

APONTAMENTOS SOBRE O TERCEIRO SETOR NO BRASIL BREVE ANÁLISE JURÍDICA (*)

GLAUCO MARTINS GUERRA (**)

I — INTRODUÇÃO

A análise jurídica do terceiro setor no Brasil exige o foco preliminar em dois pontos de objetiva definição: o ambiente sociopolítico e conjuntural pelo qual transpassam o Estado e as instituições públicas brasileiras, notadamente no quarto final do século XX, e, passo a passo, o fenômeno da dicotomia público-privado na ordem do Direito.

De todo evidente que o primeiro tópico demandaria um estudo científico, de caráter sociológico⁽¹⁾ e econômico, propugnado numa abrangência metajurídica, para se compreender porque o Brasil, um país que parece contar com a solidariedade em seu seio sociocomunitário, percebeu apenas nos estertores da última década a importância de uma efetiva aceitação e legitimação (inclusive legislativa) dos organismos sociais, por suas atividades sem fins lucrativos, que buscam, pelas mais diversas modalidades, a melhoria dos indicadores da vida no mundo, seja em seus recursos naturais ou humanos.

O terceiro setor é assim definido por diferenciação sistemática de dois outros pólos não necessariamente antagônicos, mas historicamente construídos em paralelo: o Estado (primeiro setor) e o mercado (segundo setor).

No âmago do que a geografia econômica definiu como *economia social*, a Europa é o berço desse movimento, ligado não só à atividade social,

(*) Monografia apresentada para conclusão do curso de pós-graduação denominado "Princípios Fundamentais do Direito Administrativo", sob a titularidade da Profa. Maria Sylvania Zanella di Pietro, perante o Departamento de Direito de Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no 2º semestre de 2002.

(**) Mestrando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

(1) Um dos mais importantes pensadores do tema no campo sociológico é sem dúvida o Prof. *Beaventura Sousa Santos*, destacando-se sua obra "Pela Mão de Alice — O social e o Político na Pós-Modernidade" (Biblioteca das Ciências do Homem, Porto, Edições Afrontamento, 1994).

como também ao apoio profissional, à proteção ambiental, à tolerância religiosa e racial, à regionalização e globalização econômica e as todas as demandas de cunho sócio-humanitário e comportamental que o Estado e o Mercado não alcançam, não conseguem ou não se interessam em fazer.

Como aponta *Jean-Loup Motchane*, desde o século XIII esse fenômeno já era percebido, através das confrarias, corporações de ofício e organizações comunitárias. Mas a maior manifestação socioassistencial certamente ocorria no ambiente religioso dos seminários e conventos. A economia social ganhou um primeiro grande impulso no século XIX, em reação à revolução industrial, colocando em contraponto o pensamento liberal e o socialismo utópico. A segunda grande onda veio com pós-Segunda Guerra, focada no desenvolvimento do trabalho e na reconstrução física e econômica da Europa. São grandes, Estado por Estado, os percentuais da população economicamente ativa que, de algum modo, participam ou são membros de entidades e organizações sociais.⁽²⁾

A economia social (ou o terceiro setor) conseguiu fomentar o agrupamento de estruturas institucionais bastante diferentes, fomentando a *assistência recíproca*, o *cooperativismo*, as *associações civis*, as *fundações*, as *organizações de auto-ajuda* etc., de modo que cinco princípios sagrados e algumas exigências sociais fossem cumpridos: a independência defronte o Estado, a livre adesão dos associados, a estrutura democrática do poder de gestão e administração interno (uma pessoa, um voto), a inalienabilidade e a coletividade do capital do empreendimento desenvolvido e a abstenção de remuneração desse capital.

O objetivo fundamental da economia social é o oferecimento de bens e serviços que possam melhor servir o interesse mútuo e coletivo daqueles que, de modo direto (associados) ou indireto (beneficiários), são o foco das organizações sociais. Mas genericamente, o terceiro setor assume as ações de interesse geral que o Estado não pode ou não consegue assumir.

Fala-se hoje numa onda de reformulação da presença do Estado no desenvolvimento de políticas sociais, sejam elas assistenciais ou mesmo essenciais, mas que a máquina estatal, por sua onerosa infra-estrutura e deficitária agilidade na capacitação das ações sociais de interesse público, não dá conta de maneira eficaz. Nesse contexto, é primordial a leitura do trabalho de ponta realizado pela socióloga portuguesa *Ana Paula Santos Quelhas*, que estuda a ação das organizações sociais (o "mutualismo") e a globalização, na figura do terceiro setor, a partir de uma rica coleção de dados empíricos levantados num espectro de 15 países europeus, do norte ao sul. Identificando o dualismo Estado/sociedade civil, as vicissitudes e mazelas sociais e laborais oriundas da Revolução Social, a necessidade de alcance do bem-estar social das classes trabalhadoras e economicamente menos favorecidas, a autora disserta a "realidade ambígua e multifacetada" que o terceiro setor representa por suas concretas experiências e realizações. Organizações sociais essas que vêm ganhando caráter ins-

(2) *Jmotchane, Jean-Loup. "Ces territoires méconnus de l'économie sociale et solidaire", Le Monde diplomatique, Juillet 2000, www.monde-diplomatique.fr/2000.*

titucional cada vez mais relevante, por sua postura "a meio-caminho entre o Estado e o mercado", na "preocupação em colmatar as carências de natureza social tornadas visíveis com a Revolução Industrial e com o desenvolvimento capitalista".⁽³⁾

Num salto temporal, apenas a título referencial, a globalização econômica, hoje uma realidade como conjunto de processos nacionais e comunitários de sustentação das forças comerciais regionais no mapa mundial, detém papel fundamental do estímulo ao terceiro setor.

A expansão do capitalismo global trouxe em sua esteira as diversas formas de resistência a esse mesmo capitalismo, ao menos aos efeitos nocivos que o modelo econômico dominante parcialmente provoca no equilíbrio social e natural.⁽⁴⁾

A proposta desses apontamentos jurídicos para o terceiro setor no Brasil está em demonstrar que carecemos de uma efetiva "regulação social" para o "desenvolvimento alternativo"⁽⁵⁾, não como um ideal mecanicista de intervenção e fiscalização do Estado através da lei, mas sim como forma operativa de equacionamento entre as potencialidades da sociedade civil e a real situação limítrofe em que se encontra o aparelho estatal na solução das demandas sociais.

II — O ESTADO PROVIDÊNCIA

Sob a égide do modelo econômico keynesiano do bem-estar, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, denota-se que o Estado não tinha como escapar à demanda de gastos públicos na proteção social.

O liberalismo produziu desigualdades. Criou novas classes sociais, em especial o proletariado. Na fase posterior à proteção dos direitos individuais, a igualdade social passou a ser foco de preocupação, contudo abordada pelo liberalismo sem abrir espaço para o abandono das garantias fundamentais do indivíduo. Deixou-se a teoria do Estado mínimo para o Estado Providência, vale dizer, o Estado ativo que, na busca de igualdade, procurava proteger o bem comum. O acréscimo do Estado no domínio social e econômico aumentou o poder de polícia sobre as ações lícitas (jurídico-privadas, individuais ou não), muito além da ordem posta restrita à questão de segurança pública.

Cresceu o postulado do serviço público, pois no liberalismo o Estado só executava as atividades essenciais que resguardassem o individualismo "fundamentalista". Logo, cresceu a máquina administrativa. Esse fenômeno interferiu diretamente no princípio da legalidade, porque o Legislati-

(3) *Quelhas, Ana Paula Santos. "A Refundação do Papel do Estado nas Políticas Sociais", Coimbra, Livraria Almedina, 2001, págs. 19/21.*

(4) *Quelhas, ob. cit., pág. 31.*

(5) *Friedmann, John. "Empowerment: uma Política Desenvolvimento Alternativo", Oeiras, Celta Editora, 1996, pág. 148 (apud *Quelhas, ob. cit., pág. 33*).*

vo passou a não suportar toda a carga normativa, abrindo a trilha necessária para que o Executivo estendesse sua função normativa (decretos, regulamentos, resoluções etc.).

Com o positivismo, passou-se a entender que a Administração estava também integralmente submetida à lei. O Estado Social (seu aparecimento é historicamente marcado no fim do século XIX e consolidado após a Segunda Guerra), assumiu importância a doutrina da vinculação positiva. O Juízo Natural desaguou no Direito Positivo formal. Como consequência, o controle judiciário assumiu caráter de fiscalização formal (competência, formas legalmente permitidas etc.).

Dentre os aspectos essenciais, o Estado Providência apresenta fatores positivos, posteriormente revistos no Estado Democrático: (i) discricionariedade como poder jurídico, pois toda a Administração passou a se submeter ao princípio da legalidade; e (ii) a instalação da "doutrina da vinculação positiva", na medida em que a discricionariedade passou a ser vista como um poder jurídico, portanto, carecedor de contenção pela lei e de revisão pelo Poder Judiciário.

Mas as críticas tiveram seu espaço, visto que o Estado Social padecia: (i) da preeminência do Executivo sobre o Legislativo; (ii) do desprestígio da lei perante o *ius naturale* (perda da generalidade da lei; excessiva multiplicação das leis; perda do caráter de instrumento de defesa dos direitos individuais); (iii) do arrefecimento do princípio da legalidade, em especial pela atuação normativa e de polícia do Poder Executivo; (iv) de um Poder Judiciário cada vez mais formalista; e (v) da excessiva instrumentalização da lei, com a perda de sua valoração contextual (material) decorrente dos conflitos inerentes à sociedade moderna.⁽⁶⁾

A burocracia estatal é sentida cada vez mais. Conquanto permite grande sistematização da atividade administrativa, é vista, de outro lado, como um "micropoder dentro do Poder Executivo" (Tércio Sampaio Ferraz), que prova desequilíbrio das funções de controle exercidas pelo Legislativo e pelo Judiciário. A burocracia passa a comprometer o mecanismo de freios e contrapesos entre os poderes estatais, atravancando a realização de atividades mais dinâmicas, a exemplo das ações sociais.

Na Europa, a robustez do Estado Social, concentrado no assistencialismo, é vista certamente sob o enfoque da diferença temporal na construção das unidades nacionais, aliada à posição de riqueza e desenvolvimento econômicos entre norte e sul.⁽⁷⁾

(6) Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. "Direito Administrativo". São Paulo, Editora Atlas, 13ª ed., 2001. Essa análise histórica e conceitual do Estado Providência ou Estado Social de Direito também pode ser encontrada em duas outras obras significativas da autora: (i) "Do Direito Privado na Administração Pública" (São Paulo, Editora Atlas, 1989), especialmente seu capítulo 3; e (ii) "Participação na Administração Pública" (São Paulo, Editora Atlas, 3ª ed., 1999), destacando os capítulos 1.2.1 a 1.2.4 (págs. 18 a 31).

(7) Confira-se, nesse sentido, *Quelhas*, ob. cit., pág. 47, Quadro 4. São significativas as distâncias, em percentagem, das despesas estatais realizadas para a "proteção social por função" entre países como Dinamarca e Portugal, para o período de 1990 a 1995.

Enquanto no Estado Liberal a participação administrativa era pontual e, até certo ponto, módica, no Estado Social a ingerência do Poder Público ganha corpo significativo. Do dirigismo econômico à “administração de desenvolvimento”, o Estado caminha do clássico poder de autoridade ao sumo prestador de serviços públicos, sendo não só um subsidiário (aqui compreendido o princípio da subsidiariedade francamente debatido no Direito Público alemão), como fundamentalmente um garante do funcionamento das instituições e mecânica sociais.⁽⁸⁾

Toda a discussão passa por um conceito ontológico fundamental: enquanto o direito à proteção social seja concebido como inerente ao indivíduo, essa mesma postura sofre severa crítica da própria teoria liberal, que o renomado economista *Milton Friedman* classifica por “desincentivo ao trabalho”. Em contraponto, está a teoria de *William Henry Beveridge*, para a qual a defesa da proteção social, no modelo liberal, só funciona no ambiente do pleno emprego.⁽⁹⁾

Esse ideal teórico da reconstrução do papel social do Estado na atualidade tem um fundo não liberal, se considerado o destino de proteção ao bem-estar, razoavelmente medido na prática, uma vez que:

- a) a reação do modelo econômico neoliberal vem na linha das estatísticas de que a função social revela pouco desenvolvimento econômico;
- b) as despesas públicas de proteção social têm crescido em desequilíbrio aos PIB's nacionais; e
- c) a intervenção do Estado desestimula a abertura maior do mercado, alterando o ciclo fomentador do emprego, ao mesmo tempo em que o assistencialismo desestimula a procura pelo trabalho.⁽¹⁰⁾

Destarte, o intervencionismo como instrumento de equilíbrio social padece de uma crise de legitimação, agravada pelo conseqüente desajuste financeiro, que trava, num ciclo vicioso, a evolução do consumo. Se “a realidade parece ter tomado a dianteira sobre a teoria” (*Boaventura S. Santos*) é porque o Estado, como “guardião da estabilidade geral do sistema econômico” vê a insuficiência, ou mesmo a falência, de sua infra-estrutura material e institucional na cobertura das demandas sociais.⁽¹¹⁾

O terceiro setor encontra seu primeiro espaço de atuação na onda da intervenção corretora do Estado sobre atividades econômicas. Mercado

(8) *Estorninho, Maria João*. “A Fuga para o Direito Privado”, Coimbra, Editora Almedina, 1999, págs. 85/96.

(9) *Quelhas* (ob. cit., págs. 36 e 53). Um bom exemplo empírico nesse tópico, citado pela autora, é a segurança social inglesa, cujo plano de equilíbrio de contas (uniforme e unificado) parte da idéia de “um segurado, uma quota”. Os sistemas de segurança social apareceram no primeiro quarto do século XX, mas não ofenderam o movimento liberal, marcando o início de um regime de financiamento social, através dos seguintes mecanismos: (i) repartição (solidariedade de gerações — contribuição dos ativos — estabilidade demográfica); e (ii) capitalização (poupança pública e fundos de pensão).

(10) Quem trabalha esse tema com exímia propriedade, inclusive sob o prisma sociológico, é o Prof. *José Eduardo Faria*. Conferir, dentre outros, o trabalho organizado pelo autor denominado “Regulação, Direito e Democracia” (Editora Fundação Perseu Abramo, São Paulo, 2002).

(11) *Quelhas*, ob. cit., pág. 53.

regulado e controlado é aquele em que a iniciativa privada age pelo interesse empresarial (o lucro), mas que o Estado resguarda a si a perene capacidade (jurídico-política e econômica) de agir, fiscalizando, fomentando ou efetivamente praticando atividade econômica. Nesse modelo, são inexoráveis as *externalidades*, também presentes na prestação de serviços públicos. Plugada, portanto, na *teoria dos bens coletivos*, a economia social tem na conquista das externalidades positivas seu grande filão.

Estando a meio-fio entre Estado e Mercado, o terceiro setor é público ou privado? Seus atos são de livre iniciativa ou se confundem com atos administrativos, seu regime de gestão obedece ao direito privado ou deve respeito às normas de direito público?

III — A DICOTOMIA ENTRE DIREITO PRIVADO E DIREITO PÚBLICO

Enquanto o sistema jurídico liberal buscava o equilíbrio entre a liberdade de ação do indivíduo em contraposição à autoridade do Estado, com forte tendência a privilegiar as garantias particulares (os direitos fundamentais), o Estado Social avançou as barreiras, outorgando à Administração Pública o papel de controlar, fiscalizar e fomentar o desenvolvimento social, sob dogmas como interesse público, princípios estruturais da coletividade, gestão da coisa pública pela legalidade, moralidade e eficiência etc. O Direito, seja em seu viés constitucional ou administrativo, marcou posição com a criação de uma teoria da vontade do Estado, ao mesmo tempo em que reconhecia a inexorável determinação de proteger o interesse particular.

Se no berço liberal o que prevalecia era o paciente exercício de regulação da ação do Poder Público incipiente, com a ascendente intervenção do Estado na ordem econômica e social percebe-se a substituição teórico-jurídica que *Maria João Estorninho* observa como sendo uma troca de "protagonistas" (expressão do jurista italiano *Mario Nigro*): o ato administrativo dá lugar ao "fim administrativo". A fonte primaz de novas formas de atuação público-privada vem a lume: "Em última instância, uma mesma ação administrativa parece poder ser exercida quer pelas próprias pessoas públicas, quer por pessoas privadas fictícias dirigidas pela administração, quer por pessoas privadas verdadeiras funcionando com a ajuda da administração" (*Debbasch*).⁽¹²⁾

Para compreender, no seu aspecto jurídico, como o terceiro setor se posta a meio-termo entre o Estado e o Mercado e de que forma suas entidades se constituem como modelo essencialmente privado, mas executando atividades de interesse público sem a essencialidade do Poder Público, imprescindível uma breve análise do fluxo migratório do Direito Privado para o Direito Público.

(12) *Estorninho*, "A Fuga ...", págs. 93/94.

Origens

É de longa data na doutrina a discussão acerca da subsidiariedade das regras de Direito Privado no Direito Administrativo ou, pela via inversa, a compreensão do Direito Administrativo como um ramo do direito positivo, em que o Direito Civil forneceria um razoável conjunto de princípios gerais.

Denota-se claro que a premissa básica para o uso da legislação civil pelo Direito Administrativo tem fulcro na evolução do direito como uma ciência sistemática, ontológica e dogmática. O Direito Público, arcabouço de sustentação do Estado (lembre-se, do Estado Liberal pós-iluminista em diante), levou o poder público a uma verdadeira fuga dessa disciplina jurídica, de modo a criar instituições operadoras da gestão da coisa pública ordenadas pela flexibilidade, generalidade e principiologia da legislação civil. É o movimento que *Seabra Fagundes* sofisticadamente chama de cissiparidade, como que construindo uma justificativa “biológica” e vegetativa da evolução das instituições públicas do Direito Administrativo.⁽¹³⁾

O Direito francês parece ter elaborado toda uma compreensão doutrinária sobre esse tema, a partir do enquadramento ou classificação das instituições públicas segundo o instrumento jurídico que antepara a atividade desenvolvida no âmbito daquele ente de personalidade jurídica propriamente estatal. O jurista *Laubadère* fala em seu Tratado que é de grande interesse a distinção entre os diferentes suportes normativos dos estabelecimentos públicos (normas privadas ou administrativas), de modo a definir claramente o regime jurídico correlato, exatamente para compreender o grau de autonomia de gestão que cada ente detém.⁽¹⁴⁾

Voltando a *Seabra Fagundes*, o autor brasileiro também recorre, como *Laubadère*⁽¹⁵⁾, à “personalidade moral reconhecida a entidades civis” para compreender os “critérios interpretativos peculiares ao Direito Público” que o levaram à certeza de que, nos anos 1950, o Direito Administrativo estava em franca formação, diante de um alargamento do campo de atividades do Estado Moderno.

O Estado contemporâneo, num movimento de fluxo e refluxo da atividade estatal propriamente dita, acaba por revelar as entranhas do conflito público-privado na estruturação do paradigma da intervenção no domínio econômico. O grande flanco de divergências político-jurídicas parece ser a definição de (i) um regime jurídico *essencialmente público* (ii) um regime

(13) *Seabra Fagundes, Miguel*. “Da contribuição do Código Civil para o Direito Administrativo”, RDA 78/1-25.

(14) *Laubadère, André de*. “Traité de Droit Administratif”, Tomo I, LGDJ, Paris, 16ª ed., pág. 294. O autor traz a classificação atual adotada em França do que se poderia traduzir livremente por estabelecimento público administrativo e estabelecimento público industrial e comercial, anotando que “ces derniers, dont le particularisme est à l'origine de l'éclatement de la notion d'établissement public, relèvent d'un régime propre largement de droit privé.” Ver, nesse sentido, todo o capítulo 655 do *Traité*, dedicado à compreensão dos estabelecimentos públicos industriais e comerciais como pessoas jurídicas de direito público vivendo sob o regime de direito privado. A evolução histórica desse tema está bastante atrelada ao movimento sindical francês, bem como, à evidência, ao trabalho da jurisprudência judicial, que fundou as bases do Tribunal de Conflitos. (15) Ob. cit., pág. 294.

jurídico *público-privado*; ou (iii) um regime jurídico *essencialmente privado* aplicado à prestação de serviços públicos e atividades econômicas consideradas estratégicas para a defesa do interesse público.

O debate econômico atual é muito interessante nesse tópico. Veja-se a síntese feita pelo jornalista Joelmir Beting sobre as conclusões de um seminário internacional promovido pelo BNDES: "Nove em cada dez economistas, entre os quais Joseph Stiglitz, Prêmio Nobel de 2001, jura por todos os juros que a sociedade em transe precisa hoje de menos mercado e mais Estado"⁽¹⁶⁾. Parece óbvio que a modernidade econômica vê nas liberdades civis um caminho à superação das contradições do capitalismo, não pela passadista figura do Estado Máximo, mas sim pela efetiva presença do comando estatal, via tributação, do que se tem denominado "socialização do produto". Nesse contexto que os princípios gerais do direito parecem extremamente adequados a um novo modelo estatal, identificado no curso de um processo político-econômico nacional, que permita a convivência dos paradigmas ortodoxos do Direito Administrativo (legalidade; motivação; formalidade) com os "fundamentos" da flexibilidade e da eficiência.⁽¹⁷⁾

Conceito de Direito Administrativo

O Direito Administrativo, identificado como o braço funcional e pragmático do direito público, deflete de uma composição prevalente de normas imperativas, buscando a dominante proteção ao interesse público, ainda que em detrimento dos direitos individuais, embora sua função última seja, no espírito do Estado de Direito e do liberalismo político-jurídico, a proteção dos direitos fundamentais individualizados, diante da força opressiva do *munus publicum*.

A serena definição da Profa. *Maria Sylvia Z. Di Pietro* para o Direito Administrativo pode e deve nortear a investigação de sua intersecção com o Direito privado, debate esse já proposto pelo jurista francês *André Hauriou* em 1934⁽¹⁸⁾. Direito Administrativo "é o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce, as relações jurídicas de que participa e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública".

(16) Jornal "O Estado de São Paulo", edição de 17 de setembro de 2002, Caderno Economia, pág. 2. Eis um excelente aforismo do jornalista: "O futuro não é do Estado Mínimo nem o do Estado Máximo. O futuro é do Estado Ótimo. Cujo modelo não existe. Ele se faz por processo e não por projeto. E o processo já está em marcha. Hora, pois, de revisitar mais Hayek do que Keynes."

(17) Pertinente a menção ao trabalho de *Maria João Estorninho*, denominado "A fuga para o Direito Privado" (Ed. Almedina, Coimbra, 1999, págs. 47/48) que, buscando compreender o "Estado Pós-Social", é bastante contundente ao afirmar: "O alargamento desmesurado da actividade administrativa de prestação conduziu à sobrecarga e ineficiência da Administração Pública e, assim, tal como o naufrago procura, a todo custo, agarrar-se à tábua de salvação", a Administração Pública procura hoje desesperadamente reencontrar a eficiência, nomeadamente através de fenómenos de privatização e de revalorização da sociedade civil".

(18) *Hauriou, André*. "A utilização em Direito Administrativo das Regras e Princípios do Direito Privado", RDA 001/465.

Veja-se que alguns elementos desse conceito hermenêutico são verdadeiros ícones do direito privado, a saber: definição de sujeito de direito ("órgãos, agentes e pessoas jurídicas), ato jurídico ("atividade jurídica não contenciosa"), relação jurídica e bens.

Hauriou introduz seu pensamento sobre a inter-relação do direito administrativo com o direito privado alertando para o fato de que um conjunto considerável de preceitos administrativos é importado especialmente do direito civil, embora, como ramos autônomos da ciência jurídica, tenham independência teórico-doutrinária.

As diferenças entre direito privado e direito administrativo

Previamente a qualquer classificação mimética das diferenças estruturais entre esses dois campos da ciência do Direito, é necessário resgatar a noção e o alcance do *regime administrativo*, como um pilar não só da autonomia do Direito Administrativo, mas também, e justificadamente, da Ciência da Administração Pública. Reflexão essa que acaba intercedendo no terceiro setor, que muitas vezes atua num regime privado com inequívocas derivações de direito público ou administrativo.

A contraposição resultante da "descoberta" liberal de proteção aos direitos individuais em face ao princípio da legalidade trazido pelo Estado de Direito fez com que o Estado, na sua ordenação instrumental, conferisse o poder de representação a um ente jurídico denominado Administração Pública, que teria o condão de ordenar a vida social e os interesses coletivos.

A essa representatividade outorgou-se autoridade ao agente público administrador, que pôde contar com algumas ferramentas coercitivas, somente compreendidas pelos interesses privados se vistas como uma extensão do poder do Estado. A essas ferramentas está atrelado o regime jurídico administrativo da executoriedade do ato administrativo (ou imperatividade), da discricionariedade da Administração Pública, da auto-executoriedade ("*privilège d'action d'office*"), da indisponibilidade dos bens públicos, da supremacia do interesse público⁽¹⁹⁾, dentre outros.

Mas a classificação de *Hauriou* é de suma importância para o tema, até porque sua datação histórica (1934) revela que a preocupação de situar o direito administrativo no círculo concêntrico da relação direito público/direito privado não é privilégio contemporâneo.⁽²⁰⁾

São diferenças básicas para *Hauriou*: (i) no direito privado, todos são sujeitos de direito ou agentes jurídicos, contando indistintamente com

(19) *Maria Sylvia Z. Di Pietro* identifica que, a partir da supremacia do interesse público nasceu o primeiro postulado do Direito administrativo: o princípio da proporcionalidade dos meios aos fins, que pode ser entendido como o sistema de freios e contrapesos entre a ação administrativa discricionária e auto-executória em oposição legítima (mas nunca em detrimento) ao interesse individual, desde que não lesado um direito fundamental.

(20) Com esse panorama, pode-se entender melhor porque a economia social ganhou tão rápida força institucional na Europa do pós-guerra: toda a discussão epistemológica dos pilares do Direito Privado aplicado a ações de interesse público já estava razoavelmente amadurecida. Bastava ao nascente terceiro setor aproveitar-se desse "líquido amniótico" e alimentar seu crescimento.

direitos subjetivos, em posição de irrestrita igualdade; (ii) no direito privado, a subordinação ao direito objetivo é indistinta; (iii) a legalidade, base dos direitos objetivos, aplica-se a todos no âmbito privado, transcendendo aos sujeitos de direito, eis que qualquer agente jurídico detém igual capacidade de poder jurídico; (iv) o direito privado se dedica a manter "a balança igual entre as partes", ao contrário do direito administrativo que conta com sujeitos de direito diferentes, os administrados e os entes administrativos, bem como os agentes jurídicos administrativos detêm com poderes distintos, exorbitantes ao direito comum (requisição, expropriação, discricionariedade etc.); (v) o direito administrativo confere privilégios e prerrogativas aos agentes que exercem função público-administrativa, que identificam uma "espécie de dominação" não existente no direito privado (superioridade essa que fica evidente nas ações administrativas decisórias, mas que não se vislumbra claramente, quando se trata da aplicação de preceitos legais); (vi) no direito público, o arbítrio e a discricionariedade (essa fundamentalmente técnica) se manifestam por normas regulamentares ou costumeiras, com a outorga à Administração de produção de normas, seja na órbita dos regulamentos, seja das *práticas administrativas* (fenômeno esse bastante utilizado no âmbito do contencioso administrativo francês).

A Profa. Di Pietro oferece dois critérios distintivos entre o público e o privado que merecem destaque: (i) a verticalidade do direito administrativo (subordinação) contra a horizontalidade do direito comum⁽²¹⁾; (ii) a dependência da atividade estatal ao atendimento do interesse público contra a liberdade de busca pelo interesse individual no direito privado⁽²²⁾. Esses diferenciais apontam um direito administrativo em posição jurídica e axiológica superior ao direito comum, embora, como alerta a autora brasileira, a partir das letras de Renato Alessi, é na intermediação entre o direito público e o direito privado "que se dão os maiores 'desvios' ao regime jurídico privado, em decorrência da finalidade de caráter público que caracteriza esse tipo de atividade".

A importância das distinções está no fato de que, a partir delas se pode conceber a idéia do aproveitamento inovador de institutos de direito privado no direito público, como meio para o maior alcance da justiça distributiva.

Justiça comutativa e justiça distributiva

Hauriou observa que, enquanto o direito privado se propõe a realizar a justiça comutativa, o direito administrativo pratica a justiça distributiva. Ou seja, o direito comum pressupõe o equilíbrio de forças entre os indivíduos ou grupos de indivíduos, sem supremacia ou dependência (*diké* —

(21) "O problema que ora se coloca é o de saber se a Administração Pública, quando se utiliza do regime jurídico privado, fica em posição de igualdade com o particular" (Di Pietro, "Do Direito Privado...", ob. cit., pág. 94).

(22) Seabra Fagundes diz que "nunca a atividade (do Estado) pode ser perfeitamente assemelhada à do indivíduo" (apud Di Pietro, "Do Direito Privado...", ob. cit., pág. 95).

justiça igualitária dos gregos). Já o direito administrativo se concentra na justiça dos interesses de grupo, ou melhor, do poder disciplinar sobre os grupos sociais (*thémis* — justiça finalística grega).⁽²³⁾

O direito administrativo tem forte conotação institucional, dividindo-se, como bem destaca a Profa. Di Pietro, a partir da classificação de *Laubadère*, em dois sentidos, *amplo* (o direito da administração, como conjunto de normas que regem as atividades das autoridades estatais, em busca da proteção dos interesses públicos, sem descuido da preservação dos direitos individuais) e *estrito* (disposições de direito público aplicadas à administração, mais ligado à Ciência da Administração Pública).

Nesse contexto é que *Hauriou* destaca a idéia de *utilidade pública* para explicar o poder das autoridades administrativas em ultrapassar a clássica noção de propriedade privada, praticando sobre o bem individualizado atos de autoridade ou supremacia institucional (expropriação, requisição, confisco, desapropriação etc.) não afeitos ao direito privado. De igual modo, tal paradigma auxilia no entendimento das "medidas de polícia tomadas pelas autoridades administrativas — e a proposição do desvio do poder não é senão um meio inventado pelo Conselho de Estado para controlar, no exercício da polícia, a obediência à regra da utilidade pública e do benefício do serviço"⁽²⁴⁾.

Direito civil e direito administrativo

Não parece difícil compreender e aceitar, a partir da premissa da finalidade do direito público (o bem maior é o interesse meta-individual, social, coletivo ou, em última instância, público), que normas de ordem pública suplantem — a todo instante e nos mais diversos modelos jurídicos nacionais — as normas de direito privado, em especial de direito civil.

Mas também o direito civil "está impregnado de finalidade" (*Hauriou*), sendo um excelente exemplo contemporâneo a adoção do princípio da função social do contrato no novo Código Civil brasileiro.

Muitas vezes, contudo, a supremacia das normas de ordem pública não finaliza o interesse público, mas, muito pelo contrário, apenas sinaliza a proteção às prerrogativas e privilégios da administração, o que, visto sob a hipótese do desvio de poder, representa um enorme perigo à segurança jurídica das instituições de um Estado Democrático de Direito.

As relações entre direito privado e direito público — *a priori* não muito significativas na origem do direito administrativo — foram tomando contorno hermenêutico e legiferante cada vez mais importante. Ao lado dos prin-

(23) Não há dúvida que as entidades e instituições do terceiro setor são vocacionadas à justiça distributiva. Todavia, há um traço curioso no seu *modus operandi*, pois, à medida que desenvolvem a defesa de preceitos sociais para determinados grupos de interesse, setORIZAM sua ação protetiva (seja por fomento, filantropia, fiscalização, organização etc.) num conjunto "comutativo" de direitos coletivizados. Vale especular, por se posicionar estrategicamente a meio-caminho entre o público e o privado, gravitando do Estado ao mercado e vice-versa, a economia social não está a praticar um meio-termo entre justiça distributiva e justiça comutativa?

(24) *Hauriou, André*, ob. cit.

cípios gerais do direito, que estão encravados em quaisquer dos ramos das ciências jurídicas, o direito comum, notadamente de origem romana, sempre foi a grande fonte de direito dos povos ocidentais. Se o direito administrativo — nascido com a Revolução Francesa e a estruturação do Estado como ente político — teve como berço e fomento todo o arcabouço do pensamento liberal pós-iluminista, não há dúvida que emprestou do direito civil (ou melhor, do direito privado) todo um conjunto de normas e institutos que eram já comumente aplicados pelos gestores, juízes, juristas, legisladores etc., que formavam as sociedades modernas.

No caldo cultural do liberalismo político e econômico dos séculos XVIII e XIX, quando se desvendou que "um dos princípios informativos do direito público, a que se vincula necessariamente a Administração, é o da *legalidade*" (*Di Pietro*)⁽²⁵⁾, já não havia mais dúvida que o empréstimo de normas, princípios e institutos do direito civil seria inexorável.

Como fonte subsidiária ("função supletiva" — na expressão de *Hauriou*), o direito privado é aplicado ao direito público, na hipótese de silêncio das regras administrativas.⁽²⁶⁾

Os exemplos são inúmeros:

a) os tribunais administrativos franceses e o Conselho de Estado importaram a teoria da responsabilidade civil para suplantar a ausência de responsabilidade do Estado (herdada do espírito do monarca como ser supremo, inatingível e impassível de erro), adotando a teoria da responsabilidade por culpa e, posteriormente, a responsabilidade objetiva da Administração;

b) os contratos administrativos — apesar de alguns defenderem que são apenas atos administrativos, e não relações jurídicas bilaterais — foram concebidos como o ferramental de liame jurídico entre o Estado e o particular, nas mais diversas formas e modalidades de prestação de serviços, fornecimentos ou convênios⁽²⁷⁾;

(25) "Do Direito Privado ...", ob. cit., pág. 96.

(26) *Maria Sylvia Z. Di Pietro* constrói a fórmula lapidar para o entendimento desse fator: "(...) poderá o direito positivo conter outras derrogações às normas do direito privado, concernentes a cada instituto específico de que se utiliza a Administração. Assim, volta-se à mesma conclusão: quando a relação é regida pelo direito privado, a Administração a ele se submete, no silêncio da norma publicística." ("Do Direito Privado ...", ob. cit., pág. 98).

(27) Um tópico bastante instigante nesse contexto é o do contrato público. Tem-se como regra básica que, pela natureza sinalagmática dos contratos, sua teoria geral não permite brechas que justifiquem o desequilíbrio econômico-financeiro passível de ocorrer em economias instáveis. Ao contratante que toma bens ou serviços é conferido o dever de remunerar o contratado na justa medida de sua obrigação. Pois bem, no Brasil a primeira manifestação de aplicação desse instituto contratual tipicamente privado pela Administração Pública foi com a Lei n. 4.370/1964, que garantia ao contratado, diante do processo inflacionário que desvalorizou a moeda brasileira naquele momento histórico (como em tantos outros), a revisão de preços, com critérios técnico-contábeis e financeiros para devolver o equilíbrio econômico aos contratos de prestação de serviços da União. *Maria Sylvia Z. Di Pietro* aponta os três grandes campos de risco da inadimplência na órbita do contrato público, a saber: (i) álea ordinária ou empresarial (risco do negócio); (ii) álea administrativa (alteração unilateral do contrato pela Administração Pública e *fato do príncipe*); e (iii) álea econômica (circunstâncias externas ao contrato, imprevisíveis, excepcionais e inevitá-

c) a adoção de processos administrativos, com os parâmetros da motivação, da fundamentação e da celeridade, certamente que concebidas a partir da teoria da vontade do sujeito de direitos; e

d) os paradigmas da continuidade e regularidade dos serviços públicos, no espírito da eficácia no tempo dos contratos em geral.

André Hauriou identifica que a transposição do direito privado para o direito administrativo realizou-se pela ação não concatenada da prática, da doutrina e da jurisprudência, em três grandes fases: (i) transferência pura e simples de uma teoria ou regra de direito privado (visualizada pela teoria do domínio público sobre os bens que evidenciados como de utilidade pública, chamados "dominicais"); (ii) movimento de reação pela identificação das necessidades administrativas; e (iii) adaptação sistemática e consciente das regras de direito privado ao direito administrativo.

Carece, nesse delineamento, uma abordagem sobre a teoria civilista.

O Código Civil e sua influência sobre o Direito Administrativo

O Direito Civil experimentou o maior nível de empréstimo — e contra-influência evolutiva — ao direito administrativo no terreno do direito de propriedade. A teoria civilista do uso, gozo e fruição irrestrita da propriedade foi inicialmente transposta, e posteriormente re-modulada, pela valorização do conceito de utilidade pública.

É o Código Civil que oferece os contornos do Direito Público e seus princípios fundamentais. Mas é na especificidade do Direito Administrativo que esse panorama teórico pode ser empiricamente observado.

Ensina o jurista italiano *Sebastian Retortillo* que o Direito Administrativo seguiu uma dialética própria, mas que raras vezes se opunha ao Direito Privado.⁽²⁸⁾ Cingiu-se um direito destinado à atuação do Estado de forma independente e autônoma da temática civil. Como anotou *Tocqueville*, o direito administrativo e o direito civil formam dois mundos separados, mas que não são amigos ou inimigos entre si e se conhecem muito bem.

O Direito Administrativo, como um direito comum da Administração Pública, tende a regular a totalidade das relações jurídicas em que o Estado venha a contrair, ordenar ou regular. Mas o tempo demonstrou que a Administração usualmente se vê obrigada a fazer uso do direito privado. *Retortillo*, tendo escrito a obra em referência no ano de 1959 (um ano após a entrada em vigor da Constituição Francesa atual, de 1958), teve sua "pro-

veis, que ensejam a aplicação da "teoria da imprevisão"). As áreas empresarial e econômica são, por essência, resultantes de um regime jurídico privado de contratação e exercício do negócio jurídico contratual.

(28) *Retortillo, Sebastian*. "Il diritto civile nella genesi del diritto amministrativo e dei suoi istituti". *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1959, vol. 9, págs. 698/735. A partir da leitura desse texto, pode-se conjecturar que a autonomia conceitual e dogmática do Direito Administrativo é fruto da própria lógica cartesiana do pensamento jurídico liberal (em especial por seu berço francês), em que o ordenamento e seus institutos são elaborados a partir do método racional da tese, motivação e finalidade.

fecia" confirmada, na medida em que o Direito Civil na França gradualmente se inseriu no Direito Administrativo.⁽²⁹⁾ Como diz o autor, "*Ai fini pubblici, è evidente, serve parimenti il diritto privato*".

De fato, tomando por análise alguns temas públicos por excelência, as pessoas jurídicas estatais têm seus pressupostos legais e ordinários de constituição na lei civil. De igual modo se percebe a organização estatal (por suas formas de Estado e governo) obedecendo à sistematização dos direitos civis nos âmbitos individual, coletivo e difuso. Enfim, até a clássica teoria da separação dos poderes políticos, que está na coluna dorsal do Direito Público, é sentida no cerne do Código Civil, vez que "abre largo espaço" para o Direito Administrativo, ofertando suas fontes primárias de direito para construção de atos legislativos e suas fontes derivadas, os regulamentos e disposições autônomas.

Quicá a própria noção de ato administrativo seja grata — e bastante onerosa para a doutrina administrativa — ao conceito de ato jurídico que o Código Civil carrega por todos os seus títulos, livros e capítulos.⁽³⁰⁾

Mas é no campo dos direitos reais, mais precisamente do direito à propriedade privada, que o Direito Administrativo se torna dependente e herdeiro do Direito Civil. O mais corriqueiro dos exemplos pode ser extraído da redação do artigo 590 do Código Civil brasileiro, ao definir a titularidade de terras públicas e o instituto da desapropriação. Nesse campo, a propriedade privada deixa de ser intangível, alienável e intocável, características que permearam o bem imóvel particular desde o direito romano até a fixação do clássico Estado Liberal.

Outro campo em que a interconexão — senão mesmo uma dependência conceitual — entre o Direito Administrativo e o Código Civil se encontra na elaboração da personalidade jurídica dos entes públicos.

O Código Civil brasileiro, por exemplo, contempla a entidade autárquica como uma "instituição pública" detentora de personalidade jurídica, inclusive para fins patrimoniais (de receita ordinária e por testamento ou legado). Ao momento em que define a "forma, por excelência, da entidade autárquica" como estabelecimento público, o Código Civil circunscreve o *status* jurídico que a Administração Pública Direta pode prever para a prática de inúmeras atividades de interesse público, sejam elas educacionais,

(29) Destaque-se aqui o papel que os serviços de finalidade pública tiveram no fenômeno da assunção do regime de direito privado, ainda que em caráter secundário, na normalização dos atos de finalidade da Administração Pública. Quando o Direito Administrativo confere um fato ao Direito Privado de maneira específica e positiva, está demonstrada sua não subsidiariedade geral, vez que, do contrário, não haveria possibilidade desse "reenvio" direto e objetivo de normas. O melhor campo prático para especular esse tópico está no regramento dos serviços públicos: embora a finalidade do ato (o serviço) alcance um fim comum, um fato isolado (a inadimplência, por exemplo) é tratado sob o enfoque do regime jurídico privado. Assim não o fosse e o paradigma da segurança jurídica estaria seriamente comprometido.

(30) Ao mencionar o ato jurídico especialmente praticado por um agente público como "ato público", o Código Civil delimita as obrigações jurídicas decorrentes (a exemplo da obrigação fiscal, da dívida pública, da ordem de preferência entre as Fazendas Públicas federal, estaduais e municipais etc.).

assistenciais sociais e mesmo político-administrativas. Tem ainda o condão de: (i) destacar a organização interna das pessoas jurídicas públicas; (ii) dar as linhas do que seja serviço público, igualando aqueles praticados pelo agente público direto com os atos jurídicos dos concessionários; (iii) igualar a posição jurídica do concessionário.

A evolução histórica do direito administrativo a partir do direito privado estampa-se também no fenômeno da delegação de poderes, absorvida a partir da teoria do mandato. Seja delegação de poder ou em razão da matéria, esse instituto, ligado à incapacidade de onisciência do administrador no âmbito de um território nacional, permitiu não só a elaboração de uma forma de administrar de maneira uníssona (poder), como também de regular e regulamentar essa administração (matéria).

O próprio *Seabra Fagundes*, tendo por base o mecanicismo civilista dos anos 1950, não propõe uma codificação de Direito Administrativo, mas o uso racional das normas e princípios de direito civil — em especial os princípios gerais — para a cobertura das lacunas legais com as quais a Administração Pública se depare. O publicista brasileiro, contudo, faz sua elegia (o “alto mérito”) à aplicação dos dispositivos do Código Civil no Direito Administrativo, tanto em seus aspectos técnico-formais, como substanciais, concluindo na linha de *Savatier* que o “sentido supletivo” da hermenêutica acabou motivando o legislador a “incluir na codificação privada preceitos de Direito Público”.⁽³¹⁾

Em síntese, o estudo da construção do Direito Administrativo não deixa dúvida de que, havendo a opção sistemática de uso do regime do direito privado, parcial ou total, permanente ou provisório, na elaboração do regime administrativo, de outro lado não significou a perda da supremacia do Estado, mas a exata estruturação do “poder de interferir coercitivamente na esfera de direitos alheios, por meio de decisão unilateral ou auto-executória”. Se assim não o fosse, como observa a Profa. *Maria Sylvia Z. Di Pietro*, o regime privado seria inútil ao direito público, por seus próprios fundamentos.⁽³²⁾

(31) *Seabra Fagundes, Miguel*. “Da contribuição do Código Civil para o Direito Administrativo”, RDA 78/1-25. Essa última reflexão permite compreender o porquê da legislação administrativa brasileira não se preocupar com uma sistematização codificada, por vezes mesmo estimulando a interseção dos Direitos Público e Privado (a exemplo do artigo 54 da Lei n. 8.666/93), o que reflete a tradição jurídico-doutrinária pela busca de um equilíbrio nessa complexa dicotomia.

(32) O fenômeno evolutivo do Direito Administrativo demonstra que não houve cisão ou confronto institucional ou estrutural do Direito Civil, ao momento em que as questões do Estado passaram a ser tratadas como institutos jurídicos autônomos. Pelo contrário, ocorreu aquilo que denota a unidade do Direito: uma cessão de técnicas jurídico-legislativas, de hermenêutica, de conceitos e fundamentos doutrinários e, enfim, de elementos fomentadores da ciência jurídica, especialmente no âmbito prático-dogmático. *Retortillo* (ob. cit.) não nega que há uma gradual configuração do Direito Civil a base de normas imperativas (o movimento de codificação), o que pode efetivamente provocar direta influência sobre o Direito Administrativo. Mas conceber, por si só, um movimento de estratificação codificada do Direito Administrativo seria o mesmo que aceitar, pela influência inversa, uma socialização do Direito Privado. Esses ramos do Direito não podem perder de vista o veio histórico de suas concepções. Se o Direito Civil caminhou para a codificação para a defesa objetiva dos direitos materiais no ambiente da convivência social, o Direito Administrativo se preocupou, desde a nascente, na defesa “dos direitos absolutos e sagrados do indivíduo”.

A crítica doutrinária europeia

É da tradição do direito público europeu, por sua postura conceitual e histórica, que se adotem formas públicas de constituição de personalidades jurídicas dos entes destinados à prestação de atividades compreendidas no âmbito da Administração Pública.

O regime administrativo, portanto, reflete-se na própria formação das pessoas jurídicas público-administrativas que assumam a prática de atos empresariais em sua essência. Observa-se mais que, além da forma constitutiva e organizacional obedecer ao regime de direito público, também em seu plano externo as entidades estatais mantêm relações com os demais sujeitos de direitos (tomadores de serviços públicos, concessionários, permissionários etc.) sob o manto de comandos jurídicos específicos, seja no aspecto legal (princípio da finalidade das empresas estatais); seja no espectro jurisdicional (princípio da legalidade).

Esse é um panorama inicial dado por *Garcia de Enterría*⁽³³⁾, que considera toda a tradição doutrinária e jurisprudencial da *"orden jurisdiccional específico que constituyen los Tribunales contencioso-administrativos"*, qual seja, a tradição europeia da teoria monista do direito público, em contraposição ao direito privado.

De seu turno, a portuguesa *Maria João Estorninho*, em ácida introdução a seu "Réquiem pelo Contrato Administrativo", sustenta que a doutrina jurídica comete uma falsa "versão histórica" ao teorizar a evolução do contrato administrativo a partir do contrato privado, pois seria equivocada a datação de que, (i) primeiro houve o enquadramento teórico dos contratos com a Administração Pública para, depois, (ii) submetê-los ao controle da jurisdição administrativa. A hipótese aceita pela autora é a de que o contrato administrativo, por sua própria natureza, submetido a um regime jurídico especial desde sua concepção, concomitantemente à devoção da jurisdição administrativa.⁽³⁴⁾

A adoção sistemática do Direito Privado na administração pública não elimina, em hipótese alguma, a certeza doutrinária de que o Direito Público deve sempre obedecer ao paradigma da legalidade. Essa é uma exigência construída sob o mote das teorias liberais da formação do Estado de Direi-

(33) *Garcia de Enterría, Eduardo e Tomás-Ramón Fernández*. "Curso de Derecho Administrativo", Madrid, Ed. Civitas, 10ª ed., 2001. Imprescindível a leitura do item 5 — Personalidad Jurídica de las Administraciones Públicas — do Capítulo VII — Derecho Público y Derecho Privado en las formas de personificación y en el régimen de las entidades públicas.

(34) *Estorninho, Maria João*. "Réquiem pelo Contrato Administrativo", Coimbra, Livraria Almedina, 1990. No capítulo 1, a autora reflete sobre o "erro histórico" sentido na luga que a doutrina jurídica praticou com o modelo "autonomização substantiva — autonomização processual", buscando evitar a discussão mais complexa do "critério do contrato administrativo". Esse ponto é deveras importante, na medida em que se percebe a definição do regime especial dos contratos públicos partindo da concepção procedimental de um novo modelo de administração pública, fundada nos aspectos políticos de organização da máquina estatal, o que, em tese, pode afastar o mero interesse "empresarial" do administrador público em adotar um regime jurídico essencialmente privado para exercer a gestão e controle da coisa pública e defender o interesse público.

to, permeada no curso de suas mudanças⁽³⁵⁾, tornando efetiva a identificação do Estado como uma organização política dotada de procedimento próprio e substantivação material, vale dizer, de um regime jurídico especial destacado do Direito Privado.⁽³⁶⁾

Parece certo que a Administração Pública importa do regime privado suas técnicas de gestão, sem abdicar da regulação inerente à proteção do interesse público. Ou seja, o Direito Público empresta o ferramental do Direito Privado, naquilo que não dependa da iniciativa política, mas sim da eficiência: *"de técnicas ofrecidas por el Derecho Privado como un medio práctico de ampliar su acción social y económica"* (García de Enterría).

Um novo elemento ingressou, portanto, na visão pragmática do administrador público: a função econômica exercida pelo Estado. Esse fenômeno, tipicamente observado na transição do Estado Liberal para o Estado Providência, tem origem na discrepância que o ícone da liberdade (principalmente da liberdade econômica) — levada ao extremo a partir da Declaração dos Direitos do Homem e da Revolução Francesa — provocou na vida social. A liberdade de ação econômica, sem qualquer ingerência do Estado, carrou à sociedade um profundo diapasão de desigualdade. Foi apenas com a constatação de que a interferência da máquina estatal na vida econômica era essencial para resgatar o equilíbrio social que o fator "intervenção" se fez presente.

Desde então, o Estado iniciou sua "ação empresarial", adotando modelos do direito privado que merecem o devido relatório.

IV — O ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA — AÇÃO DIRETA E INDIRETA

O ingresso do Estado na gestão industrial e mercantil da sociedade precisa ser visto não apenas sob o enfoque material — como mera atividade econômica —, mas sim, e fundamentalmente, como uma ação administrativa que, utilizando-se de técnicas privadas, busca a defesa do interesse público, em especial através da realização de serviços públicos.

García de Enterría afirma categoricamente que, na personificação e regime dos entes públicos, o Direito Privado é aplicado como uma simples técnica formal de gestão. No início, a configuração das técnicas das sociedades mercantis é tímida e esporádica, vista como forma de aproveitamento de certas situações de "privilégio" legal (monopólios, p. ex.), para evitar a quebra de empreendimentos que representem inte-

(35) Estado de Direito, Estado Social ou Estado Providência, Estado Subsidiário, Estado Democrático de Direito. Ver, nesse sentido, o Capítulo I da obra *Parcerias na Administração Pública*, da Profa. Maria Sylvia Z. Di Pietro.

(36) Fundamental anotar a observação de García de Enterría de que, na aplicação do Direito Privado na Administração Pública, *"sería impensable que esa utilización se extendiera también al núcleo político de la Administración"*. A ressalva visa pontuar que, sempre e sempre, a atividade política do Estado deve ser preservada em seu caráter público, sob pena de transformar sua natureza público-coletiva (social e geral) em meramente empresarial.

resses essenciais para a economia do país, ou ainda proteger atividades formalmente qualificadas como obra ou serviço [de interesse] público. A primeira manifestação ocorre através da criação de sociedades de economia mista, como modo de libertar a gestão administrativa das limitações do Direito Público.

Num segundo passo, mais ousado, o Estado percebe “*el ideário político-econômico*” da intervenção, o que legitima a constituição de um setor público na ordem econômica, inclusive na produção de bens e serviços. É o momento histórico do Estado-empresário⁽³⁷⁾, em que se concebe o regime jurídico próprio das empresas públicas, em que o espírito corporativo das sociedades compartilhadas com o setor privado é deixado de lado, de maneira a dar sentido a “*una organización convencional con fines instrumentales de gestión de algo que es propio*” do Estado. Nesse contexto, faz-se imprescindível um regime regulador especial, pois os aspectos de Direito Público são aplicados mais amiúde, em específico no que toca ao quadro funcional e às relações institucionais que a empresa pública tem com a própria Administração.⁽³⁸⁾

Originariamente, o lucro não foi concebido como um elemento essencial da função público-empresarial. Destarte, a criação de entes públicos com a finalidade produtiva de bens e serviços nunca teve por missão fundamental a busca de mecanismos de economia fiscal, privilégio concorrencial ou institucionalização pública de empreendimentos privados (fenômeno esse tipicamente socialista). Daí o porquê de *Garcia de Enterría* realçar que a legislação espanhola exige dos entes públicos empresariais o devido “ajuste” de suas atividades contratuais aos princípios da publicidade e da concorrência, exceção feita àquelas operações cuja natureza determina algum tipo de privilégio.⁽³⁹⁾

(37) Ao estudar o fenômeno econômico do subdesenvolvimento, *Robert J. Alexander* observa que: “Nos países da Europa Ocidental e nos Estados Unidos, que foram os primeiros a experimentar o desenvolvimento econômico moderno, o papel de inovadores foi, em grande parte, desempenhado por empresários particulares. Foram eles os principais investidores de capitais, os principais experimentadores de idéias novas, de novos métodos de produção, de novo equipamento e de processos diferentes de levar os produtos ao consumidor. [§] Mesmo nestes países, entretanto, o papel do governo como inovador não deve ser esquecido. (...) [§] Os governos dos países em desenvolvimento criam também a motivação para as transformações. Embora o desejo de lucro, que é a principal motivação nos países anglo-saxônicos, seja muito fraco para ser efetivo, na maioria das nações recém-entradas no processo de industrialização, o nacionalismo constituiu uma motivação com a força necessária. Estes governos podem, em nome do nacionalismo, varrer as barreiras tradicionais, que seriam impenetráveis para um capitalista privado operando por conta própria. Os novos métodos, e os sacrifícios exigidos pela inovação podem ser legitimados por apelos à lealdade e ao orgulho nacionais” (*in* “O ABC do Desenvolvimento Econômico”, Editora Fundo de Cultura, Rio de Janeiro, 1965, págs. 163/165).

(38) É curioso como o apelo ao espírito nacionalista da intervenção econômica está presente até nos dias de hoje no Brasil, a teor da simples leitura do *caput* do artigo 173 da Constituição Federal, quando diz que a “exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”, o que vem reforçado com a consagração do “planejamento” como instrumento ordenador e regulador da economia nacional.

(39) O § 2º do artigo 173 da Constituição brasileira diz que “as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”,

V — A PERSONIFICAÇÃO JURÍDICA DO TERCEIRO SETOR COMO UM MEIO-CAMINHO ENTRE O PRIVADO E O PÚBLICO

Uma distinção fundamental feita a esse respeito está na caracterização do ato jurídico decorrente da capacidade jurídica da pessoa jurídica de direito público. Fala-se aqui das diferenças entre ato de gestão e ato de administração. Como observa *Maria João Estorninho*, enquanto vigorava na Europa o ideal monista, pretendendo-se a sujeição dos contratos administrativos a um mesmo regime jurídico (privado), não havia qualquer privilégio distintivo aos chamados atos de império (ou administrativos, quer dizer, aqueles praticados a *manus publicum*), à exceção de alguns sistemas jurisdicionais que previam, para seu controle, os tribunais administrativos.⁽⁴⁰⁾

As entidades do terceiro setor praticariam atos de gestão e atos de administração? Quando recorrem a verbas públicas, bens públicos ou prerrogativas e privilégios típicos da Administração estatal (direta ou indireta), estão exercendo ato administrativo, se a finalidade de sua ação privada é de interesse público?

Prudente especular um pouco mais sobre as circunstâncias que envolvem a ação do agente público investida de instrumentos privatísticos, especialmente por conta dos contratos administrativos.

O caráter público dos atos de autoridade (ainda que decorrentes de fatos contratuais) nunca foi visto pela doutrina dominante como um *status* geral conferido pelo Direito Público. Apenas que, dado o regime jurídico privado aplicado como instrumental aos contratos públicos, a capacidade jurídica de Direito Público da Administração deveria coincidir com o conjunto de poderes atribuídos por lei à pessoa jurídica pública. Em síntese, *Garcia de Enterría*, repisando a doutrina, atesta que não há presunção do poder do administrador na gestão de um ente público. A capacidade jurídica tratada é legal, como um "*conjunto de potestades que le hayan sido atribuidas por el ordenamiento*".

O ponto referencial da capacidade jurídica finca-se na legitimação do ato administrativo, ainda que, revestido das formas do ato de gestão — puramente contratual ou não — pretenda mais do que a o exercício de direitos ou titularidades da Administração Pública, em busca da eficácia e, em especial, da eficiência da ação administrativa.

A autora portuguesa *Estorninho* colhe de *Garcia de Enterría* uma didática digressão: (i) o "salto dogmático" para a compreensão do contrato

princípio esse que afirma a igualdade público-privado no setor econômico livre, todavia contrariado pelo dispositivo contido no inciso VIII, do artigo 24, da Lei n. 8.666/93, tornando dispensável a licitação pública "para aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado". Conquanto a lei proteja a competição pelo "preço" (de acordo com a ressalva final do inciso), cria ela um privilégio legal (quicá imbuída do espírito de proteção ao "direito público adquirido" de entidades públicas constituídas antes de sua vigência) lesivo à concorrência aberta.

(40) *Estorninho*, ob. cit., pág. 33

administrativo como tal foi possível quando, observando-se o modo processual e empirista de constituição das sociedades mercantis públicas, desvendou-se o "processo de substantivação jurídico-material da figura"; (ii) o ciclo completou-se com o "salto dialético", em que a mera distinção entre atos de autoridade e de gestão foi substituída pelo critério do *serviço público*.

Parece razoável esse apontamento, porque, se o que se pretende compreender é o ato de nascimento de um ente público que atuará como sujeito de direitos, sob as formas e institutos do regime jurídico privado, o princípio da "aderência ao fim" (*Enterria*) da pessoa jurídica de direito público está conectado, em sua essência, com o interesse público. Vale dizer, cria-se uma entidade estatal de moldes empresariais, mas se lhe retira a livre iniciativa; ou melhor, sua iniciativa (do gestor-administrador público) é limitada ao conteúdo legal de sua criação e trilhada ao fim (público) a que se destina.

Ora, se a Administração Direta tem o poder de deliberar sobre as mais diversas funções e ações públicas, nos diversos campos de ação humana (economia, sociedade, infra-estrutura, educação, saúde etc.), inclusive aquelas em que há reserva legal (monopólios, serviços públicos, segurança nacional), o que explica o fator limitativo das pessoas jurídicas de direito público, vinculadas a uma finalidade certa e determinada? Sem dúvida que o momento histórico tem a resposta. Trata-se do eminente, mas mutável, ideal político que rege o Estado e a sociedade.⁽⁴¹⁾

A verve lógico-formal do Estado Liberal, deixando ao mercado a livre regulamentação das forças privadas, deu lugar, no Estado Social, à dicotomia *contratos administrativos/contratos privados da administração*. O método processual de "controlar e instrumentalizar su gestión en servicio de sus respectivos entes matrices" (*Enterria*) foi aprimorado pela Administração como um elo substantivo de fixação e controle da capacidade jurídica (e dos atos) das pessoas jurídicas de direito público.⁽⁴²⁾

Mas o fenômeno econômico contemporâneo, na onda das privatizações européias dos anos 1980, trouxe consigo a necessidade de se repensar "un mercado único sin traba alguna a la libre competencia".

Na onda "privatizante" neoliberal, o Estado brasileiro absorveu, a partir da primeira metade dos anos noventa, uma parcela desse modelo, no qual se contextualiza o terceiro setor.

(41) *García de Enterria* não deixa dúvida: "la Administración del Estado tiene como persona jurídica plena capacidad de obrar (...); los demás entes públicos, sin embargo, están afectados de limitaciones mayores o menores, según sus respectivas regulaciones, en su capacidad de obrar, limitaciones que son suplidas mediante actos de tutela integrativa por parte de los entes superiores. Estas incapacidades están definidas en interés de los fines públicos afectados, de protección de los miembros o beneficiarios de los entes respectivos (...), o meramente, como simple medida técnica para facilitar la coordinación de las actuaciones entre los distintos entes (...).

(42) "Com a passagem do Estado de polícia ao Estado-providência verificou-se, na expressão de *Duguit*, 'uma transformação formidável': passa a ser especialmente importante não o poder de impor, mas sim a obrigação de agir da Administração e o dogma do serviço público torna-se verdadeiramente o 'alfa e o ômega' do Direito Administrativo (*Estorninho*, ob. cit., pág. 36)

VI — A REFORMA DO ESTADO BRASILEIRO

A política governamental de uma contundente reforma do Estado brasileiro nos últimos anos levou à redução da participação direta das estruturas do aparelho estatal nas atividades econômicas e sociais. As propostas de desestatização, desregulação, privatização e enxugamento da máquina administrativa tiveram início em 1990⁽⁴³⁾.

Sua dimensão institucional e legal está marcada pelo seguinte conjunto normativo:

a) Lei n. 8.031/90: estabelece o processo de reordenação do papel do Estado, reformulado e ampliado pela Lei n. 9.491/97;

b) Emendas Constitucionais EC ns. 5, 6, 7, 8 e 9 (1995);

c) Emendas Constitucionais EC ns. 19 e 20 (1998), destacando-se a modificação do regime e dispõe sobre princípios e norma da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, bem como permitindo que os contratos de gestão, criados para a flexibilização nas formas da atuação da Administração Pública, sejam celebrados no âmbito da própria Administração Direta, entre dirigentes de órgãos integrantes da mesma pessoa jurídica; e

d) a legislação infraconstitucional que instituiu as agências reguladoras, regulamentou serviços públicos privatizados ou concedidos.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (1995) almejava representar uma nova concepção de administração pública. Foi elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE) tendo por premissas:

(i) *objetivos globais* de aumentar a capacidade administrativa do Estado em governar com efetividade e eficiência, limitar a ação do Estado às funções que lhe são próprias, deixando os serviços não-exclusivos para a propriedade pública não-estatal e a produção para a iniciativa privada;

(ii) *objetivos específicos* marcados por um *núcleo estratégico* de deliberação e definição das leis e as políticas públicas (é o segmento em que as decisões estratégicas são tomadas); por *atividades exclusivas* reservadas à realização pelo Estado (serviços em que se exerce o poder extroverso do Estado — o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar);

(43) Vale conferir a visão da Ciência da Administração sobre o tema da Reforma do Estado, através da leitura do texto *Apointamentos sobre o plano diretor da reforma do Estado, organizações sociais e contratos de gestão*, publicado por Lourenço Senne Paz, na Revista de Administração da USP, vol. 36 (jul./set.), n. 3, págs. 36-39, 2001. Diz o autor, com perspicácia, que "O modelo de Reforma do Estado (oriundo do Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado — Pereira, 1995) é, de certa maneira, arrojado ao encarar os problemas do atual Estado brasileiro. Ao admitir que um dos problemas é o caráter do controle processualístico na administração burocrática, o Plano indica a administração gerencial, propondo controle de resultados. No entanto, percebe-se que no momento a Administração Pública não está preparada para essa liberdade e não se sabe se ela será usada com responsabilidade. Na opinião de [Luciana] Martins (1995): 'o Estado não está equipado para detectar irregularidades e para controlar os gastos públicos'".

por *serviços não-exclusivos*, correspondentes ao setor no qual o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privada; pela *produção de bens e serviços para o mercado*, que corresponde à área de atuação empresarial, caracterizado pelas atividades econômicas voltadas para o lucro ainda pertencentes à máquina do Estado (exemplo, o setor de infra-estrutura), demandando regulação quando concedidas ou privatizadas.⁽⁴⁴⁾

É exatamente no ambiente dos *serviços não-exclusivos* do Estado que as instituições do terceiro setor aparecem. Elas efetivamente não possuem o poder de Estado. Todavia, o aparelho estatal faz-se presente, porque, via de regra, tais serviços, ainda que privados, são compreendidos como "de interesse público", já que envolvem direitos humanos fundamentais (educação e comunicação, por exemplo), ou ainda porque externalizam ganhos que não podem ser apropriados pelo mercado (universidades, hospitais, centros de pesquisa, museus).

Nessa proposta de Reforma do Estado⁽⁴⁵⁾ que se inserem as instituições pertencentes ao terceiro setor.

VII — FLEXIBILIDADE E EFICIÊNCIA. AS FORÇAS MOTRIZES DO TERCEIRO SETOR?

Pode-se conjecturar que a "economia social" aponta uma solução alternativa para a dualidade do Direito Administrativo em sua origem: a defesa dos interesses individuais (escorada no princípio da legalidade) convive mais harmonicamente com a satisfação dos interesses coletivos.

Qual o caminho racional para aceitar essa contraposição⁽⁴⁶⁾ em essência? Talvez pelo fato das entidades do terceiro setor estarem mais livres para o uso dos institutos privados, permitindo menor "pudicidade" e maior ousadia nas iniciativas de defesa dos interesses daqueles indivíduos que compõem o grupo social tutelado ou apoiado.

Nesse ponto, para a compreensão da atuação do terceiro setor, é determinante um breve arrazoado e indagações sobre três princípios hermenêuticos e axiológicos de forte conotação publicista.

(44) Classificação extraída de *Maria Sylvia Z. Di Pietro*, "Parcerias ...", ob. cit., págs. 41/42.

(45) Muitos autores observam raízes outras da chamada Reforma do Estado, que podem revelar o que sua aparente finalidade esconde. Assim o faz *Maria Sylvia Z. Di Pietro*, ao tratar da absorção de um extinto órgão público por uma organização social, mencionando que "é curioso falar-se em Programa Nacional de Publicização quando, na realidade, o que está sendo idealizado é exatamente a privatização sob outra modalidade" ("Parcerias ...", ob. cit., pág. 201). Ou ainda "não há qualquer dúvida quanto a tratar-se de um dos muitos instrumentos de *privatização* de que o Governo vem se utilizando para diminuir o tamanho do aparelhamento da Administração Pública" ("Direito Administrativo", ob. cit., pág. 411).

(46) *Maria Sylvia* chama esse fenômeno de "bipolaridade do direito administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; restrições e prerrogativas" (*in* "Do Direito Privado ...", ob. cit., pág. 71).

O primeiro deles é a proporcionalidade dos meios aos fins para aplicar o direito privado na coisa pública. De um lado, há supremacia do interesse público, a indisponibilidade dos bens públicos e a exigência de fiscalização, prerrogativas e restrições essas a que também estão submetidas as pessoas jurídicas estatais ligadas pelo direito privado. As entidades do terceiro setor também responderiam por tanto?

Deve-se lembrar também do princípio da continuidade dos serviços públicos, bem como do fornecimento de bens que tenham por finalidade o interesse público. As instituições do terceiro setor precisam evitar a "solução de continuidade" imotivada?

Finalmente, o princípio da flexibilidade, experimentado na construção das pessoas jurídicas da Administração Indireta⁽⁴⁷⁾ e no contratualismo administrativo⁽⁴⁸⁾. Como o interesse coletivo varia no tempo e no espaço, faz-se constante a necessidade de novas soluções para as demandas sociais. O interesse privado sempre gera maior propensão à busca de resultados eficientes, normalmente pelo uso de métodos de gestão privada. Autoridade, coerção e controle unilateral pouco se compatibilizam com relações jurídicas de ordem privada. O conflito de interesses entre o ente público e o particular pode ser solucionado através de instrumentos mais equânimes, sem potestatividade ou discricionariedade.

A economia social absorve o princípio da flexibilidade?

O terceiro setor deve respeito à proporcionalidade entre meios e fins, sob pena de lesão a um dos princípios gerais de direito, que é o da igualdade. Ademais, quando esses meios forem recursos públicos, à proporcionalidade se adere o princípio da legalidade, pois as entidades privadas que fizerem circular bens públicos para a consecução de seus objetivos coletivos necessariamente estão circunscritas nas restrições de ordem pública.

De igual sorte, quando o terceiro setor desenvolve "funções essenciais" à coletividade, não pode pairar sobre ele o dilema da solução de continuidade. É necessário que instrumentos eficazes de proteção evitem esse fenômeno ou criem alternativas de manutenção da atividade interrompida por qualquer razão.

Quanto à flexibilidade, esse é o grande mote da economia social, pois o caráter híbrido do regime jurídico em que se constituem suas instituições garante o equilíbrio dicotômico identificado por *Caio Tácito*: o direito privado como instrumental e o direito público como substancial e orgânico.⁽⁴⁹⁾

(47) Nesse sentido, ver o Capítulo 5 da obra "Do Direito Privado ...", de *Maria Sylvia Z. Di Pietro*.

(48) A autora portuguesa *Maria João Estorninho*, ironizando o "sinal de modernidade" do Direito Público francês, tece uma crítica à criação do contrato administrativo e à Administração contratualizada como um "expediente" para a maior flexibilização das ações prestadoras de bens e serviços do Poder Público. Entende ela que se tratava de um mero mascaramento para a Administração, "em última instância, recorrer às suas prerrogativas de autoridade" (*in* "Réquiem ...", *ob. cit.*, pág. 44).

(49) *Tácito, Caio*. "Direito Administrativo e Direito Privado nas Empresas Estatais", RDA 151/22.

Mas não se pode ignorar que para o Direito Público há uma fundamental diferença entre norma primária (a lei administrativa) e norma secundária (a lei civil/comercial), como aponta *Caio Tácito*, ao tratar dos fundamentos legais para a criação das empresas estatais. Recordando *André Hauriou*, "o direito administrativo é uma disciplina que não mantém a balança igual entre as partes"⁽⁵⁰⁾, visto que suas instituições observam:

- (i) sujeitos de direitos subjetivos diferentes (individual x coletivo ou administrados x ente público);
- (ii) diferença de poderes (direitos exorbitantes e comuns);
- (iii) prerrogativas e privilégios (poder de polícia, requisição, expropriação etc.);
- (iv) poder discricionário (arbitrio para a atividade regulamentar); e
- (v) práticas administrativas que sofrem restrições (princípio da legalidade).

Está se consolidando o entendimento que, na formação do denominado Estado Pós-Social, uma das razões da fuga das instituições do Poder Público para o direito privado está no aumento da prestação de funções administrativas, diretamente proporcional à ineficiência da máquina administrativa, que clama por reforma e o aceite de novos valores. *Maria Sylvia Z. Di Pietro* sintetiza esse quadro nos seguintes fatos e demandas⁽⁵¹⁾:

- a) apelo pela transparência administrativa;
- b) privatização;
- c) parcerias entre o setor público e o setor privado;
- d) terceirização (serviços concedidos ou autorizados);
- e) proposta por uma codificação tecnicista do Direito Administrativo;
- f) flexibilização das ações administrativas e do próprio poder administrativo.

A doutrina europeia também elenca seus motivos para justificar o uso, no Estado Pós-Social, de novas formas da organização e atuação privada na Administração Pública (*Maria João Estorninho*)⁽⁵²⁾:

- a) agilidade na criação e gestão de atividades administrativas instrumentais;
- b) descentralização do poder de gestão e administração da coisa pública;
- c) limites da responsabilidade próprios e autônomos;

(50) *Hauriou*. "A utilização em Direito Administrativo...", *ob. cit.*, pág. 466.

(51) Todo o Capítulo 1º, em específico o item 1.2.1, da obra "Parcerias ..." merece a atenta leitura.
 (52) Conferir o tópico 4 do Capítulo I do "A Fuga para o Direito Privado", *ob. cit.*, págs. 47/80. Como diz a autora portuguesa, "A Administração Pública procura hoje desesperadamente reencontrar a eficiência, nomeadamente através de fenómenos de privatização e da revalorização da sociedade civil" (pág. 48).

- d) menor ingerência política;
- e) legalidade, porém com flexibilização das regras públicas de organização dos instrumentos de ação;
- f) processos decisórios ágeis e desburocratizados;
- g) economia de mercado (competição);
- h) fatores econômicos, como rentabilidade, controle de despesas (economia), diversificação sistemática de funções (bens e serviços);
- i) simplificação dos recursos humanos aplicados à prestação contratual (não de servidor público);
- j) fatores financeiros, como financiamentos privados, redução dos custos administrativos, vantagens fiscais;
- k) cooperação com outros entes organizacionais (públicos e privados), que é o fenômeno típico do terceiro setor, principalmente pelo maior acesso (e apelo participativo) da sociedade civil; e
- l) cooperação internacional (especialmente nos setores de pesquisa e intercâmbio cultural).

Não há dúvida que o setor governamental continua predominando sobre o segmento privado, quando se trata da função de proteção social. Até mesmo nos meios de financiamento das estruturas do terceiro setor se constata uma forte presença estatal. Dados levantados por *Francisco Quintanilha Veras Neto* apontam que as receitas das entidades do terceiro setor são divididas na seguinte proporção: taxas e tarifas dos próprios serviços prestados (47%), repasse de verbas governamentais diretas ou indiretas (43%) e doações particulares (pouco menos de 10%)⁽⁵³⁾.

O legado do modelo do Estado Providência pode realmente ter sido um "capitalismo associativo" combinado com "desenvolvimento econômico sustentável" (segurança do trabalho, meio ambiente), o que *Francisco Quintanilha* nomeia de "capitalismo com responsabilidade social e verde" (ob. cit., pág. 216), fundamentalmente quando um novo segmento das atividades estruturais do Estado Social:

- a) procura criar medidas que evitem externalidades negativas nas ações empreendedoras, administradoras ou gestoras do interesse coletivo;
- b) ao menos reconhece a inequação entre o trio cidadão/poder do príncipe/poder do mercador; e
- c) objetiva sincronizar os três sistemas que constituem a sociedade civil contemporânea (povo x Estado x Mercado).

(53) *Veras Neto, Francisco Quintanilha*. "O Terceiro Setor, Reorganização Autogestionária da Sociedade Civil ou Neoliberalismo Distarçado?", *Crítica Jurídica — Revista Latino-Americana de Política, Filosofia y Derecho*, 2001, n. 18, págs. 215-235. O autor faz outro levantamento interessante acerca da variedade de denominações atinentes ao terceiro setor, destacando-se: (i) organizações sem fins lucrativos; (ii) organizações voluntárias; (iii) organizações não-governamentais (Europa); (iv) entidades da "economia social" mutualista e cooperativista (Europa Latina); e (v) organizações da sociedade civil (América Latina).

Um bom exemplo é o espectro do terceiro setor na escala europeia, que deve ser entendido em sentido amplo, isto é, todas as entidades de regime privado que, exercendo algum tipo de atividade de interesse público, emergiram da iniciativa da sociedade civil, de natureza social e assistencial sem fins lucrativos. Bastante interessante e mesmo revelador — no que toca à maior ou menor presença e capacidade assistencial do poder público — conhecer os focos de concentração das entidades do terceiro setor existentes em alguns países da Europa, a exemplo de⁽⁵⁴⁾:

a) Dinamarca — entidades dedicadas à cultura, esportes e educação, na medida em que o Estado cobre integralmente os serviços sociais, de saúde e de apoio profissional. As poucas organizações que atuam nas áreas sociais não detêm o nível de apoio financeiro que as organizações culturais, esportivas e de educação alcançam;

b) França — um dos berços das organizações sociais a partir de 1900 (conquanto no pós-Revolução Francesa o Estado tenha recolhido para si toda e qualquer função de interesse público, encerrando corporações de ofício, nacionalizando escolas e hospitais), é um país que se destaca nos “cuidados sociais” propriamente ditos, recebendo grande apoio dos poderes públicos;

c) Irlanda — terceiro setor originalmente ligado aos movimentos católicos, com forte apoio financeiro do Estado;

d) Itália — as entidades assistenciais e organizativas da vida social cresceram em concomitância à instabilidade política e à falta de regulamentação estatal; concentram-se no voluntariado, nas associações culturais, nos movimentos cívicos e profissionais e nas chamadas “empresas sociais”, que se dedicam a serviços sem fins lucrativos para grupos de risco e/ou socialmente excluídos; há um interessante fenômeno de “organização de coordenação”, tipo de atividade agregadora e coordenadora dos demais entes do terceiro setor;

e) Áustria — assim como a Dinamarca, a economia social está voltada ao desenvolvimento cultural, esportivo e educacional;

f) Finlândia — as entidades civis atuam como fiscais dos níveis de proteção social conferidos pelo Estado, fortemente atuante na atividade assistencial;

g) Suécia — descentralização dos serviços públicos de proteção à saúde e educação através de entidades do terceiro setor, que também atuam fortemente nos movimentos cívicos;

(54) *Quelhas, Ana Paula Santos*. “A refundação do papel do Estado nas políticas sociais”, *ob. cit.*, pág. 127 e seg. — Cap. 5. Registra com perspicácia a autora que: “Importa, também, remarcar que a fortaleza do Estado não implica, necessariamente, a fraqueza do terceiro setor. Se é certo que em alguns países o terceiro setor se desenvolveu, essencialmente, devido à ausência de dispositivos públicos de proteção social, no contexto europeu, deparamo-nos com situações de coexistência de um Estado forte e de um terceiro setor também ele forte, desempenhando, inclusivamente, importantes papéis no âmbito das políticas sociais” (pág. 137).

h) Portugal — entidades de origem religiosa e bastante dirigidas à proteção da saúde (em especial a velhice e invalidez) e das atividades profissionais, organizados em “sistemas públicos de assistência social”, vem sofrendo de considerável “enfraquecimento da tutela do Estado”, o que tem levado as associações civis à busca de mecanismos privados de autoproteção.

Numa visão otimista, as alternativas sociais compensatórias exercidas pelas entidades do terceiro setor, em substituição à inércia dos programas sociais governamentais, tendem a provocar, por reação positiva, novas iniciativas estatais. No discurso da economia social está eliminada a referência à relação capital-trabalho, procurando tratar a simbiose “emprego-mercado”.⁽⁵⁵⁾

Numa visão mais hermética, se *Anthony Giddens* arrefece o dogma estatal dizendo que “a proposta é de descentralização do poder” (*apud Francisco Quintanilha*), entendendo-se que um novo modelo econômico-social intenta a correlação da ação individual passo a passo com o desenvolvimento de uma sociedade economicamente decente e eficiente (revitalizando as formas de participação democrática), então definitivamente o Estado não seria a solução, mas parte do problema.

A radiografia é boa, mas a proposição parece demagógica, pois a supressão do Estado pelo terceiro setor seria apenas uma maneira de “estatização” das ações sociais de uma parcela da sociedade civil que privilegiadamente pudesse contar com a economia social e operá-la.

VIII — ESTRUTURA JURÍDICA DO TERCEIRO SETOR

Tradicionalmente, as entidades que se prestam a executar e desenvolver a economia social eram identificadas pela legislação brasileira como entidades de utilidade pública.

Enquadram-se no ambiente das pessoas jurídicas de direito privado definidas pelo Código Civil, destacando-se as formas de organização de entidades sem fins lucrativos:

a) Fundação — bens destinados a um determinado fim social, estabelecido por seu instituidor;

(55) Esses elementos, importantes para conhecer a legitimação conceitual do terceiro setor, têm origem na teoria americana conhecida como “Terceira Via”, referida no trabalho de *Francisco Quintanilha* (texto retro citado), cujos axiomas são: (i) leis de mercado e concorrência; (ii) incapacidade do Mercado em agir como regulador do pacto social; e (iii) necessária uma ação social eficaz para combater o modelo econômico de concentração acelerada de capital e renda. Em reação ao módulo econômico neoliberal do capitalismo, a social democracia foi reconduzida ao poder pela “Terceira Via”, com o discurso do combate às externalidades negativas, como o desemprego estrutural, a crise do capitalismo, a espoliação do meio ambiente. Esse foi um fenômeno inglês próprio da transição da conhecida “Era Thatcher” para a reação do trabalhismo de Tony Blair. Citando *Ricardo Antunes*, *Francisco Quintanilha* chancela que “o projeto da ‘terceira via’ é essencialmente um ideário que se assume como de ‘esquerda’, mas que pratica o que a direita gosta”.

- b) Associação civil — conjunto de pessoas que se reúnem para um determinado fim sem fins lucrativos;
- c) Consórcios; e
- d) Cooperativas.

Inspirando-se na doutrina de *Maria Sylvia Zanella Di Pietro*, que cataloga as entidades do terceiro setor como paraestatais⁽⁵⁶⁾, seria hipótese de considerar alguma semelhança estrutural com os órgãos da Administração Indireta? Em parte sim, segundo a administrativista, mas há uma forte tendência de rejeição à aderência do regime administrativo indireto (ao menos em relação a alguns entes jurídicos, como as organizações sociais), exatamente para fugir de seus preceitos publicísticos.

Em seu livro *Parcerias* (ob. cit., pág. 205), *Di Pietro* adere aos conceitos de *Hely Lopes Meirelles*, *Themístocles Brandão Cavalcanti* e *Celso Antônio Bandeira de Mello* para entender porque essas entidades paraestatais “escapam à estrutura geral dos órgãos administrativos”, agindo, contudo, em colaboração com o Estado. A resposta está no fato de sobreviverem num modelo organizacional que depende do Poder Público para autorizar suas arrecadações (denominadas “contribuições para fiscais”), fomentar suas atividades e fiscalizar a regularidade de sua existência e atuação. A expressão “paraestatal” identifica esses entes jurídicos exatamente porque operam em paralelo ao Estado, obedecendo a um regime jurídico de direito privado — em função da flexibilidade jurídico-formal almejada — usufruindo benefícios e privilégios que os motivem (isenções fiscais, financiamentos etc.) e, ao mesmo tempo, sofrendo restrições próprias da Administração Pública.

São, portanto, os marcos do terceiro setor: entidades privadas, sem fins lucrativos, que exercem atividades de interesse público ou coletivo, recebendo títulos jurídicos definidos por lei, mas circunscritas a algumas obrigações, quando beneficiárias de privilégios concedidos pelo Estado, que as limitam na ordem do Poder Público (ex.: o dever de licitar em todas as vezes que os recursos públicos lhe são destinados para um programa de atividades).

Os títulos jurídicos — que podem ser conferidos, suspensos ou retirados — classificam as entidades do terceiro setor como: (i) de utilidade pública; (ii) de fins filantrópicos; (iii) organizações sociais (OS); e (iv) organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP). Incluem-se entre as paraestatais do terceiro setor as organizações não governamentais (ONGs), mas essa não é uma titulação jurídica conferida por lei.

Tais entes privados não prestam propriamente à execução de serviços públicos, mas sim de serviços de interesse público ou coletivo. É o caso típico dos serviços sociais autônomos (SESI, SESC, SENAC etc.) que fazem uma função pública não estatal, mas certamente permitem, através

(56) *Di Pietro, Maria Sylvia Z.* “Direito Administrativo”, ob. cit., págs. 403/406. A crítica da autora é por demais pertinentes, vez que “se fogem [as entidades do terceiro setor] do conceito de Administração Indireta, não escapam, contudo, ao conceito de entidade paraestatal, que exige a imposição parcial de normas de direito público”.

da associação com outros entes — pessoas físicas e jurídicas, públicas e privadas — a atuação estatal indireta. Isto porque, mediante contratos de gestão, é possível a fixação de metas a serem cumpridas por essas entidades, por programas de fomento, subsídios ou auxílio infra-estrutural, que demandam controle de resultados, quando empregam recursos públicos (um exemplo é o caso dos programas de emprego e recolocação profissional que algumas entidades sindicais vêm executando no Brasil).

Considerando que o Estado não apresenta condições de monopolizar a prestação direta de todos os serviços sociais de interesse coletivo, adota-se a estratégia de “publicização” dos serviços não exclusivos do Estado (usualmente derivados de um ente estatal extinto), ou seja, permite sua absorção por um setor público não-estatal, onde a entidade assumirá o modelo de organização social, fomentada pelo Estado na transmissão da infra-estrutura, bens públicos e direitos correlatos, operando o intercâmbio por contratos de gestão.

Em linha similar, o modelo das organizações da sociedade civil de interesse público — é certo que menos “publicizante” que as organizações sociais, pois não há a herança do “espólio” do ente estatal extinto — tende a transmitir parcela significativa da ação social tipicamente estatal para a iniciativa particular, utilizando-se sobremaneira dos chamados Termos de Parceria.

Está-se diante de um fenômeno de hibridização entre o regime público e o regime privado.

Os títulos jurídicos. Legislação correlata

A Organização Social e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público são títulos jurídicos elaborados no decorrer da Reforma do Estado brasileiro, a partir de 1995. Procuram assegurar garantias e cautelas inexistentes nos benefícios atribuídos às entidades de utilidade pública (título esse conferido pelo Código Civil de 1917). Tal reforço almeja a permissão de parcerias entre o público e o privado com maior segurança, conferindo maior eficiência à gestão da administração pública e preservando a finalidade pública das atividades sociais.

Nota-se que há um incentivo ao deslocamento para outros ambientes (públicos, mas não estatais) da realização de interesses públicos, bem como a organização desses interesses coletivos e públicos de maneira a permitir a maior participação por meio de uma sociedade civil mais organizada.

A legislação correlata ao terceiro setor está contida nas seguintes fontes:

- Código Civil — o artigo 16 define o título de “utilidade pública” para associações civis e fundações que cumprirem os pré-requisitos necessários;⁽⁵⁷⁾

(57) Vale anotar que o artigo 44 do novo Código Civil brasileiro, ao definir as pessoas jurídicas de direito privado, não mais contempla o título de “utilidade pública”, quem sabe como reflexo da “crise do título” que afetou sua legitimidade, como a seguir se verá.

- Decreto n. 91/35 — regulamenta o título de utilidade pública;
- Lei n. 8.212/91 — Organização de Seguridade Social e Plano de Custeio;
- Decreto n. 752/93 — Concessão de Certificado de Entidade e Fins Filantrópicos;
- Lei n. 9.637/98 — trata das Organizações Sociais (OS);
- Lei n. 9.790/99 e Decreto n. 3.100/99 — tratam das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs); e
- Lei Estadual n. 846/88 (São Paulo) — trata da qualificação como OS de entidades cujas atividades sejam dirigidas à saúde e à cultura.

Assim, nos termos legais, os tipos comumente identificados de entidades do terceiro setor são as associações civis sem fins lucrativos "de utilidade pública", as entidades filantrópicas, as fundações de apoio (Fundação Getúlio Vargas, FAPESP etc.)⁽⁵⁸⁾, os Serviços Sociais Autônomos (SESI, SENAI, SESC etc.)⁽⁵⁹⁾, as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

Podem ser consideradas algumas vantagens na concessão de um título que qualifique a entidade como integrante do terceiro setor:

- (i) a certificação de um regime jurídico específico;
- (ii) a padronização no tratamento normativo de entidades com características comuns; e
- (iii) o estabelecimento de mecanismos de controle (concessão, suspensão, cancelamento).

Para uma referência prática, é interessante apontar alguns aspectos comuns entre títulos de *utilidade pública* e *organização social*, buscando auxiliar o entendimento de que não houve efetivamente uma "ruptura" do modelo do Código Civil de 1917 para com o Plano de Reforma do Estado de 1995, de modo a impulsionar o terceiro setor, mas sim uma tentativa de readequar suas estruturas. São eles:

- a) iniciativa privada voluntária na criação e constituição das entidades;
- b) existência de limites à livre constituição e funcionamento dos órgãos de direção das entidades;
- c) afetação de finalidade de interesse público ou socialmente relevante;

(58) As universidades federais contam com a Lei n. 8.958/94 para regular suas respectivas fundações de apoio.

(59) É o conhecido "Sistema S", no qual o Estado não abdica da prestação de serviços públicos legalmente a ele conferidos e tampouco extingue órgãos ou entidades para fundar uma nova instituição. Merece referência o chamado Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, que foi criado pela Lei n. 8.246/91, a partir da extinção da fundação de direito privado instituída pelo Governo Federal denominada Fundação das Pioneiras Sociais, tendo por objetivo a assistência médica gratuita à população e o desenvolvimento de pesquisa e atividades educativas em saúde, sempre por regime de cooperação com o poder público.

d) recebimento de favores especiais, subsídios, isenções e contribuições do Estado;

e) submissão a uma vigilância especial e a limitações de ordem administrativa que vão além do simples poder de polícia exercido sobre as demais pessoas privadas;

f) sujeição ao controle do Tribunal de Contas e à fiscalização do Ministério Público;

g) necessidade de reconhecimento formal por parte do Estado, segundo procedimento especial regulado em lei;

h) destinação legal do patrimônio social a outra entidade de mesma natureza em caso de extinção da sociedade; e

i) submissão a um regime jurídico das pessoas de direito privado, com derivações de direito público.

Todos os tópicos acima apontam o espaço jurídico em que as entidades do terceiro setor passaram a ocupar com a pretensa Reforma do Estado, corroborando a hipótese sustentada nesse trabalho de que a busca por modelos privados de gestão da coisa pública, na corrente dos movimentos fáticos e doutrinários da segunda metade do século XX em diante, não "revogou" o Direito Público, mas em verdade o reafirmou.

A crise do título jurídico

Uma importante explicação teórica para a renovação dos modelos jurídicos que compõem o terceiro setor é feita pelo Prof. *Paulo Modesto*⁽⁶⁰⁾, analisando as circunstâncias em que o primeiro e mais utilizado título jurídico atribuído a uma entidade do terceiro setor — o atributo "de utilidade pública" definido no artigo 16 do Código Civil, passou a padecer da síndrome da "inautenticidade".

Reflete o autor que todo título jurídico decorre de um tratamento legal específico, objetivando padronizar o tratamento normativo diferenciado, de modo a conferir certificação e o controle jurídico necessários à justificativa de concessão de vantagens e privilégios ("benefícios e apoios especiais previstos na lei") ao ente diplomado. Como concessão, o título jurídico não faz direito adquirido, podendo ser recolhido ou cassado a qualquer tempo, se desatendidos os pré-requisitos da outorga.

Acontece que, diante da fraqueza estrutural do Estado, o título reconhecido pelo Código Civil e regulado pela Lei Federal n. 91 (28.8.1935) viu-se numa "situação de suspeição generalizada", eis que havia efetiva "lacuna de cobertura" da legislação a orientar o controle e fiscalização sobre as entidades associativas "de utilidade pública". Conclui *Paulo Modesto* que, diante da carestia sofrida, dois fenômenos afloraram: "(a) a proliferação de

(60) *Modesto, Paulo*. "Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil", Rio de Janeiro, *Revista de Direito Administrativo* n. 214 (out./dez.), págs. 55-68, 1998. Também publicado na *Revista Trimestral de Direito Público* n. 24, págs. 75-86, São Paulo, 1998.

entidades inautênticas, quando não de fachada, vinculadas a interesses políticos menores, econômicos ou de grupos restritos; (b) o estímulo a processos de corrupção no setor público”.

A renovação dos títulos jurídicos — com a criação das OS e posteriormente das OSCIPs — pretendeu uma mudança de rota do terceiro setor, de modo a refazer a imagem dos entes assistenciais. Organizações legítimas eram, como de fato ainda o são, maculadas exatamente pelo péssimo exemplo das organizações ilegítimas.

A diplomação legal do terceiro setor, portanto, não deve ser apenas um instrumento burocrático de concessão de um título jurídico, mas sim um ferramental de fiscalização e controle que, através de critérios claros e precisos, espelhe aos olhos da sociedade a legitimação da ação social, voluntária e assistencial, a qual depende, em última instância, do estímulo individual impulsionador da iniciativa privada.

Pertinente, nesse contexto, uma análise pontual de alguns aspectos da legislação ordinária que buscou inovar o terceiro setor.

Aspectos jurídicos e materiais das Organizações Sociais e das OSCIPs

Não é pretensão desses apontamentos dissecar a legislação existente e tampouco analisar um a um dos modelos de entidades que hoje estão em operação, mas sim referenciar alguns pontos definidos nas leis criadoras das OS e das OSCIPs, que constituem significativos referenciais para a compreensão de como o Brasil vem operando o terceiro setor.

Não serão analisados os Serviços Sociais Autônomos e as Fundações de Apoio, porquanto a pretensão é a de demonstrar, por método exemplificativo, quais as “capturas” permitidas pelo Estado sobre o Direito Privado para a reestruturação do terceiro setor, lembrando se tratar de um conjunto de entidades privadas que usualmente praticam atividades de interesse público ou coletivo. Por consequência, o regime privado prescinde de inexoráveis derivações do Direito Público e, em especial, do Direito Administrativo.

Convém anotar também que as associações civis “de utilidade pública”, os Serviços Sociais Autônomos e as entidades filantrópicas existem muito antes do “boom” de novas entidades e modelos do terceiro setor percebido no Brasil a partir da década de 1990, com a implantação do projeto de Reforma do Estado. Não há dúvida que os modelos anteriores influenciaram o quadro atual, a exemplo das organizações sociais, que têm franca inspiração nos Serviços Sociais Autônomos⁽⁶¹⁾.

Organizações Sociais

São pessoas jurídicas organizadas sob a forma de fundação privada ou associação sem fins lucrativos, que recebem um título jurídico especial de “organização social”, conferido pelo Poder Público, mediante atendimento dos requisitos previstos expressamente na Lei n. 9.637/98.

(61) Di Pietro, “Parcerias ...”, Capítulo 10, Item 10.3.3 (ob. cit., págs. 205/208).

A inovação do modelo não está na estrutura constitutiva da pessoa jurídica, mas sim nos mecanismos de interdependência e colaboração entre a entidade e o Poder Público. Tendo por origem histórica o projeto de Reforma do Estado, presume-se a OS como um avanço no enfrentamento da rigidez das normas burocráticas nos serviços não-exclusivos do Estado⁽⁶²⁾.

No entanto, a Profa. *Di Pietro* não deixa pedra sobre pedra ao tratar criticamente a Lei n. 9.637/98, destacando seu "conteúdo de imoralidade", com riscos para o cidadão e o patrimônio público, porquanto "fica muito nítida a intenção do legislador de instituir um mecanismo de fuga ao regime jurídico de direito público"⁽⁶³⁾ (notadamente pela absorção de atividade e patrimônio públicos que se transubstanciam em privados). De igual turno, a autora considera que as fundações, associações ou cooperativas de apoio (formadas por servidores públicos) representam um potencial conjunto de "entidades fantasmas, porque não possuem patrimônio próprio, sede própria, vida própria", vivendo quase exclusivamente "do contrato de gestão com o poder público" e sem uma legislação apropriada que as sustente.⁽⁶⁴⁾

Fica patente que se formulou a OS como meio técnico-jurídico de garantir autonomia financeira e administrativa aos serviços sociais não exclusivos do Estado, abrindo espaço para uma gestão mais eficiente de universidades, museus, escolas técnicas, hospitais, centros de pesquisa e demais entidades que se encaixem na Lei n. 9.637/98. O Estado tem presença no terceiro setor não só como regulador (no controle da legalidade, que é, em última instância, a garantia da própria sociedade civil no cumprimento da ordem pública), mas também como financiador das organizações sociais.

O subsídio pode ser dado diretamente à organização pública não-estatal, mediante dotação orçamentária. As OS foram escolhidas como um instrumento de transferência de recursos, humanos e materiais, do setor público para o setor privado não lucrativo. Nessa circunstância é que o tema deve ser abordado sob o prisma do Direito Administrativo⁽⁶⁵⁾.

(62) Sabe-se que há três hipóteses de abarcar aos serviços públicos não-exclusivos: (i) podem ficar sob controle do Estado; (ii) podem ser privatizados; ou (iii) podem ser financiados ou subsidiados pelo Estado, mas controlados pela sociedade. A opção brasileira parece ser a última.

(63) "Direito Administrativo", ob. cit., págs. 411/412.

(64) Temor esse que não é isolado, mas compartilhado até mesmo por aqueles que pensam sob a ótica do administrador público, a exemplo do já mencionado autor *Lourenço Senne Paz*, o qual ressalta a necessidade de "evitar os erros do passado e aprender com a história", de modo que, "com ou sem contratos de gestão, será necessária boa dose de coragem e discernimento para aperfeiçoar a concepção atual desse modelo [as organizações sociais], em face das falhas já detectadas, e conseguir articular o comprometimento de todo o governo para a correção de rumos, bem como para enfrentar os desafios de uma implantação o mais fiel possível aos ideais preconizados" ("Apontamentos sobre o plano diretor ...", artigo citado, pág. 39).

(65) O assunto comportaria até mesmo uma abordagem sob o prisma do Direito Constitucional, diante do conteúdo pragmático do artigo 70 da Constituição Federal, que exige controle externo (Tribunal de Contas) e controle interno (na estera de cada Poder) sobre a prestação de contas de "qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária". Esse texto compõe o parágrafo único do artigo 70, foi introduzido pela Emenda Constitucional n. 19/98, que tratou da reforma administrativa, do controle de despesas e das finanças públicas brasileiras.

A qualificação

São requisitos de qualificação jurídica definidos na Lei n. 9.637/98: (i) *natureza da pessoa jurídica*: associação ou fundação; (ii) *objetivo social*: deve perseguir objetivos de natureza social, de interesse comum de toda a coletividade; (iii) *finalidade*: não lucrativa e obrigatoriedade do investimento dos excedentes no desenvolvimento das próprias atividades, não há distribuição de lucros; (iv) *estrutura de seus órgãos deliberativos*: devem ser compostos por representantes da sociedade civil e do Estado⁽⁶⁶⁾.

Feita a checagem da lista de requisitos legais, resta a aprovação da qualificação da pessoa jurídica como OS.

Que ato administrativo é esse: ato vinculado ou discricionário? Indo mais adiante, qual o grau de liberdade conferida à Administração na concessão do título de OS?

Ato vinculado é aquele em que há prévia e objetiva tipificação legal de todos os seus pressupostos e elementos, inclusive do seu conteúdo. Portanto, espera-se da Administração Pública um único possível comportamento. Não pode adotar qualquer outro comportamento sem violar norma legal. É mero procedimento aplicativo da lei.

De outro lado, *ato discricionário* é aquele em que existe a possibilidade de juízo de livre arbítrio, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade, conferindo ao administrador certa margem de liberdade para atingir o interesse público. Vale dizer, representa uma vontade subjetiva da própria Administração.

Destarte, salvo melhor entendimento, o título de OS é um atributo reconhecido pelo Poder Executivo, segundo um *juízo discricionário da autoridade administrativa competente*⁽⁶⁷⁾, se estiverem presentes na associação ou na fundação determinados pressupostos, conforme já brevemente apontados.

Conquanto os critérios de outorga do título jurídico de OS a uma entidade privada estejam legalmente definidos, não há na Lei n. 9.637/98 a mesma "dureza" de regras objetivas que orientem a decisão da autoridade

(66) Pela modalidade legal, o Estado quis assegurar, através de sua participação no Conselho da OS o controle dirigente e institucional. Isto porque ao Conselho de Administração cabe fixar as diretrizes da atuação da entidade e aprovar o orçamento e programa de investimento. Traçando uma analogia semelhante à estrutura adotada pela Lei das S/A., em que os dilemas podem ser resolvidos no jogo de forças entre uma diretoria e um conselho de administração (esse último com o peso da participação dos acionistas controladores); na OS eventuais conflitos acabam sendo deliberados no ambiente do Conselho, que é composto em sua maioria por pessoas estranhas ao quadro social da entidade jurídica. Essa questão tem um potencial de avassaladora beligerância, quando se trata de definição do plano de metas da OS e da destinação e aplicação dos recursos públicos disponibilizados.

(67) Há autores que apontam como inconstitucional o dispositivo que concedeu competência discricionária à Administração Pública para a concessão do título de OS, pois estaria sendo violado o princípio da igualdade, diante do simples fato de dois entes preencherem os mesmos requisitos legais exigidos, mas sem uma razão lógica e convincente que aporte a decisão administrativa de escolha.

pública quanto à aprovação da entidade, mas apenas uma imputação de "conveniência" e "oportunidade" para ser assim reconhecida. O dogma administrativo que se coloca está, portanto, acima da legalidade. É uma questão de exercício de poder. A decisão de outorga de um título franqueador de benefícios jurídicos em área tão delicada e carente quanto o terceiro setor, depende muitas vezes do desempenho pessoal e da convicção fundamentada de poucos agentes públicos do Poder Executivo, tendo por contrapeso, obviamente, maior capacidade de controle sobre o ato administrativo praticado.

Parece certo também que o título jurídico da OS não enquadra a entidade outorgada dentro da atividade de polícia da Administração, na medida em que sua atividade não tem alçada para condicionar a liberdade e propriedade dos indivíduos. Ademais, por sua própria natureza, impossível a delegação do poder de polícia a um ente privado, inclusive no que toca à mera operacionalidade de seu exercício.

A denegação do título de OS deve ser devidamente motivada, de modo que as razões de recusa permitam o exercício da ampla defesa e do direito de petição pela parte interessada, sob pena de invalidação do ato administrativo e a conseqüente atribuição do título ao solicitante.

Qualificada como OS, o efeito mediato para a entidade é a possibilidade de celebrar contratos de gestão com a Administração Pública.

Contratos de Gestão

Como mecanismo de controle das organizações públicas não estatais, o contrato de gestão ocupa papel de destaque no lema de Reforma do Estado⁽⁶⁸⁾. Isso porque é a ferramenta que permite a definição das metas a serem cumpridas, associando-as aos recursos humanos, materiais e financeiros com os quais as OS deve contar. O controle é feito pela medição dos respectivos indicadores de desempenho e pela fiscalização do uso dos insumos disponibilizados. A malversação gera o bloqueio dos insumos, bem como as conseqüências advindas do ato ilícito, que podem redundar inclusive nas penalizações por ato de improbidade.

O contrato de gestão estabelece, portanto, a ligação entre o núcleo estratégico do Estado (que define os objetivos ou metas a serem cumpridos e os fiscaliza) e os demais setores da sociedade civil, deixando de reger a atividade social não exclusiva do Estado por lei (em que há relação de mando e subordinação), em troca de uma disciplina normativa elaborada mediante instrumento contratual (típico do Direito Civil), em que há relação de coordenação e cooperação. É a substituição do sistema de controle baseado no princípio da legalidade e na supremacia do

(68) Sobre esse tema, conferir as observações críticas da Profa. Di Pietro, aduzidas no Capítulo 10 de sua obra *Parcerias ...*, especialmente item 10.3.2 (cit., págs. 198/205), bem como o artigo de Fernando Facury Scaff denominado "Contrato de Gestão, serviços sociais autônomos; intervenção do Estado", publicado na Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 225 (jul./set. 2001), págs. 273-97.

interesse público sobre o privado, pelo controle baseado no princípio da consensualidade, nas quais as metas são negociadas e preestabelecidas pelas partes.⁽⁶⁹⁾

O regime jurídico do contrato de gestão aproxima-se do convênio, porém guarda forte similitude com o contrato administrativo, estando ausente um dos aspectos típicos dos contratos em geral: (i) falta-lhe o requisito do direito ao equilíbrio econômico-financeiro; e (ii) a reparação de danos limita-se aos emergentes, pois não cabe indenização por lucro cessante, frente ao requisito legal de finalidade não lucrativa da entidade.

O contrato de gestão pode ser resolvido: (i) por ato unilateral da administração, por razões de interesse público ou ocorrência de caso fortuito ou força maior; e (ii) pela expiração de seu prazo.

A desqualificação

Ocorre a desqualificação pelo não cumprimento das cláusulas do contrato de gestão, devendo a OS respeitar aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. O descumprimento precisa estar suficientemente fundamentado no ato de desqualificação, demonstrando o caráter culposo ou doloso do ato que o gerou. Instaura-se um processo administrativo, em que a ampla defesa deve estar assegurada.

Como medida sancionatória, precisa ser exercida por competência discricionária e não vinculada, visto que há margem de liberdade para apreciação subjetiva do agente público na aplicação da sanção.

A desqualificação tem como efeitos para a entidade social: (i) a cassação do título, o que impede a pessoa jurídica de celebrar contratos de gestão com a Administração e lhe tira a qualidade de entidade de interesse social; (ii) a perda à permissão de bens, cessão de servidores e à destinação de recursos.⁽⁷⁰⁾

Responsabilidade

A lei não fala nada sobre a questão da responsabilidade civil objetiva do Estado pelos atos praticados pelas OS. Entretanto, esse preceito construído pela evolução do Direito Administrativo pode e deve ser adotado ao terceiro setor, em especial quando se fala das organizações sociais, sob as seguintes premissas:

(69) Anotando um importante alerta da Profa. *Maria Sylvia*, a partir de uma analogia com o sistema regulatório das agências independentes, corre-se o risco de substituir o princípio da legalidade (que é a reserva de segurança do indivíduo contra o abuso de autoridade e a lesão a direitos fundamentais), pelo princípio da normatividade técnica, em que o ordenamento não é mais definido por lei, mais sim por um conjunto de normas impostas pelo agente controlador. No caso dos contratos de gestão, essa carga normativa viria no conteúdo das cláusulas discricionárias ou potestativas determinadas pelo próprio Poder Público, representando um viés eventualmente mais "autoritário" que a lei e certamente incompatível com o regime civilista da liberdade de contratar que tanto se almeja no ambiente público.

(70) Alguns autores tratam a perda por reversão dos bens, o que parece ser questionável, pois os imóveis destinados às OS por contratos de gestão pertencem ao Poder Público, sendo apenas permitido seu uso.

a) o ato praticado por agente público cedido a uma entidade tem qualificação jurídica administrativa, o que carrega ao Estado o dever de por ele responder objetivamente, a teor do § 6º, do artigo 37, da Constituição Federal;

b) sob a mesma inspiração da previsão constitucional retrocitada, considerando que a OS presta serviços sociais não exclusivos do Estado, quando os mesmos estiverem subsidiados por recursos públicos (através de contrato de gestão ou outro meio legal pertinente), assumem, por analogia ou simetria, natureza de serviços públicos, o que justifica a aplicação da responsabilidade objetiva; e

c) havendo omissão da Administração Pública na fiscalização das atividades da OS.

Isto posto, seja pelo processo de constituição, qualificação e desqualificação, pelos métodos de contratação e conferência de bens e recursos, seja mesmo pelo contexto em que a responsabilidade civil atinge as organizações sociais, fica patente que, embora inspiradas e geridas num modelo jurídico tendente ao direito privado (e especialmente ao direito civil), a necessária interferência do Direito Público é marcante.

Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público

Instituídas pela Lei n. 9.790/99 e regulamentadas pelo Decreto n. 3.100/99, as OSCIPs ocupam um papel similar às organizações sociais, com o diferencial básico e fundamental na estrutura de sua formação jurídico-administrativa, em especial pela composição associativa, que não prevê a participação direta do Poder Público.

São constituídas como pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais buscam finalidades cogentes às Organizações Sociais (OS), destacando-se a assistência social, a promoção da cultura, educação, pesquisa e divulgação do conhecimento científico e tecnológico, a promoção da saúde, segurança alimentar e nutricional, a proteção ao patrimônio histórico e ao meio ambiente, o voluntariado, o estímulo ao emprego, ao desenvolvimento "de novos modelos socioprodutivos" (para os setores industrial, de comércio e crédito), a promoção da paz, dos direitos humanos, da ética e da cidadania, de democracia e demais valores inerentes ao bem-estar e dignidade do ser humano.

De forte conotação voluntária, as atividades das OSCIPs são marcadas pela função do fomento, pelo que dependem, em face do conteúdo de seus objetivos, a constante participação (e mesmo a presença institucional) do Poder Público no desenvolvimento de suas metas e programas.⁽⁷¹⁾

O modelo contratual da relação de apoio do Poder Público para com as OSCIPs é denominado Termo de Parceria, obedecendo a preceitos mui-

(71) Fazendo uma comparação não metodológica, está aí um marcante diferencial das OSCIPs, pois, enquanto agem pelo fomento, as organizações sociais (OS) constantemente praticam atividade negativa, eis que calcadas em ações e patrimônio de ente público extinto.

to similares do Contrato de Gestão, os quais, em última instância, estabelecem o convênio necessário "à formação de vínculo de cooperação entre as partes" (art. 9º da Lei n. 9.790/99).

As normas de prestação de contas têm estruturas similares àquelas das OS (ver nota de rodapé n. 64), com uma alteração significativa, que aproxima os instrumentos de gestão do setor privado: a realização de auditoria, inclusive por auditor externo independente, sobre a aplicação de recursos oriundos dos Termos de Parceria. Essa é uma flexibilização significativa, pois incrementa as técnicas de fiscalização.

Mas qual o limite do poder de atuação da própria entidade?

A delegação de poderes

É possível aplicar a teoria da delegação de poderes para justificar a transferência ao direito público da teoria do mandato construída pelo direito privado? Estaria um ente privado que exerce atividade ou presta serviço de interesse público alçado à condição de mandatário do Poder Público especificamente para sua ação finalística?

No caso das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público, recebem elas algum tipo de mandato da Administração Pública para desenvolverem projetos de interesse social?

É de se especular que, diante da necessidade de cumprimento da função regulamentar, vale a teoria da delegação como um mecanismo de defesa dos interesses coletivos ou sociais tutelados pelas entidades do terceiro setor, em específico quando estão operando com recursos e bens públicos. Mas essa conjectura não é de todo satisfatória para compreender que mecanismo jurídico eficaz poderia legitimar a ação do ente privado numa função em que o Poder Público teria o dever originário de cumprir.

O mandato seria um instrumento valioso para cobrar a responsabilidade do agente privado que, por gestão ou parceria, realização uma ação fático-jurídica de conotação pública. No entanto, o princípio da legalidade impede qualquer possibilidade de um mandato tácito do Poder Público para com a entidade do terceiro setor que está agindo na defesa do interesse dos administrados.

Restariam a concessão, permissão ou autorização, que, salvo melhor entendimento, não se identificam como ferramentais jurídicos adequados ao regimento de um setor econômico (terceiro setor) estimulado pela ação voluntária de indivíduos preocupados com o bem-estar social, focados em amenizar as mazelas humanas e solucionar os percalços que assolam o mundo contemporâneo.

Provavelmente, o terceiro setor no Brasil, carente de uma efetiva definição de seu marco legal, tateia um caminho de melhor controle jurídico-institucional, através da regulamentação pontual conferida por ordenamentos isolados, como as Leis ns. 9.637/98 e 9.790/99 (bem como seu Decreto n. 3.100/99), que introduzem mecanismos, senão inovadores, ao menos renovados para a retomada do controle de "autenticidade" (emprestando um termo do Prof. *Paulo Modesto*) de entidades privadas que se dediquem à delicada prática da economia social.

Só assim e a Administração Pública conseguirá praticar a fiscalização e o poder da polícia como instrumentos absolutamente secundários à gestão do terceiro setor, que então poderá contar muito mais com o fomento e a consciência de uma auto-regulamentação para tomar o corpo, a importância e a legitimidade já de alguma data sentidos na economia social européia.

IX — A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Apenas para um breve relato, pesquisa realizada no Brasil e divulgada no seminário internacional "Perspectivas para o Terceiro Setor no Século XXI", realizado em Campos do Jordão (SP), no final de setembro de 2002⁽⁷²⁾, demonstra números significativos:

a) existem hoje 250 mil organizações não-governamentais inscritas e cadastradas, atuando no território nacional;

b) essas entidades, nas mais diversas áreas de atuação e especialidade, têm movimentação de R\$ 12 bilhões anuais, o que representa 1,5% do PIB brasileiro.

Parece certo que está havendo um movimento de profissionalização das entidades do terceiro setor no país, embora ainda procurem encontrar sua efetiva identidade.

Um exemplo é a entidade VIVA RIO (www.vivario.org.br), que, tendo em seu Conselho Diretor nomes importantes do setor privado brasileiro, buscou organizar uma forte mobilização da Cidade do Rio de Janeiro pela inclusão e reinclusão social, a partir da constatação de que as mazelas cariocas, vividas ao extremo no ano de 1993 (no estopim da onda de seqüestros, do assassinato de oito meninos Candelária e da chacina de 21 pessoas em Vigário Geral). Atua com projetos sociais em cinco áreas: direitos humanos e segurança pública, desenvolvimento comunitário, educação, esportes e meio ambiente. Executa campanhas sempre em parcerias com entidades locais dos centros comunitários e favelas com maior número de problemas sociais. E revela em suas prestações de contas um dado muito curioso: até 2000, 80% de suas receitas anuais se originavam do setor público, sendo o restante do setor privado; a partir de 2001, houve uma grande inversão, passando para 30% de origem no setor público e os 70% restantes do setor privado.

De outro lado, está crescendo o movimento de profissionais liberais⁽⁷³⁾, consultorias, entidades e organizações (inclusive públicas⁽⁷⁴⁾) que realizam serviços especializados de assessoria ao terceiro setor.

(72) Diário de São Paulo, 30 de setembro de 2002, artigo da jornalista Paula Alfacc.

(73) Nesse sentido, ver artigo de *Carolina Mota*, denominado *Escritórios começam a criar estruturas para o terceiro setor*, publicado no jornal Valor Econômico, em 25 de janeiro de 2001.

(74) Exemplo desse apoio institucional é a PROAONG, um programa que auxilia a organização de ONGs no setor ambiental, ligada à Secretaria Estadual do Meio Ambiente de São Paulo (www.ambiente.sp.gov.br/proaong).

Por levantamentos estatísticos, aponta-se que o quadro das entidades brasileiras está mais ligado à atividade de fomento que ao controle negativo da economia social. O certo é que a ação voluntária vem crescendo gradativamente, identificando-se, contudo, que uma parcela significativa do terceiro setor representa, de fato, um meio de produção e desenvolvimento profissional acessível à ocupação e subsistência das classes de baixa renda, desnaturando propriamente a ação social e assistencial típicas dessas entidades.

X — CONCLUSÃO

É possível entender que a sociedade civil contemporânea está disposta a um processo de recuperação do Estado e de suas estruturas de modo mais profundo e complexo que a mera substituição do Estado pelo Mercado.

O terceiro setor indica essa tendência.

Mas, para tanto, é inexorável um movimento de maior e melhor ordenação normativa concentrada, que possa aprimorar a devida legitimidade do voluntariado e rechaçar a malsinada ação voluntariosa da "certificação indevida, realizada sem critério, por ato administrativo ou lei casuística, como perversão de muitas vezes difícil controle" (*Paulo Modesto*)⁽⁷⁵⁾.

O Direito Constitucional português é inspirador, conferindo um interessante caminho para a análise jurídica do controle do terceiro setor. Tratando do fenômeno das autoridades independentes ou das agências reguladoras, o Prof. *Jorge Miranda* observa que, a partir da Constituição de 1976, Portugal passou a contar com um conjunto de órgãos que ora se situam fora da função administrativa, atuando de modo independente à Administração Pública na regulação, ora "recebem competência de consulta ou de controle", praticando, pois, ação administrativa não ativa"⁽⁷⁶⁾.

O porquê de citar esse modelo? Parece plausível sustentar, evidentemente a partir de uma análise lógico-estrutural mais consistente, a idéia de uma "regulação social" eficaz, estruturada num conjunto de órgãos consultivos e de controle inerentes ao Poder Público, que teriam a missão de ordenar, sistematizar, fiscalizar e controlar as atividades empreendedoras do desenvolvimento social praticadas pelo terceiro setor.

A função vigilante do Estado não seria uma volta ao passado, nem tampouco uma postura reacionária de pregação da publicização de meios e fins empreendedores do desenvolvimento social, que hodiernamente suplantam as carências lógico-formais e materiais do Poder Público. A vigia que se postuia tem por instinto fundamental até mesmo a possibilidade da

(75) "Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil", artigo citado.

(76) *Miranda, Jorge*. "Manual de Direito Constitucional", Tomo V. Coimbra Editora, 2000, págs. 38-39.

auto-regulação ou uma fiscalização compartilhada⁽⁷⁷⁾, mas definitivamente que se conceba a idéia de que o terceiro setor, sem um marco legal e um instrumento eficaz e objetivo de controle e fiscalização, tenderá a uma nova crise de identidade, seja em sua titulação jurídica (que legitima as entidades no alcance de privilégios e benefícios incentivadores de suas atividades), seja mesmo no retorno que a própria sociedade lhe confere, visualizando-o como o realizador primeiro *economia social*, com a eficiência e flexibilidade que o aparelho estatal não mais detém.

A falta de marco legal para o terceiro setor no Brasil impede que se defina exatamente qual o limite de fiscalização e a responsabilidade do Estado sobre as entidades sociais, bem como delas em relação à coletividade. Os entes paraestatais ou mutualistas exercem atividades que podem ser extremamente lucrativas, tornando pernicioso a distribuição/alocação/fomento dos recursos públicos, sem atender a uma regulação plenamente setorial. Ao se provocar o deslocamento das metas de descentralização do Estado, parece ténue o sustento normativo para conter possíveis violações do próprio planejamento "macro-social" pretendido pela sociedade brasileira, ao menos no que lhe tocou a aprovação e implementação da Reforma do Estado.

O derradeiro apontamento proposto vem, por ilustração, a reboque das letras do Prof. *Caio Tácito*⁽⁷⁸⁾, nos idos anos 1980, da criação de uma "Corregedoria Geral das Empresas Estatais" (Cogem) para o controle de entidades que, obedecendo a um modelo constitutivo, gerencial e contratual regrado pelo Direito Privado, mas submetido a derrogações do Direito Público, tenham flexibilidade de atuação, mas efetiva rigidez de controle pelo Poder Público, sobremaneira quando captam, operam e capturam recursos de origem pública.

O regime sincrético que permeia o aparelho estatal brasileiro, flutuando da flexibilidade do Direito Privado à hígidez do Direito Público, exige de suas instituições o controle eficaz desse original sincretismo.

O instrumento de uma Corregedoria Geral das entidades do terceiro setor não alteraria a cultura de distorções na gestão da coisa pública e no cumprimento do interesse público, situação histórico-sociológica essa em que a sociedade brasileira vive de há muito.

No entanto, a devida regulamentação institucional e o policiamento corregedor do terceiro setor, longe de representar um fim em si mesmos, poderiam ser instrumentos do Poder Público estimulantes do resgate da legitimidade da ação social voluntária e privada, na exata medida da cooperação e assistência entre a estrutura reformada do Estado e a comunidade solidária brasileira.

(77) *Ortega, Ricardo Rivero*. "El Estado vigilante", Madrid, Ed. Tecnos, 2000. Observa o autor (pág. 165) que "son interesados en el procedimiento de inspección, en primer lugar, los afectados directamente por el mismo, es decir, aquellos sujetos que realizan una actividad sujeta a licencia o autorización, regulada o controlada por el aparato administrativo".

(78) *Tácito, Caio*. "Direito Administrativo e Direito Privado nas Empresas Estatais", RDA 151/22.

BIBLIOGRAFIA

- Alexander, Robert*. "O ABC do Desenvolvimento Econômico", Editora Fundo de Cultura, Rio de Janeiro, 1965.
- Di Pietro, Maria Sylvia Zanella*. "Parcerias na Administração Pública", São Paulo, Ed. Atlas. 3ª ed., 1999.
- _____. "Direito Administrativo", São Paulo, Ed. Atlas, 3ª ed., 2001.
- _____. "Do Direito Privado na Administração Pública", São Paulo, Editora Atlas, 1989.
- Estorninho, Maria João*. "Réquiem pelo Contrato Administrativo", Coimbra, Livraria Almedina, 1990.
- _____. "A fuga para o Direito Privado — Contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública", Coimbra, Livraria Almedina, 1999.
- Faria, José Eduardo* (org.). "Regulação, Direito e Democracia", São Paulo, Editora Fundação Perseu Abramo, 2002.
- Ferreira da Rocha, Silvio Luís*. "Das Organizações Sociais", Tese de doutorado apresentada na PUC/SP, 2002.
- Garcia de Enterría, Eduardo e Tomás-Ramón Fernández*. "Curso de Derecho Administrativo", Madrid, Ed. Civitas, 10ª ed., 2001.
- Hauriou, André*. "A utilização em Direito Administrativo das Regras e Princípios do Direito Privado", RDA 001/465.
- Laubadère, André de*. "Traité de Droit Administratif", Tomo I, LGDJ, Paris, 16ª ed.
- Miranda, Jorge*. "Manual de Direito Constitucional", Tomo V, Coimbra Editora, 2000.
- Modesto, Paulo*. "Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil", Rio de Janeiro, Revista de Direito Administrativo n. 214 (out./dez.), págs. 55-68, 1998. Também publicado na Revista Trimestral de Direito Público n. 24, págs. 75-86, São Paulo, 1998.
- Mota, Carolina*. "Escritórios começam a criar estruturas para o terceiro setor", Artigo publicado no jornal Valor Econômico em 25 de janeiro de 2001.
- Motchane, Jean-Loup*. "Ces territoires méconnus de l'économie sociale et solidaire", www.monde-diplomatique.fr/2000/07/motchane/13942.html.
- Ortega, Ricardo Rivero*. "El Estado vigilante", Madrid, Ed. Tecnos, 2000.
- Paz, Lourenço Senne*. "Apontamentos sobre o plano diretor de reforma do Estado, organizações sociais e contratos de gestão", São Paulo, Revista de Administração da USP, vol. 36 (jul./set. 2001), n. 3, págs. 36-39, 2001.
- Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (www.bresserpereira.ecn.br).

- Quelhas, Ana Paula Santos.* "A refundação do papel do Estado nas Políticas Públicas", Almedina, Coimbra, 2001.
- Retortillo, Sebastian.* "Il diritto civile nella genesi del diritto amministrativo e dei suoi istituti", *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1959, vol. 9, págs. 698/735.
- Scaff, Fernando Facury.* "Contrato de Gestão: serviços sociais autônomos; intervenção do Estado", Rio de Janeiro, *Revista de Direito Administrativo* n. 225 (jul./set. 2001), págs. 273-97.
- Seabra Fagundes, Miguel.* "Da contribuição do Código Civil para o Direito Administrativo", *RDA* 78/1-25.
- Sousa Santos, Boaventura.* "Pela Mão de Alice — O Social e o Político na Pós-Modernidade", Biblioteca das Ciências do Homem, Porto, Edições Afrontamento, 1994.
- Tácito, Caio.* "Direito Administrativo e Direito Privado nas empresas estatais", *RDA* 151/22.
- Veras Neto, Francisco Quintanilha.* "O Terceiro Setor, Reorganização Autogestionária da Sociedade Civil ou Neoliberalismo Disfarçado?", *Crítica Jurídica — Revista Latino-Americana de Política, Filosofia y Derecho*, 2001, n. 18, págs. 215-235.