Número 13 – março/abril/maio 2008 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

UMA ANÁLISE CRÍTICA DO IDEÁRIO DO "TERCEIRO SETOR" NO CONTEXTO NEOLIBERAL E AS PARCERIAS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Prof. Tarso Cabral Violin

Diretor Jurídico da Companhia de Informática do Paraná - CELEPAR. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Administrativo da Universidade Positivo. Coordenador e Professor da Especialização em Direito do Terceiro Setor do UnicenP. Autor do livro "Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica" (editora Fórum). Conselheiro Editorial da Revista de Direito do Terceiro Setor (Fórum). Advogado e Consultor Jurídico em Licitações e Contratos Administrativos, Direito Administrativo e Direito do Terceiro Setor.

O presente trabalho é a conclusão da dissertação apresentada junto à Universidade Federal do Paraná para fins de obtenção do grau de mestre de Direito do Estado, em 2006, a qual obteve a nota máxima (10,0), sob orientação do Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho. Foi publicada no mesmo ano pela editora Fórum sob a denominação "Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica".

No presente estudo nos propusemos a criticar o discurso neoliberal-gerencial hegemônico na atualidade, fortalecido no final do século XX, que vem dominando o cenário nacional e internacional, tanto nos países centrais quanto nos periféricos e semi-periféricos. Tentamos fazer um contraponto às doutrinas defensoras do neoliberalismo e do gerencialismo que propugnam pelo Estado mínimo, apenas regulador, fomentador do chamado "terceiro setor" como prestador dos serviços sociais, por meio de parcerias entre a sociedade civil e o Estado.

Preliminarmente, é importante ressaltar que temos vários questionamentos quanto ao Estado como o encontramos, com suas deficiências, distorções, opressões, volúpia na cobrança de impostos sem o devido gasto social, sua utilização como instrumento de manutenção do grande capital, etc. Por isso, defendemos um outro Estado, com a correção de suas falhas (como por exemplo com o aperfeiçoamento da burocracia, o sistema

eleitoral, os institutos de participação social), no sentido desta sociedade política se transformar num instrumento real de justiça social, atuando positivamente, assegurando os direitos fundamentais sociais (e não apenas os direitos individuais), a dignidade da pessoa humana, a isonomia, a liberdade substancial para todos (e não apenas para os detentores do capital). Enfim, um Estado radicalmente democrático e participativo, com um controle social efetivo, sem individualismos, vigoroso e vinculado aos problemas sociais, não apenas árbitro dos conflitos existentes, sem sua redução, mas dando-lhe uma outra qualidade.

A discussão anterior à queda do muro de Berlim, sobre como transformar a sociedade, se pela revolução contra o Estado ou reformismo pelo Estado, deu lugar à reforma do próprio Estado e da Administração Pública, na verdade uma contra-reforma, antagônica às que garantiram vários direitos sociais no decorrer do século XX, assegurados em nosso país principalmente pela Constituição de 1988. Estas reformas do Estado são influenciadas pelo capitalismo global, pelo Consenso de Washington, pelo neoliberalismo e pelo gerencialismo.

O neoliberalismo, com o discurso de que o Estado está em crise, defende uma sociedade política fraca e ao mesmo tempo forte. Sustenta o Estado fraco na intervenção da ordem econômica e social, com gastos irrisórios na área social, um Estado mínimo e irresponsável; mas forte na manutenção do *status quo* e garantidor dos interesses e das exigências do capitalismo global, para o bom funcionamento do mercado, para a restruturação e acumulação do capital, para romper o poder da sociedade civil organizada e questionadora, com um Direito penal que reprima a resistência dos excluídos. Enfim, um Estado com funções apenas legislativas, judiciárias, regulatórias e de polícia e de forma alguma prestadoras de serviços públicos.

Somos contrários à relação muito difundida pelos neoliberais de que o Estado prestador de serviços é necessariamente antidemocrático e bloqueador do controle social, pois é o liberalismo e sua nova faceta neoliberal que tem uma lógica autoritária, ao não proporcionar a liberdade substancial do indivíduo, permitindo a livre caça do mercado como lobo em pele de cordeiro, além de deixar as grandes decisões nas mãos do grande capital. Não podemos permitir que haja apenas uma democracia formal que não propicie uma participação efetiva da sociedade civil. Apenas lembramos que o ideário gerencial-neoliberal proclama um maior controle social da população sobre o Estado, o que é apenas discurso para aumentar sua hegemonia, pois seu ideário não permite a participação do cidadão, talvez apenas a do cliente-consumidor. O neoliberalismo, assim, defende uma democracia formal, mas não uma democracia radical, o que para ele seria uma exagero de poder nas mãos do povo. Deixa para as organizações do "terceiro setor" apenas as decisões de menor importância, entidades estas que, de qualquer forma, não têm seus dirigentes eleitos pelo povo, o que gera um esvaziamento do poder democrático. Note-se, ainda, que o repasse de atividades ao "terceiro setor", ao retirar seu controle do âmbito estatal e do direito público para o do direito

privado, diminui as possibilidades de controle democrático e de pressão política.

Em nossa análise, verificamos que os serviços sociais, por obrigação constitucional, devem ser executados diretamente pelo Estado, em regime de direito público, quando serão denominados como serviços públicos sociais. Este dever constitucional do Estado de prestar diretamente os serviços públicos sociais é ainda mais justificado nos países periféricos e semiperiféricos, onde o Estado não cumpriu minimamente o seu papel, onde o Estado do bem-estar não completou sua obra, com a existência de uma absurda desigualdade social, ao contrário da realidade dos países centrais desenvolvidos. Enfim, nos países periféricos e semi-periféricos, na América Latina, no Brasil, o Estado ainda tem um papel fundamental na intervenção da economia e na prestação de serviços públicos, ainda não sendo possível que se prescinda de um Estado atuante. Em nossa realidade, o Estado necessário é um Estado provedor, prestador de serviços públicos, que permita reduzir as desigualdades existentes.

Saliente-se que não defendemos um Estado responsável direto por todas as utilidades necessárias à população, o Estado máximo, mas que seja o principal ator, ainda mais nos serviços sociais, mesmo porque aplicamos o princípio da subsidiariedade (prega que agrupamentos de ordem inferior exerçam funções que eles próprios podem desenvolver, ao invés da coletividade mais vasta e elevada). Este princípio, difundido pela doutrina social da Igreja Católica, é mais afeto ao Estado social do que ao próprio Estado neoliberal (por mais que muitos defensores do gerencial-neoliberalismo o citem como fundamento para o Estado mínimo). Enfim, a aplicação do princípio da subsidiariedade nos países subdesenvolvidos nos remete à necessidade de um Estado interventor e prestador de serviços, uma vez que o "terceiro setor" e o mercado não são suficientes para garantir a emancipação do indivíduo, o fim das desigualdades, uma sociedade justa. Assim, exemplificativamente, se na Europa ocidental a aplicação do princípio da subsidiariedade nos leva à diminuição da atuação direta do Estado e repasse dos serviços sociais ao "terceiro setor", não há como esta regra ser seguida, *ipsis litteris,* em nosso tão desigual país.

Destarte, há possibilidade de atuação também da iniciativa privada na prestação de serviços sociais, tanto pelo "terceiro setor" (de preferência), quanto pelo mercado. Neste caso, não será concessão ou permissão, mas autorização do Poder Público, que controlará a execução dos serviços sociais, situação que terá tratamento normativo mais restrito que as demais atividades privadas.

Além de prestar serviços, o Estado pode fomentar a iniciativa privada, para que esta execute atividades de interesse público. O fomento pode ser providenciado de várias formas, entre elas o fomento econômico financeiro direto, com o desembolso de dinheiro público às entidades que atuem pelo atendimento do interesse público, por meio de subvenções, auxílios, contribuições, convênios, contratos de gestão e termos de parceria.

Sobre a burocracia, defendemos o Estado social e o seu aparelho burocrático, que não são, obrigatoriamente, ineficazes, parasitários, corruptos, corporativos, clientelistas, com políticos e servidores espúrios, como pretende fazer acreditar o discurso gerencial-neoliberal. Se o Estado e sua burocracia têm estas características, isso se deve ao próprio resquício liberal-patrimonialista, modernizado e até reforçado pelos ideais do gerencialismo e do neoliberalismo. Sustentamos que a Administração Pública burocrática weberiana, racional, eficiente, previsível, substancialmente democrática, contrária ao patrimonialismo, não deve se sobrepor à própria política. Ou seja, deve haver um controle político e social desta burocracia, de forma efetiva. Ressaltamos, com pesar, que esta Administração Pública burocrática nunca chegou a ser realmente implementada no Brasil, pois desde os primórdios da Administração brasileira até o Governo de Luiz Inácio LULA DA SILVA, nunca conseguimos separar o Estado dos interesse privados. Pelo contrário, com a tentativa de implementação do gerencialismo em nossa Administração Pública, houve um retrocesso ainda maior ao patrimonialismo, após o desmonte estatal providenciado pelos Governos de Fernando COLLOR DE MELLO e Fernando Henrique CARDOSO, e seus representantes e seguidores nos estados e municípios brasileiros.

O neoliberalismo-gerencial vem sendo responsável pela expansão do não-Estado, do Estado à margem, do Estado comprimido, com a desconstrução do Estado ampliado, democrático, social, e do seu aparelho, a Administração Pública. Torna o Estado um inimigo a ser combatido, numa sociedade em que apenas os melhores podem progredir, na qual a desigualdade é um valor positivo, não redundando em melhor distribuição de renda, maior integração social, mas apenas mais mercado, num projeto regressivo. Assim, ao invés de melhorar o Estado e a Administração Pública, pretende substituí-los pelo privatismo.

O neoliberalismo vem conquistando a hegemonia, conseguindo adeptos entre suas vítimas, com seu "canto da sereia", por mais que muitos o combatam. Os que ainda "remam contra a maré", enquanto não têm uma receita alternativa para apresentar, ou têm uma receita difícil de ser implementada a curto prazo, em face à realidade mundial, devem defender o que resta do Estado, e não, juntamente com os neoliberais, torcerem para o seu enfraquecimento, porque o que surgirá em substituição não é a sociedade civil organizada, os novos movimentos sociais, mas o mercado, as grandes e ambiciosas empresas transnacionais, sem ninguém forte o suficiente para regulamentá-los.

Resistimos ainda ao termo "publicização" utilizado pela reforma gerencial-neoliberal, ao afirmarmos que trata de privatização em sentido amplo, tanto a celebração de contratos de gestão com as organizações sociais quanto os termos de parceria com as OSCIPs. Extinguir ou desestruturar órgãos da Administração Pública direta ou entidades da indireta, e proporcionar que uma entidade privada sem fins lucrativos exerça as atividades antes realizadas diretamente pelo Estado nada mais é do que uma privatização *lato sensu*. É, também, uma delegação, não nos mesmos termos das famosas concessões e

permissões de serviços públicos cuja titularidade do serviço é do Estado, mas um repasse de responsabilidades estatais para entidades privadas.

Adotamos no presente trabalho a teoria gramsciana da concepção ampliada do Estado nas chamadas "sociedades ocidentais", onde há uma relação equilibrada entre a sociedade política e a sociedade civil, e o centro da luta de classe está na "guerra de posição", numa conquista progressiva de espaços na sociedade civil, da hegemonia, para posterior acesso e conservação do poder. Neste caso, a sociedade civil, juntamente com a sociedade política, faz parte da superestrutura. O Brasil pode ser considerado como uma sociedade ocidental. Nas "sociedades orientais" a luta de classes se trava visando a conquista explosiva do Estado restrito, nas quais o movimento revolucionário se expressa como "guerra de movimento". Adotamos, ainda, a tese de que não há uma setorialização gramsciana entre “sociedade civil” ("terceiro setor"), “sociedade política” (Estado) e “estrutura econômica” (mercado), e que a sociedade política e sociedade civil formam um par conceitual que marca uma unidade na diversidade. Assim, ao invés de tripartite, a teoria gramsciana é bipartite, Estado amplo (superestrutura) e estrutura econômica (infra-estrutura).

O Estado, ao deixar de prestar diretamente os serviços sociais, repassando a execução para o "terceiro setor", abstém-se de fazer uma política social universal compulsória, não-contributivista e gratuita, com programas nacionais e regionais, e constitutiva de direitos sociais. O "terceiro setor" realiza uma política de ações pontuais, setorializadas, localizadas, focalizadas, segmentadas, incapazes de cobrir suficientemente as grandes massas em situação de exclusão. Por exemplo, prefere-se repassar dinheiro para que as entidades do "terceiro setor" atuem em defesa dos direitos da criança, do adolescente, do idoso, ao revés de estruturar uma "sucateada" defensoria pública; que elas prestem serviços de capacitação, ao invés de investimentos em escolas e universidades estatais; assim como atendam portadores da doença "X", ao contrário de investimentos em hospitais públicos.

A sociedade política, seja em governos de direita, centro, ou ditos de esquerda, vem se desresponsabilizando quanto aos serviços sociais, repassando a gestão da educação, saúde, assistência social, cultura, entre outros, às entidades do "terceiro setor", antes executados diretamente pelo Estado.

As organizações não-governamentais, que antes eram contestadoras, cobradoras de melhores condições de vida à população, que almejavam a emancipação do indivíduo e um outro mundo possível passaram, em sua maioria, a serem "parceiras" do Estado, não de forma complementar, mas o substituindo, com um ideário contaminado por interesses privados.

Defendemos que a expressão "terceiro setor" é inadequada, pois não há esta setorialização entre Estado e sociedade civil. Além disso, se existissem três setores, como este "setor" é identificado com a sociedade civil, ele seria o primeiro, e não o "terceiro setor". Acrescentamos que é uma expressão por

demais vaga, simplista, que mais confunde do que esclarece, pois engloba sujeitos e ideologias contraditórios, do MST - Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra à TFP - Tradição Família e Propriedade, da Cooperativa dos Catadores de Lixo à Associação Comercial. De qualquer forma, utilizamos o termo neste trabalho por ser o mais difundido no Brasil na atualidade. Entretanto, para retratar tudo o que não faz parte da sociedade política nem do mercado, denominaríamos o "terceiro setor" apenas como "sociedade civil organizada".

O "terceiro setor" é uma expressão polêmica, muito abrangente, que surgiu com o fortalecimento do ideário gerencial-neoliberal, que engloba as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos de benefício público e as de benefício mútuo, as pessoas físicas voluntárias e as que trabalham profissionalmente nestas entidades, e os movimentos sociais. Ou seja, tudo o que não faz parte nem do mercado nem do Estado em sentido estrito. Assim, voluntários, associações que atuam endogenamente ou de forma exógena, fundações privadas, institutos, movimentos sociais ou qualquer agrupamento sem personalidade jurídica, sindicatos, cooperativas, fazem parte do "terceiro setor".

Rebatemos, com a ajuda da doutrina, vários argumentos do neoliberalismo-gerencialista sobre a teoria do "terceiro setor" como prestador de serviços sociais em substituição ao Estado. Muito se trata do problema orçamentário da Administração Pública como justificativa para o repasse de atividades para o "terceiro setor". Ora, se há dinheiro para ser transferido às entidades do "terceiro setor", via parcerias, este poderia ser aplicado na prestação direta dos serviços sociais pelo Estado.

Os argumentos do gerencialismo-neoliberal apenas tentam esconder um dos principais motivos para a desresponsabilização do Estado na questão social, que é a fuga do regime jurídico administrativo, principalmente da realização de concurso público e da licitação, procedimentos tão importantes para o atendimento aos princípios da moralidade, isonomia, entre outros, mas tão criticados pelos gerencialistas que defendem os controles de resultados e não de meios, além da preponderância do princípio da eficiência.

O "terceiro setor", fundamentado no ideário gerencial-neoliberal, é um produto do descompromisso do Estado com o social, que não ajudará que se funde um novo ou um melhor Estado, que mercantiliza a sociedade civil, a despolitiza, não leva em conta que a sociedade civil é uma arena privilegiada das lutas de classes pela hegemonia, pela construção de consensos, troca o pensamento combativo e emancipatório pelo pragmatismo. Além disso, entendemos que a falência do Estado também levará à falência da sociedade civil.

As ONGs surgiram dos movimentos sociais, e tinham estratégias de enfrentamento, negação, demanda, pressão, questionamento, reivindicação, contra o ou dirigida ao Estado. Atualmente estão mais dóceis, supraclassistas, subalternizadas, domesticadas, mais "parceiras" do Estado com o objetivo de

terem acesso aos fundos públicos, pautando-se mais na gestão de políticas do que de oposição política, mais gerenciais-empresariais e menos politizadas, com baixa capacidade contestatória e crítica, caso contrário não receberiam dinheiro público de governos não muito alinhados com os ideais combativos, criando um consenso aparente, e ao mesmo tempo uma apatia social. Note-se que não são todas as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que são chamadas de ONGs, mas apenas as mais politizadas, mais atuantes na defesa e construção de direitos, e na luta por uma melhor qualidade de vida da população.

Em países periféricos, a preocupação é que o Estado seja tão fraco e as ONGs, principalmente as transnacionais, tão fortes, que estas sejam os grupos poderosos capazes de atuarem contrariamente ao interesse público nacional, em favor de interesses particulares. Por isso a importância de se preservar a autonomia estatal.

Muito se alardeia que investindo no "terceiro setor" estar-se-á investindo no voluntariado. Esquece-se que hoje em dia propagam-se notícias de que o "terceiro setor" está sendo um grande empregador, além dos ganhos de remuneração de dirigentes de entidades como as OSCIPs, ou em muitos casos de forma indireta, em que a entidade contrata a empresa de um parente, ou mesmo desvia dinheiro mediante, por exemplo, superfaturamento em suas compras. As pessoas também se distanciam do voluntariado e se transformam em "pilantrópicas" quando instituem organizações "de fachada", e apenas perseguem vantagens e como objetivo final o lucro.

Defende-se que o "terceiro setor" é mais eficiente, mais capaz que a Administração Pública. Entretanto, colocamos em dúvida se elas são realmente exemplos de boa e moderna administração, como instrumento mais ágil de satisfação dos interesses públicos. Várias universidade federais, e a Universidade Federal do Paraná é um dos maiores exemplos, têm grande qualidade em seu ensino, pesquisa e extensão, de forma universal e gratuita. Além disso, o "terceiro setor" também é passível de atuar com ineficiência e com falta de eficácia, não estando adstrito ao regime jurídico administrativo, sendo mal controlado pelo Poder Público e pela sociedade, sujeitas, assim, aos mesmos vícios da Administração Pública. Ressaltamos ainda que o "terceiro setor" também gasta volumosa soma de dinheiro em suas atividades-meio, assim como ocorre com a Administração.

Atualmente vemos um oportunismo das entidades do "terceiro setor", quando vão atrás de dinheiro público, para fazer caixa, pagar contas, criar empregos, fazendo *lobby* junto ao Estado para obter vantagens nem sempre legítimas, o que causa uma promiscuidade entre o Estado e a sociedade civil, podendo, assim, o próprio "terceiro setor" ser uma fonte de corporativismo.

O ideário do "terceiro setor" defende a desresponsabilização do Estado e do mercado na questão social, e celebra o indivíduo capaz de resolver seus próprios problemas, o que gera uma auto-responsabilização dos próprios cidadãos, dos próprios sujeitos portadores de necessidades, uma auto-culpa,

situação em que as entidades sociais poderão, como opção e não por obrigação, atuar junto à sociedade. Assim, se um hospital público não funciona no atendimento da doença "X", repassemos dinheiro público para a associação das mães dos portadores da doença "X", que elas se responsabilizam pela prestação dos serviços necessários, na medida do possível, já que o Estado se desresponsabilizou de suas funções, desonerando também o capital.

Questionamos, ainda, se algumas entidades do "terceiro setor" são realmente não-governamentais, quando estas são financiadas pelo Estado, por meio de parcerias, uma vez que em muitos casos a decisão da Administração Pública de firmar parceria com a entidade "X" e não com a "Y" é tomada a partir de motivos de política de governo. Algumas ONGs, assim, profissionais em firmar parcerias com o Estado e afinadas com a política do governo de plantão, são constantemente selecionadas, enquanto que outras são deixadas de lado. Aquelas ONGs acabam perdendo a autonomia, deixando de ser não-governamental.

Para o ideário do "terceiro setor", a sociedade civil não deve lutar pelo poder estatal ou do mercado, pois ele seria inatingível, mas apenas o poder ao alcance do subalterno, do cidadão comum, que pode criar entidades sociais, numa atuação dócil e pacífica, deixando a uma minoria, a oligarquia, o governo do Estado.

Questionamos ainda se a "responsabilidade social" de empresas pertencentes ao mercado realmente seria uma ação do "terceiro setor", pois normalmente, de forma direta ou indireta, e às vezes até e forma acobertada, visam fins lucrativos, além de não almejarem a redução drástica da desigualdade social existente.

Sustentamos que a atuação das ONGs, utilizando suas potencialidades emancipatórias, no apoio aos grupos e movimentos sociais, têm uma possibilidade maior de interpenetração na sociedade que nem o mercado nem o Estado em sentido estrito a têm, com uma atribuição sócio-política, reivindicatória, atuando como grupos de pressão, controlando a Administração Pública, apresentando propostas, por exemplo, em conselhos gestores bipartites, influenciando de forma positiva nas políticas implementadas pelo Estado com o objetivo de melhorar nossa realidade social, sem o alívio das demandas populares para a sociedade política, sem o intuito de acalmar os excluídos. Entendemos que é de suma importância a organização transnacional da sociedade civil organizada, das ONGs, dos movimentos sociais, para defesa dos grupos subalternizados ou marginalizados pelo capitalismo global, numa globalização contra-hegemônica, e um dos exemplos de sucesso é o Fórum Social Mundial.

Atualmente o público e o privado não têm mais as características de dualidade extremas, havendo uma integração entre eles. Principalmente com o surgimento do Estado social, elementos que antes eram privados passaram para o público, submergindo a esfera social. Salientamos apenas que esta esfera social não pode ser confundida com o chamado espaço "público não-

estatal", nos termos defendidos pelos gerencialistas, como forma de privatização dos serviços sociais para as entidades sem fins lucrativos.

As pessoas jurídicas não têm fins lucrativos ou econômicos quando não distribuam entre seus membros eventuais lucros excedentes, aplicando-os apenas para o atendimento do seu objetivo constante do seu ato constitutivo.

Segundo a legislação civil brasileira as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos são as associações (união de pessoas para a realização de um objetivo comum, inclusive os sindicatos), as fundações (patrimônio afetado a um determinado fim), as organizações religiosas, os partidos políticos e as cooperativas. Os institutos e as ONGs não são tipos de pessoas jurídicas.

As entidades paraestatais estão ao lado do Estado, não compõem a Administração Pública, prestam serviços não-privativos do Estado, e são compostas pelas entidades do “terceiro setor” que atuam em prol do interesse público, como as organizações sociais, as OSCIPs, os partidos políticos, os sindicatos e os serviços sociais autônomos.

Na verdade, as organizações sociais e as OSCIPs, assim como as entidades de utilidade pública (que buscam o bem comum, desinteressadamente) e as beneficentes de assistência social (antigas entidades de fins filantrópicos), não são tipos de pessoas jurídicas, mas sim títulos jurídicos concedidos às organizações sem fins lucrativos que propiciam um regime jurídico diferenciado do regime das demais pessoas jurídicas. Ressaltamos que o registro no Conselho Nacional de Assistência Social não é um título ou qualificação.

Para o gerencialismo-neoliberal deve haver a "publicização" dos serviços não-exclusivos ou serviços sociais, como por exemplo a educação e a saúde, o que na verdade é uma privatização em sentido amplo. Segundo seus defensores todos os serviços sociais não devem ser executados pela máquina pública, burocrática, ineficiente, mas por entidades do "terceiro setor", qualificadas como organizações sociais e OSCIPs.

No caso das organizações sociais existem inconstitucionalidades ainda mais graves do que nas OSCIPs, uma vez que a legislação daquela define que seus conselhos de administração devem ter representantes do Poder Público; que a escolha de quais entidades serão qualificadas será discricionária, sem a realização de licitação ou de qualquer outro procedimento de escolha; a possibilidade destas entidades receberem bens públicos também sem licitação; o repasse de servidores públicos para serem trabalhadores nas organizações sociais; e, por isso, o modelo, pelo menos no âmbito federal não se alastrou, o que incentivou a criação das OSCIPs.

Entretanto, entendemos que tanto as organizações sociais quanto as OSCIPs servem para que o Estado fuja de suas responsabilidades constitucionais, principalmente em áreas como educação e saúde, nas quais o

"terceiro setor" é utilizado como prestador de serviços sociais, fazendo com que o Estado extinga entidades da Administração Pública (por mais que na Lei das OSCIPs esta extinção não seja explícita), "sucateie" sua burocracia, fugindo do regime jurídico administrativo, e repassando por meio de parcerias para a iniciativa privada sem fins lucrativos os serviços sociais.

As OSCIPs "minam" o discurso do incentivo às entidades do "terceiro setor" devido ao trabalho voluntário, uma vez que estas poderão até remunerar seus dirigentes conforme os "valores de mercado".

As parcerias ou privatizações em sentido lato designam todas as formas de acordo que, sem necessariamente formar uma nova pessoa jurídica, são organizados entre os setores público e privado, para consecução de fins de interesse público que a Administração Pública firma com a iniciativa privada, como por exemplo a privatização em sentido estrito, a concessão de serviços públicos, os contratos administrativos de terceirização, os convênios, os contratos de gestão e os termos de parceria, entre outros.

Os contratos administrativos podem ser firmados com as entidades do "terceiro setor", assim como com qualquer pessoa jurídica com fins lucrativos. Independentemente do contratado, a celebração deste termo exige a realização de licitação prévia, a não ser nos casos de dispensa ou inexigibilidade, quando será possível a contratação direta por meio de procedimento simplificado de escolha. Lembramos que a Lei nº 8.666/93 define alguns casos de dispensa de licitação especificamente para determinadas entidades do "terceiro setor".

Tanto no contrato administrativo como no convênio há acordo de vontades, mas, enquanto que naquele existem duas partes com interesses diversos e opostos, com uma pretendendo a satisfação do objeto do ajuste e a outra a contraprestação correspondente; no convênio não há vínculo contratual, pois não há partes, mas partícipes com os mesmos interesses comuns e coincidentes, os quais podem denunciar o convênio a qualquer momento, sem a existência de cláusula de permanência obrigatória, não havendo preço ou remuneração, mas apenas mútua cooperação. Ou seja, os contratos e convênios têm naturezas jurídicas distintas.

Por entendermos que realmente convênio e contrato são institutos diversos, também nos posicionamos no sentido que para se firmar convênios não é obrigatória a realização de licitação prévia. Entretanto, apenas os acordos que realmente são convênios podem ser celebrados sem licitação. De qualquer forma, existindo mais de um interessado em firmar convênio com a Administração Pública, em situação de igualdade, para o melhor atendimento do interesse público e princípios como o da moralidade, isonomia, publicidade, a Administração deverá realizar um processo de escolha, com divulgação da intenção de firmar o convênio, e seleção por meio de critérios pré-definidos.

Os contratos de gestão firmados entre o Estado e as entidades qualificadas como organizações sociais, que são diferentes dos celebrados

entre órgãos ou entre órgãos e entidades da Administração Pública, têm a mesma natureza jurídica dos contratos administrativos, com algumas peculiaridades, e não dos convênios. Adotamos a mesma posição para os termos de parceria firmados pelas OSCIPs.

A Administração Pública é obrigada a realizar licitação previamente à celebração dos contratos de gestão com as organizações sociais e dos termos de parceria com as OSCIPs, nos termos constitucionais, a não ser nos casos de dispensa ou inexigibilidade. Não descartamos, todavia, a alteração da legislação licitatória para que sejam criadas modalidades de licitação mais compatíveis para a celebração de acordos com as entidades do "terceiro setor". Enquanto a legislação não é alterada, para a celebração de termos de parceria com as OSCIPs a Administração Pública deverá realizar licitação que poderá ser baseada no concurso de projetos previsto no decreto regulamentador da Lei das OSCIPs.

As organizações sociais e as OSCIPs, para realizarem suas contratações com o dinheiro recebido do Estado, deverão realizar procedimento licitatório prévio, nos termos dos seus regulamentos, os quais atenderão as normas gerais e demais princípios da legislação nacional de licitações (inclusive a relativa ao pregão). Assim, por mais que sejam entidades privadas, quando forem gastar dinheiro público, estarão submetidas pelo menos parcialmente às regras de direito público.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

VIOLIN, Tarso Cabral. UMA ANÁLISE CRÍTICA DO IDEÁRIO DO "TERCEIRO SETOR" NO CONTEXTO NEOLIBERAL E AS PARCERIAS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, março/abril/maio, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir “x” na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br

4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa:

Informação não disponível.