

O TERCEIRO SETOR NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: COM O CONTROLE APROPRIADO, POR QUE NÃO?

PROVIDING PUBLIC SERVICES BY THE THIRD SECTOR: IF USED THE PROPER CONTROL, WHY NOT?

João Augusto dos Anjos Bandeira de Mello¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo demonstrar que existem diversos tipos de regimes de prestação de serviços públicos que podem ser escolhidos pelo Governo, dentro do marco legal e constitucional posto à disposição do Administrador Público pelo ordenamento jurídico. E que a escolha dentre estes regimes possíveis é uma escolha discricionária. Defende-se também que cada Regime Jurídico tem vantagens e desvantagens, não havendo regime melhor, mas apenas um mais indicado do que outro para o atendimento de determinada situação. E que a Prestação de Serviços públicos por entidades do terceiro setor, notadamente nas áreas de educação, saúde e assistência social, como pugnado pela Reforma Gerencial levada a efeito no final dos anos noventa; traz ganhos em termos de eficiência e participação democrática da população. Porém, para impedir a captura desta prestação de serviços por interesses privados, e evitar desvio de recursos e corrupção, tal prestação deverá ser submetida a um controle baseado na eficiência e na efetiva participação da população na verificação dos resultados alcançados. Um controle que garanta não haver desvio de finalidade na escolha por tal modelo de prestação. Por fim, demonstra o artigo exemplos virtuosos de como a participação social pode fazer real diferença na resolução dos grandes problemas da vida em comunidade, trazendo benefícios à Sociedade, no curto e no longo prazo; devendo, portanto, o Estado estimular tais parcerias.

Palavras-Chave: Administração Pública; Regime Jurídico; Discricionariedade; Reforma Gerencial; Terceiro Setor; Eficiência; Controle; Controle Social; Participação Democrática.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate that there are several types of framework to provide public services that can be chosen by the Government, under legal and constitutional systems, and the choice among these possible schemes is a discretionary choice. It is also argued that each legal framework has advantages and disadvantages and there is no better system, but only one more appropriate than another to care one specific given situation. This paper defends that the provision of public services by the third sector entities, particularly in education, health and social care, as designed by public management reform carried out in the late nineties; brings gains in efficiency and democratic participation. However, to prevent the capture of this service by private interests, and to avoid misappropriation of funds and corruption, such

¹ Procurador do Ministério Público de Contas do Estado de Sergipe e mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Sergipe.

provision shall be enforced to a system accountability based on efficiency and social control to prevent misuse of the partnership onto egoistic purposes. Finally, the paper demonstrates virtuous examples of how social participation can make real difference in solving the major problems of life in community, and bringing benefits to the people, in the short and long term. That's why should state stimulate such partnerships.

Keywords: Public Administration; Legal System; Discretion; Public Management Reform; Third Sector; Efficiency; Control; Social Control; Democratic Participation.

1 INTRODUÇÃO

A incapacidade do Estado em acompanhar os grandes desafios impostos pela modernidade, e a sua ineficiência em otimizar a aplicação dos recursos públicos com vista à máxima concretização de direitos fundamentais; parecem ser a grande pauta de discussões do Direito Administrativo moderno.

Ao lado de grandes inovações tecnológicas, mudanças de paradigmas e soluções, de incremento de cobranças com vista a conquistas de cidadania; ainda prevalece, no caso brasileiro, um Estado arcaico, patrimonialista, colonizado por interesses político-partidários.

Um Estado aparelhado e privatizado, que tende a ser reprodutor e não erradicador de desigualdades; e que não tem, ao longo do tempo, respondido às demandas e aos anseios da população brasileira, notadamente em termos de garantir o desenvolvimento nacional, e de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais.

Um Estado com elevado déficit democrático, onde as instâncias de participação e deliberação popular são pouco ou mau utilizadas, e onde a sociedade civil ainda não se organizou como fórum adequado de reflexão/resolução das demandas sociais.

Neste contexto, evidentemente, surge como preocupação dos operadores do Direito Administrativo, a verificação dos modelos administrativos possíveis e passíveis de serem utilizados no âmbito do Estado brasileiro, no sentido de conter/resolver estas perplexidades.

Notadamente, em termos de modelos em que a vertente democrática seja prevalente, e que possam realmente representar soluções superiores em termos de eficiência e efetividade na execução de prestações de serviços públicos; especialmente em perspectivas de longo prazo.

E, neste diapasão, analisaremos no bojo do presente artigo, as possíveis parcerias do Poder Público com entidades do Terceiro Setor, na prestação de serviços públicos.

O fenômeno chamado de publicização pela Reforma Administrativa levada a efeito no final dos anos noventa, e que culminou com a inserção no ordenamento jurídico brasileiro

de duas novas qualificações para as entidades privadas sem fins lucrativos: As Organizações Sociais (OSs) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs).

Neste passo, discutiremos as vantagens e desvantagens de tal modelo, em termos de eficiência, e em termos de deliberação democrática, a sua adequação (ou não) ao ordenamento constitucional vigente.

Como também, explicitaremos nossa opinião acerca da importância do Controle como elemento garantidor de que as parcerias com o Terceiro Setor sejam bem sucedidas e sejam aptas a entregar os frutos esperados pela Sociedade com tais avanços: maior eficiência e participação democrática na prestação de serviços públicos.

Por fim, demonstraremos exemplos práticos de como o incentivo à participação social tem sido útil em se alcançar resultados, na solução de graves problemas que afligem a vida em comunidade, e como esta participação social, via parcerias do Estado com o Terceiro Setor, pode ser virtuosa tanto no curto, como no longo prazo.

Começemos, pois, fazendo uma crítica da Administração Pública, como face de um Estado reprodutor de desigualdades.

2 DO ESTADO DE DIREITO REPRODUTOR DE DESIGUALDADES

Realmente, explica Habermas (1997) que o Direito é o integrador social por excelência. Em tempos onde não há mais um Poder religioso ou secular que una e pacifique uma determinada Sociedade, será o Direito que assumirá o papel de garantir a estabilidade social daquela comunidade, provendo os meios de coesão, desenvolvimento humano e resolução de conflitos para aquela população.

Neste sentido, e como vivemos em uma Sociedade Democrática, urge que esta integração obedeça e observe os cânones da Democracia, devendo o Direito refletir a real vontade da população.

Para tanto, urge a maior participação possível da sociedade nos processos de tomada de decisão, tanto em termos da gênese das leis, como no controle da atuação administrativa, como ainda na alocação de metas, e na aferição de resultados.

Isto porque, e ainda na esteira de Habermas (1997), em não sendo assim, e havendo um distanciamento da gênese e aplicação democrática do Direito, haverá uma tendência de colonização (invasão, apropriação) do Direito, pelo Poder Administrativo (o Poder daqueles que dirigem o Estado) e pelo Poder Econômico (o mercado).

Nesta toada, a integração social não se dará visando o interesse coletivo, e o Poder do Direito, que se confunde com o próprio poder do Estado, será utilizado para manutenção de posições de Poder ou de Mercado, ou a ambas, já que Poder Econômico e Poder Administrativo andam sempre bastante próximos e têm muitos fins em comum.

E, deste modo, o Poder do Estado, junto com suas ações e recursos do erário, estará sendo voltado para ações que visem, basicamente, manter as equações estabelecidas de Poder (e seus privilegiados) e garantir as posições de mercado (notadamente dos grandes grupos econômicos).

E o que é pior, confere, neste caso, o Direito, um aspecto de legitimidade ao Poder ilegítimo. Como adverte Bordieu (1989), o Direito projeta-se como um sistema independente, mas que, em realidade, revela-se como reproduzidor dos mecanismos de Poder da classe dominante.

Tal manipulação pode ser vista em sede de concretização de direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais saúde e educação (exatamente áreas altamente propícias à atuação do Terceiro Setor), onde as fatias de atendimento pelo Estado ainda estão bastante aquém da necessidade social.

Seria relevante um investimento maciço e processos de gestão que garantissem prioridade a estas áreas; porém, como adverte Boaventura de Sousa Santos (2007), com sábia ironia, tem-se que, em sede de Direitos Humanos, há uma grave divergência entre Princípios e práticas aplicáveis; e os indivíduos são vistos não como objeto de ações de direitos humanos, mas sim como meros objetos de discursos de direitos humanos.

E que os Princípios aplicáveis (como os Princípios que regem a Administração Pública e aqueles que asseguram Direitos Fundamentais) acabam sendo interpretados não com um viés emancipatório ou libertador; mas sim obedecendo à lógica de reprodução do *status quo*.

Ou seja, garante-se esperança (e com ela paz social), mas não se garante o avanço social devido, por exemplo, por nossa Carta de 1988, que reza como objetivos fundamentais da República, dentre outros, a construção de uma sociedade livre justa e solidária, com erradicação das desigualdades (BRASIL, 1988).

Avança-se a conta-gotas dentro do que o autor chama de Pensamento de Direitos Humanos Sustentável, onde há um equilíbrio entre regulação (e manutenção *do status quo*) e emancipação social (SOUSA SANTOS, 2007).

No mesmo sentido, temos o autor administrativista português, Paulo Otero (2012), que denuncia a forte colonização do Estado (no caso, o Estado Português, mas nos parece que a analogia com o Estado Brasileiro é pertinente) por interesses políticos e econômicos.

A atuação do Estado, que deveria ser coletiva, refletindo os valores constitucionais, passa a ser aparelhada para servir a fins não republicanos, voltados a interesses de projetos de Poder e aos desígnios econômicos vinculados a estes mesmos interesses.

E a tomada de decisão, que deveria ser objeto de deliberação democrática, passa a ser objeto de centralização no Poder Executivo, havendo uma completa subserviência do Poder Legislativo aos interesses do Executivo, com um total loteamento da gestão pública, em função dos interesses políticos-partidários. Ou como alerta Moncada, há “uma transferência sistemática e permanente de poderes legislativos a favor do Governo” (2002, p.151).

Não há, como diz Otero (2012), uma vinculação da atuação do Estado aos valores constitucionais. O interesse público deixa de ser norte e passa a ser algo incidental no âmbito das prioridades da gestão estatal. E não existe uma efetiva responsabilização, em relação a estes desvios.

Deste modo, vê-se como possível saída para este paradoxo, para este processo de privatização por dentro do Estado (onde o Estado não cede formalmente os Espaços de Poder, mas os coloca como instrumentos de uma elite política ou econômica); exatamente um processo inverso, um processo de re-estatização do Estado, porém não de forma a mais aparelhá-lo ou agigantá-lo, mas sim a que este possa voltar ao seu caminho de regulador e indutor do bem comum.

Ou seja, um processo de democratização do Poder Estatal, para que o Poder Público volte a agir em prol do interesse coletivo.

E, por incrível que possa parecer, uma alternativa para esta apropriação do Estado pelo interesse público, é exatamente a transferência da execução de serviços públicos não exclusivos para entidades do Terceiro Setor. Tema do próximo tópico.

3 DA REFORMA GERENCIAL DO ESTADO BRASILEIRO E A PUBLICIZAÇÃO

A publicização é fruto da denominada Reforma Gerencial, levada a efeito no final dos anos noventa, notadamente por meio da emenda Constitucional nº 19 (e atos legislativos correlatos), cujo objetivo foi reformar o Estado Brasileiro, em busca de agilidade e eficiência na prestação de serviços públicos.

E de que consistiu tal Reforma? Quais foram as modificações trazidas por ela no seio do Regime Jurídico da Administração Pública Brasileira? Vejamos.

Com efeito, a Reforma Gerencial, como dito, buscou estabelecer uma maior eficiência e agilidade na movimentação da máquina estatal e na prestação de serviços públicos.

Para tanto, com a Reforma, buscou-se deixar sob prestação direta do Estado, exclusivamente aquelas áreas estratégicas e/ou prestações de serviços onde prevaleceria o interesse público direto e a necessidade de utilização da força do Estado (BRASIL, 1995).

Neste diapasão, as atividades de Governo, do Poder Judiciário, atividades diplomática, de polícia e regulação, fiscalização, arrecadação de tributos, permaneceriam prestadas diretamente por agentes políticos e servidores públicos graduados (BRASIL, 1995).

Já os serviços de prestação não exclusiva, como aqueles de saúde, educação e assistência social, e atividades de pesquisa científica, seriam repassados a entidades de direito privado do Terceiro Setor – Organizações Sociais (OSs) -, mediante contrato de gestão, sob controle gerencial e de resultados por parte do Estado (BRASIL, 1995).

E a produção de bens e serviços para o mercado, retornaria à iniciativa privada, por meio de um processo de privatização (BRASIL, 1995).

Desta forma, e com base nas premissas da reforma mencionada, boa parte dos serviços prestados à população poderia ser repassada ao Terceiro Setor, ou seja, sairiam da prestação direta pelo Estado; deixariam de ser efetivados por meio de servidores públicos efetivos (concursados) e passariam para as mãos da iniciativa privada (uma iniciativa privada qualificada pela finalidade e ausência de fins lucrativos), no âmbito do Terceiro Setor.

Mas as grandes perguntas que exsurtem são: quem é este Terceiro Setor? Por que passar para a iniciativa privada e por que exatamente repassar estas atividades para o Terceiro Setor? Tentaremos responder estas perguntas nos próximos capítulos.

4 DO TERCEIRO SETOR

Falou-se muito até aqui em Terceiro Setor, mas o que se denomina como Terceiro Setor? Ora, o Terceiro Setor seria aquele que formaria a terceira via, estando entre o Estado e o Mercado.

Com o Estado não se confunde, pois, como vimos acima, as entidades do Terceiro Setor, mesmo executando serviços públicos, não se inserem na máquina administrativa estatal. Estão ao lado do Estado, realizando ações de interesse público.

E também, apesar de entidades privadas, estão fora do mercado, pois não visam o lucro.

Neste sentido, o Terceiro Setor é formado por associações civis e fundações, sendo a primeira formada por uma associação de pessoas, e a segunda, por um patrimônio afetado a uma determinada finalidade, nos termos preconizados pelo Código Civil².

E o conceito de ONG? ONG é a sigla de Organização Não Governamental, que tem um conceito de viés mais político, de uma organização com fins públicos, atuando onde o Estado não supre as necessidades da população (PEREIRA, 2008).

No caso brasileiro, em face do período da Ditadura Militar, a politização do conceito de ONG chegou a um extremo, pois ONG virou sinônimo de organização em defesa da cidadania como um todo, inclusive dos direitos de liberdade (PEREIRA, 2008).

E as Organizações Sociais (OSs) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs)³, muito faladas como integrantes do Terceiro Setor? Ora, estas designações representam qualificações, atribuíveis a associações e fundações sem fins lucrativos, para facilitar exatamente as parcerias com o Poder Público.

No caso das Organizações Sociais, a qualificação é extremamente relevante, já que permitirá a estas entidades, o recebimento de recursos orçamentários, a cessão de servidores públicos e a de bens públicos para o desempenho de sua atividade, que será definida por meio de contrato de gestão com o Poder Público.

Já as OSCIPs formarão parcerias mais tênues com o Poder Público, sem o recebimento de bens, ou servidores públicos, porém, por prestarem atividades de interesse público, terão tais serviços fomentados, por meio de recebimento de recursos, para custear a sua prestação de serviços, de acordo com o planejamento de obrigações expostos em Termo de Parceria.

Neste sentido, verifica-se uma diferente dimensão na prestação de serviços públicos não exclusivos para Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

Para as OSs, o Plano Diretor da Reforma do Estado fala em estas serem o braço do Estado para prestações de serviços públicos não exclusivos. Tanto que, no âmbito Federal, algumas autarquias foram extintas e suas atribuições repassadas, via contrato de gestão a Organizações Sociais criadas especificamente para tal mister (BRASIL, 1995).

² Arts 53 e seguintes e 62 e seguintes do Código Civil.

³ Vide Leis Federais n°s 9637/1998 e 9790/1999.

Realçando-se que, na realidade, tal atribuição merece crítica, uma vez que o sentido principal da atribuição de serviços públicos a entidades do Terceiro Setor é exatamente privilegiar a expertise e experiência de tais entidades na execução dos serviços a ela cometidos.

Experiência que redundava nula, se uma entidade é criada do zero exclusivamente para assumir a execução daquela prestação. (Neste ponto, vê-se que, no caso concreto, a finalidade transversal seria apenas submeter a prestação de serviços públicos não exclusivos ao Regime de Direito Privado, o que não nos parece ser, como se verá adiante, o espírito correto da parceria).

No que pertine às OSCIPs, houve uma coerência maior no Regime Jurídico, já que, pelo menos na definição daquele, em nível Federal, não foi criada nenhuma entidade com qualificação automática.

O que o Regime Jurídico das OSCIPs buscou foi exatamente fomentar as parcerias, ou seja, entidades que já prestavam bons serviços à Sociedade, em nome próprio, passaram a firmar avenças com o Poder Público, para que este, via injeção de recursos, viabilizasse o incremento da prestação de serviços respectiva.

Isto exatamente dentro do espírito democrático que envolve a prestação de serviços públicos por entidades do Terceiro Setor.

Mas, como o Terceiro Setor pode ser parceiro na prestação de serviços públicos? Os serviços públicos não devem ser providos por estruturas burocratizadas, mediante o concurso de servidores públicos?

Veremos no próximo capítulo que há diversos modelos e/ou regimes jurídicos para a prestação de serviços públicos. E que o modelo burocrático é apenas um deles.

5 DOS REGIMES POSSÍVEIS DE ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.

Diferentemente do que muitos imaginam, os serviços públicos não precisam ser necessariamente prestados diretamente pelo Estado, e/ou por meio de servidores públicos efetivos.

Não. Este modelo burocrático, hierarquizado, por meio de servidores públicos é apenas uma das maneiras possíveis, sendo este modelo inclusive, de utilização relativamente recente.

Há outros meios e regimes que variam de estruturas hierarquizadas verticalmente, a estruturas coordenadas horizontalmente; umas com intensa e efetiva participação de agentes do Estado (prestador), outras onde o Estado figura apenas como contratante (tomador de serviços).

Umás onde o vínculo de coesão e de estímulo da eficiência e efetividade é o Regulamento (Estatuto) dos servidores estatais envolvidos; outras, onde este vínculo se forma a partir da cobrança, pelo contratante, dos deveres do contratado; por fim, outras ainda, que este vínculo se forma a partir do compromisso, perante o todo social, com a efetividade do serviço.

Ou seja, modelos diversos, que utilizam sistemáticas diversas, e que não serão necessariamente melhores em si do que os outros. O que haverá serão conjunturas diferentes, que demandarão um arranjo institucional específico para cada mister.

Vejamos cada um destes modelos a partir de agora.

Com efeito, Mintzberg (1996) expõe cinco vertentes para a organização de serviços públicos: a) **modelo-máquina, ou burocrático**; b) **da governança em rede**; c) **do modelo de controle de performance**; d) **do modelo da governança virtual** e e) **do modelo do controle normativo**.

Expliquemos cada um deles.

No **modelo-máquina ou burocrático**, segundo o autor, a máquina governamental é dominada por regras, regulamentos, e padrões. Cada órgão ou entidade é controlado por uma instância central de onde emana o Poder Administrativo (MINTZBERG, 1996).

Seria a aplicação do Taylorismo burocrático à Administração Pública, que funcionaria como uma estrutura hierarquizada, que tenderia a ser imune à corrupção ou à influência política.

Tal estruturação ofereceria consistência na formulação de políticas públicas e confiabilidade na execução de tais políticas, e seria este o modelo padrão das máquinas de governo.

O ponto fraco seria a falta de flexibilidade e a falta de responsividade à iniciativa individual. Ou seja, tal modelo tenderia a estruturas engessadas sem grande capacidade de inovação e adaptação às imensas mudanças que a nova modernidade tem trazido.

É modelo-máquina porque, como numa grande linha de produção, cada servidor cumpre seu mister de acordo com um plexo rígido de competências. E se não há liberdade, não há espaço decisório, o que minimizaria a possibilidade de apropriação por interesses

privados. (Porém, pela falta de maleabilidade, abre-se a possibilidade da ineficência e da injustiça).

O **modelo da governança em rede** seria o oposto do modelo burocratizado, pois em vez de estruturas fixas e hierarquizadas, a governança em rede funcionaria em estruturas independentes, que se interconectariam por canais informais (e não hierarquizados) tendo por base relacionamentos temporários, visando projetos em comum (MINTZBERG, 1996).

Ou seja, estruturas trabalhando em projetos individuais, que colaborariam entre si para consecução de projetos em comum, sem hierarquia, estrutura burocrática e vinculações formais entre si.

Sendo o mais complexo de tal modelo, obter a harmonia e sinergia necessárias ao alcance dos resultados.

O **modelo de controle de performance** busca identificar os processos de gestão com o conceito de negócio da iniciativa privada. Ou seja, verificar quais são os negócios (finalidades) de cada entidade ou órgão, e, a partir daí, isolar o negócio, atribuir metas e medir a consecução das metas relativas ao cumprimento daquela finalidade *negocial*.

Sendo o cumprimento das metas fiscalizadas por uma estrutura central.

O autor critica este modelo porque se, por um lado, há uma relativização dos controles de procedimentos dos entes descentralizados, por outro, há uma tendência de hierarquização das estruturas em cada ente coordenado. Ou seja, descentraliza-se para centralizar-se, caindo, portanto, na mesma armadilha de óbices à iniciativa e à criatividade individual das estruturas burocráticas (MINTZBERG, 1996).

O **modelo do Governo Virtual** seria, ainda segundo Mintzberg (1996), a aplicação do modelo do Controle de Performance ao seu extremo, a ponto de os entes descentralizados não mais pertencerem ao Poder Público. O moto deste modelo é o de **privatizar, contratar e negociar**.

Ou seja, uma estrutura central do Governo seria responsável por buscar (contratar) na iniciativa privada, as prestações necessárias de serviços públicos.

Segundo o autor, tal modelo é comum, na Inglaterra, Estados Unidos e Nova Zelândia (países liberais por excelência), e é criticado pelo autor, ironizando que este modelo representa o grande experimento dos economistas, que nunca tiveram que gerenciar nenhum tipo de atividade.

E, finalmente, temos o **modelo de controle normativo**, que seria, de acordo com Mintzberg (1996), o mais adequado para a prestação de serviços públicos vinculados à área

social; isto porque tal modelo teria menos relação com a estruturação dos serviços, e mais com a índole ou alma do serviço, pois o mesmo é baseado em crenças e valores.

Neste diapasão, o **modelo normativo** baseia-se em cinco elementos: **Seleção** – os colaboradores são selecionados por valores e atitudes, mais do que por credenciais; **Socialização** – este elemento garante um membro plenamente comprometido com a organização; **Direção** – que é feita por princípios, visões, mais do que por planos impostos; **Responsabilização** – todos os membros dividem a responsabilidade e se sentem suportados por seus líderes, que adquirem legitimidade com base na maior experiência e expertise na área de atuação e inspiram seus colaboradores; **Julgamento** – a atuação é verificada e medida por pessoas com experiência na área e pelos recebedores da prestação. O moto deste modelo é **selecionar, socializar e julgar**.

E este modelo de controle normativo, é exatamente o objeto da Publicização e repasse de serviços públicos para o Terceiro Setor. Mas por que isto? Qual a vantagem?

6 DAS VANTAGENS DO REPASSE DE SERVIÇOS PÚBLICOS AO TERCEIRO SETOR.

Traçaremos, com base em Bresser-Pereira e Cunill Grau (1999), as vantagens do repasse de serviços públicos ao Terceiro Setor.

Com efeito, a **primeira** vantagem, segundo os autores, seria de **ordem fiscal** (inclusive porque, à época da Reforma Gerencial, viviam-se tempos de crise financeira), pois a prestação de serviços por meio de entidades do Terceiro Setor seria mais econômica.

De fato, repassando a entidades privadas, sai do Estado a obrigação de manter estruturas de prestação de serviços. Deixa o ente público de contratar servidores públicos concursados (e seus salários normalmente mais onerosos e suas futuras aposentadorias); deixa de manter estruturas administrativas de gerenciamento dos servidores (folhas de pagamento, controles de ponto, etc) e do serviço em si (como o provisionamento de materiais); e passa exclusivamente a manter uma estrutura menor para controlar os resultados da prestação pretendida.

Sem falar que, muitas vezes, as entidades que não visam ao lucro laboram por meio de doações, sejam por meio de recursos (dinheiro) ou mão-de-obra beneficente (voluntária).

Neste sentido, a própria Sociedade financiaria uma parte do serviço, reduzindo os custos para a Administração Pública.

Também, e ainda como aspecto de Economicidade, tem-se que os custos tributários de tais entidades são mais reduzidos, já que as mesmas podem gozar de imunidades e isenções, o que também tira onerosidade da prestação do serviço.

Mas não é só isso. Espera-se com tal descentralização não só economia, **mas também uma melhor prestação de serviços**. Mas como isto aconteceria? Muito simples.

Ora, em sendo bem feita a escolha da entidade parceira, a regra é que esta entidade detenha expertise na área em que vai prestar o serviço, pois a lógica é a de que ela opere com regularidade e reconhecimento em momento anterior à sua avença com o Estado (que deverá contratar os serviços baseado exatamente nesta experiência e reconhecimento).

E detendo expertise e experiência, é comum inclusive que possua maior possibilidade de capilaridade (âmbito de atuação) e melhor know-how do que a Administração Pública, que não tem tantos meios de contratação de profissionais especializados, e na maioria das vezes, não tem em seus quadros servidores qualificados da mesma forma que as entidades do Terceiro Setor podem ter.

Sem falar, ainda em termos de expertise, de um componente essencial – **a vinculação ao serviço**.

Com efeito, em se tratando de entidades que não visam ao lucro, o que se espera é que o fim último da existência da organização será um propósito, um objetivo; e imagina-se que a entidade se esforçará ao máximo para que tal objetivo seja cumprido.

Isto por uma razão simples. Porque, ao menos em tese, não haverá contas averiguando se tal prestação é lucrativa ou não, rentável ou não. O que interessará será saber se a prestação é necessária e se está sendo feita de modo efetivo e eficiente.

Ou seja, a entidade, dos dirigentes aos colaboradores estão vinculadas à excelência do serviço – este é o fim visado, e não o lucro.

Porém, haveria ainda mais uma vantagem (e talvez ainda mais relevante) da prestação de serviços públicos por meio de entidades do Terceiro Setor. **E esta vantagem tem relação exatamente com a implantação de uma democracia substancial**.

Ora, como vimos acima, há diversos casos e possibilidades de apropriação privada do aparelho estatal. E, neste sentido, pode haver uma colonização do Direito pelo mercado e pelos detentores do Poder Administrativo.

E, como vimos acima, tanto maior será tal colonização, quanto menor for a participação da Sociedade na vida e nas decisões do Estado.

Desta forma, duas conclusões, a **primeira** de que a defesa do interesse público não é exclusiva do aparelho estatal, pelo contrário, muitas vezes a máquina administrativa é

utilizada para interesse dos governantes (interesses privados) ou para interesse do próprio do Estado (interesse público secundário). Neste sentido, devem ser procuradas ações que diminuam o tamanho do Estado e não seu engrandecimento.

E a **segunda**, de que uma forma de evitar a colonização do Estado por interesses privados é exatamente a Sociedade Civil assumir seu espaço como parceira na prestação de serviços públicos (e trazendo para si, para o seu exercício, de certa forma, parcela do Poder estatal).

Mas, se há tantas vantagens, por que tantas críticas a tais avenças? Vejamos a seguir.

7 DAS CRÍTICAS À PUBLICIZAÇÃO

A utilização de parcerias⁴ com o Terceiro Setor tem sido objeto de profundas críticas, por parte da doutrina e dos órgãos de controle.

Críticas que podem ser sintetizadas em duas vertentes: **a primeira**, de que tais avenças seriam inconstitucionais, na medida em que, mesmo para os serviços públicos não exclusivos, o Estado não poderia repassar sua responsabilidade de prestação para a iniciativa privada.

Neste sentido, a parcela do serviço a seu cargo teria que ser prestada diretamente com o concurso de servidores públicos.

E **a segunda**, de que pela não incidência de diversos controles de procedimento no manejo dos recursos públicos no âmbito de tais entidades, tais avenças estariam propícias a serem focos de desvio e/ou apropriação e/ou aparelhamento de recursos públicos com vista à satisfação de interesses privados.

E, para ilustrar, em um caso prático, tais críticas; temos o exemplo de recente decisão judicial, prolatada em sede de ação civil pública, negando a possibilidade de contratação de Organizações Sociais para gerirem dois hospitais no Município de Aracaju, tendo por base exatamente os dois argumentos mencionados.

Disse a decisão, **a uma**, que o Estado não pode se omitir da gestão em prol do interesse privado. E **a duas**, que a ausência de controle colocaria em sério risco o erário.

Quanto a este segundo aspecto, aduziu a Excelentíssima Juíza de Direito, *verbis*:

⁴ Trataremos na designação genérica de parceria, todas as possibilidades de avenças do Poder Público para com entidades do Terceiro Setor, formalizadas por meio de: convênios (com entidades do Terceiro Setor em Geral); termos de parceria (OSCIPIs) e Contrato de Gestão (OSs).

Do exposto, o que se observa de forma gritante é: i) a absoluta impossibilidade de controle, por parte da administração pública, tanto da qualidade dos serviços públicos prestados, quanto da quantidade e alcance destes serviços públicos de saúde em relação a população verdadeiramente necessitada; ii) o volume de recursos públicos que estão envolvidos que chegam na casa dos bilhões criou um novo mercado, a quarteirização dos serviços públicos de saúde por parte das grandes corporações privadas de saúde, inclusive, bancos de investimentos estrangeiros. (SERGIPE, 2013, p.15)

Frise-se que, em segunda instância, tal criação foi liberada, refutando as objeções mencionadas, e asseverando que a escolha do modelo de prestação seria discricionária. Quanto ao controle dos gastos, que haveria previsão de tal controle pelos Tribunais de Contas. (SERGIPE, 2014).

Ou seja, decidiu a segunda instância que o repasse da prestação de serviços ao Terceiro Setor estaria inserida na discricionabilidade legítima do gestor de escolher, dentre os meios constitucionalmente possíveis, aquele mais apto à consecução do interesse público.

Ademais, que o controle pode existir e ser efetivo em qualquer situação; basta especificar a melhor abordagem a ser viabilizada. Foco a ser visto nos capítulos a seguir.

8 DA DISCRICIONARIEDADE LEGÍTIMA E DA POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE UM MODELO DO TERCEIRO SETOR

Para verificarmos a possibilidade de adoção de um determinado modelo administrativo, notadamente em termos da constitucionalidade de tal modelo, é útil termos em mente a visão de Constituição como ordem marco ou moldura, como defende Robert Alexy.

Realmente, denota Alexy (2011) que a Constituição funciona como uma moldura para a ordem jurídica, e, exatamente como em um quadro, a moldura constitucional estipula um limite, uma fronteira, legitimando no interior desta fronteira, as prescrições normativas válidas.

Neste sentido, expõe Alexy (2011), que esta moldura constitucional pode adotar um de três modelos.

Um modelo puramente procedimental de Constituição, onde ao legislador tudo é facultado, desde que adotado o procedimento legislativo previsto na Carta Magna.

Neste caso, não há moldura, ou melhor, há infinitas possibilidades de moldura, que podem ser modificadas a qualquer tempo pelo legislador.

Pode ser adotado, também, **um modelo puramente material de Constituição**, onde ao legislador nada é facultado, e a Carta Magna condiciona todo o conteúdo do ordenamento jurídico.

Neste caso, a moldura identifica-se com o quadro, pois será a moldura junto com a tela que trará já o conteúdo material do ordenamento jurídico, não havendo espaço ou liberdade de conformação ao legislador ordinário.

E, o terceiro modelo, o **material-procedimental**, em que há uma moldura que condiciona e restringe a ação do legislador em relação a alguns conteúdos, por já estabelecer, por si mesma, alguns comandos obrigatórios ou proibições. Deixando liberdade ao legislador para conformar o que não é condicionado pela moldura.

Ou seja, no interior da moldura repousa uma parcela de discricionariedade, uma parte da tela que ainda pode ser desenhada. Um espaço de liberdade ao legislador que Alexy (2011) chama de discricionariedade estrutural.

A discricionariedade, neste mesmo contexto de ordem-moldura, também pode advir da impossibilidade lógico-racional de estabelecer se determinado conteúdo jurídico é obrigatório ou proibido em termos da moldura constitucional.

Isto pela incapacidade de se conhecer os limites da Constituição, tanto em termos de cognição empírica (se dada um situação concreta, à luz da Constituição, se há ou não uma consequência jurídica previamente determinada) ou cognição normativa (que exsurge de espaços de decisão, decorrentes do sopesamento de princípios constitucionais que acabam por não revelar precedências entre si; deixando assim espaço para a opção do legislador).

Esta é a chamada discricionariedade epistêmica, que reconhece a existência do Princípio Formal Constitucional da competência decisória do legislador, onde, se não é possível afirmar que há um limite para a ação legislativa, prevalece o espaço de liberdade de conformação para o legislador.

Feito este registro, cabe a pergunta: há vedação constitucional para a transferência da execução de serviços públicos não exclusivos ao Terceiro Setor? Parece-nos que não.

Pelo contrário, há várias autorizações implícitas no marco constitucional neste sentido (BRASIL, 1988). **A começar** pela proteção constitucional dada às entidades sem fins lucrativos, atribuindo-lhes, inclusive, imunidade tributária.⁵

Segundo, pela abertura, prevista na própria Constituição, em seus artigos 197 e 209, de que serviços de saúde e educação, por exemplo, possam ser prestados por entidades privadas.

E, **terceiro**, porque a Constituição legitima a multiplicidade de regimes jurídicos de entidades prestando serviços públicos, havendo algumas destas revestidas da roupagem de

⁵ Vide art.195, §7º da Constituição Federal

direito público (Administração Direta, Autarquias e Fundações de Direito Público) e outras da roupagem de direito privado (Fundações de Direito Privado, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista, Entidades do Terceiro Setor, Concessionárias de Serviços Públicos, etc).

Deste modo, temos que o marco constitucional, em nosso sentir, consente com a atribuição de serviços públicos não exclusivos à prestação por entidades do Terceiro Setor. Estando, portanto, tal decisão inserida no contexto da Discricionariedade Estrutural do Poder Político concernente ao Processo Legislativo, que tem a participação dos Poderes Executivo e Legislativo.

Porém, merece relevo que, em qualquer caso, a discricionariedade se direciona, em última análise à consecução do interesse público.

Ou, no dizer de FREITAS (2007), na discricionariedade legítima, a liberdade é dada para facultar a melhor conformação possível, e não para obstá-la. Por isso, a necessária aderência do uso da discricionariedade em prol da concretização do direito fundamental à boa administração pública.

Deste modo, entendemos que o marco constitucional possibilita o repasse de prestação de serviços públicos não exclusivos ao Terceiro Setor; porém, tal descentralização somente será possível, se a mesma se coadunar com a consecução do interesse público e com a busca da melhor alternativa para a prestação almejada.

Ou seja, em última análise, o marco constitucional aceitará tal repasse, desde que todo o *modus operandi* da prestação esteja chancelado pelos Princípios Constitucionais Administrativos, notadamente o Princípio da Eficiência.

E mais, desde que haja uma perfeita vinculação e correspondência entre a motivação utilizada para a adoção de tal regime e sua execução no caso concreto.

9 DO CONTROLE APLICÁVEL À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS POR ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR

Os Sistemas de Controle Interno e Externo⁶ previstos constitucionalmente têm que desenhar estratégias para evitar que a Administração Pública possa ser colonizada por interesses privados/eleitorais.

No caso específico do controle das entidades do Terceiro Setor, a maior dificuldade do Controle não decorre do Regime Jurídico em si, já que, como é cediço, há entidades da

⁶ Vide arts.70 a 75 da Lei Magna Federal.

Administração Indireta atuando com excelência e que adotam o Regime de Direito Privado, e que há eventos de corrupção sob os auspícios dos entes de Direito Público.

A maior dificuldade do Controle está na perspectiva diferente que terá de se adotar para aferir a regularidade da prestação do serviço público executado por entidade do Terceiro Setor.

Com efeito, os Sistemas de Controle Interno e Externo, Controladorias e Tribunais de Contas estão mais acostumados a efetivar um controle procedimental, baseado no modelo de gestão burocrático.

Neste modelo de Controle, há várias instâncias procedimentais que legitimam, digamos assim, o produto final. Ou seja, cumprido o procedimento, o ato é legítimo.

Este modelo calha a fiveleta para a prestação de serviços públicos diretamente pelo Estado ou por meio de uma de suas entidades, já que, aferindo-se se foi feita licitação para as aquisições de bens; se foi feito concurso público para a admissão de pessoal; se os pagamentos foram devidamente liquidados, mediante a prova da prestação de serviços (ou procedimento semelhante para as entidades da administração indireta de direito privado); se os fluxos decisórios são devidamente documentados e cancelados por pareceres jurídicos; se se cumpre a Lei de Transparência; há uma presunção (ou tendência) de que o produto final da prestação esteja de acordo com os cânones constitucionais.

Controle procedimental que não é aplicável para o Controle da prestação de serviços por entidades do Terceiro Setor. Mas, por quê?

Exatamente porque as entidades do Terceiro Setor são entidades privadas e externas à Administração Pública. Neste sentido, elas não se sujeitam aos procedimentos e amarras que são impostas aos entes e entidades da Administração Direta e Indireta; notadamente no que pertine aos procedimentos para admissão de pessoal; à prestação de contas anual; e ao regime de compras e aquisições com recursos próprios.

Desta forma, como entidades externas à Administração, os órgãos de controle não têm ingerência sobre os seus fluxos administrativos, seus meios de governança, seus sistemas de contabilidade.

A jurisdição dos órgãos de controle cingir-se-á exclusivamente à aferição do manejo dos recursos públicos, o que denota, apenas, uma parcela da atividade da entidade.

Assim, os órgãos de controle não têm como medir o grau de confiabilidade dos processos internos da entidade do Terceiro Setor prestadora de serviços públicos; daí a grande diferença, pois a fiscalização terá que se cingir ou ao ente do Poder Público que celebra a parceria; ou ao produto da prestação de serviços públicos, ou, mais especificamente, à

Eficiência, Economicidade, e ao cumprimento do interesse público na correlação entre o *input* entregue à entidade (recursos públicos, bens públicos ou servidores) e o *output*, os serviços disponibilizados à Sociedade.

Ou seja, uma perspectiva diferente, que enseja um Controle diferente.

Neste sentido, quais estratégias de Controle seriam úteis para syndicar o repasse de recursos públicos a entidades do Terceiro Setor?

Que abordagem seria efetiva em evitar o aparelhamento de tais avenças, e em induzir a que todas as vantagens de tais parcerias possam ser levadas a efeito?

Discutiremos a seguir quatro abordagens: o controle da opção; o controle na escolha da entidade parceira; o controle da eficiência nos resultados e o Controle Social na prestação dos serviços.

9.1 DO CONTROLE DA OPÇÃO

Os maiores problemas vinculados a avenças com o Terceiro Setor dizem respeito a um processo de captura, ou seja, a um processo de utilização da parceria como meio de desvio de recursos públicos.

Captura que opera, em linhas gerais, da seguinte forma: repassa-se o recurso para a entidade, de acordo com um plano de aplicação, mas este plano não é seguido; os serviços não são prestados (no todo ou em parte, ou não com a excelência que deveriam); e não há a prestação de contas devida (ou a prestação de contas é fraudada).

Ou seja, tais tipos de Convênios estão sujeitos a uma série de tipos de fraudes durante a sua execução, de modo a favorecer o desvio de recursos públicos. Sendo, que segundo Queiroz (2004), os tipos mais comuns de fraudes nas avenças são: **falsidade em notas fiscais; declaração falsa de cumprimento de objeto; recibo de prestação de contas fraudulento; vícios no processo de escolha de fornecedores; adulteração de cheques/extratos; montagem de prestações de contas (ou a sua completa ausência).**

E pior, ainda segundo Queiroz (2004), normalmente há íntima correlação (conluio) entre os agentes representantes do Estado na parceria e a entidade causadora dos problemas; e, neste caso, há uma cumplicidade onde o agente do Estado pode ser beneficiado com parte ou totalidade dos recursos desviados; ou indicando pessoas para laborarem na parceria; ou permitindo que alguma entidade privada (fornecedor) se beneficie, e este fornecedor mais à frente beneficie o agente estatal (em uma campanha eleitoral, por exemplo).

Deste modo, entendemos que a essência do controle estará em exatamente verificar se a avença está baseada nas premissas de aumento da Efetividade e Eficiência do serviço, de participação da sociedade e indução democrática; e não, simplesmente, em uma possibilidade de manuseio mais frouxo de recursos públicos, com vista à captura e ao desvio.

O que deve ser controlado em duas vertentes: primeiro o controle da opção; e depois o controle da entidade parceira.

No controle da opção, tem-se que ver, pelo prisma do ente público, se a escolha da opção pelo Terceiro Setor foi feita com base em estudos e modelagens que visem os valores aqui relatados de Eficiência e participação democrática.

E se houve preparação para a transição, notadamente quanto às cautelas necessárias a que não haja um eventual processo de captura; cautelas estas vinculadas à capacidade de fiscalização da prestação e dos resultados dos serviços prestados; e de a Administração estar dotada de uma sistemática segura de escolha da entidade parceira.

Ou seja, no controle da opção, verificar-se-ão os antecedentes da parceria, notadamente se o procedimento de parceria visa aos fins legítimos que tais avenças podem proporcionar.

Vistos os antecedentes, vai-se sindicá-la a escolha da entidade e a execução do objeto. O que será discutido nas próximas seções.

9.2 DO CONTROLE DA ESCOLHA DA ENTIDADE PARCEIRA

Já que o Controle Administrativo tem que se ater a elementos externos à entidade, uma maneira de diminuir a possibilidade de uma contratação que redunde em maus frutos para o interesse público, é exatamente controlar a escolha da entidade parceira com o Poder Público.

Neste sentido, diversos filtros podem ser ativados, desde os mais simples, como exigir da entidade a demonstração de sua formalização e constituição de acordo com as leis civis, ou que a mesma detém a qualificação exigida pela parceria; a outros mais complexos, tais como, exigir experiência da entidade, notadamente o tempo de constituição, para verificar acerca de quanto tempo a mesma atua; acerca dos serviços que já foram prestados, e, principalmente, verificar/evitar que a mesma seja constituída exclusivamente para aquela específica parceria com o Poder Público.

Ou se a mesma tem reconhecida expertise na área de atuação onde será efetivada a parceria. (Lembrando que um dos motivos para a prestação de serviços públicos por entidades

do Terceiro Setor é o grau de conhecimento e capilaridade maior que o do Poder Público, que algumas entidades possuem para a prestação do serviço.

Ou ainda, se foi obedecido um critério impessoal para a escolha da entidade-parceira, como um concurso de projetos; o que é útil, inclusive, para garantir que as entidades não tenham vínculos de afinidade com agentes públicos detentores do Poder Estatal.

Neste prisma, firmando-se parcerias com entidades idôneas, pré-existentes, com efetiva vinculação ao serviço de interesse público; minimiza-se, certamente, o risco de captura e de corrupção na parceria.

9.3 DO CONTROLE DE EFICIÊNCIA E DE RESULTADOS

Se não se pode syndicar os procedimentos internos e as regras de governança da entidade do Terceiro Setor, pode-se sim, verificar os resultados práticos da parceria, de modo a aferir a assunção do interesse público.

Deste modo, na execução da avença, será de fundamental importância fazer a correlação entre a quantidade de recursos repassados à entidade e a contrapartida de serviços prestados à Sociedade.

Isto tem particular relevo quando falamos de parcerias na área de saúde, em face da fundamentalidade do serviço prestado e dos elevados valores envolvidos⁷.

Neste sentido, urge que haja procedimentos de auditoria que garantam a veracidade dos atendimentos, e da dispensação de medicamentos, para evitar prestações de serviços fictícias (procedimento semelhante ao que é efetivado na relação hospitais-planos de saúde, onde há um controle de resultados com a mesma finalidade).

Como assim uma verificação efetiva do adimplemento das obrigações e da não assunção de endividamento, já que em sendo o serviço prestado na rede de atendimento e financiado pela entidade privada, mediante pagamento de fatura futura, pode acontecer de os valores devidos à entidade do Terceiro Setor sejam crescentes (ainda mais se o serviço for bem prestado, pois quando há notícia de serviço gratuito de excelência, normalmente a procura se intensifica) e ultrapassem os limites orçamentários do Poder Público, gerando um colapso do Sistema.

Como também, o Controle tem que verificar, e aí já entrando na seara do Poder Público, se a Administração Pública faz um trabalho de fiscalização/regulação do serviço, seja

⁷ Usaremos os serviços de saúde para ilustrar o Controle de Resultados que devem ser utilizados para syndicar o mérito da parceria com o Terceiro Setor.

em termos de verificação dos níveis de qualidade, como assim da idoneidade/confiabilidade do processo de prestação de contas das faturas apresentadas.

Sendo certo que tal aferição é essencial, já que esta é feita de modo concomitante, podendo de logo identificar vícios, antecipando-se, assim, às periódicas auditorias perpetradas pelo Controle Externo.

Neste ponto, merece relevo que o sucesso da parceria, na realidade, é um desafio de gestão; um desafio que não é pequeno, pois a gestão pública pode ser considerada, segundo NARDES (2013, p.1), o grande entrave ao progresso brasileiro.

Afirma o Presidente do Tribunal de Contas da União: “O grande gargalo do desenvolvimento brasileiro é a gestão pública. Existem algumas instituições com grande dificuldade de entregar um produto para a sociedade, como uma boa educação e uma boa saúde, por exemplo”.

Neste ponto, para fazer frente a este desafio de gestão, urge uma real sinergia Poder Público-entidade prestadora, para que haja a busca na excelência da prestação de serviços. E uma real harmonia Poder Público-Controler, para que a averiguação dos resultados seja feita a contento.

Por fim, e ainda neste item, cabe traçar algumas linhas acerca da importância de um Controle de Eficiência.

Com efeito, o Controle, notadamente aquele exercido pelos Tribunais de Contas deve se especializar na aferição da Eficiência dos serviços controlados e executados a custa de recursos públicos.

A uma, porque um serviço efetivo e eficiente é exatamente o que o cidadão deseja como contrapartida para o pagamento de tributos. **E a duas** porque, em sendo controlada a Eficiência, haverá menor espaço para pagamento de serviços não realizados ou menor margem para o sobrepreço ou superfaturamento (porque, em ambos os casos trata-se também de ineficiência na prestação, e se combatida a ineficiência combater-se-á esta modalidade de corrupção).

Lembrando que, notadamente em termos de combate à corrupção, os Tribunais de Contas (TCs) não têm a seu dispor ferramentas mais incisivas de investigação, tais como quebras de sigilo bancário ou interceptação telefônica; por isso, a necessidade de especialização e aprofundamento das ações dos TCs exatamente nas ferramentas básicas do seu campo de atuação: a medição efetiva dos resultados, o cruzamento de informações contábeis e financeiras, e a visão evolutiva e comparativa dos gastos públicos daquele ente em relação aos outros entes fiscalizados.

9.4 DO CONTROLE SOCIAL

Por fim, como última faceta de controle das parcerias com entidades do Terceiro Setor, cabe explicitar a importância do Controle Social (que é o Controle Administrativo realizado diretamente pela população).

Ora, como vimos anteriormente, um dos objetivos das parcerias com o Terceiro Setor é exatamente o ganho democrático, de fortalecimento da Sociedade Civil com tais parcerias.

Neste sentido, para que este ganho se concretize, urge que esta mesma Sociedade Civil participe e fiscalize a prestação dos serviços via entidade do Terceiro Setor.

E como isto pode ser feito?

Primeiro, com a efetiva participação dos destinatários dos serviços. Ouvidorias, pesquisas, entrevistas, formulários de verificação e atesto dos serviços prestados serão meios relevantes de participação do usuário na fiscalização do serviço perpetrado.

Segundo, com a efetiva Transparência de todos os termos da Parceria, de modo a permitir que a Sociedade Civil indague, syndique e problematize acerca da prestação dos serviços, o que serve para suscitar indícios de vícios ou de malversação de recursos.

Terceiro, com o efetivo funcionamento das instâncias de participação democrática, notadamente os Conselhos de Políticas Públicas (Conselho de Saúde; Conselho de Educação, etc), já que nestes Conselhos há representantes da Sociedade, tendo os Conselhos competência para fiscalizar os serviços correlatos.

10 POR QUE NÃO REPASSE DE SERVIÇOS PÚBLICOS A ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR? O QUE DEVE SER INCENTIVADO?

Traçado o panorama geral teórico de fundamentação para o incremento das parcerias do Poder Público para o Terceiro Setor, e refutadas as mais relevantes objeções a tais parcerias, vejamos alguns argumentos adicionais para responder afirmativamente à pergunta do título: Se pode ser eficiente e válido? Por que não? .

10.1 PORQUE MUITAS CRÍTICAS TÊM FUNDAMENTO NO CORPORATIVISMO.

Com efeito, é cediço que as carreiras de servidores públicos são organizadas em sindicatos fortes, onde a luta corporativa é intensa no sentido de garantir a importância da

carreira no cotejo da correlação de forças do Estado; como assim, remuneração e condições de trabalho satisfatórias.

Neste sentido, tem-se que, por óbvio, se o Estado repassa prestações de serviços para o Terceiro Setor, as carreiras envolvidas na prestação destes mesmos serviços diretamente pelo Estado perderão espaço e Poder Administrativo, já que não serão mais tão essenciais.

Por isso, grande parte das críticas contra as parcerias vem de sindicatos fortes de servidores públicos, que, com seu poder de mobilização acabam ocupando espaços relevantes na mídia e conseguindo importantes vitórias na guerra da formação da opinião pública.

10.2 PORQUE INICIATIVAS DA PRÓPRIA SOCIEDADE TÊM FEITO DIFERENÇA NA RESOLUÇÃO DE RELEVANTES PROBLEMAS MUNDIAIS

Mintzberg e Azevedo (2012) defendem que ao lado dos Governos, iniciativas sociais por todo o Mundo têm feito a diferença no combate de males atuais da humanidade, tais como aquecimento global, pobreza e fome.

E por que as iniciativas sociais têm tanta relevância? Exatamente porque, como dito no capítulo 2 acima, os Governos estão por demais preocupados com a manutenção de suas posições de Poder, com a dinâmica das divisões do espaço político, e com a financiamento necessário a tudo isso.

E mais, porque além da perspectiva interna, há ainda a perspectiva externa, onde interesses econômicos e geopolíticos, tratados multilaterais e participação em blocos impedem a liberdade necessária para que sejam tomadas decisões efetivas para o equacionamento dos problemas mencionados.

Deste modo, seja por problemas internos, seja por problemas externos, os Estados acabam de mãos atadas e lentos ao resolver efetivamente os problemas da conjuntura mundial.

E quem poderá trazer a solução? Mintzberg e Azevedo (2012) defendem que a própria Sociedade deve se organizar de modo a ajudar a resolver os seus próprios problemas; por isso, eles defendem o denominado empreendedorismo social, onde a Sociedade, Corporações e ONGs se unem para solucionar grandes questões que afligem a humanidade.

E citam algumas iniciativas que poderiam servir de exemplo e serem replicadas por todo o Planeta, sendo algumas delas desenvolvidas, inclusive, em solo brasileiro (citaremos três delas).

A primeira iniciativa mencionada pelos autores, diz respeito à revolução do microcrédito, em Bangladesh, suportada por Muhammad Yunus, que idealizou uma rede de concessão de pequenos empréstimos a famílias, que estavam excluídas da rede de crédito tradicional (indivíduos que não tinham emprego fixo, garantias, etc).

Tais empréstimos modificaram a vida de muitas famílias no Bangladesh, que, com o pequeno capital puderam buscar uma saída para o ciclo de pobreza que estavam submetidas.

A segunda iniciativa mencionada pelos autores, diz respeito ao fomento da energia eólica na Dinamarca, onde a Sociedade como um todo organizou-se e passou a exigir do Governo Dinamarquês que promovesse a mudança da base energética da Dinamarca, de combustíveis fósseis, para fontes energéticas renováveis e mais limpas (o que foi feito principalmente com estímulo tributário às novas fontes, e taxaçoão mais elevada do uso de combustíveis fósseis).

Porém, o que é mais interessante, é que a atuação da Sociedade não se limitou à pressão política. Não, a Sociedade atuou como um agente ativo de empreendedorismo, com as famílias e empresas investindo fortemente no sentido da busca nova matriz energética. (O que foi plenamente sucedido).

E a **terceira iniciativa** é a do programa de prevenção/tratamento contra a AIDS no Brasil. Realmente, citam os autores que as perspectivas no Brasil, para a AIDS do começo dos anos 90 até o ano 2000 eram sombrias. A previsão do Banco Mundial era de que o número de infectados avançaria enormemente, com uma enorme mortalidade. E a orientação era investir em prevenção, resignando-se em relação a um grande número de brasileiros que morreriam desta enfermidade.

Porém, a solução adotada foi diferente. Decidiu-se prevenir e tratar. E do lado da prevenção houve uma intensa participação e colaboração social no sentido da orientação e distribuição de preservativos, envolvendo Poder Público, Igrejas, Associações, Escolas, etc.

E, a pressão da população levou a que o Governo Brasileiro tomasse medidas no sentido de negociar a quebra das patentes dos remédios para tratamento da AIDS. O que foi bem sucedido, sendo hoje o Brasil uma referência neste aspecto;

E o que os autores defendem? Que o empreendedorismo social pode ser a chave para a resolução de muitos problemas, porém, com atenção para alguns pontos.

Primeiro, que este empreendedorismo social seja culturalmente incentivado. Eles dão inclusive o exemplo do Governo Norte-americano, onde a cultura do empreendedorismo individual e do lucro prejudica a face social do empreendedorismo.

Segundo, que este tipo de empreendedorismo pode ser amplificado via a utilização de mecanismos de rede, como as redes sociais. Dão inclusive o exemplo da hora do planeta, onde milhões de pessoas desligam as luzes simultaneamente no mundo todo coordenadas por estas redes sociais.

Terceiro, que muitas das soluções para os grandes problemas não são simples, mas que normalmente os atores diretamente envolvidos podem estar mais capacitados a oferecer o conhecimento necessário à resolução do problema. Sendo que, muitos dos graves problemas mencionados podem não ter uma solução pronta, que possa ser diagnosticada, planejada e executada de cima para baixo.

Ou seja, se pode estar na Sociedade a solução, ou ao menos parte da solução, dos grandes problemas mundiais, então deve ser estimulada esta participação social com vista a que estas soluções se concretizem. Daí chegando à pergunta: se é virtuoso, por que não ? (Um por que não que intitula o texto de Mintzberg e Azevedo e que pedimos de empréstimo para o título deste artigo).

Por que não o Estado praticar e incentivar tais parcerias? Este será o tema da próxima seção.

10.3 DOS INCENTIVOS À PARTICIPAÇÃO SOCIAL E DO RESULTADO DE LONGO PRAZO

Ora, segundo SANDEL (2009), comentando a filosofia utilitarista, a precedência entre valores, faz-se cotejando as preferências e sua influência na Sociedade “in the long run”; ou seja, após percorrer a longa jornada, ou a longa estrada, perceber-se-á o que é melhor para aquele indivíduo, aquela comunidade, aquela sociedade.

Neste sentido, ao tomar uma decisão política, tem-se que é de extremo relevo verificar o que deve o Estado incentivar/interferir na vida em Sociedade, com vista a obter maior eficiência na regulação e evolução daquela comunidade.

Como ainda, o quanto de intervenção estatal que deve ser efetivado para que não haja prejuízo à liberdade dos cidadãos.

Realmente, há basicamente três correntes que modelam a intensidade da participação (interferência) do Estado na vida em Sociedade.

Uma visão de participação intensa, de grau interventivo alto, onde a perspectiva é a de que as pessoas vivem em um estado de natureza, onde a coesão social, e o desenvolvimento da sociedade não seriam possíveis sem a interferência do Estado. Ou seja,

uma visão hobbesiana, de que os homens cedem sua liberdade ao Estado, para que seja possível a paz social.

Uma visão de participação fraca, ou mínima, de que o maior bem do homem é a sua liberdade; neste sentido, o Estado, como instrumento da paz social, deve agir de forma mínima apenas para garantir a coexistência das liberdades recíprocas, baseado na premissa de que o interesse do Estado não coincide com o interesse da maioria dos cidadãos, e que a história demonstra que este mesmo Estado (conforme visto acima) é amiúde colonizado pelos interesses privados das elites dominantes.

E, por fim, a visão intermediária, de um liberalismo mitigado, defendida por THALER E SUNSTEIN (2009), onde, reconhece-se a impossibilidade de um liberalismo total, já que o mercado não supre as necessidades de redução das assimetrias e desigualdades, e nem o ser humano é um exemplo perfeito de tomada de decisão.

Como ainda, tendo como verdadeiro que o interesse do Estado normalmente não coincide com o interesse dos cidadãos; tem-se que o Poder Estatal e seu grau de intervenção deve ser reduzido a um patamar intermediário, onde o grau de interferência na vida das pessoas seja feito de modo leve, apenas para incentivar e facilitar que os indivíduos tomem decisões que propiciem a estes uma vida melhor a curto, médio e longo prazos.

Neste sentido, na visão dos autores, cabe ao Estado incentivar boas práticas, esclarecer acerca de comportamentos perniciosos, mas sempre preservando a liberdade de iniciativa e a capacidade (e liberdade) dos indivíduos de tomarem suas próprias decisões.

Sendo que, no caso concreto, entendemos que há a conjugação de requisitos para que o Estado incentive (ou na tradução de Thaler e Sunstein (2009), estimule ou dê um empurrão) no sentido das parcerias com o Terceiro Setor.

A **uma** porque, como visto, a perspectiva atual é a do aparelhamento do Estado; ou seja, nosso Estado de Direito não é confiável a ponto de colocarmos todas as nossas fichas em sua atuação.

A **duas** porque não será repetindo o que tem sido feito até hoje, que se conseguirão resultados diferentes; e ampliar as parcerias de modo a que o Estado cada vez mais se retire da prestação direta e cada vez mais incentive a promoção dos serviços pela própria Sociedade, parece-nos ser uma boa solução.

A **três** porque, na perspectiva de longo prazo, “in the long run”, o cenário de tais parcerias, com os controles corretos, é extremamente alentador, pois além de diminuir os custos com a estruturação dos serviços (notadamente em termos do custo do servidor

público), vimos que, a utilização de parcerias tende a fortalecer o vínculo entre o Estado e a Sociedade Civil, com esta assumindo diretamente parcela relevante do espaço e Poder Estatal.

O que parece ser, na perspectiva futura, extremamente salutar já que estará a Sociedade tomando a frente e provendo suas próprias necessidades. O Estado incentiva e fomenta, e a participação da Sociedade garante o viés democrático que a Constituição exige.

O que tende a levar a efeito, a almejada Democracia Deliberativa que, como assevera Cardoso (2006), é aquela em que os cidadãos e seus representantes influem decisivamente no atuar e nos processos de escolha da Administração Pública.

Neste mister, a utilização de parcerias tende a diminuir os gastos, tende a reduzir o tamanho do Estado (e logo o seu aparelhamento) e tende a encorpar o Regime Democrático.

Uma conduta virtuosa, portanto, e que deve ser incentivada.

Então a resposta é sim. Estimulemos as parcerias.

11 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão para este artigo, podemos estabelecer que não há uma perfeita identidade entre ações do Estado e a assunção do interesse público, já que muitas vezes as ações estatais são manipuladas em torno de interesses do próprio Estado (enquanto fortalecimento de sua máquina e do seu Poder), daqueles agentes que exercem o Poder em nome do Estado (e manutenção de suas posições de Poder), ou de interesses do Mercado (para privilegiar elites econômicas).

Também que, apesar de o Direito ser o fator por excelência de integração e regulação social, este Direito será tanto mais legítimo, e esta integração e regulação será tanto mais voltada à assunção do interesse público, quanto mais participação democrática houver.

Neste sentido, uma forma de aumentar a participação democrática da Sociedade é exatamente formando parcerias e utilizando entidades do Terceiro Setor para prestação de serviços públicos, o que garante participação direta da sociedade na consecução do interesse público primário.

Propugnou, ainda, o texto que é possível sim a Prestação de Serviços públicos por meio de regimes diversos, sendo que cada um tem uma característica especial; não havendo necessariamente um melhor do que outro, mas sim regimes mais indicados para determinadas prestações de serviços públicos.

Demonstrou-se também, que a discricionariedade, com base nas lições de Robert Alexy, é a possibilidade de escolhas dentro daquilo permitido na moldura constitucional,

sendo que, no caso concreto, a possibilidade de prestação de serviços públicos não exclusivos de Estado, por entidades do terceiro setor, estaria permitida pelo marco constitucional.

Defendeu-se outrossim que apesar da multiplicidade de regimes possíveis para a prestação de serviços públicos não exclusivos do Estado, que há um mito de que há comando normativo que obrigue que tais serviços sejam prestados diretamente pelo Estado; e mais, mediante um Regime de Direito Público.

Sendo que tais conclusões revelam mais uma parcela de corporativismo, com vista à manutenção de posições de Poder por categorias de servidores públicos.

Elencou-se as vantagens da prestação de serviços públicos não exclusivos por entidades do Terceiro Setor, vantagens estas não só de participação democrática, como já explicitado; mas também de cunho econômico, advindas dos menores custos de gerenciamento, de tributação, e de mão-de-obra com tais parcerias. Sendo certo também que normalmente tais entidades detêm financiamento próprio para ao menos parcela da sua atividade (retirando do Estado a necessidade de financiamento total do serviço).

Como ainda vantagens, em termos de expertise, já que, como tais entidades não visam o lucro, estas são focadas na prestação do serviço em si. Ou seja, têm um quê de honorabilidade na prestação, o que garante melhores resultados.

Ademais, tais entidades, pela experiência e pela abrangência das suas atividades, muitas detêm know-how e capilaridade muito superiores aos do Poder Público.

Porém, tal qual o Estado pode ser colonizado por interesses privados, também as entidades do terceiro setor podem ser capturadas por interesses egoísticos.

E, para evitar isto, urge uma intensa atuação dos órgãos de Controle, em sua face de garantidores da Democracia e da República; para tanto, devem ser desenvolvidas estratégias para sindicarem o controle da própria opção pela prestação de serviços públicos via parcerias; como ainda a sindicância da escolha das entidades parceiras, com vista a filtrar, logo na celebração da avença, a possibilidade de parcerias com entidades inidôneas e sem expertise para a prestação dos serviços.

Como ainda, deve ser envidado um efetivo controle de eficiência e de resultados, com vista a evitar a malversação, desvios e corrupção na prestação dos serviços.

E, fomentado o Controle social, pois com a Sociedade vigiando a Sociedade, a possibilidade de sucesso nas parcerias é intensificada, alcançando-se os objetivos de interesse público.

Alfim, foram demonstradas experiências alvissareiras de como a participação social pode ser protagonista da solução de grandes problemas que afligem a Sociedade Moderna, e de como tais parcerias podem ser virtuosas tanto no curto como no longo prazo.

Daí porque o Estado deve incentivar tais parcerias. Se é possível, útil e virtuoso. Por que não?

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 de junho de 2014.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Brasília, DF, 1995.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; CUNILL GRAU, Nuria. Entre o Estado e o Mercado: o Público não-estatal. Tradução de Noêmia A. Espíndola. In BRESSER-PEREIRA, L.C.; CUNILL GRAU, Nuria, orgs. **O Público não Estatal na Reforma do Estado**. Rio de Janeiro: FGV, 1999, p.15-48.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Coordenação: Marcos Juruena Villela Souto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FREITAS, Juarez. **Discrecionariiedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I, 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MINTZBERG, Henry. Managing Government Governing Managment. **Harvard Business Review**, May-June, 1996. Disponível em : <<http://publicadminreform.webs.com/key%20papers/mintzberg%20managing%20govts.pdf>>. Acesso em: 01 de junho de 2014.

MINTZBERG, Henry; AZEVEDO, Guilherme. Fostering “Why not?” social initiatives - beyond business and governments. **Development in Practice**, 22:7, 895-908, 012. Disponível em:<http://www.mcgill.ca/desautels/sites/mcgill.ca/desautels/files/channels/attach/mintzberg_henry_-_fostering_why_not.pdf>. Acesso em: 01 de junho de 2014.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Ensaio sobre a lei**. Coimbra-Portugal: Coimbra Editora, 2002.

NARDES, Augusto. **Gestão Pública é o grande gargalo do desenvolvimento**. 2013. Disponível em: < <http://economia.estadao.com.br/noticias/economia-geral,gestao-publica-e-o-grande-gargalo-do-desenvolvimento-diz-presidente-do-tcu,165771,0.htm>> Acesso em: em 01 de junho de 2014.

OTERO, Paulo. **A crise e o Direito**. Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2002. Disponível em: < http://www.youtube.com/watch?v=_KjC6VQPHMg>. Acesso em: 01 de junho de 2014.

PEREIRA, Tatiana Dahmer. Recursos Públicos, Estado brasileiro e Sociedade Civil: uma contribuição da Associação Brasileira de ONGs (ABONG). **Revista TCM-RJ**, n.39, p.18-19, setembro de 2008.

QUEIROZ, Junio César Gonçalves. **Auditoria de Fraudes**: detecção e apuração de fraudes nos convênios federais. 149 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) - Instituto Serzedello Corrêa, Brasília-DF, 2004.

SANDEL, Michel. **Justice**: What's The Right Thing To Do? Episode 02: "PUTTING A PRICE TAG ON LIFE". Aula proferida na Universidade de Harvard, 2009. Disponível em: < <http://www.youtube.com/watch?v=0O2Rq4HJBxw> >. Acesso em: 01 de junho de 2014.

SERGIPE. Tribunal de Justiça. 3ª Vara Cível. **Sentença na Ação Civil Pública nº 201310300797**. Requerente: Ministério Público do Estado de Sergipe. Requerido: Município de Aracaju. Juíza de Direito: Dra. Simone Oliveira Fraga, 2013.

SERGIPE. Tribunal de Justiça. **Acórdão na Apelação nº 20140134**. Apelante: Município de Aracaju. Apelado: Ministério Público do Estado de Sergipe. Relator: Des. Dr. Osório Ramos Filho, 2014.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Os direitos humanos na zona de contacto entre globalizações rivais. **Cronos**, Natal-RN, v.8, n.1, p.23-40, jan./jun. 2007.

THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness. London: Penguin Books, 2009.