar tarefas “menores” ao particular, não o faz escusando-se do cumprimento das mesmas, como num Estado Liberal clássico, mas, sim, através de parcerias, que podem ser de várias maneiras implementadas, dependendo da legislação do país.

Tal princípio é uma espécie de orientador das relações entre a Administração Pública e os cidadãos representados por si, suas famílias, sindicatos, ou outros entes, que implica a limitação da intervenção estatal sem que esta seja omissa, equilibrando o público e o privado.

Alarga-se a visão de Estado e espera-se da Administração Pública uma atuação no resguardo da autonomia, da liberdade e da dignidade humanas. Isso significa que cabe ao Estado propiciar aos indivíduos a possibilidade de estes criarem

² CAETANO, Marcello. Princípios Fundamentais do Direito Administrativo. Coimbra: Livraria Almedina, 1972. p. 99.

organizações capazes de promover a ação social. A subsidiariedade implica, também, a limitação da intervenção estatal sem que esta seja omissa.

Assim, o Terceiro Setor vem colaborar tanto com o Estado, naquilo em que este se mostra impossibilitado de fazer, quanto com a sociedade, naquilo em que ela se mostra incapaz de obter sem um esforço coletivo, de maneira que os cidadãos tomem para si tarefas que, no Estado do Bem-Estar Social delegaram à Administração Pública.³

Por isso a insistência no ânimo que impulsiona o Terceiro Setor, pois todo o processo acima pressupõe a ativação do papel do cidadão, levando-o a se agrupar para conquistar seus interesses. Surge aí então a solidariedade, significando esta a comunhão de atitudes e sentimentos que cria um novo laço social, baseado não na semelhança entre os indivíduos, mas em uma sensibilidade a uma determinada situação social.⁴

1.2 O Fomento

As organizações do Terceiro Setor, quando financiadas, no todo ou em parte, por dinheiro público, trabalham com o Estado em regime de cooperação. Para auxiliar esse funcionamento – retirando um formalismo, que, em exagero, poderia inviabilizar atividades e fazê-lo perder sua razão de ser, novos instrumentos jurídicos foram surgindo em detrimento dos processos licitatórios ordinários.

A organização da sociedade em grupos com o objetivo de cumprir um novo papel social retira uma carga que antes pendia exclusivamente sobre o Estado, deslocando-o de Estado provedor para Estado gerencial, e surge um novo termo a ser aplicado ao modelo nascido de Estado: fomento, na acepção de estímulo ao desenvolvimento de algo que vai ao encontro do interesse público.

3 Não se pretende dizer que apenas o Terceiro Setor é subsidiário ao Estado, no sentido do princípio que ora se explana. Apenas ocorre que o assunto do presente estudo, sendo o Terceiro Setor, acaba por entrelaçar-se com os outros e tornar-se mote principal, de modo que sempre será o exemplo, pois é a ele que se quer remeter.

4 DURKHEIM, Émile. Da Divisão do Trabalho Social. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Não se pode esquecer que o fomento originariamente é destituído de coerção⁵ jurídica, não há obrigatoriedade ao Estado, nem ao administrado. Por isso tanto se fala em um novo modelo de Administração, qual seja, a Administração consensual, pois, retirado o caráter compulsório, o fomento estatal e a ação privada voluntária deslocam-se para o campo da vontade.⁶

Uma vez que o fomento tem origem no Estado, constata-se, sem dúvida, que a Administração só pode exercer tal atividade quando o particular age em sentido público, posto que precisa haver uma justificação para a migração de recursos. A legalidade já é um problema que deve ser investigado à parte, uma vez que o fomento precisa derivar sempre de lei, porquanto os recursos para o financiamento são públicos. Há várias controvérsias acerca dos diplomas legais que positivam o fomento no Brasil, entretanto não serão aprofundadas neste estudo uma vez que fogem do tema em análise e merecem ser pesquisadas em outro trabalho.

Afirma Sílvio Luís Ferreira da Rocha que “a determinação concreta das atividades particulares que devem ser fomentadas é uma questão política de conveniência e oportunidade, que escapa ao campo estritamente jurídico”.⁷ Não é dado ao Estado decidir sobre o voluntariado. É o cidadão quem escolhe a hora, a maneira e a seara pública em que vai atuar.

Se não há coerção jurídica, o fomento não é obrigatório, ou seja, decorre de uma norma positiva, mas necessita de juízos de valor específicos aliados a uma apreciação política da situação do fomentado. O Estado precisa fomentar, mas cabe ao administrador decidir quem, como, e o *quantum* a ser atribuído. Assim, acredita-se que o fomento é mais do que um simples ato do administrador, mas o resultado de um procedimento complexo, que se equilibra entre os limites da vinculação e da

5 Diz-se originariamente porque há leis no Brasil que praticamente “obrigam” o Estado a exercer parcerias ou a fazer investimentos, preenchidos certos requisitos. Doutrinariamente, os juristas afastam a denominação ‘fomento’ quando há coerção jurídica. Mas o caráter coercitivo moral é sempre lembrado, pois há uma certa compulsoriedade na participação.

6 Reitera-se que o fomento é destituído de coerção jurídica, mas não se nega o caráter coercitivo moral, uma vez que a atividade voluntária é sempre estimulada por uma propaganda “de ordem” travestida em convite. Não se está emitindo um juízo de valor acerca dessa quase compulsoriedade, apenas constatando-a.

7 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. Terceiro Setor. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 21.

discricionariedade, pois é preciso acrescentar uma avaliação política da situação do fomentado e do seu papel na sociedade. Assim, quando a lei determina ao administrador que avalie a situação do fomentado, tal ato é vinculado. Por outro lado, a ação de fomentar ou não e as características do fomento constituem ato discricionário. Esta atividade de promoção do Estado às entidades do Terceiro Setor se coloca como importante ferramenta na realização dos direitos sociais que o Estado, por si só, não consegue realizar de forma eficiente.

Entre as diversas espécies de fomento encontram-se as Subvenções, os Auxílios e Contribuições, os Convênios, Acordos ou Ajustes, os Contratos, os Contratos de Gestão, os Termos de Parceria e as Parcerias Público-Privadas.

1.3 Interesse Público

Na transição do Estado Liberal ao Social, percebe-se a idéia, embrionária, de que o interesse público é aquele contrário ao privado, ou seja, o público é oposto ao individual. Mas, se por um lado, é verdade que interesse público significa o interesse da coletividade, não se pode dizer que coletividade seja algo que exista por si só. É uma entidade formada por pessoas que querem, pensam, vivem. E esse corpo de indivíduos dá origem a um interesse público que se forma de acordo com a função que dele se quer extrair. Obviamente que, em grandes agrupamentos de seres humanos, é difícil a coincidência de um determinado interesse público com os desejos de todos os indivíduos que formam o aglomerado. Mas também não é possível a existência de um interesse público contrário aos desejos desses indivíduos; donde se depreende que o interesse público não pode ser oposto aos individuais.

A sociedade é contínua no tempo e no espaço e tem sua expressão jurídica no Estado. Os interesses dos seus membros não é algo que se forma instantaneamente e logo se dilui. Precisa de uma evolução para transpor a dimensão de interesse público para aquele a ser protegido legitimamente pelo Poder do Estado, que também precisa ser legitimado para que se torne propenso a contemplar esses interesses públicos.

Logo se pode dizer que o interesse público é aquele manifestado pelos indivíduos enquanto pertencentes a um organismo social e que neste *status* é expresso. Em decorrência, pela necessidade de continuidade desse organismo, o interesse público tem que contemplar os indivíduos que compõem a sociedade no presente e no futuro.

1.3.1 A supremacia do interesse público sobre o privado

É princípio fundamental do Direito Administrativo moderno a preponderância do interesse público sobre o privado para que o particular possa ter a segurança de sobreviver num ordenamento que o protege de outros particulares que porventura queiram sobre ele se sobrepor.

Para que isso aconteça, os órgãos estatais responsáveis pelo cumprimento fático do princípio precisam ter uma posição superior quando se relacionam com os particulares.⁸

Obviamente que a superioridade da Administração Pública em relação ao particular somente se justifica quando suas ações são orientadas para a obtenção do bem-comum. Assim, é necessário sempre atentar para o caráter instrumental do ato administrativo, que se reveste de uma função permanentemente voltada à satisfação do interesse público, não se podendo desvincular dela em nenhuma hipótese. As relações jurídicas da Administração Pública se fazem de acordo com as finalidades a que se propõem.

Nem sempre o Estado exerce suas atividades sob o regime público. Quando age sob o regime de direito privado, não se reveste dessa posição privilegiada de que se falou acima, mas sobrevivem para a Administração todos os princípios a ela afetos, inclusive o da supremacia do interesse público, que deve sempre ser seguido.

⁸ Expressão disso é a Lei de Execuções Fiscais, que estipula procedimentos que trazem privilégios para o Fisco em detrimento do particular-executado, uma vez que a Fazenda Pública representa o interesse público de se recolher corretamente os tributos. A Lei, entre outras disposições, estabelece presunções materiais e processuais em favor do Fisco e limita a instrução probatória para o contribuinte.

Sendo uma das funções do Estado zelar permanentemente e sem exceções pelo interesse público, conseqüentemente não pode dispor, renunciar ou alienar esse interesse, de acordo com uma vontade livre. Não há autonomia da vontade por parte do Administrador, como existe em relação ao contratante no regime privado, porquanto o Administrador está restrito a uma ordem jurídica que baliza todos os seus atos, já que não é o titular dos interesses de que cuida.

O titular dos interesses públicos é o Estado; à Administração cabe apenas o gerenciamento burocrático dos mesmos, segundo a lei. Retorna-se então ao princípio da legalidade, que é ao mesmo tempo a base e o entorno de toda a atividade estatal.

Quando o Estado desenvolve suas funções, o faz na busca de atender aos interesses da coletividade e legitimado pelo povo, conforme previsão expressa no parágrafo único do artigo 1º da Constituição de 1988 - pois “*todo poder emana do povo*”. Sendo o Brasil uma república, em que o titular da coisa pública é o povo, toda função administrativa deve visar à preservação de seus interesses, seja pela própria Administração ou por quem lhe faça as vezes.

1.4 A Prestação dos Serviços Públicos

Conforme nos ensina Celso Bandeira de Mello, em uma noção mais restrita de serviço público nos substratos material e formal,

Serviço público é toda a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - instituído pelo Estado em favor de interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.⁹

Ainda que o conceito de serviço público seja dividido entre um elemento objetivo - interesse público; um elemento subjetivo - atividade prestada pelo Poder Público diretamente ou por quem lhe faça as vezes; e um elemento formal - atividade

9 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 12a ed. São Paulo: Malheiros, 1999 p 399

desenvolvida sob regime de direito público; outras formas de prestação de serviços públicos vêm sendo desenvolvidas pela sociedade.

Tendo em vista, através do Decreto-Lei 200/1967, que o Poder Público pode transferir a titularidade da prestação dos serviços públicos não exclusivos para autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista; a atuação da Administração Pública começa a ser descentralizada para que haja maior dinamismo operacional.

Essa descentralização pode ocorrer por outorga - também chamada de descentralização por serviço, que ocorre quando o Estado transfere a titularidade e a execução de serviços públicos para pessoas jurídicas com personalidade própria criadas ou autorizadas por lei pelo próprio Estado, o que não se confunde com a Administração Pública Direta¹⁰ - ou por colaboração -, também chamada de descentralização por delegação,¹¹ que ocorre quando se transfere apenas a execução do serviço público para particulares, entendidos como pessoas jurídicas de direito privado.

Seja pela ineficiência do Estado na satisfação dos interesses da coletividade, seja como forma de fazer valer os direitos de cidadania preconizados na Constituição Federal de 1988, novas formas de prestação de serviços públicos concretizam o papel da sociedade na efetivação dos direitos sociais como forma de exercer cidadania e, ao mesmo tempo, os tornam mais eficientes e de maior qualidade. Como tema relativamente novo, o Terceiro Setor surge como importante ator na redefinição do papel do Estado.

10 Sob o aspecto operacional, administração pública é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico dos serviços próprios do Estado, em benefício da coletividade. A administração pública pode ser direta, quando composta pelas suas entidades estatais (União, Estados, Municípios e DF), que não possuem personalidade jurídica própria; ou indireta, quando composta por entidades autárquicas, fundacionais e paraestatais.

11 Não há transferência da titularidade do serviço público, pois é intransferível. Na descentralização por colaboração há transferência da execução do serviço da Administração Pública para privada, mediante concessões ou permissões. O serviço público é prestado por pessoas jurídicas que não pertencem à Administração Pública Indireta, e, por isso, a titularidade do serviço permanece com a Administração Pública.

1.4.1 Formas Típicas de Delegação: Concessão e Permissão

De acordo com o artigo 175 da Constituição Federal, “incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

As figuras da concessão e da permissão de serviços público são consideradas tradicionalmente pela doutrina como categorias jurídicas diferenciadas. Contudo receberam tratamento análogo pelo constituinte de 1988.

Para melhor distinguir concessão e permissão, são apresentadas as definições de Celso Antônio Bandeira de Mello, que afirma que concessão é instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceite prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço; configurando-se a permissão como ato unilateral e precário, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários.¹²

1.4.2 Os Serviços Sociais

Serviços sociais e serviços públicos se assemelham na medida em que possuem o mesmo fundamento: gerar utilidades públicas e atender às necessidades coletivas; porém os serviços sociais, ao contrário dos públicos, estão à livre disposição dos particulares, não sendo deferida a delegação estatal para seu exercício, por força de sistema normativo.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço Público e Poder de Polícia: Concessão e Delegação. Revista Virtual Diálogo Jurídico, volume 5. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-CELSO-ANTONIO.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2007.

A valoração de um serviço em uma ou outra categoria advém da Constituição Federal e das leis que indicam as atividades prestadas pelo Estado em caráter não exclusivo, ou seja, prestado livremente pelos particulares.

Os elementos constitutivos dos serviços sociais - também chamados serviços públicos impróprios, são a prestação dos serviços feita pela esfera particular e a independência em relação à delegação estatal.

Ressalta-se que autorização a que se submete a iniciativa privada não se confunde com o instituto da delegação. Este ocorrerá em hipóteses especiais, definidas em lei, em que o interesse público devidamente delineado no sistema constitucional o determine.

Se a atividade é livre ao exercício do particular, como os serviços de atendimento à criança, ao adolescente, os relativos à erradicação de miséria e da desigualdade social, entre outros de relevância equivalente; não há que se falar em delegação estatal mediante concessão ou permissão.

Cumprе ressaltar que o artigo 5º, inciso XVII, da Constituição Federal, concede ao indivíduo a liberdade de associação, bem como o livre desempenho de atividade que não seja da alçada exclusiva do Poder Público. No que se refere aos serviços sociais (ou serviços públicos impróprios), o Estado obriga-se a controlar, a fiscalizar e, até mesmo, a promover o desempenho de atividade de relevância pública pelos particulares, jamais delegar seu exercício.

Nessa seara reside a atuação do Terceiro Setor, que presta serviços sociais por iniciativa própria e sem finalidade lucrativa, complementando a atividade estatal.

2 O TERCEIRO SETOR

Durante a Guerra Fria, no mundo capitalista, preponderou a bipartição mercado/governo. Ao governo é dado o nome de Primeiro Setor da Economia. Ao mercado - entendido aqui como o conjunto das atividades privadas que visam ao

lucro, baseado na lei da oferta e da procura - é dado o nome de Segundo Setor da Economia.

Finda a Guerra Fria, mercado e estado dão sinais de que continuarão tão presentes como estavam, apesar de não terem todas as soluções para os problemas da sociedade, que aumentam após este período. Pelo contrário, mostram-se capazes de criar as situações de transtorno e inaptos a resolvê-las.

A hierarquia Estado > Mercado > Grupos e indivíduos revela-se inoperante em relação a aspectos da vida caríssimos aos cidadãos: ecologia, economia, cultura, lazer, educação, assistência social, entre outros.

Começa a surgir, então, um novo tipo associativo alimentado por um desejo de estabilizar as relações da pirâmide – que tem o Primeiro Setor no topo, o último na base; o Primeiro regulando as relações entre o Segundo e a base -, fazendo nascer uma terceira possibilidade das relações público-privadas, conforme demonstra muito bem Rubem César Fernandes,¹³ ao classificar as relações dos agentes privados para fins privados como mercado; as relações dos agentes públicos para fins públicos com o Estado; e as relações dos agentes privados para fins públicos com o Terceiro Setor.¹⁴

O Terceiro Setor passa a existir a partir da vontade do particular de gerar bens e serviços sem visar ao lucro e com o objetivo de responder a desejos coletivos de bem-estar social. Há no Terceiro Setor uma expansão da idéia de esfera pública, espaço onde interagem público e privado.

Ao aplicar a nova idéia de esfera pública à realidade histórica brasileira, percebe-se que são incorporados conceitos que também sofrem mudanças nos últimos quarenta anos: cidadania, voluntariado, participação.

13 FERNANDES, Rubem César. Privado, porém Público: O Terceiro Setor na América Latina. 2. ed. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

14 Vale ressaltar que agentes públicos prestando serviços para fins privados constitui corrupção.

Hoje cidadão significa muito mais do que quem vota e debate; é aquele sujeito ativo de direitos e deveres, que participa da vida pública não somente, mas também no intuito de suprir lacunas da atividade estatal, ou mesmo realizar algo que ajude na consecução das necessidades coletivas.

Junto às ações voluntárias, ainda que fruto de um certo poder coercitivo moral, vieram os termos aplicados ao Terceiro Setor: não lucrativo e não governamental.

De início, parece estranho que o Terceiro Setor seja decorrência de falhas no funcionamento do Primeiro e do Segundo Setores e que se tenha definido justamente pela negação da natureza dos mesmos, mas este setor capta e produz recursos, sem o objetivo da geração de lucros e realiza atividades públicas, inobstante ter origem no governo de um Estado.

As organizações do Terceiro Setor realizam atividades de caráter público - sem possuir o que o Primeiro Setor tem como seu maior instrumento de coerção jurídica e moral para captar colaboradores: o uso legítimo da força - e caras ao Segundo Setor - no sentido de que pode não haver demanda para tais, ou, havendo a demanda, o mercado-alvo da mesma não possuir poder aquisitivo para adquirir os serviços e/ou produtos oferecidos. Em outras palavras: os indivíduos não querem ou não podem pagar, e o Estado não quer ou não pode fazer.

A atividade voluntária do Terceiro Setor demanda recursos e gera outros. Produz, ainda, uma disputa pelos mesmos. Tais recursos podem ser captados junto ao Estado e ao mercado. A primeira fonte material a que as organizações não governamentais de caráter não lucrativo recorreram foram as doações, que, ainda hoje, são o grande manancial recursal proveniente da iniciativa privada. Houve toda uma evolução no processo de convencimento das pessoas a despojarem-se de seus bens materiais em prol do outro, normalmente uma comunidade desconhecida, ou visando a um futuro em que não se viverá. Palavras foram sendo incorporadas a uma nova publicidade, o *marketing* do voluntariado: movimentos sociais, sociedade civil, trabalho comunitário, ação social.

Não há coerção jurídica à participação no Terceiro Setor mas é inegável exista toda uma coerção moral que, sociologicamente, não pode ser descartada, posto que as atividades humanas que impulsionam o Terceiro Setor estão impregnadas de um estado de alma coletiva formado basicamente por essa estratégia sistemática em torno de expressões que denotam quase uma ordem.

O Terceiro Setor, apesar de atividade não lucrativa, capta e gera recursos, o que faz com que ele forme um mercado de trabalho bem específico. E, como todo fato social influencia o Direito e é por ele influenciado, provoca o nascimento de novas legislações, de outras dinâmicas jurídicas, modifica posições hermenêuticas, faz surgir novas formas de relacionamento público/privado. No que tange ao contato com os outros setores, traz condicionamentos orçamentários ao Governo, às empresas, às pessoas físicas ou naturais.

Como condicionante e condicionado, o Terceiro Setor também logo é absorvido pelo Estado e pelo Mercado, uma vez que o primeiro passa a produzir leis para regulamentá-lo e o segundo logo procura uma maneira de “lucrar” com ele.

2.1 Conceito de Terceiro Setor

Na iminência de estabelecer um conceito para o Terceiro Setor, é preciso que alguns detalhes sejam esclarecidos.

Na América Latina não se pode esperar o mesmo apego às formalidades que se observa na Europa e nos Estados Unidos. Ocorre que a chamada “economia informal” - invisível ao Estado - é presença muito forte na parte sul e central das Américas, Brasil incluído. Aquilo que funciona despido das vestes oficiais, embora revestido de publicidade e organização como se oficial fosse, de caráter perene sob o ponto de vista da não-espontaneidade, ou seja, de um fato social que se realiza através de um determinado período de tempo.

Importa, aqui, a informalidade não ilícita. Salientando a condição *sine qua non* da informalidade não ilícita, também é imprescindível que, para ser considerada, ela

opere de maneira efetiva, tenha possibilidades de captar recursos e realizar tarefas durante um determinado período de tempo que contemple a produção de resultados. Logo, a organização de moradores de um bairro que realizem trabalho de alfabetização eficaz de seus empregados domésticos e respectivas famílias, sem nenhum registro exigido pelas leis do país para tal, pode ser considerada Terceiro Setor.

Finalmente começa a aparecer um conceito de Terceiro Setor que, apenas como elemento referencial, é o coletivo de entidades, locais, nacionais, continentais e/ou globais, de caráter não lucrativo, não governamental e não efêmero, que realiza ações em direção à cidadania e à consecução de fins públicos.¹⁵

2.2 Histórico

Nos Estados Unidos, costuma ser usada, paralelamente ao termo Terceiro Setor, a expressão Organizações Sem Fins Lucrativos (*Non Profit Organizations*) – que representam instituições cujos benefícios financeiros não podem ser distribuídos entre seus diretores e associados e à expressão Organizações Voluntárias, que têm um sentido complementar ao da primeira. Se o lucro não lhes é permitido e se, como também se supõe, não resultam de uma ação governamental, deriva-se que sua criação seja fruto de um puro ato de vontade de seus fundadores. E mais, supõe-se ainda que duram no tempo, em grande medida, graças a um conjunto complexo de adesões e contribuições igualmente voluntárias.

A lei inglesa usa uma expressão mais antiga para designar o objeto. Fala de caridades (*charities*), o que remete à memória religiosa medieval e enfatiza o aspecto da doação - de si, para o outro -, que caracteriza boa parte das relações idealizadas neste campo. A noção de filantropia, contraponto moderno e humanista à caridade religiosa, também aparece com freqüência, sobretudo na literatura anglo-

¹⁵ Preferiu-se o vocábulo 'entidades' a 'associações' devido às fundações, que têm como ponto de partida uma reunião de patrimônio e não de pessoas, como as associações. Então se adotou 'organizações' em homenagens às fundações. Não se pode esquecer que as instituições, jurídicas ou não, são, em última análise, fruto da vontade humana. Daí pode-se inferir que muito mais própria a denominação portuguesa "pessoa colectiva" do que a brasileira "pessoa jurídica".

saxã. Mecenato é outra palavra correlata, que faz lembrar a Renascença e o prestígio derivado do apoio generoso às artes e ciências.

Da Europa Continental vem o predomínio da expressão Organizações Não Governamentais (ONGs), cuja origem está na nomenclatura do sistema de representações das Nações Unidas. Chama-se assim às organizações internacionais, que, embora não representem governos, parecem significativas o bastante para justificar uma presença formal na Organização das Nações Unidas (ONU). O Conselho Mundial de Igrejas (CMI) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT) são exemplos em pauta. Dando continuidade ao processo, com a formulação de programas de cooperação internacional para o desenvolvimento estimulados pela ONU, nos anos 60 e 70, crescem na Europa Ocidental ONGs destinadas a promover projetos de desenvolvimento no Terceiro Mundo. Formulando ou buscando projetos em âmbito não governamental, as ONGs européias procuram parceiros mundo afora e acabam por fomentar o surgimento de novas organizações nos continentes do Hemisfério Sul.

Assim, ainda que designe uma característica geral ao campo em questão, que é justamente sua natureza não governamental, o termo "ONG" no Brasil está mais associado a um tipo particular de organização, surgida aqui a partir dos anos 1970, no âmbito do sistema internacional de cooperação para o desenvolvimento. Sua origem no período autoritário e seu horizonte internacionalizado numa época de aumento dos embates ideológicos globais resultam numa ênfase na dimensão política das ações, aproximando-as do discurso e da agenda das esquerdas.

Na América Latina, Brasil inclusive, é mais abrangente falar-se de Sociedade Civil e de suas Organizações. Este é um conceito do século XVIII que desempenha papel importante na filosofia política moderna, sobretudo entre autores da Europa continental. Designa um plano intermediário de relações, entre a natureza, pré-social, e o Estado, em que há socialização completa pela obediência a leis universalmente reconhecidas. No entendimento clássico, inclui a totalidade das organizações particulares que interagem livremente na sociedade (entre as quais, as empresas e seus negócios), limitadas e integradas, contudo, pelas leis nacionais.

Fala-se hoje das Organizações da Sociedade Civil (OSCs) como um conjunto que, por suas características, distingue-se não apenas do Estado mas também do mercado. Recuperada no contexto das lutas pela democratização, a idéia de Sociedade Civil serve para destacar um espaço próprio, não governamental, de participação nas causas coletivas. Nela e por ela, indivíduos e instituições particulares exercem a sua cidadania, de forma direta e autônoma.

Estar na Sociedade Civil implica um sentido de pertença cidadã, com seus direitos e deveres, num plano simbólico que é logicamente anterior ao obtido pelo pertencimento político, dado pela mediação dos órgãos de governo. Marcando um espaço de integração cidadã, a Sociedade Civil distingue-se do Estado; mas, caracterizando-se pela promoção de interesses coletivos, diferencia-se também da lógica do mercado e forma, por assim dizer, um Terceiro Setor.

2.2.1 O Terceiro Setor no Brasil

Trata-se de um termo relativamente novo, mas seus fundamentos podem ser buscados desde há muito tempo no Brasil. Passou a ser utilizado a partir do início dos anos 1990 para designar as organizações da sociedade civil, sem fins lucrativos, criadas e mantidas com ênfase na participação voluntária, que atuam na área social e visa à solução de problemas sociais.

No entanto a filantropia, que dá origem à atuação do Terceiro Setor, constitui fenômeno muito mais antigo. Data do século XVI o início das ações filantrópicas no Brasil, com o surgimento das Santas Casas de Misericórdia.

No período que vai do Império até a 1ª República, datada de 1543, surge a primeira entidade do país criada para atender desamparados, a Irmandade da Misericórdia, instalada na Capitania de São Vicente. O Brasil era constitucionalmente vinculado à Igreja Católica, e a utilização dos recursos, principalmente o privado, passava por seu crivo. Era a época das Ordens Terceiras, das Santas Casas, das Benemerências atuando, principalmente, nas áreas de saúde e previdência. A rigor, o que o Estado não provia os líderes das principais comunidades portuguesas e

espanholas de imigrantes proviam. Com esmolas se constituíam pequenos dotes para órfãos e se compravam caixões para os pobres. Benedictinos, franciscanos e carmelitas, assim como a Santa Casa, foram exemplos expressivos da ação social das ordens religiosas predominantes. Vinculam-se às ações sociais desenvolvidas, à época, expressões tais como mutualismo, benemerência e outras ainda hoje utilizadas, tais como assistencialismo e caridade.

Durante mais de três séculos a filantropia no Brasil foi desenvolvida sob a lógica da prática assistencialista, com predomínio da caridade cristã. Ricos filantropos sustentavam os educandários, os hospitais, as santas casas, os asilos e demais instituições correlatas.

Foi somente no final do século XIX e início do XX que as instituições de assistência e amparo à população carente passaram por mudanças na sua forma de organização e administração, deixando de ser fundamentalmente orientadas por princípios de caridade cristã e da filantropia e obtendo o reconhecimento das fundações como entes dotados de personalidade jurídica.

É nesse período que se intensifica a atuação do Estado na área social, principalmente nas áreas urbanas, nas questões de saúde, de higiene e de educação. A intervenção do Estado na gestão administrativa e no financiamento das organizações assistenciais e filantrópicas também aumenta. Especialmente a partir de 1910, as instituições assistenciais iniciam um período caracterizado por forte dependência econômica do Estado, que passa a exigir a prestação de contas submetendo as organizações a um controle sobre a administração e suas ações prático-normativas.

No período da Revolução de 1930 até 1960, o país entrou em processo de urbanização e de industrialização, que passaram a moldar a nova atuação da elite econômica. O Estado tornou-se mais poderoso e o único portador do interesse público. No Estado Novo, com o presidente Getúlio Vargas, editou-se, em 1935, a primeira lei brasileira que regulamentava as regras para a declaração de Utilidade

Pública Federal:¹⁶ dispunha seu artigo 1º que as sociedades civis, as associações e as fundações constituídas no país deveriam ter o fim exclusivo de servir desinteressadamente à coletividade. Em 1938, formalizou-se entre o Estado e a assistência social com a criação do Conselho Nacional do Serviço Social. Paralelamente à atuação do Estado, surgiram ações filantrópicas empreendidas por senhoras de famílias economicamente privilegiadas; e por grandes mecenas, oriundos das principais cidades e líderes de indústrias, como os Matarazzo, Chateaubriand, entre outros. Os termos filantropia e mecenato adquirem evidência nesta fase.

Nessa época surgiram os sindicatos, as associações profissionais, as federações e confederações, que vinculavam o setor privado às práticas de assistência e auxílio mútuo para imigrantes, operários, empregados do comércio, de serviços e funcionários públicos, a criação por Vargas da Legião Brasileira de Assistência; o Projeto Rondon - que conscientizava o jovem universitário no engajamento ao atendimento às comunidades carentes sediadas no interior do país.

A partir de 1960 até a década de 70, o fortalecimento da sociedade civil se deu, paradoxalmente, no bojo da resistência à ditadura militar. No momento em que o regime autoritário bloqueava a participação popular na esfera pública, micro-iniciativas na base da sociedade foram criando novos espaços de liberdade e reivindicação. Surgem, neste momento, os movimentos comunitários de apoio e ajuda mútua, voltados à defesa de direitos e à luta pela democracia. Marca-se, neste contexto, o encontro da solidariedade com a cidadania, representadas em ações de Organizações Não Governamentais (ONGs) de caráter leigo, engajadas em uma dupla proposta: combater a pobreza e o governo militar ditatorial.

A partir dos anos 1970 multiplicam-se as ONGs com o fortalecimento da sociedade civil - embrião do Terceiro Setor - em oposição ao Estado autoritário. O Brasil dava início à transição de uma ditadura militar para um regime democrático. Com uma "distensão lenta, segura e gradual" - como os militares costumavam caracterizar

16 Lei nº 91 de 1935 da declaração de utilidade pública para as associações, organizações e entidades sem fins lucrativos, a qual regulamenta a colaboração entre o Estado e as instituições filantrópicas.

esse processo -, a sociedade brasileira começou a exercer seus direitos constitucionais, suspensos até então. Com o avanço da redemocratização e as eleições diretas para todos os níveis de governo, as organizações de cidadãos assumem um relacionamento mais complexo com o Estado. Reivindicação e conflito passam a coexistir com diálogo e colaboração.

Foram fundadas inúmeras organizações para defender direitos políticos, civis e humanos, ameaçados pelos longos períodos de ditadura militar na América Latina, e no Brasil. Tais organizações autodenominaram-se “não governamentais”, marcando uma postura de distinção quanto às ações governamentais. Foi daí que surgiu o termo ONG, hoje disseminado e utilizado para designar qualquer tipo de organização sem fins lucrativos.

As organizações surgidas no bojo da resistência política tiveram um papel fundamental nos rumos da sociedade brasileira e na conformação do Terceiro Setor. Não só foram responsáveis pela disseminação da noção de cidadania e pela pressão para seu amplo desenvolvimento, como também se constituíram em fator-chave para a entrada de recursos de fundações internacionais no Brasil, tais como Fundação Ford, Rockefeller, MacArthur, além de agências de fomento e cooperação internacional.

As ONGs surgidas nas décadas de 70 e 80 configuraram um novo modelo de organização e de gerenciamento de recursos. Ao contrário dos períodos anteriores, em que as organizações vinculavam-se ao Estado tanto administrativa quanto economicamente, com o surgimento das ONGs o vínculo passa a ser com as agências e instituições financiadoras internacionais.

Em meados da década de 80, a abertura política e econômica de países do Leste Europeu e as crises sociais do continente africano levaram as fundações internacionais e órgãos de cooperação a redirecionar parte de seus recursos para financiar programas de desenvolvimento naquelas áreas do mundo, forçando as organizações latino-americanas a buscarem alternativas para sua sustentabilidade. Paralelamente, os recursos governamentais tornaram-se mais escassos.

Nos anos 90 ocorrem mudanças na conformação do Terceiro Setor no Brasil que dão início a um novo padrão de relacionamento entre os três setores da sociedade. O Estado começa a reconhecer que as ONGs acumularam um capital de recursos, experiências e conhecimentos, sob formas inovadoras de enfrentamento das questões sociais, que as qualificam como parceiros e interlocutores das políticas governamentais.

O Terceiro Setor não é forma de descentralização do serviço público, pois, como bem coloca Rocha *“os entes que integram o Terceiro Setor são entes privados, não vinculados à organização centralizada ou descentralizada da Administração Pública”*¹⁷, mas pode-se dizer que tais entes acabaram por descentralizar as políticas sociais que anteriormente estavam concentradas nas mãos do Estado.

A descentralização das políticas sociais surge para que se ganhe em agilidade e em eficiência, sem, contudo, retirar o papel do Estado na prestação dos serviços públicos sociais. Não se busca a total abstenção do Estado; o ideal é a atuação conjunta entre Estado e Terceiro Setor - princípio da subsidiariedade -, sem deixar de lado as suas próprias políticas públicas, concebendo-se uma nova relação entre Estado e sociedade, visando sempre facilitar o acesso da população aos direitos sociais fundamentais.

O mercado, antes distanciado, passa a ver nas organizações sem fins lucrativos canais para concretizar o investimento do setor privado empresarial nas áreas social, ambiental e cultural.

O termo cidadania já aparecia no discurso do empresariado brasileiro, no início desta década. Paralelamente, o sentimento vigente era que o Estado, sozinho, não conseguiria dar conta de todas as suas obrigações na área social.

Ainda na década de 90, a Câmara Americana de Comércio, com apoio da Fundação Ford e da Fundação W.K. Kellogg, promove um prêmio, reuniões e conferências sobre filantropia em São Paulo, o que resulta na criação de um comitê de empresas

¹⁷ ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. Terceiro Setor. São Paulo: Malheiros, 2003. p.13.

brasileiras e fundações corporativas. Incluíam-se no grupo fundações como Bradesco, Odebrecht, Roberto Marinho; organizações como o Instituto Itaú Cultural e empresas do porte da Xerox e Alcoa. O grupo formaliza-se em 1995, formando o Grupo de Institutos, Fundações e Empresas (GIFE).

Em 1998, também em São Paulo, 11 empresas se associam e surge o Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social. Expressão que até então não existia - responsabilidade social - vem marcar o início de uma intervenção social empresarial alicerçada em um Código de Ética definidor de parâmetros de conduta das empresas com seus públicos. Busca-se diferenciar, marcadamente, ações "de negócio" de uma agenda voltada a investimentos sociais privados, de cunho ético e em benefício da sociedade.

A nova ordem constitucional institui um regime de democracia participativa e de cidadania responsável. Formas de expressão – tais como parceria, cidadania corporativa, responsabilidade social, investimento social privado – surgem para expressar este novo movimento de encontro dos três setores da economia brasileira.

Amplia-se, fortemente, o conceito de Terceiro Setor: para além do círculo das ONGs, valorizam-se outros atores sociais, como as fundações e institutos, as associações beneficentes e recreativas, também as iniciativas assistenciais das igrejas e o trabalho voluntário de maneira geral.

Cria-se, no governo de Fernando Henrique Cardoso, o Programa Comunidade Solidária com o propósito de articular trabalhos sociais em vários ministérios. E, em 18 de fevereiro de 1998, é regulamentada a Lei do Voluntariado - Lei n° 9.608.

Foi somente a partir dessa década que o Terceiro Setor começou a se constituir como um setor com características e lógica diferentes dos demais, marcando os rumos das organizações sem fins lucrativos no país.

Com a proclamação pela Organização das Nações Unidas (ONU) do ano de 2001 como "Ano Internacional do Voluntário", acontecem, no Brasil, o I° e o II° Fóruns Sociais Mundiais, implementadores de idéias alternativas de ação econômica e

social. Promove-se o desenvolvimento social a partir do incentivo a projetos auto-sustentáveis - em oposição às tradicionais práticas de caráter assistencialista geradoras de dependência - e em propostas de superação de padrões injustos de desigualdade social e econômica.

Questionam-se, na sociedade civil, formatos pré-conceituosos baseados em padrões de comportamento e pensamento julgados "adequados" aos sujeitos-cidadãos. Abrem-se novas perspectivas à aceitação da diversidade de comportamentos humanos, de respeito à singularidade cultural e à autodeterminação econômica dos povos. Implementam-se políticas de proteção aos bens da humanidade, incluídas todas as formas de vida e sua preservação.

2.3 O Que é Terceiro Setor

Em resumo, pelo que foi visto até aqui, pode-se dizer que o Terceiro Setor é formado por organizações sem fins lucrativos, criadas e mantidas com foco na voluntariedade, em uma esfera não governamental, que dão continuidade às práticas tradicionais da caridade, da filantropia e do mecenato.

Esta definição soa um tanto estranha porque combina palavras de épocas e de contextos simbólicos diversos, que transmitem, inclusive, a memória de uma longa história de divergências mútuas. A filantropia contrapõe-se à caridade, assim como a cidadania ao mecenato.

São diferenças que ainda importam, mas que parecem estar em processo de mutação. Perdem a dureza da contradição radical e dão lugar a um jogo complexo e instável de oposições e complementaridades. Não se confundem, mas já não se separam de todo. Recobrem-se parcialmente, alternando situações de conflito, de cooperação e de indiferença. A irmã de caridade que defende sua creche como uma "ação de cidadania" ou o militante de organizações comunitárias que elabora projetos para o mecenato empresarial tornaram-se figuras comuns.

No Brasil de hoje, a voz dos mais variados grupos sociais se faz ouvir no espaço público. Não há questão de interesse coletivo em relação à qual cidadãos não se mobilizem para cobrar ações do Estado e tomar iniciativas por si mesmos. Este protagonismo dos cidadãos determina uma nova experiência de democracia no cotidiano, um novo padrão de atuação aos governos e novas formas de parceria entre sociedade civil, Estado e mercado. Ampliam-se os recursos e competências necessários para o enfrentamento dos grandes desafios nacionais, como o combate à pobreza e a incorporação dos excluídos aos direitos básicos de cidadania.

Terceiro Setor é uma terminologia sociológica que dá significado a todas as iniciativas privadas de utilidade pública com origem na sociedade civil. A palavra é uma tradução de *Third Sector*, uma expressão muito utilizada nos Estados Unidos para definir as diversas organizações sem vínculos diretos com o Primeiro e o Segundo Setores.

2.4 Atributos do Terceiro Setor

O Terceiro Setor tem sua composição formada por organizações sem fins lucrativos, de natureza privada - criadas e mantidas pela participação voluntária - não submetidas ao controle direto do Estado, dando continuidade às práticas tradicionais da caridade, da filantropia, trabalhando para realizar objetivos sociais ou públicos.

Para que sejam constituídas, algumas características devem ser observadas: formalidade; estrutura; gestão; finalidade pública; finalidade não lucrativa e voluntariedade.

Dentro das organizações que fazem parte do Terceiro Setor, estão as Organizações Sociais (OS), as Organizações Não Governamentais (ONGs), entidades filantrópicas, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs), organizações sem fins lucrativos e outras formas de associações civis sem fins lucrativos, que serão apresentadas ao longo deste trabalho.

2.4 Formas Jurídicas do Terceiro Setor

O Terceiro Setor é compreendido por ações realizadas tanto por pessoas físicas quanto por pessoas jurídicas de direito privado - importando que essas ações não visem ao lucro e sejam prestadas em atuação complementar às atividades do Estado -, podendo assumir duas formas distintas:

- a) Associações Cívicas, que trata de entidades criadas a partir da união de pessoas que se organizam voluntariamente com objetivos de natureza social.
- b) Fundações Privadas, entidades criadas por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, cujo fim deve estar expressamente especificado, conforme o art. 62 do Código Civil.

Da redação deste artigo pode-se afirmar que, para existir uma fundação no Brasil, precisam estar presentes: a) patrimônio¹⁸ - que deve ser composto por bens livres e b) finalidade - que deve ser previamente estabelecida pelo instituidor da fundação e vínculo - que é a afetação pela vontade do instituidor.

Visto o que vem a ser o Terceiro Setor, passa-se agora a estudar as formas que a sociedade pode assumir para auxiliar o Estado na prestação de serviços sociais mediante a outorga de títulos e certificados pela Administração Pública.

3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SOCIEDADE

Como visto anteriormente, a atividade de fomento permite ao particular colaborar com a Administração Pública no exercício de suas atividades. Com efeito, figura como uma atividade paralela ao Estado, como uma atividade que atua na vizinhança com o serviço público. Ela não é serviço público e não é atividade inteiramente privada; encontra-se numa zona intermediária.

¹⁸ A dotação patrimonial é elemento nuclear sem o qual não será possível a criação de uma fundação.

Dessa forma o reconhecimento da relevância das iniciativas das organizações particulares que atuam paralelamente ao Poder Público, mediante a outorga de títulos e certificados pela Administração Pública, apresenta a típica atividade de fomento.

Mas deve-se observar que o título outorgado mediante ato administrativo não cria uma nova estrutura organizacional, apenas atesta, reconhece uma situação fática preexistente que está compreendida nas categorias legais.

As regras de constituição, funcionamento, bem como de extinção das associações civis e fundações integram os artigos 45 e 46 e demais dispositivos do Código Civil Brasileiro e os artigos 114 e seguintes da Lei de Registros Públicos, e diferem da natureza as condições fixadas em lei para a concessão de títulos jurídicos especiais.

As primeiras – regras de constituição - tratam do aspecto existencial das organizações do Terceiro Setor, as outras selecionam, do amplo universo de pessoas jurídicas de direito privado, as merecedoras de reconhecimento em decorrência da prestação de serviços de relevância pública.

Os principais títulos jurídicos concedidos às entidades sociais são: a declaração de utilidade pública; o certificado de fins filantrópicos; as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público.

3.1 A Declaração de Utilidade Pública

Instituído pela Lei 91, de 28 de agosto de 1935, e alterada pela Lei 6.330, de 08 de maio de 1979, este título – utilidade pública – deve ser outorgado às sociedades civis, associações e fundações constituídas no país.

De acordo com o instrumento normativo, as entidades detentoras deste título devem ter a finalidade de servir desinteressadamente à coletividade, desde que preencham os seguintes requisitos: sejam constituídas no país; tenham adquirido personalidade jurídica; estejam em efetivo funcionamento em respeito a seus estatutos nos últimos

três anos; não remunerem os cargos de diretoria, conselhos fiscais, deliberativos e consultivos, nem distribuir lucros ou vantagens a dirigentes, mantenedores ou associados; apresentem folha corrida e moralidade comprovada pelos seus diretores; comprovem, mediante relatórios circunstanciados, a promoção da educação ou atividades de pesquisa científicas, culturais, artísticas ou filantrópicas; aceitem o compromisso de publicar periodicamente a demonstração de receitas e despesas.

Após o recebimento da declaração de utilidade pública, as entidades estarão obrigadas a inscrever o nome e as características em livro especial; apresentar anualmente relatório circunstanciado dos serviços prestados a coletividade; publicar anualmente a demonstração de receita e despesa realizada no período anterior.

O caráter deste instituto era meramente cívico e honorífico, mas atualmente confere uma série de direitos ou benefícios, como a faculdade de dedução do imposto de renda por pessoas físicas e jurídicas em decorrência de doações a entidade declaradas de utilidade pública; requerimento de isenção da cota patronal do INSS; isenção do Fundo de Garantia por Tempo de Serviços; realização de sorteios; recebimento de loterias federais e doações da União Federal¹⁹.

3.2 Certificado de Fins Filantrópicos

Título jurídico outorgado pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), conforme artigo 18 da Lei 8.742, de 07 de dezembro de 1993, o certificado de fins filantrópicos destina-se a entidades cuja atuação esteja voltada para a proteção da família, maternidade, infância, adolescência e maior idade; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção de ações de prevenção, habilitação e reabilitação de pessoas portadoras de deficiência; a promoção, gratuita, de assistência educacional ou de saúde; a promoção à integração no mercado de trabalho; a promoção de atendimento e assessoramento aos beneficiários da Lei

¹⁹ Apesar de não ser o foco deste trabalho, é importante frisar que o caráter sucinto e genérico desta legislação federal traz como problemas a escassez de parâmetros e a vulnerabilidade na área social, em termos de corrupção

Orgânica de Assistência Social e da defesa e garantia de seus direitos,²⁰ e desde que atendam aos requisitos relacionados no Decreto 2.536, de 06 de abril de 1998.

O certificado de fins filantrópicos junto acrescido do título de utilidade pública e cumpridas das demais exigências previstas na Lei 8.212, de 24 de julho de 1991 – que dispõe sobre a organização da Seguridade Social -, asseguram a imunidade da cota patronal de contribuição previdenciária à entidade social.

Este tema gera inúmeras discussões, inclusive em relação ao aspecto judicial, mas, na inexistência atual de uma posição pacífica em relação às limitações constitucionais desta Lei, o Poder Público vem aplicando, para efeitos de outorga do certificado de fins filantrópicos, fundamentalmente as regras contidas na Lei nº. 8.212/1991 e na resolução do CNAS 177/2000.

Assim como nas entidades que recebem o título de utilidade pública, não há possibilidade objetiva de se aferir o desempenho, o resultado em termos quantitativos e qualitativos dos serviços prestados pelo amplo universo das pessoas jurídicas que atuam sobre o auspício do certificado de fins filantrópicos outorgado pelo CNAS.

3.3 O Marco Legal do Terceiro Setor

Após a chegada da Constituição Federal de 1988, que adotou o Terceiro Setor como parceiro do Estado na prestação de serviços sociais, tornou-se necessária uma reforma no marco legal para a manutenção e desenvolvimento deste setor.

O marco legal do Terceiro Setor, inserido dentro do contexto da nova ordem constitucional e de Reforma do Estado, é compreendido pela Lei nº. 9.637, de 15 de maio de 1998, que concede às entidades deste setor o título de Organização Social (OS), e pela Lei nº. 9.790, de 23 de março de 1999, que concede o título de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

²⁰ Resolução 177/2000 do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS).

A concessão desses títulos traz alguns benefícios e vantagens para essas entidades. Mas antes de o assunto ser tratado, vale lembrar que os títulos não denotam a formação de uma nova pessoa jurídica, mas tão-somente a qualificação, o reconhecimento por parte do Poder Público de que determinadas pessoas jurídicas de direito privado realizam os objetivos estabelecidos na legislação específica e serviços de relevância pública, em colaboração com o Poder Público.

3.3.1 Organizações Sociais – OS

As Organizações Sociais (OS) integram o Terceiro Setor e podem ser definidas como entidades privadas sob a forma de associações ou fundações, sem finalidade lucrativa, prestadoras de serviços de interesse público. A Lei nº. 9.637, de 15 de maio de 1988, com o intuito de estreitar a relação entre Estado e sociedade, posicionou as Organizações Sociais numa zona intermediária entre público e privado e, portanto, alheias à estrutura da Administração Pública indireta.²¹

Para que as entidades do Terceiro Setor se habilitem ao título de Organização Social, terão que atender a alguns requisitos previstos na Lei nº. 9.637/1998, além de estarem adstritas ao rol de atividades fixado no art. 1º da lei.

Além do preenchimento de todos os requisitos, a entidade ainda haverá de vencer o obstáculo da discricionariedade, conforme dispõe o art. 2º, inciso II, da supracitada Lei,²² para que seja concedida a qualificação.

Conferido o título de OS, a entidade estará apta a formalizar contratos de gestão com o Poder Público, bem como fará jus à destinação de recursos orçamentários, bens públicos e até servidores públicos para o cumprimento do contrato de gestão, segundo art. 12 da mesma Lei.

21 A administração pública pode ser direta, quando composta pelas suas entidades estatais (União, Estados, Municípios e DF), que não possuem personalidade jurídica própria; ou indireta, quando composta por entidades autárquicas, fundacionais e paraestatais. A Administração Pública tem como principal objetivo o interesse público, e deve obediência aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

22 Embora a Lei 9.637/1988 estipule critérios para qualificação de uma entidade como organização social, não se constata a rigidez de regras que oriente a decisão da autoridade administrativa. O legislador apenas fez menção aos termos “conveniência” e “oportunidade”.

Mas a interferência do Poder Público nas Organizações Sociais alcança nível jamais visto no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente se considerada a natureza jurídica das pessoas assim qualificadas, dotadas de autonomia própria das organizações privadas assim como instruídas e geridas sob o influxo do direito constitucional à liberdade de associação.

Evidencia-se que o Poder Público possui condições extremamente vantajosas, pois além da presença assegurada no conselho de administração da entidade, participará da aprovação do contrato de gestão, de acordo com art. 4º, inciso II, da Lei nº. 9.637/1998, como ocorre ordinariamente, haja vista que tal ato envolve a manifestação de vontades da Administração e da Organização Social. Não sendo inconstitucional a inclusão desta norma e considerando que as entidades do Terceiro Setor não pertençam à estrutura da Administração Pública, percebe-se o enfraquecimento do exercício à liberdade de associação prevista no art. 5º, inciso XVII, da Carta Magna, especialmente no que toca à estrutura do Conselho de Administração.

Exercendo atividades não exclusivas do Estado, mas de relevância social - e, por isso, independentemente de qualquer licitação, uma vez que somente os serviços públicos são passíveis de contrato de concessão ou permissão -, as OS atuam em cooperação com o Estado, podendo ser fomentadas mediante contrato de gestão, pois essas entidades qualificadas como OS prestam serviços de interesse social relevante e não serviços públicos, que são prestados apenas pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, debaixo de regras de direito público (concessão ou permissão – art. 175, Constituição Federal/88).

A entidade perderá a qualificação de Organização Social “*quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão*” e será precedida de procedimento administrativo, assegurado o direito de ampla defesa à entidade social, conforme o parágrafo art. 16 da Lei nº. 9.637/88.

3.3.2 Organização da Sociedade Civil de Interesse Público

A Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) é um título fornecido pelo Ministério da Justiça, cuja finalidade é facilitar o aparecimento de parcerias e convênios com todos os níveis de governo e órgãos públicos (Federal, Estadual e Municipal) e permite que doações realizadas por empresas possam ser descontadas no imposto de renda.

Disciplinada pela Lei nº. 9.790, de 23 de março de 1999, a OSCIP configura a mais nova regulamentação jurídica das pessoas jurídicas de direito privado integrantes do chamado Terceiro Setor e, talvez, seja o mais importante passo em matéria legal deste setor no Brasil, e, também, o primeiro movimento de certa expressão.

Assim como as Organizações Sociais (OS), as OSCIPs não passam a integrar uma nova categoria de pessoa jurídica; apenas recebem um reconhecimento especial – título jurídico – por força de preenchimento de condições estabelecidas na lei reguladora.

Somente poderão se qualificar as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos que promovem serviços de interesse social que digam respeito às atividades mencionadas no artigo 3º da Lei nº. 9.790/1999. Ressalta-se que o objeto da atividade da OSCIP é mais amplo do que o da OS.

Há, no entanto, no artigo 2º, todo um rol excludente de entidades que não podem se candidatar a receber a qualificação de OSCIPs, entre elas as organizações sociais e as cooperativas; posto que impossível criar duas qualificações jurídicas de exceção para a mesma entidade. Trata-se de lista exaustiva, não comportando qualquer inclusão.

A Lei nº. 9.790/1999, em seu artigo 4º, I a VII, estabelece que as normas ou disposições dos estatutos das OSCIPs devem observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência; constituir um conselho fiscal ou órgão equivalente dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais

realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade; possibilitar a instituição de remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação.

Os requisitos apresentados demonstram que as OSCIPs, apesar de regime jurídico privado a que se submetem, devem observar derrogações oriundas do direito público. A observância dos princípios constitucionais expressos da administração pública, mesmo não se tratando sequer de entes da administração indireta, denota o alcance das regras que marcam a natureza pública dessas organizações do Terceiro Setor.

Com efeito, a legalidade visa restringir o âmbito de subjetividade dos atos perpetrados pelos dirigentes destas organizações da sociedade civil – de interesse público – sem abolir, por completo o regime jurídico de direito privado.

A qualificação de uma entidade como OSCIP é ato vinculado do Ministro da Justiça. Não há discricionariedade quanto à possibilidade de conceder o título. Preenchidos os requisitos legais e formalizado o pedido junto ao Ministério competente, a outorga do título se mostra como um ato vinculado, diferentemente do que ocorre com a OS, em que a concessão do título se coloca de forma discricionária, revelando-se a Lei das OSCIPs uma evolução nesse sentido.

Já o princípio da publicidade indica que a OSCIP deve tornar público o relatório de atividades e das demonstrações financeiras da entidade. Uma vez mais se constata a derrogação das normas de direito privado pela introdução de regras próprias do regime jurídico de direito público.

A perda da qualificação depende inevitavelmente de prévio processo administrativo ou judicial, uma vez que nenhuma penalidade pode ser aplicada sem o devido processo legal, com as garantias do contraditório e da ampla defesa. Através de processo administrativo ou judicial, deverá buscar a verdade material. Deverá apurar

se a OSCIP de fato não cumpriu alguma cláusula do termo de parceria, o que, caso ocorra, autoriza sua desqualificação.

A eventual desqualificação da entidade, dentro do processo administrativo ou judicial, deve ser motivada apontando as obrigações assumidas e não cumpridas pela entidade e o fundamento legal que autoriza a desqualificação dentro de uma razoabilidade considerada.

3.4 Formas de Controle

As entidades do Terceiro Setor, declaradas de interesse público, submetem-se a um conjunto de normas especiais para que suas atividades possam ser controladas.

À medida que os particulares têm liberdade para desempenhar atividades lícitas, reconhecidas pela ordem jurídica como de interesse público, fomentadas e incentivadas pelo Poder Público; mais intensa será a inspeção destas prestações de serviços.

Para tanto o Poder Público lança mão da autorização, regulamentação e fiscalização da prestação dos serviços sociais – serviços públicos impróprios, cuja titularidade encontra-se livre de prévia delegação estatal.

A Constituição Federal, em seu artigo 209, inciso II, condiciona a atividade de ensino a autorização prévia, assim como o atendimento dos direitos da criança e do adolescente (art. 228, parágrafo 7º). Além da previsão constitucional, o Poder Público impõe como requisito para a prática de certas atividades materiais pelas organizações do Terceiro Setor o registro, como forma de autorização.

Autorizada a efetuar os serviços a que se compromete, a entidade deverá prestar contas de suas atividades para que o Poder Público possa aferir se a prestação dos serviços está sendo feita de modo fiel aos ajustes firmados, de acordo com as diretrizes, obrigações e demais exigências impostos pelas políticas de fomento.

3.5 As Parcerias Público-Privadas

As parcerias público-privadas constituem espécie de acordo firmado entre a Administração Pública e entes privados para estabelecer vínculo jurídico a fim de implantar ou gerir de serviços, empreendimentos e atividades de interesse público, em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento são divididos entre os signatários, ou recaem apenas sobre o ente privado. Tem sido objeto de estudo em todo o mundo ocidental, sendo sua utilização ampla e servindo mais para a realização de obras de infra-estrutura de um país, como usinas hidrelétricas, estradas, entre outras.

Porém o nome e a conceituação, embora à primeira vista pareçam referir-se ao estudo que se apresenta, não se aplicam às relações entre o Terceiro Setor e o Estado. Ocorre que os entes privados que acordam a empreitada com o Estado não têm o *animus* do voluntariado. Ao contrário, a palavra de ordem na Parceria Público-Privada (PPP) é o lucro. A possibilidade de geração de excedentes é o grande propulsor das PPPs. Veja-se o caso das empresas que contratam com a Administração Pública a feitura de rodovias. O investimento tem retorno rápido com a cobrança dos chamados pedágios, taxas para que os veículos transitem no trecho “privatizado”. As Parcerias Público-Privadas são um meio para que o Estado delegue ao particular tarefas que constitucional ou costumeiramente a ele caberiam, como as estradas nacionais, as usinas de energia para o fornecimento de luz à população, o serviço de água e esgotos; processos que, no Brasil, convencionou-se chamar “privatização”.

Item último, mas não menos importante, concernente à diferenciação que se quer fazer é que, enquanto o fomento é o financiamento público daquelas atividades privadas com fins públicos, a Parceria Público-Privada é o financiamento privado de atividades públicas de infra-estrutura de um país.

4 REGIME JURÍDICO DAS OSCIPS

Descobrir qual o regime jurídico das entidades do Terceiro Setor não é uma tarefa simples, pois há que se entender o funcionamento da Administração Pública. Além disso implica descobrir qual a parcela de princípios e normas jurídicas aplicáveis a determinado fato social.

O legislador não estabelece a espécie de regime jurídico a que elas se submetem; todavia as indicações legais podem ser interpretadas em ambos os sentidos. Trata-se, sobretudo, de isolar o núcleo de princípios e normas jurídicas peculiares que regulam determinado objeto.

Ao verificar que a sociedade investida de funções delegadas - através da permissão e da concessão de serviço público - exerce atividades sob o amparo, predominantemente, do regime de Direito Público, conclui-se que a titularidade da prestação dessas utilidades públicas pertence ao Poder Público, aplicando-se, portanto, às referidas relações jurídicas um regime normativo característico, peculiar, o de Direito Público.

Por outro lado, as associações civis são constituídas e desempenham suas atividades estatutárias sob a ordem do direito constitucional à liberdade de associação. Os membros destas pessoas jurídicas gozam da plena liberdade de associação para fins lícitos. Conseqüentemente, atuam com ampla liberdade sem, contudo, ferir a lei. O particular pode fazer tudo aquilo que não seja vedado em lei. O regime jurídico a elas aplicável é o do Direito Privado, sob o influxo do princípio da autonomia privada.

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público são organizações privadas constituídas fora do aparelho do Estado e se dedicam ao desempenho de atividades não exclusivas do Estado. Não há delegação de função pública; portanto, permanecem, em princípio, alheias ao regime do Direito Público.

A adoção do regime do Direito Privado é abolida por normas de Direito Público, pois as OSCIPs submetem-se a condicionamentos, restrições especiais, bem como

recebem vantagens não aplicáveis à generalidade das associações, sociedades civis sem fins lucrativos ou fundações privadas.

Dessa forma, não lhes cabe nem a adoção do regime de Direito Público nem a de Direito Privado. Melhor dizendo: o regime jurídico dessas organizações do Terceiro Setor é dotado de características mistas, pois emergem do direito à liberdade de associação e da autonomia privada, assim como desempenham atividades qualificadas pela lei como de interesse público, submetendo-se, por conta disso, a controle especial diverso daquele a que se sujeitam os particulares cujos serviços atingem o universo restrito de associados.

Conforme discorre Luis Eduardo Regules, os serviços de utilidade pública, por seu fim e pelo grande número de pessoas nelas interessadas, são submetidos a disciplina jurídica especial. E prossegue, afirmando que.²³

Os serviços sociais são desempenhados pelos particulares, mas regulamentados, autorizados e fiscalizados pelo Estado diante do interesse social envolvido. Daí, tradicionalmente, o caráter misto do regime jurídico a que se submetem as entidades prestadoras de serviços sociais.

As atividades das OSCIPs também apresentam características que as distinguem de um regime jurídico puro. São desenvolvidas sob a influência de princípios e regras privadas, embora existam algumas indicações legislativas de aspectos de Direito Público, como os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência, como dispõe o art. 4º, I, da Lei nº. 9.790/1999.

Observa Regules que o legislador traçou as bases para um regime jurídico misto ou especial, uma vez que a OSCIP deve coadunar com a Constituição Federal, que a Lei nº. 9.790/1999 e a legislação em geral têm fundamento de validade na Lei Maior; e que os estatutos e o regulamento próprio são produzidos em observância às normas hierarquicamente superiores. O regulamento é tido tradicionalmente como ato administrativo abstrato, enquanto os estatutos resultam da comunhão de vontades dos particulares; fato que ressalta, novamente, as características mistas do

²³ REGULES, Luis Eduardo Patrone. Terceiro Setor: regime jurídico das OSCIPs. São Paulo: Ed. Método, 2006. p 157.

regime jurídico aplicável às OSCIPs, em razão da combinação de instrumentos que regem aspectos internos dessas organizações privadas.

É necessário dizer que as atividades exercidas pelas OSCIPs estão sujeitas, nos limites da lei, ao condicionamento pelo Poder Público. Submetem-se a mecanismos de controle que extrapolam as técnicas tradicionais de fiscalização das iniciativas particulares de interesse social. Neste âmbito, a legislação especial prevê o controle desta forma de fomento pelos Conselhos de Políticas Públicas, pois os mesmos detêm competência para opinar acerca da celebração, além de fiscalizar a execução do termo de parceria.

Existem, por conseguinte, alentadas referências legislativas no sentido de se aplicar regime jurídico especial às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, consubstanciado na adoção de normas de direito privado com derrogações originárias do regime de direito público, fundamentalmente em razão da:

- a) observância aos princípios de direito público como o da impessoalidade, moralidade, economicidade, eficiência entre outros;
- b) adoção de instrumentos internos que instituem regras a estas organizações do Terceiro Setor, originários dos distintos ramos do Direito - Privado e Público, como os estatutos e o regulamento;
- c) reconhecimento do Poder Público – qualificação – e controle especial voltado, se necessário, para a perda do título jurídico;
- d) outorga de vantagens especiais (recursos públicos), compatíveis com os encargos específicos, e também de controle peculiar, como o exercido pelos Conselhos de Políticas Públicas, em regra, exercidos em consonância com a participação da sociedade.

Além da existência dos princípios que orientam as OSCIPs, é importante ressaltar que, no que toca à responsabilidade pelos atos dessas organizações, a regra é subjetiva, portanto será exigido dolo ou culpa. Com efeito, não se trata de delegação

de serviços públicos, o que afasta como regra geral a responsabilidade objetiva das referidas pessoas jurídicas de direito privado.

Tal regra de responsabilidade subjetiva poderá ser elidida nos casos específicos em lei, ou ainda, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo ator do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem. Nestas hipóteses, conforme estipulado pelo parágrafo único do art. 927 do Código Civil, haverá obrigação de reparar o dano independentemente da culpa.

O Estado responderá se ficar demonstrada a negligência na fiscalização do termo de parceria, assim como o nexo entre essa negligência e o dano ocasionado a terceiro. Fala-se, portanto, em responsabilidade subjetiva na medida em que, além do nexo casual, haverá de se constatar a negligência do Estado. Entendemos, ainda, que a falha na fiscalização pode tornar o Estado responsável solidário perante terceiros.

Por sua vez, a responsabilidade civil subjetiva dos administradores da organização decorre da prática de atos danosos com culpa ou dolo no exercício de suas atribuições, conforme previsão do art. 158, inciso I, da Lei nº. 6.404/1976. A responsabilidade civil objetiva deriva da violação à lei ou ao estatuto nos termos da legislação societária, consoante o art. 158, inciso II, da referida lei.

Cumprido observar que haverá responsabilidade solidária do administrador e da organização em razão de ato ilícito praticado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma nova concepção de atividade privada - realizada pelo cidadão não investido em cargo ou função pública - com sentido público, em direção à obtenção de algo que deveria ser provido pelo Estado, veio crescendo desde a década de 60, e deu à luz o que levou o nome de Terceiro Setor da Economia.

Impregnado positivamente por algo que se pode chamar *animus*, o Terceiro Setor abraça a vontade do particular de gerar bens e serviços sem visar ao lucro e com o

objetivo de responder a desejos coletivos de bem-estar social. Há no Terceiro Setor uma dilatação da idéia de esfera pública, lugar onde interagem público e privado. Capta e produz recursos, mas o objetivo não é a geração de lucros, realiza atividades públicas, mas não tem origem no Governo de um Estado.

Pode-se conceituar o Terceiro Setor como coletivo de organizações de natureza privada, locais, nacionais, continentais e/ou globais, de caráter não lucrativo, não governamental e não efêmero, que realiza ações em direção à cidadania e à consecução de fins públicos.

Em decadência no Brasil, o modelo de Administração Pública provedora, ou seja, aquela que produz para promover seus objetivos, subsiste à obrigatoriedade do Estado de, através da sua máquina burocrática, promover o bem-estar social. Não sendo capaz de realizar todas as tarefas para atingir seu fim, e, necessitando a iniciativa privada de campos de trabalho, o Estado estimula essa iniciativa para que a Administração Pública possa realizar tarefas de interesse público.

Ao delegar as tarefas ao particular, o Estado não o faz escusando-se do cumprimento das mesmas, como num Estado Liberal Clássico, mas, sim, através de parcerias, que podem ser de várias maneiras implementadas, dependendo da legislação do país.

O princípio da subsidiariedade vem amparar essa tendência. Isso significa que cabe ao Estado propiciar aos indivíduos a possibilidade de estes criarem organizações capazes de promover a ação social, conceito que, para os termos deste trabalho, coincide com a realização do interesse público. A subsidiariedade implica nomeadamente a limitação da intervenção estatal sem que esta seja omissa. É uma proposta de equilíbrio entre o público e o privado.

A organização da sociedade em grupos para cumprir um novo papel social retira uma carga que antes pendia exclusivamente sobre o Estado, deslocando-o de Estado-provedor para um Estado-gerencial, e surge uma nova palavra-chave a ser aplicada ao modelo nascido de Estado: fomento, na acepção de estímulo ao

desenvolvimento de algo que vai ao encontro do interesse público. Esse algo seria a atividade privada de cunho público.

As organizações do Terceiro Setor, quando financiadas, no todo ou em parte, por dinheiro público, trabalham com o Estado em regime de cooperação. Para auxiliar esse funcionamento – retirando um formalismo, que, em exagero, poderia inviabilizar atividades e fazer o Terceiro Setor perder sua razão de ser –, novos instrumentos jurídicos foram surgindo em detrimento dos processos licitatórios ordinários.

Uma vez que o fomento tem origem no Estado, constata-se, sem dúvida, que somente pode a Administração fomentar quando o particular age em sentido público, posto que precisa haver uma justificação para a migração de recursos. A legitimidade do fomento repousa sempre no *animus*, no elemento volitivo da atividade voluntária auxiliada, cujo fim impescinde localizar-se no bem-estar comunitário. O fomento precisa derivar sempre de lei, porquanto os recursos para o financiamento são públicos.

A atividade de fomento deve seguir todos os princípios das demais atividades administrativas: supremacia do interesse público sobre o privado, legalidade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, impessoalidade, publicidade, moralidade, eficiência, igualdade.

O fomento foi positivado por várias leis brasileiras. Em que pesem as controvérsias acerca desses diplomas legais, os mais importantes para o presente trabalho são aqueles pertinentes às Organizações Sociais e às OSCIPs.

Isso significa que, para obedecer ao ordenamento jurídico brasileiro, o Terceiro Setor precisa se submeter aos processos previstos pelo diploma legal para se relacionar com a Administração Pública.

Assim, atendendo a um clamor vindo das pessoas relacionadas ao Terceiro Setor, o legislador foi paulatinamente editando diplomas que trouxeram novas formas de relacionamento entre o voluntariado e o Estado. Criou, para tal, novas denominações para as organizações, denominações estas que equivalem a verdadeiros *status* jurídicos.

Por fim, cabe alinhar os pontos concernentes à conclusão da pesquisa, para que seja respondida a questão proposta como tema do presente trabalho: o regime jurídico das entidades-marco do Terceiro Setor.

CONCLUSÃO

Da passagem de Moderno até o Democrático de Direito percebe-se uma crescente preocupação do Estado em relação ao bem-estar da sociedade, ao mesmo tempo que se verifica sua incapacidade de atender com eficiência os anseios de todas as classes sociais. Por sua vez os indivíduos percebem que podem e devem auxiliá-lo na solução dos problemas sociais, e isso leva a um novo relacionamento entre sociedade, governo e o mercado.

Organizada, a sociedade passa a desenvolver atividades voltadas à consecução do interesse público, e o Estado busca, por sua vez, o aprimoramento da eficiência de seus órgãos administrativos, através de uma reforma em seu aparelho.

Este novo Estado, agora reformado, possibilita à sociedade organizada o financiamento da execução de tarefas menores sem escusar-se do cumprimento das mesmas, mas efetuando-as através de parcerias.

Instituídas sob amparo do direito à liberdade, especialmente da livre associação, e, ademais, voltadas à obtenção do interesse público conforme delineado pelo sistema normativo; as organizações sociais desenvolvem suas atividades fora do aparelho estatal e se dedicam às atividades sem fins lucrativos, constituindo, portanto, um Terceiro Setor – considerando-se o Primeiro como o Estado e o Segundo como o mercado.

O avanço do Terceiro Setor não leva à substituição da prestação estatal de serviços na área social pela iniciativa particular; possui, sim, um caráter de complementação das ações desempenhadas pelo Estado, seja pela ineficiência deste, seja como forma de fazer valer os direitos de cidadania indicados na Constituição Federal de 1988.

A prestação dos serviços sociais podem ser delegadas ao Terceiro Setor através da concessão - desde que a entidade os execute em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço - ou através da permissão a alguém que recebe do Poder Público, através de ato unilateral e precário, o consentimento para desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que se realiza na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários.

É importante ressaltar que os serviços sociais não se confundem com os serviços públicos, pois a sua prestação será feita pelo Estado, bem como por organizações privadas, afastadas a titularidade jurídica exclusiva do primeiro nesta atividade – uma vez que inexiste a figura de delegação, conforme determina o sistema constitucional pátrio, assegurando-se a livre ação dessas pessoas privadas. Nestes termos, a adoção do princípio da autonomia privada e a vinculação dos particulares aos interesses públicos prestigiados em lei, sujeitos à fiscalização para coibir desvios em seus escopos, prenunciam a formação de um regime jurídico de caráter misto para estas organizações do Terceiro Setor.

No Brasil, o Terceiro Setor nasce para assumir a responsabilidade atribuída pela Constituição Federal de 1988 como forma de exercício de cidadania e, ao mesmo tempo, o combate à real ineficiência estatal na realização dos direitos sociais. Para serem constituídas, as organizações sociais devem observar as características de formalidade – alguma forma de institucionalização; de estrutura –, devendo ser privadas; de gestão – realizando sua própria gestão; de finalidade pública –, desenvolvendo atividades de interesse da coletividade; de finalidade não lucrativa – não podendo distribuir dividendos de lucros aos dirigentes e, por último, de voluntariedade – a maior parte do serviço é voluntário, ou seja, não remunerado.

O Terceiro Setor é compreendido por ações realizadas tanto por pessoas físicas quanto por pessoas jurídicas de direito privado - importando que essas ações não visem ao lucro e sejam prestadas em atuação complementar às atividades do

Estado -, podendo assumir duas formas distintas: as associações civis e as fundações privadas.

Nesse sentido, para que seja considerada entidade do Terceiro Setor, basta a organização possuir elementos característicos próprios, como a liberdade de associação, ausência de fins lucrativos e estar voltada à consecução do interesse público. O Estado apenas lhe outorga título jurídico especial, como a declaração de utilidade pública, o certificado de entidade de fins filantrópicos e as qualificações como Organização Social (OS) e Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP). Tais títulos não denotam a formação de uma nova pessoa jurídica, mas o desempenho de atividade administrativa de fomento - pelo qual se pode assegurar a obtenção de título honorífico ou recurso e bens de origem pública para a execução de serviços sociais.

Esta subsidiariedade resguarda a autonomia e a liberdade humana e propicia aos indivíduos a possibilidade de criarem organizações capazes de promover ações sociais. Limita a intervenção do Estado sem que este seja omissivo e permite o equilíbrio entre o público e o privado.

A intervenção do Estado subordina-se aos critérios de necessidade e adequação, assegurando o exercício dos direitos individuais, sobretudo à liberdade, e o incentivo às iniciativas privadas de interesse público, conhecido como atividade administrativa de fomento voltada para a consecução dos direitos e interesses coletivos e difusos.

O perfil das OSCIPs, modelo ao qual se atribui o marco legal do Terceiro Setor, foi descrito pela Lei nº. 9.790/1999, mas, diante da inexistência de definição legal de OSCIP, cumpre ao doutrinador construir uma definição dotada, sobretudo, de cunho operacional. E dos conceitos sugeridos no presente estudo, podem ser extraídos os seguintes traços jurídicos fundamentais: a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) constitui um título fornecido pelo Ministério da Justiça, cuja finalidade é facilitar o estabelecimento de parcerias e convênios com todos os níveis de governo e órgãos públicos (Federal, Estadual e Municipal), permitindo que doações realizadas por empresas possam ser descontadas no imposto de renda.

São pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, não havendo a possibilidade de distribuição de lucros ou dividendos entre os membros; entretanto, faculta-se a remuneração de dirigentes e daqueles que prestem serviços específicos, respeitados os limites a fim de que o referido escopo não seja desvirtuado.

Os serviços por elas prestados buscam a satisfação do interesse público, conforme delineado pela lei, sendo marca fundamental na definição do escopo dessas organizações privadas a vedação à *qualificação de entidades de benefícios mútuos voltadas à satisfação de um núcleo restrito de sócios ou associados*, conforme o disposto no art. 2º, inciso V, da Lei Federal 9.790/1999.

Não atuam de modo isolado e fragmentado, ao contrário, surgem como reflexo da atividade administrativa de fomento, empreendendo iniciativas em colaboração com a ação estatal em áreas sociais definidas em lei, como a promoção da assistência social, da cultura, da educação e saúde gratuitas, entre outras. São criadas e geridas exclusivamente pelos particulares, o que as diferencia das Organizações Sociais (OS), cuja gestão sofre a ingerência do Poder Público mediante a participação de representantes no órgão colegiado deliberativo.

São qualificadas pelo Estado mediante ato de outorga do título jurídico de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. Assim como as Organizações Sociais (OS), as OSCIPs não passam a integrar uma nova categoria de pessoa jurídica, apenas recebem um reconhecimento especial – título jurídico – por força de preenchimento de condições estabelecidas na lei reguladora, mas é-lhes possibilitada a destinação de recursos e bens a título de incentivo às iniciativas privadas de interesse público, mediante a celebração de termo de parceria.

Apesar de constituir nomenclatura nova para o Direito Público, a parceria que tem origem no Direito Privado e remonta à distribuição de lucros agora é utilizada com forma de promoção dos objetivos de interesse público - para representar a união de esforços entre Estado e mercado, a partir de iniciativas legislativas, bem como pela aceitação pela doutrina no âmbito do Direito Público.

As OSCIPs são continuamente fiscalizadas: verifica-se, por um lado, o exercício da polícia administrativa e, por outro lado, o controle da política de fomento. Os serviços sociais estão livres ao desempenho pelos particulares, o que não afasta, diante do interesse público prestigiado pela ordem jurídica, o exercício pelo Poder Público de missões relativas à autorização, regulamentação e fiscalização do atendimento por eles prestados. Trata-se da chamada polícia administrativa, tida como o condicionamento do exercício à liberdade e à prioridade dos indivíduos a fim de adequá-los ao bem-estar e aos interesses da coletividade.

Por outro lado, detecta-se a vigilância estatal decorrente de atividade particular incentivada pelo Estado, pela qual busca-se, em vez de limitar o exercício de direito propriamente dito, adequar a conduta da organização privada às diretrizes e obrigações relativas à política pública de fomento, fenômeno freqüente na outorga de títulos jurídicos e nos ajustes firmados com o Poder Público (termo de parceria), passível, inclusive, de acarretar a perda da qualificação ou, ainda, a extinção da parceria.

A Lei nº. 9.790/1999, em seu artigo 4º, I a VII, estabelece que as normas ou disposições dos estatutos das OSCIPs devem observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência; constituir um conselho fiscal ou órgão equivalente dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade; possibilitar a instituição de remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação.

Os requisitos apresentados demonstram que as OSCIPs, apesar de regime jurídico privado a que se submetem, devem observar derrogações oriundas do direito público. A observância dos princípios constitucionais expressos da administração pública, mesmo não se tratando sequer de entes da administração indireta, denota o alcance das regras que marcam a natureza pública dessas Organizações do Terceiro Setor.

Em síntese, o regime jurídico especial decorre do conjunto de preceitos jurídicos aplicáveis às OSCIPs, que asseguram, de um lado, a liberdade e o princípio da autonomia privada, típicos do regime jurídico de direito privado, e de outro, a consecução de objetivos voltados à satisfação do interesse público, segundo princípios e normas específicos, próprios do regime jurídico de direito público, como a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade. Torna-se oportuno sublinhar que há derrogação parcial das normas de direito privado, haja vista o dever do Ministério da Justiça de prestar informações acerca das OSCIPs, restrito, obviamente, aos dados relacionados com o ato de qualificação e a execução do termo de parceria.

É importante realçar que a criação da pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, não se confunde com a qualificação outorgada pelo Poder Público como OSCIP. A primeira diz respeito à substância das organizações privadas e submete-se às regras previstas na legislação civil, segundo os arts. 45, 46 e demais dispositivos do Código Civil e arts. 114 e seguintes da Lei nº. 6.015/1973; enquanto o ato de qualificação revela o reconhecimento - certificação de suas qualidades institucionais inerentes à consecução de atividades de interesse público, sendo aplicável a Lei nº. 9.790/1999.

Os critérios de qualificação como OSCIP podem ser divididos em formais e finalísticos. Os formais referem-se aos documentos que acompanham o requerimento dirigido ao Ministério da Justiça: estatuto registrado em cartório, ata de eleição da diretoria atual, balanço patrimonial e demonstração do resultado do exercício, declaração de isenção de imposto de renda e inscrição no cadastro geral de contribuintes, segundo o art. 5º, incisos I a V, da Lei nº. 9.790/1999. Os requisitos finalísticos decorrem de regras que apontam os objetivos ou princípios a serem perseguidos pelas OSCIPs, como a promoção da assistência social, da cultura, da segurança alimentar e nutricional ou, ainda, a observância dos princípios da impessoalidade, moralidade e publicidade, conforme o arts. 3º e 4º da referida lei.

A perda da qualificação depende inevitavelmente de prévio processo administrativo ou judicial, uma vez que nenhuma penalidade pode ser aplicada sem o devido

processo legal, com as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Através de processo administrativo ou judicial, dever-se-á buscar a verdade material, apurando-se se a OSCIP de fato não cumpriu alguma cláusula do termo de parceria, o que autoriza sua desqualificação.

A perda do título de OSCIP pode se dar tanto no âmbito administrativo quanto jurisdicional. A eventual desqualificação da entidade, dentro do processo administrativo ou judicial, deve ser motivada apontando as obrigações assumidas e não cumpridas pela entidade e o fundamento legal que autoriza a desqualificação dentro de uma razoabilidade considerada.

A invalidação do ato de qualificação, ao término de processo iniciado pelo cidadão ou pelo Ministério Público, será um imperativo sempre que não se verifiquem mais os pressupostos fáticos descritos na Lei para a emissão do título jurídico ou diante das hipóteses de erro e fraude, respeitando o devido processo legal como pressuposto constitucional indispensável para a perda desse título jurídico. A perda da qualificação poderá resultar, ademais, de pedidos apresentados pela própria entidade social, de acordo com o art. 8º da supracitada lei.

Ainda que existam semelhanças entre a Organização Social (OS) e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), como caráter não lucrativo e prestação de serviços de interesse público - ou de relevância pública, algumas distinções fundamentais merecem ser demarcadas. Tanto o ato de qualificação quanto a perda do título jurídico de Organização Social possuem caráter marcadamente discricionário.

A Lei nº. 9.637/1998, em seu art. 2º, inciso II, estabelece que o critério de conveniência e oportunidade a ser adotado pelo Ministro de Estado; já no art. 16 apresenta a faculdade atribuída ao Poder Executivo diante da desqualificação da entidade em descompasso da entidade da legalidade e da segurança jurídica. As entidades portadoras do título de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, por sua vez, são qualificadas mediante critérios legais objetivos e, ainda, não remanesce qualquer dúvida acerca da obrigatoriedade da perda dessa

qualificação, caso não mantenham alguns dos atributos indispensáveis à outorga do título jurídico.

A gestão das Organizações Sociais (OS) é objeto de ingerência por parte do Poder Público mediante a participação de seus representantes no órgão colegiado, deliberativo, enquanto o modelo das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público assegura a administração autônoma dessas organizações, contemplando na sua plenitude o direito constitucional à livre associação. Enquanto as OSCIPs recebem, a título de fomento, recursos e bens públicos, as Organizações Sociais (OS) são beneficiárias do que denominamos imoderada atividade de fomento, contando com recursos - inclusive orçamentários -; bens - permissão de uso de bens imóveis sem prévia licitação -; servidores públicos em cessão; veiculação de publicidade institucional de entes de direito público e absorção de atividades exercidas por entes da União Federal.

Ao contrário das OS, as atividades das OSCIPs mantêm-se mais abertas ao controle pela sociedade. A celebração do termo de parceria com o Poder Público será precedida de consulta ao Conselho de Políticas Públicas, de acordo com o art. 10º, parágrafo 1º, Conselho esse composto por representantes da sociedade. Ademais, a execução da parceria será acompanhada e fiscalizada pelo mesmo órgão colegiado, consoante o art. 11, *caput*, da Lei nº. 9.790/1999.

A responsabilidade pelos atos das OSCIPs, em regra, é subjetiva, aplicada, por sua vez, a obrigação de reparar o dano *independentemente* de culpa, nos casos específicos em lei, ou, ainda, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem, conforme o art. 927, parágrafo único, Código Civil. A responsabilidade do Estado decorre fundamentalmente de negligência na fiscalização do termo de parceria. Aplica-se aos administradores da OSCIP o regramento de direito societário no que se refere à responsabilidade civil, de acordo com o art. 158, incisos I e II, da Lei nº. 6.404/1976.

A instituição do título jurídico referente às OSCIPs visa, fundamentalmente, conferir um mesmo tratamento às entidades beneficiárias da atividade administrativa de fomento, proibindo-se a outorga de benefícios sob o amparo de critérios casuísticos

e individuais, além de impor um controle especial a organizações portadoras deste título, o que denota significativo avanço, se comparado à declaração de utilidade pública.

A reforma administrativa, ao instituir novas categorias de fomento como as OSCIPs, não inovou no que se refere à administração participativa, pois já existia, por obra do constituinte de 1988, suporte normativo para a participação popular no processo de decisão político-administrativa, seja mediante a atuação do cidadão nos Conselhos de Políticas Públicas e demais instâncias administrativas, seja mediante os modelos cooperativos de participação, pelos quais as organizações privadas prestam colaboração às ações encampadas pelo Poder Público em confluência com o interesse coletivo.

O “marco legal do terceiro setor” decorre seguramente da edição da Lei Federal 9.970/1999, no entanto se esgota nela. As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público não são fins em si, mas instrumentos destinados à implementação de iniciativas privadas de interesse público, no bojo da atividade administrativa de fomento e, ainda, em incondicional conformidade com o modelo constitucional do Estado Social e Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ARANTES, P. E. *Esquerda e direita no espelho das ONGs*. Campinas: Cadernos ABONG, 2000.

ANAND, S. y Sen, A. *Conceitos do Desenvolvimento Humano e Pobreza: Uma perspectiva multidimensional*. PNUD, Relatório de Desenvolvimento Humano. Nova York, 1997.

ARENDT, Hanna. *Sociologia Jurídica, Estudos de Sociologia, Direito e Sociedade*. 1. ed., 3. reimp.. Porto Alegre: Editora Síntese, 2001.

BARRETO, Maria Inês. As organizações sociais na reforma do Estado brasileiro. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Org.). *O público e o não estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

BAVA, S. C. (org.) *Desenvolvimento Local*. São Paulo: Pólis, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

_____. *Estado, Governo e Sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

BORBA, E. R. L. *Terceiro Setor: responsabilidade social e voluntariado*. Curitiba: Champagnat, 2001.

CAMPOS, A. *et al.* (org.) *Atlas da exclusão social no Brasil*, Volume 2: dinâmica e manifestação territorial. São Paulo: Cortez, 2003.

CANDELORI, Roberto. *O consenso de Washington e o neoliberalismo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/educacao/ult305u11503.shtml>> Acesso em: 03 out. 2007.

CARDOSO, Ruth. Fortalecimento da sociedade civil. In: IOSHPE, Evelyn Berg (Org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2001-b.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 6ª ed. Lisboa-Portugal: Almedina, 2002.

CASTRO, Celso A. Pinheiro. *Sociologia do Direito*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

COELHO, Simone de Castro Tavares. *Terceiro Setor*. 2. ed. São Paulo: Senac, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CORULLÓN, Mônica Beatriz Galiano; MEDEIROS FILHO, Barnabé. *Voluntariado na empresa, gestão eficiente da participação cidadã*. São Paulo: Peirópolis, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CUELLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão franquias terceirização e outras formas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DRUCKER, Peter. *Administração de Organizações sem fins Lucrativos*. São Paulo: Pioneira, 1995.

DURKHEIM, Émile. *Da Divisão do Trabalho Social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FALCÃO, Joaquim. *Democracia, Direito e Terceiro Setor*. São Paulo: Editora FGV, 2004.

FERNANDES, Rubem César. *Privado Porém Público - O Terceiro Setor na América Latina*. Rio de Janeiro: CIVICUS/Relume Dumará, 1994.

_____. O que é Terceiro Setor? In: IOSHPE, Evelyn Berg (Org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

IANNI, Octávio. *A sociedade global*. 4. ed. Local: Ed. Civilização Brasileira, 1996.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Sociologia Geral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

LANDIM, Leilah. *A invenção das ONGs: do serviço invisível à profissão sem nome*. Rio de Janeiro: Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social – Museu Nacional, 1993.

LAURINDO, Amanda Silva Costa. *O papel do Terceiro Setor na efetivação dos direitos sociais: 1998 a 2006*. 2006. 110 f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Processo) - Faculdade de Direito de Campos, UNIFLU, Campos, 2006.

LAVILLE, Jean Louis. *Economia Social y Solidaria, una visión europea*. Buenos Aires: Altamira, 2004.

MÂNICA, Fernando Borges. *Terceiro Setor e imunidade tributária*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MARTINS, Paulo Haus. A lei das OSCIPS. In: ESPÍRITO SANTO. Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. *Terceiro Setor: Fundações e entidades de interesse social*. Vitória: CEAJ, 2004, p. 117.

MEDUAR, Odete. *Direito administrativo moderno de acordo com a EC 19/98*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MELUCCI, Alberto *apud* VIEIRA, Liszt. Cidadania e controle social. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Orgs.). *O Público e o não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço Público e Poder de Polícia: Concessão e Delegação*. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-CELSO-ANTONIO.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2007.

MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil. In: MEREGE, Luiz Carlos (Coord.) e BARBOSA, Maria Nazaré (Org.). *3º setor – reflexões sobre o marco legal*. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso prático de direito administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

OLIVEIRA, Anna Cynthia. *Construindo um marco regulatório para a consolidação do setor privado não lucrativo e de fins públicos no Brasil*. Brasília: Conselho Comunidade Solidária, 1996.

OLIVEIRA, Miguel Darcy. *Cidadania e Globalização: a política externa brasileira e as ONGs*. Brasília: Instituto Rio Branco, 1999.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e Entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. 4. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A reforma do Estado nos anos 90: lógicas e mecanismos de controle. *Lua Nova - Revista de Cultura Política*, p. 49-95, n. 45, 1998.

_____. Entre o Estado e o mercado: o público não-estatal. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Orgs.). *O Público e o não estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

REGO, Vicente Pereira do. *Elementos de Direito Administrativo Brasileiro*. Recife: Typographia Commercial de Geraldo Henrique de Mira, 1860.

REGULES, Luis Eduardo Patrone. *Terceiro Setor: regime jurídico das OSCIPs*. São Paulo: Ed. Método, 2006.

ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da Rocha. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SALOMON, Lester. Estratégias para o fortalecimento do Terceiro Setor. In: IOSCHPE, Evelyn Berg (Org.). *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 89-101.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia das Letras, 2000.

SILVANO, Ana Paula Rodrigues. *Fundações Públicas e o Terceiro Setor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SINGER, Paul. *Introdução à Economia Solidária*. São Paulo: Ed. Perseu Abramo, 2002.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. São Paulo: Momento Atual, 2003.

SOLA, Lourdes; CARDOSO, Fernando Henrique. *Estado, Mercado e Democracia: Política e economia comparadas*. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1993.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões e terceirizações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

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

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Petrópolis, 2000.

SZAZI, Eduardo. Org. *Terceiro Setor: temas polêmicos*. Vol.1. São Paulo: Peirópolis, 2004.

_____. *Terceiro Setor: regulação no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Peirópolis, 2006.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. *A Democracia na América*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1977.

VIEIRA, L.C.O., CORRÊA, O. M. *Normas para redação de trabalhos acadêmicos, dissertações e teses*. Belo Horizonte: FUMEC, 2006.

WOLFE, Alan. *Três caminhos para o desenvolvimento: mercado, Estado e sociedade civil*. In: vários autores, *Desenvolvimento, Cooperação Internacional e as ONGs*, Rio de Janeiro: IBASE/PNUD, 1992.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil*. Brasília-DF: Senado Federal, 2004.

_____. *Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998*. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 05 de junho de 1998.

_____. *Lei n. 91, de 28 de agosto de 1935*. Alterada pela Lei 6.330 de 08 de maio de 1979. Determina regras pelas quais são as sociedades declaradas de utilidade pública. Diário Oficial da União. Brasília, 04 de setembro de 1935.

_____. *Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964*. Institui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Diário Oficial da União. Brasília, 23 de mar. de 1964.

_____. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 17 de jan. de 1973.

_____. *Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973.* Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 31 de dezembro de 1973.

_____. *Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976.* Dispõe sobre sociedades por ações. Diário Oficial da União. Brasília, 17 de dezembro de 1976. Suplemento.

_____. *Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991.* Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 25 de julho de 1991.

_____. *Lei n. 8.742, de 07 de dezembro de 1993.* Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 08 de dezembro de 1993.

_____. *Lei n. 9.608, de 18 de fevereiro de 1998.* Dispõe sobre o serviço voluntário e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 19 de fevereiro de 1998.

_____. *Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998.* Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 18 de maio de 1998.

_____. *Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999.* Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 19 de fevereiro de 1998. 24 de março de 1999.

_____. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Institui o Código Civil.

_____. *Decreto n. 2.536, de 06 de abril de 1998.* Dispõe sobre a concessão do Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos a que se refere o inciso IV do art. 18 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 7 abril. 1998.

_____. *Decreto-Lei n. 200 de 25 de fevereiro de 1967.* Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

_____. *Presidência da República.* Plano diretor da reforma do Estado. Brasília: Presidência da República/Câmara da Reforma do Estado/Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

_____. *Resolução n. 177, de 10 de agosto de 2000.* Regras e critérios para a concessão ou renovação do Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos. Diário Oficial da União. Brasília, Republicada do Original do D.O.U. de 15 de agosto de 2000.