

O TERCEIRO SETOR SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO EMPRESARIAL:

uma análise a partir da premissa de administração gerencial

*Bruno Valverde Chabaira
Reinaldo Rosa dos Santos*

Resumo: O presente trabalho questiona o papel e a eficiência da atuação do terceiro setor como contribuinte estatal e, mais além, pondera os reflexos do advento de sua atuação em atividades tipicamente empresárias. Dada as mudanças ocorridas na sociedade com o passar do tempo o Estado necessitou enxugar sua máquina com o fim de possibilitar a melhoria na qualidade dos serviços públicos prestados a fim de alcançar uma execução eficiente da atividade econômica. É nesse cenário que o Estado, na qualidade de principal garantidor das prerrogativas fundamentais, adotando o modelo neoliberal, descentraliza sua esfera de atuação, firmando uma parceria pública-privada e agindo lado a lado com sociedade civil, fazendo surgir na estrutura legal brasileira as agências reguladoras. Cumpre, então, investigar se o terceiro setor atua conforme o esperado, prestando um serviço eficiente e menos oneroso, o que, em última análise, legitimaria sua existência no seio da Administração Pública. Para tanto, foram feitas pesquisas qualitativas bibliográficas e utilização do método hipotético-dedutivo.

Palavras-Chave: direito empresarial; Estado mínimo; princípio da eficiência; terceiro setor.

THE THIRD SECTOR FROM THE PERSPECTIVE OF BUSINESS LAW:

an analysis from the premise of managerial administration

Abstract: This paper questions the role and efficiency of the performance of the third sector as a state contributor and, even further, ponders the reflexes of the advent of its performance in typically entrepreneurial activities. Given the changes that have taken place in society over time, the State has needed to reduce its structure in order to make it possible to improve the quality of public services provided as a means to achieve an efficient execution of economic activity. It is in this scenario that the State, as the main guarantor of fundamental prerogatives, adopting the neoliberal model, decentralizes its sphere of action, establishing a public-private partnership and acting side by side with civil society, giving rise to regulatory agencies in the Brazilian legal structure. It is then necessary to investigate whether the third sector acts as expected, providing an efficient and less costly service, which, in the final analysis, would legitimize its existence within the Public Administration. To this end, qualitative bibliographic research and the use of the hypothetical-deductive method were carried out.

Keywords: business law; minimum state; principle of efficiency; third sector.

EL TERCERO SECTOR DEBAJO DE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO EMPREARIAL:

una análisis desde la premisa de la administración gerencial

Resumen: El presente trabajo cuestiona el papel y la eficiencia de la actuación de lo tercero sector como contribución estatal y, más allá, pondera los reflejos de lo adviento de su actuación en actividades típicamente empresarias. Dada las mudanzas ocurridas en la sociedad con el pasar del tiempo el Estado necesito enjugar su máquina con fin de possibilitar a mejoría en la cualidad del servicio público prestado a fin de alcanzar una ejecución eficiente de la actividad económica. Es en este que el Estado, na cualidad de principal garante de las prerrogativas fundamentales, adoptando el modelo neoliberal, descentraliza su esfera de actuación, firmando una asociación pública-privada e actuando lado a lado con la sociedad civil, haciendo

surgir en la estructura legal brasileña las agencias reguladoras. Cumple, entonces, investigar si el tercero sector actúa conforme lo esperado, prestando un servicio eficiente e menos oneroso, lo que, en última analicé, legitima su existencia en el centro de la Administración Pública. Para tanto, fueran hechas pesquisas cualitativas bibliográficas y utilización del método hipotético-deductivo.

Palabras claves: derecho empresarial; Estado mínimo; principio de la eficiencia; tercero sector.

INTRODUÇÃO

Com o objetivo precípua de minimizar a atuação estatal, propagou-se no Brasil um movimento de revisão, visando a alteração, inclusão e revogação de inúmeros textos legais, quer no âmbito da legislação constitucional e/ou infraconstitucional. As oras mencionadas modificações vieram no sentido de reduzir as atribuições estatais, com o fito de reduzir o volume de competências atribuídas ao Estado na busca de alcançar maior eficiência na sua atuação, este movimento ficou conhecido como Reforma Gerencial.

O supracitado movimento foi pautado na privatização de serviços que antes eram considerados de natureza essencialmente pública e tiveram sua execução repassada para particulares, fato que originou o denominado terceiro setor. Fala-se em terceiro setor, visto que este atua na condição de ente que contribuição à atuação do Estado (primeiro setor), e do mercado (segundo setor), a eles se contrapondo e complementando, a depender do contexto analisado.

Para melhor compreensão da temática vale ressaltar que como ao terceiro setor foram delegados serviços sociais de natureza essencialmente pública, estes passaram a responsabilizarem-se pela forma de prestação destes serviços, a saber, pautados no critério da eficiência. Sua formação se é estruturada com a participação das seguintes organizações: organizações sociais (OS), organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs) e organizações não governamentais (ONGS).

Frente ao contexto apresentado apresentou-se como questão de investigação indagar se o terceiro setor executa suas atribuições de forma que contemple o fundamento da reforma gerencial, que é a garantir a eficiência e economicidades quando da prestação de serviços públicos comungada com a exploração de atividade econômica a toda a coletividade.

Nessa toada, cumpre questionar se a atuação, principalmente no que se refere à seara empresarial, é cumprida satisfatoriamente pelo terceiro setor, de forma a contribuir com os desafios que o Direito de Empresa enfrenta e, sob um viés constitucional, ressignificar a máxima da crise eficaz dos direitos sociais.

A relevância e atualidade da discussão proposta pode ser facilmente verificada, quando da constatação o que ao lado do movimento de relevância da administração gerencial deve-se primar pela manutenção do debate acerca da operatividade do terceiro setor junto ao Estado e seu real papel, seja como substituto ou contributo.

Optou-se por realizar o estudo por meio da utilização do método hipotético-dedutivo, e utilizar como recursos metodológicos a pesquisa de ordem bibliográfica, tendo a problemática sido respondida.

1 O ANSEIO DO HOMEM EM ORGANIZAR-SE E A CRIAÇÃO DE UMA FICÇÃO E O SURGIMENTO DO ESTADO

O Estado surge, no seio da sociedade, como consequência de um anseio por se organizar e buscar, conjuntamente, o bem comum. Pode se considerar, assim, que o Estado é uma sociedade natural, uma vez que é da natureza do homem viver em sociedade. Nas palavras de Dabin:

Chegou um momento em que os homens sentiram o desejo, vago e indeterminado, de um bem que ultrapassa o seu particular e imediato e que ao mesmo tempo fosse capaz de garanti-lo e promovê-lo. Esse bem é o bem comum ou bem público, e consiste num regime de ordem, de coordenação de esforços e intercooperação organizada. Por isso o homem se deu conta de que o meio de realizar tal regime era a reunião de todos em um grupo específico, tendo por finalidade o bem público. Assim, a causa primária da sociedade política reside na natureza humana, racional e perceptível. No entanto, a tendência deve tornar-se um ato; é a natureza que impele o homem a instituir a sociedade política, mas foi a vontade do homem que instituiu as diversas sociedades políticas de outrora e de hoje. O instituto natural não era suficiente, foi preciso a arte humana¹.

Para Kant,² o Estado encontra legitimidade em um contrato coletivo por meio do qual o povo renuncia a sua liberdade como forma de possibilitar o convívio em sociedade, pois, este nada mais é que um contrato firmado entre os indivíduos. O Estado se materializa como a expressão fática das ideias que originaram a estruturação do corpo social é neste contexto que se verifica o movimento de legitimação de um Estado.

Se observado a partir do processo que fundamenta a legitimidades estatal pode-se afirmar que, originalmente, os indivíduos “renunciaram” a forma como se exercia a liberdade na perspectiva externa a fim de ressignificá-la na condição membro da sociedade, logo, da *res pública* – *universi*. Com efeito, não se apresenta coerente afirmar que os homens em sociedade abrem mão de sua liberdade externa fundamental visando um fim maior, de forma inversa a solidifica estruturalmente, já que o sujeito abandona sua liberdade selvagem para gozar desta protegido pelo aparato legal estatal.

A problemática de Rousseau se concentrava em preservar a liberdade natural do homem e ao mesmo tempo garantir a segurança e o bem-estar da vida em sociedade. Para tanto, elaborou a teoria do contrato social, por meio do qual prevaleceria a soberania da sociedade, a soberania política da vontade coletiva. O autor pautava sua ideia na necessidade de instituir a justiça e a paz para possibilitar a submissão de forma igualitária o poderoso e o fraco, possibilitando desta maneira a busca da convivência homogênea e que se perdurasse no tempo entre os indivíduos que viviam em sociedade.

Pode-se entender, assim, que o Estado, com todos seus aparatos, não passa de uma ficção estruturada, um artifício, que se originou da necessidade inerente do ser humano de viver em uma coletividade organizada. A distinção entre a figura soberana do Estado e todas as outras ficções da sociedade civil é a soberania, propriamente dita. O Estado se caracteriza justamente, por ser

¹ DABIN, Jean. *Doctrine générale de l'État*. Paris: Sirey, 1939, p. 99-90.

² Kant, a respeito do conceito e da origem do Estado, que em alguns pontos se aproxima de uma releitura do pensamento rousseauiano, o poder político que possibilita a criação da figura estatal, se dá por meio de um acordo de vontades coletivo. É, então, um verdadeiro contrato social que legitima a existência dessa ficção que se instrumentaliza e organiza a sociedade, com fins de buscar o bem público. (KANT, Immanuel. *A Fundamentação da Metafísica de direito*. A doutrina Universal do Direito, p.158).

possuidor único de *imperium*³, tendo a prerrogativa de, alegando o bem comum e o interesse social, fazer sua vontade se sobrepor a de seus administrados.

Pode se compreender que o Estado é uma sociedade eminentemente política, pois não encontra, num primeiro momento, limites para sua atuação, ao passo que todas as outras sociedades são de natureza jurídica: têm sua organização regulada pelo Estado e dependem de sua aprovação para legitimamente existir.

Ao Estado cabe buscar o bem comum, o interesse público e é nessa busca que o homem vem, através do tempo, modificando a estrutura estatal. A noção de Estado é permanente, mas não imutável; não existe sociedade sem Estado, mas a forma com que o Estado atua e regula a realidade social, contudo, se modifica em favor da vontade humana.

Cabe dizer, o Estado antigo, o medieval, o que encontrou seus baluartes nos princípios da Revolução Francesa, o Estado Liberal, o Máximo Keynesianista e aquele de natureza Neoliberal, todos foram, em seu tempo, formas de representação da dinâmica social e passaram por mudanças para adaptar a sua estrutura e forma de atuação às necessidades da socialidade.

A forma de atuação do Estado, em qualquer tempo, traz consequências diretas no regime jurídico-social. Observa-se que, no momento de sua formação, o Estado tratou de organizar a sociedade e dividir as esferas de atuação do Direito. Segundo a atribuição clássica de Jean Domat (1829, p. 2), as leis, em relação ao seu conteúdo, se dividiam em públicas e civis. Tal era a separação e independência das referidas leis, que o Direito Civil era tido como “Constituição Privada”, ou seja, lei máxima na regulação da vida do indivíduo e administração de seu patrimônio ao passo que a Constituição pública, propriamente dita, tratava da relação entre Estado e particular.

A supramencionada dicotomia se firmava como reflexo do Estado liberal, e com a eventual intensificação da atuação estatal na sociedade, tornou-se obsoleta. Não se podia mais falar em Constituições públicas e privadas, mas sim em matéria constitucional – ou seja, o Estado – influenciando diretamente a vida do particular, por meio de uma “publicização” do Direito Civil, uma das características que propiciaram o surgimento do *Welfare State*.

A influência da atuação do Estado no ordenamento jurídico pode ser observada, ainda, na promulgação de Constituições dirigentes, que se classificam por ter em seu bojo, normas programáticas o que é um resultado claro do recente surgimento do Estado Social.

2 A SOBERANIA NÃO RESIDE NO ESTADO, MAS SIM NA POPULAÇÃO: Locke, Smith e os contornos iniciais do liberalismo

O entendimento de Locke inspirou o pensamento Liberal, servindo como base para toda a transformação estatal que estava prestes a surgir.

Se por um lado, Locke foi o responsável por desenvolver o liberalismo político, tem-se na figura de Adam Smith, o grande nome por trás do liberalismo econômico, defendido em sua obra de 1777, *A Riqueza das Nações*. Para Smith, o Estado deveria ser omissivo em relação a toda atividade econômica, uma vez que o mercado se auto regularia, conforme a teoria que depois ficou conhecida como “mão invisível”.

³ Entende-se poder de *imperium* como o poder dominante e típico dos Estados soberanos, exercido de maneira imperativa, não existindo outra forma de poder que concorra com este. É o poder originário que legitima a elaboração e aplicação de leis, diante de um determinado povo, nos limites de um determinado território.

Embebida pelas teorias liberais de Locke e Smith, a Revolução Francesa de 1789 veio como uma resposta da burguesia às restrições infringidas pelas classes dominantes, quais sejam, monarquia e clero, que impunham, durante toda o período da Idade Média uma política de estamentos sociais.

Para tanto, a camada social comandada pelos burgueses, desejosos de possuir poder político, e também de aumentar o lucro transações mercantis, encontrou num pensamento privatista os baluartes para atingir o que tanto almejavam, uma concepção político social que contrapusessem o ideal do Estado Absoluto. E então a revolução eclodiu. Nas palavras de Souza:

A revolução de 1789 instaura o liberalismo individualista no nível institucional do Estado, limitando a atuação absolutista que dominou a Idade Média. O fundamento político aparente da Revolução era o alcance da certeza jurídica. De poder garantir com firmeza os direitos do homem e, para tanto, era necessária a instauração da liberdade civil.

Mudava-se, assim, o núcleo de todo entendimento acerca da sociedade da época. Saía do centro do pensamento o Estado, agora moderno, e buscava-se analisar tudo na perspectiva individualista. Considera-se que a ordem social, a partir desse momento histórico, passou a ser regida pelos valores do indivíduo. Começa-se a falar em liberdade e igualdade civil, propriedade privada, no surgimento de uma sociedade fraterna, hegemônica, e organizada horizontalmente; entra-se na era do Liberalismo.

Ante o exposto, pode-se contatar a partir de um olhar genérico que a teoria do Liberalismo propugnava os fins limitados do Estado. Dito de outra forma, caberia ao Estado reduzir ao máximo suas atividades, funcionando apenas como coadjuvante que controlará a ordem social. Neste sentido, a função do Estado seria reduzida a forma de atuação que ficou conhecida como Estado-polícia, com o fito de impossibilitar a toda forma de participação deste na iniciativa privada quanto a matéria fora de ordem econômica. Por fim, vale ressaltar que o estado liberal sobreviveu até meados do século XX, momento em que se viu substituído pelo agora celebrado Estado Social.

3 “A DIFICULDADE REAL NÃO RESIDE NAS NOVAS IDEIAS, MAS EM CONSEGUIR ESCAPAR DAS ANTIGAS.” J. KEYNES. O ESTADO SOCIAL COMO CONTRAPONTO DO ANTIGO LIBERALISMO.

Para melhor compreender a concepção essencial do Estado social deve-se ter em mente que este emergiu como um suscitador de um novo paradigma que tratava do agir estatal restrito a perspectiva de ente ao qual competia o desenvolvimento, promoção e regulação da vida, da saúde, da economia e da política, perceptível se apresenta o movimento de garantia do que viera a ser denominado de estado mínimo. O grande responsável por difundir a teoria do Estado Social, ou como também é chamado, *Welfare State*, foi Keynes⁴, por observar que a “mão invisível” não era capaz de atender aos anseios da sociedade, na forma pensada por aqueles que “pregavam” a concepção liberal nos moldes tratados no presente estudo. A visão positiva sobre a relevância do

⁴ John Maynard Keynes, o economista britânico cuja teoria teve grande influência na macroeconomia moderna. Defendia uma política econômica tendo o Estado como intervencionista, garantindo bem estar social – nomenclatura que fora difundida para representar esta perspectiva de “agir” estatal. Logo, o Estado social também ficou conhecido como o Estado do bem estar social, no qual seria atribuição dos governos implementarem formas de fiscalização monetárias capazes de impedir os efeitos adversos dos ciclos econômicos.

Estado social prosperou dada as crises econômicas que assolaram o Estado moderno, a saber o crack da bolsa americana em 1929⁵ e a situação da Europa pós-guerra.

A ideia do Estado social, no entanto, é mais antiga, surgindo num primeiro momento, como uma crítica ao Liberalismo político e com ligação direta com o socialismo, como bem observa Bonavides⁶: “a revolução capitalista tivera em Smith o teórico que a legitimara no campo econômico. Mas em Marx, e somente em Marx, encontrou o seu primeiro e autêntico refutador.”⁷ O referido fato encontra guarida no pensamento Marxista que inaugura sua crítica, com sentimento de revolta ante o modelo de economia e da política da Época.

Grande parte do estudo de Marx, contudo pode ser apreendido com base na releitura da visão rousseauiana, visto que os olhares dos autores se encontram quanto o problema em relação da longevidade do sistema capitalista. Enquanto, este defendia um socialismo utópico, aquele o chamado socialismo científico. De forma contraposta, a reação da burguesia capitalista deu origem ao Liberalismo e do outro lado a reação da classe operária que protestava deu substancia ao marxismo.

Logo, fica evidente que houve um processo de subvenção da estrutura das instituições sociais da Época que tiveram que se reestruturarem para atender as características do Estado Social. Na visão rousseauiana somente um acordo pleno em sinergias das vontades humana seria capaz de concretizar a verdadeira Democracia e alcançar a conciliação das classes o tão almejado e bem comum, real e racional.

Acerca do Estado social, preceitua Bonavides⁸:

O estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia. Daí compadecer-se que o Estado social no capitalismo com os mais variados sistemas de organização política, cujo programa não importe modificações fundamentais de certos postulados econômicos e sociais.

⁵ Foi no transcorrer da Primeira Guerra Mundial, que a economia norte-americana alcançou seu pleno desenvolvimento, suas indústrias produziam e exportavam em grandes quantidades, principalmente, para os países europeus. Por conseguinte, assim como o transcorrer da Primeira Guerra Mundial teve forte influência no desenvolvimento de sua economia seu término também contribuiu para manutenção desse processo de crescimento. Porque com o término da guerra o quadro não mudou, uma vez que os países europeus, voltados para a reconstrução das indústrias e cidades, necessitavam manter suas importações, principalmente dos EUA. Não obstante, a partir da década de 1920, o momento ascendente da economia desta Nação começou a mudar abruptamente, pois, os países já reconstruídos não mais necessitavam importar dos Estados Unidos como antes, gerando assim um cenário de estoque abarrotados e diminuição substancial demanda por importação destes por outros países. Fato é que, essas empresas, que não mais vendiam como antes, possuíam ações significativas na bolsa de valores norte americana, nas quais milhares de americanos tinham investidos. O que observou-se foi o processo gradual de desvalorização das ações dessas empresas e a correria da população para vender essas ações O efeito foi devastador, pois as ações se desvalorizaram fortemente em poucos dias. O número de falências de empresas foi enorme e o desemprego atingiu quase 30% dos trabalhadores. A crise, também conhecida como “A Grande Depressão”, foi a maior de toda a história dos Estados Unidos. Como nesta época, diversos países do mundo mantinham relações comerciais com os EUA, a crise acabou se espalhando por quase todos os continentes, como um verdadeiro efeito dominó.

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Democrático*. 7ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 166.

⁷ Rousseau deu à democracia moderna sua teoria pura. Marx emprestou ao socialismo a feição científica de que carecia, liberando-o das velhas utopias, comuns a todos os predecessores. [...] O Marxismo começa com a crítica. A democracia de Rousseau teve também, como ponto de partida, uma análise, na qual decompôs o filósofo a sociedade de seu tempo, sociedade sabidamente medieval, com a herança sobrevivente de feudos e corporações, já incompatível com as bases autoritárias e nacionais do Estado moderno; já em manifesta contradição com o sistema capitalista. (BONAVIDES, Op. Cit., 2004, p. 166)

⁸ BONAVIDES, Op. Cit., 2004, p. 184.

O contexto acima apresenta-se fundamental, pois, clarifica o fato de que se tornou irrelevante para a doutrina que estuda os sistemas capitalistas e socialistas relatar que o Estado Social teve suas bases no pensamento Marxista. Com efeito, pode-se observar no curso da História a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, todos adotando a configuração de um Estado Social, o que não impediu a Inglaterra de Churchill, os Estados Unidos e a França também o fizessem.⁹

4 A FUGA DAS MÃOS IMPERATIVAS DO ESTADO: o neoliberalismo

Com a existência de crises econômicas, começaram a surgir teorias a respeito de um Estado que atuasse diretamente na economia que, com seu amparo, se sairia melhor. Este era o espírito da doutrina do Estado Social que, de fato, garantiu aos Estados que a adotou uma recuperação na economia, mas ao passo em que se recuperou, esta não conquistou avanços, simplesmente estava estagnada. Por volta da década de 70, observou-se a necessidade de se “reviver” o liberalismo, mas com uma forma mais adequada para ao tempo que estava se passando. Com isso chegou-se ao neoliberalismo que teve como um de seus idealizadores Milton Friedman, que defendeu a teoria monetarista na Universidade de Chicago.

O movimento neoliberal, vem como afronta à crise causada pela participação intensa do Estado. Por meio deste, se busca pouca intervenção do Estado nas relações de comércio e mercado de trabalho, privatização de estatais, globalização do comércio, contrapor o protecionismo econômico, reduzir a burocracia e o tamanho do Estado - para que este se torne eficiente – contrariar excessivos tributos, aumentar a produção e desenvolvimento econômico. O movimento vê que somente a lei da oferta e demanda seria o suficiente para autorregular o preço do que se produz, assim sem que o ente superior não os controle. Também entende que o alicerce da pirâmide econômica deva ser composto por empresas de cunho privado.

Como tudo que se faz é passível de críticas, a doutrina neoliberal também foi objeto de entendimentos controversos que diziam que o sistema iria unicamente favorecer as grandes empresas, e estas prejudicariam os menos favorecidos. Os países pobres e em desenvolvimento sofreriam com baixos salários, altos índices de desemprego e desigualdade social.

5 A REFORMA GERENCIAL E A MAIS EFICIENTE E MENOS BUROCRÁTICA

É cediço o fato de que o ordenamento jurídico vem sendo alterado de maneira mais recorrente na última década, destas alterações as que importam para a presente pesquisa são as que dizem respeito as que permitiram a implementação do modelo administração com característica gerencial, fundado no argumento da promoção de uma administração pautada na eficiência.

⁹ A respeito do Estado-Social Francês, obtempera Bustillos (BUSTILLOS, Catarina Setúbal. *Políticas Sociais Públicas: O Estado-Providência Francês*. Revista do BNDS, Rio De Janeiro, V. 8, N. 15, P. 195-212, JUN. 2001, p.1): O Estado-Providência francês caracteriza-se por ser um modelo de proteção social baseado na ideia de redistribuição de recursos pelo Estado (solidariedade nacional) e financiado, majoritariamente, por um sistema de seguridade social por repartição, consolidado a partir de 1945 e com vocação universalista, para fazer face aos riscos sociais de empobrecimento, velhice e doenças que atingiam os trabalhadores no pós-guerra e, assim, manter a coesão social. Após 1974, o sistema baseado no pleno emprego começa a enfrentar as dificuldades trazidas por um desemprego estrutural de longa duração e altas taxas, pelo baixo crescimento econômico, pela nova estruturação econômica mundial e por evoluções demográficas internas inevitáveis.

Neste sentido, foi promulgada a Emenda Constitucional de nº 19 no ano de 1998, como instrumento normativo de legitimação do que viria ser denominada Reforma Gerencial da estrutura administrativa do Estado brasileiro. A alteração do modelo de administração da coisa pública que emergiu pautado nos fundamentos das teorias neoliberais, tendo como fulcro a demanda por uma gestão cuja eficiência proporcionasse a superação da até então experimentada incapacidade estatal, mais precisamente quanto a cristalina incapacidade de atuar de forma positiva – ativa –, no sentido de contribuir na vida dos indivíduos integrantes da comunidade contemplando dessa forma os preceitos constantes na Carta Cidadã de 1988.

Não obstante, cabe ressaltar que o fenômeno da necessidade por uma nova perspectiva de atuação estatal emergiu em detrimento do processo de globalização, visto que, a alteração no cenário econômico mundial inviabilizou a proteção por parte do Estado de suas economias das interferências do mercado externo.

Frente ao novo contexto econômico o Estado teve ressignificar sua atuação a fim de reestruturar a economia e viabilizar a competição no âmbito internacional, logo, este passou a se aproximar mais da esfera privada, mais propriamente na condição de fomentador e regulador do referido setor. Com efeito, já não mais necessitava o sistema econômico de ser reestruturado, mas o Estado como um todo.

Ora, a este agora competia uma atuação mínima se tratando intervenção, sendo cediço a administração pública, atuar no setor privado apenas onde seja indispensável, com vistas a reduzir suas e, conseqüentemente, melhorar o serviço público essencial com mais efetividade.

O “Estado mínimo”, de característica tipicamente neoliberal que redimensionou a forma de gerenciamento estatal ao buscar minimizar a burocracia para alcançar a eficiência, ante a este contexto, esta se tornou princípio positivado da Administração Pública com a alteração da referida emenda constitucional especificamente no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Tal é a leitura do caput referido dispositivo constitucional: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...” (grifo nosso).

Com efeito, o critério de eficiência tornou-se força motriz na forma de agir do ente público, com característica vinculativa, isto se deu pelo fato do legislador entender que suas ferramentas de gestão suscitavam morosidade, uma administração com baixa produtividade e, dito de outra forma. Ineficiente.

Ao analisar o princípio da eficiência, Meirelles¹⁰ avalia sua conceituação da forma que se segue

O Dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Tem-se, então, que cabe à Administração Pública, agora gerencial, buscar sempre a aferição de resultados, ampliando a autonomia e reduzindo o controle entre os entes administrativos.

¹⁰MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 92.

As privatizações também se deram em decorrência da Reforma Gerencial, como bem observa Bresser Pereira¹¹ vez que “uma característica essencial da reforma do Estado brasileira [...] foi a decisão de privatizar as empresas estatais que produzem bens e serviços para o mercado.” A prática de privatizar, prevista no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado¹², consiste em descentralizar serviços de natureza eminentemente pública para pessoas jurídicas de direito privado. Essa prática, que legitimou de significativamente a teoria do Estado mínimo, tratará, em outras palavras, em terceirizar, não apenas as atividades de apoio, como segurança e limpeza, por exemplo, mas também as atividades sociais à membros da sociedade civil.

Seguindo a marcha do movimento ora descrito emergiu formalmente no Brasil as denominadas agências reguladoras¹³, que são classificadas como espécie do gênero autarquia que, se caracteriza por observar um regime especial e que, como observa Mello¹⁴ “desfrutariam de uma liberdade maior do que as demais autarquias.

Vale ressaltar ainda que tendo como fundamento o conceito de Estado gerencial possibilitou-se a celebração de contratos de gestão¹⁵, o que permitiram a formação de parcerias públicas-privadas com os chamados entes de cooperação. Como consequência do exposto é que se pode observar a significativa atuação do terceiro setor em âmbitos tipicamente públicos.

¹¹ PEREIRA, Op. Cit. 2006, p. 2.

¹² “Este ‘Plano Diretor’ procura criar condições para a reconstrução da administração pública em bases modernas e racionais. No passado, constituiu grande avanço a implementação de uma administração pública formal, baseada em princípios racional-burocráticos, os quais se contrapunham ao patrimonialismo, ao clientelismo, ao nepotismo, vícios estes que ainda persistem e que precisam ser extirpados. Mas o sistema introduzido, ao limitar-se a padrões hierárquicos rígidos e ao concentrar-se no controle dos processos e não dos resultados, revelou-se lento e ineficiente para a magnitude e a complexidade dos desafios que o País passou a enfrentar diante da globalização econômica. A situação agravou-se a partir do início desta década, como resultado de reformas administrativas apressadas, as quais desorganizaram centros decisórios importantes, afetaram a ‘memória administrativa’, a par de desmantelarem sistemas de produção de informações vitais para o processo decisório governamental.” (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1995, p. 5-6) O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado fine objetivos e estabelece diretrizes para a reforma da administração pública brasileira, instrumento indispensável para consolidar a estabilização e assegurar o crescimento sustentado da economia foi elaborado por determinação do presidente Fernando Henrique Cardoso.

¹³ Compreende-se que as agências reguladoras, (a exemplo da ANEEL, ANATAL, ANP, ANA, ANTAQ, ANTT, ANCINE, ANAC entre outras) pessoas jurídicas de direito público e integrante da Administração Indireta foram criadas por meio do Decreto-Lei nº 200/1967, que destacou sua natureza jurídica de autarquia de regime especial. Contudo, apesar de já há muito tempo existir a previsão legal que deu suporte à criação dessa espécie de autarquia de regime especial, as agências reguladoras só surgiram propriamente no seio da Administração Pública com o advento das teorias neoliberais. Pode-se concluir, então, que foi consequência da tentativa iniciada por Fernando Collor de Mello (1990-1992) e continuada e melhorada por Fernando Henrique Cardoso de reestruturar o Estado. Foi no advento do Estado mínimo e, em decorrência, da reforma gerencial, que a máquina estatal percebeu a necessidade de enxugar seu contingente e atuação no setor privado, passando, assim, a privatizar. As privatizações trouxeram como consequência para o Estado, o dever de regular a relação entre o trinômio Administração-serviços concessionários-administrado. O referido controle é possível de ser feito por meio das agências reguladoras uma vez que estas se diferem das autarquias simples por possuírem mais autonomia, seja ela financeira ou administrativa e por teres legitimidade de atuar com poder de polícia. Por último, faz-se o entendimento de que, mesmo quando a agência reguladora estiver fiscalizando determinada execução de atividade econômica ou prestação de serviço público, sua atuação será guiada pelos princípios da Administração Pública, uma vez que, como dito o referido instituto integra o núcleo da Administração Indireta.

¹⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores.

¹⁵ O contrato de gestão se encontra regulamentado por diversas leis esparsas. Cumpre comentar, todavia, a previsão no tocante à Emenda Constitucional de n.º 19, que, entre outras modificações, deu novo texto ao artigo 37, que dispõe: “§8º - A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade [...]”

6 ATUAÇÃO “LADO A LADO” COM O ESTADO: o terceiro setor

Pode-se constatar que com o advento das teorias neoliberais, a Reforma Gerencial e a formação de um mercado cada vez mais competitivo e capitalista, o Estado passou a ter que lidar com novas demandas como a necessidade de manter cooperadores em algumas das atividades que, sob o regime administrativo anterior, eram de sua competência, já que este encontrava-se limitado da perspectiva de atendimento das demandas originárias de seu território. Com efeito, houve a ascensão da ideia do terceiro setor, cujo objetivo seria delegar as funções que seriam próprias da Administração Pública.

Para se compreender o conceito de terceiro setor, segundo preleciona Montaña¹⁶, faz-se mister o entendimento da existência conforme e harmônica de dois outros setores. Nas palavras do autor supracitado “[...] o ‘terceiro setor’ refere-se, em contraposição ao ‘primeiro setor’ (Estado), e o ‘segundo’(mercado) [...] à sociedade civil”.

Compreende-se como terceiro setor o conjunto de entes paraestatais munidas de personalidade jurídica de cunho privado, cuja finalidade é garantir o bem comum, fato os tornam, públicos. É neste sentido e por estas razões que as paraestatais são identificadas como entidades de utilidade pública.

Logo, tem-se a delegação das atividades ao terceiro setor como uma das características próprias do modelo de gestão administrativa ora descrita, o Estado realiza uma descentralização cujo tanto o poder normativo quanto o poder político não ultrapassam a linha limítrofe da esfera pública, pois a sociedade civil incumbe apenas o dever de atuar em determinada área pactuada. Destarte, tem-se que o Estado se exime de atuar em áreas de interesse coletivo, ficando toda a sociedade a depender da efetividade de prestação do terceiro setor, uma vez que a Administração Pública – em tese – estaria livre de responsabilização.

Importa ainda, apresentar o desenho institucional que rege a organização para o devido funcionamento do terceiro setor, este se ramifica em três: serviços sociais autônomos, organizações sociais (OS) e as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs). Mesmo com essa divisão, suas estruturas são semelhantes, pois são de cunho privado, atuam em atividades não exclusivas do domínio da administração, e por receberem subsídios, estão, assim, sujeitas ao controle administrativo. Ademais ressalta-se ainda que os entes citados devem apesar de atuarem ao lado do Estado, não compõem a estrutura da Administração Indireta.

Na seara dos serviços sociais autônomos, sistema criado no Brasil, são aqueles que de direito privado, foram instituídas, pelo poder público, com o fim de levar assistência ao ensino para determinadas classes sociais e profissionais. Para se sustentar eles recebem, como diz Meirelles¹⁷ “[...] dotações orçamentárias ou contribuições para-fiscais”, na o administrador concede a liberdade para que cumulem incentivos para-fiscais na natureza de tributos, uma vez que não recebem subsídios de seus mantenedores.

É de fundamental importância saber claramente que ao delegar a prestação de determinado serviço o ente estatal não está passando sua competência, pois as atividades são apenas desenvolvidas pelo Terceiro Setor. Dito de outra forma pode-se afirmar que aos Serviços não são serviços eminentemente do Estado que foram delegados deve-se incluir o fato de que estas

¹⁶ MONTAÑO, 2010, p. 182.

¹⁷ MEIRELLES, *Op. Cit.* 2013, p. 285.

atividades são de suma importância aos administrados. Nesse grupo se enquadram: SESI, SENAC, SESC, SESE, dentre outros.

A lei 9637/1998 prevê Organizações Sociais, na qual o terceiro setor se apresenta e, na compreensão de Di Pietro¹⁸

São pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de contrato de gestão.

Mantendo-se nesse quesito, existe a organização da sociedade civil de interesse público - OSCIPs, efetivadas por meio da lei 9790/1999, que fomenta a parceria entre ente privado e Estado.

Apesar de os modelos citados serem semelhantes, estes não se confundem, visto que, as OSCIPs possuem diferença no que diz respeito a sua criação, pois não surgiram devido a necessidade de mudar a administração direta, enquanto as OS se consolidam via contratos, aqui se consolida por parceria. Além disso, as Organizações Sociais funcionam por meio de ato vinculado, já as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público via ato de natureza discricionária.

Vale acrescentar que somente pode se encaixar em um desses modelos, sem haver a possibilidade de dupla personalidade.

7. O CONTRIBUTO SOCIAL E A TRIÁDE ESTADO-MERCADO-TERCEIRO SETOR

Após compreender os conceitos norteadores referentes ao terceiro setor, faz-se necessário verificar se sua permanência ao lado do Estado possui alguma contribuição significativa para que este possa aumentar sua eficácia. O terceiro setor se mostrou cada vez mais presente diante da Reforma Gerencial, período repleto de alterações constitucionais e legais, com ênfase à emenda constitucional n. 19, que trouxe consigo a inclusão da eficiência no rol de princípios da Administração Pública, mas sendo válido analisar se as promessas neoliberais não passavam de ilusão.

A responsabilidade com o indivíduo tornou-se extremamente restrita após a retirada do Estado de segmentos econômicos, visto que, se manteria um mal estar socialmente falando, pois, a população estaria dependente de entes privados, somente com a assistência do Estado no que condiz a gerenciar programas assistenciais.

Diante disso, afirma Montaña¹⁹

As limitações que existiam no padrão anterior de resposta à “questão social” não apenas não são resolvidas pela reestruturação neoliberal, mas em muitos casos são agravadas; assim: a má distribuição e baixo cobertura dos programas sociais; o caráter predominantemente contratualista (excluindo os não-contribuintes); a estratificação de benefícios, reproduzindo as desigualdades; a inexistência de um enfoque redistributivista da política social; a ausência de proteção econômica para o desempregado; um padrão financeiro perverso, insuficiente e regressivo. [...] Estas limitações no novo padrão neoliberal de política social estatal é

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006 p., 489.

¹⁹ MONTAÑO, 2010, p. 152

caracterizado pela primazia de “programas assistenciais de caráter apenas suplementar e emergencial”, “dirigidos apenas para os pobres”.

A Reforma Gerencial expandiu esse modelo de programa social, que foi alvo de inúmeras críticas, visto que possui caráter temporário e não resolve necessariamente os problemas de conflitos sociais, fomentando as desigualdades e ampliando a visão de que esse formato de política emergencial dá margem para a perpetuação da pobreza.

Noutro giro, cumpre destacar que o terceiro setor, na medida em que está, em determinada esfera dissociado da burocracia que marca a Administração Pública, é capaz de atuar na esfera privada – empresarial, portanto, – com mais propriedade.

Daí porque, percebe-se que o terceiro setor representa uma alternativa à questão dos direitos sociais, máxime do neoconstitucionalismo e dos desafios que caracterizam a pós-modernidade, não obstante enseje ainda em uma evolução à atuação empresarial, seja em âmbito público ou em privado.

Falar em terceiro setor, nesse jaez, insta pensar na atuação empresarial que não tem como mister a busca desenfreada pelo lucro, mas sim sua compatibilização com o interesse social, daí porque, além de configurar-se como alternativa no campo fenomenológico, o terceiro setor possibilita uma hermenêutica de releitura dos institutos clássicos do direito público e privado.

CONCLUSÕES

O terceiro setor é alvo de inúmeros debates, visto que, surgiu com as reformas legais de 1990, com ênfase na Reforma Gerencial. Portanto, é válido destacar as discussões levantadas por este.

Após as privatizações tornarem-se cada vez mais frequentes, os serviços – principalmente os essenciais -, foram sendo alocados no cenário particular. Devido isso, fez-se necessário a criação de agências responsáveis por fiscalizá-los. No entanto, o terceiro setor começou a ser alvo de um processo de desconstrução, pois entendeu-se que este estava comprometendo a legitimidade estatal, ou seja, ao ganhar notoriedade e respeito, colocava em risco a existência do Estado de Direito.

No entanto, é importante frisar, que a existência do terceiro setor só é legítima se a sociedade civil surge como suporte para auxiliar na eficácia da administração, mas não como substituta das atividades estatais, pois, isso é de responsabilidade única e exclusiva do Estado.

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos Ideológicos de Estado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1987, p. 45-46.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Globo, 2011, p. 171

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Democrático*. 7ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p.171 e 184.

BUSTILLOS, Catarina Setúbal. *Políticas Sociais Públicas: O Estado-Providência Francês*. Revista do BNDS, Rio De Janeiro, V. 8, N. 15, P. 195-212, JUN. 2001

COUTINHO, Carlos Nelson. *El concepto de sociedade civil em Gramsci y la lucha ideológica em el Brasil de hoy*. Rio de Janeiro, UFRJ, 2000. Mimeo.

DABIN, Jean. *Doctrine générale de l'État*. Paris: Sirey, 1939, p. 99-90.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006 p., 489.

DOMAT, Jean. *Le droit public, suite des lois civiles dans leur ordre naturel*. vol. 3, Oeuvres complètes, nouvelle édition revue corrigée, ed. Joseph Remy (Paris: Firmin-Didot, 1829, p 1-2

KANT, Immanuel. *A Fundamentação da Metafísica de direito*. A doutrina Universal do Direito, p.158.

LASKI, Harold J. *Grammaire de la politique*. Paris: Delagrave, 1933, p. 9

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Da administração pública burocrática à gerencial*. Revista do Serviço Público, 47(1) janeiro-abril 1996. Trabalho apresentado ao seminário sobre Reforma do Estado na América Latina organizado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e patrocinado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (Brasília, maio de 1996)

_____. Reflexões sobre a reforma gerencial de 1995. In *Revista do Serviço Público*. Ano 50, n. 5, out-dez, 1999.

SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Função social do contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 2008, p.21.

Submetido em outubro de 2020
Aprovado em dezembro de 2020

Informações do(a)s autor(a)(es)

Bruno Valverde Chahaira

Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR. Professor da Universidade Federal de Rondônia. Avaliador do MEC/INEP – Direito. Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Aparício de Carvalho. Membro da Comissão Nacional de Educação Jurídica do Conselho Federal da OAB.

E-mail: professorbruno@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7389-850X>

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4848748118839456>

Reinaldo Rosa dos Santos

Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo - FADISP. Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo - FADISP. Especialista em Metodologia do Ensino Superior (UNIR). Especialista em Gestão e Direito Ambiental (UNIRON). Presidente da comissão de precatórios da OAB-RO. Professor efetivo da Universidade Federal do Acre - UFAC

E-mail: reinaldorosa10@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0224-6226>

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1598864991369259>