

HERALDO FELIPE DE FARIA

INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA: POLÍTICAS PÚBLICAS E
RESPONSABILIDADE SOCIAL NO TERCEIRO SETOR

MARÍLIA
2008

HERALDO FELIPE DE FARIA

INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA: POLÍTICAS PÚBLICAS
E RESPONSABILIDADE SOCIAL NO TERCEIRO SETOR

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, como exigência parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Doutor Lourival José de Oliveira.

MARÍLIA
2008

Autor: Heraldo Felipe de Faria

Título: Intervenção do Estado na Ordem Econômica: políticas públicas e responsabilidade social no terceiro setor

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, sob orientação do Professor Doutor Lourival José de Oliveira.

Aprovado pela Banca Examinadora em 15/08/2008.

Professor doutor Lourival José de Oliveira.
Orientador

Professora doutora Tânia Lobo Muniz

Professora doutora Maria de Fátima Ribeiro

A gratidão se reveste de nobreza quando explicitada. Desta forma, agradeço ao colega mestre, Douglas Roberto Ferreira, companheiro de viagens, estudos e reflexões. À professora doutora Maria de Fátima Ribeiro, ensinadora desde os tempos de Graduação. Meus agradecimentos ao professor Doutor Lourival José de Oliveira, mais que orientador na feitura desta pesquisa. Seus ensinamentos, revestidos de paciência e conhecimento, puderam nortear idéias, transformando-as em pesquisa científica.

Na construção desta pesquisa, nuclear foi o apoio que recebi de minha esposa, Maria Izaita Machado de Faria, e de minha mãe, Ignez Maturana de Faria. Sem estas presenças fundamentais, certamente o objetivo não seria alcançado. Assim, dedico a estas mulheres o sucesso ora conquistado.

INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA: POLÍTICAS PÚBLICAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL NO TERCEIRO SETOR

Resumo:

O *tema* da presente dissertação são as transformações do Estado de Direito Moderno e suas relações com o neoliberalismo, sobretudo no contexto da globalização econômica e financeira. A *delimitação do tema* acontece a partir da abordagem crítica, ou seja, delimita-se a questão do Estado dando ênfase somente à manifestação moderna do poder; delimita-se o neoliberalismo ao se focar nas suas reformas estruturais com relação ao Estado e à Constituição. Tal análise crítica tem o objetivo de desmistificar o uso ideológico dos incentivos e da responsabilidade social do terceiro setor. O *objetivo geral* do trabalho é justamente fazer uma reflexão crítico-reflexiva ao padrão neoliberal de tratamento da questão social, inserindo-o no contexto do Estado Democrático de Direito, do Neoconstitucionalismo e da “era dos princípios”, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual deve ser considerado o fundamento do ordenamento jurídico. O *problema* ganha a seguinte configuração: como pode ser possível o paradoxo da Constituição, ou seja, que no mesmo período de sua criação, quando se determinou um Estado Democrático de Direito, no cenário internacional expandia-se o pensamento neoliberal? As *conclusões* são as seguintes: (1) As reformas estruturais aplicadas pelos governos Collor, FHC e Lula foram as responsáveis pelo desmonte do Estado e sua fraqueza no tratamento da questão social. Fraqueza esta que se identifica no debate sobre os incentivos fiscais e sobre a responsabilidade social do terceiro setor. (2) A Constituição dirigente e o princípio da dignidade da pessoa humana ainda podem ser alternativas diante do cenário de Estado Mínimo. (3) No cenário neoliberal e globalizado, os incentivos públicos muitas vezes representam meramente uma transferência de responsabilidade e de verbas para o setor privado. (4) O conceito de terceiro setor deve ser desmistificado, pois ele representa uma falsa alternativa no tratamento do dualismo público e privado, já que representa uma perda de espaços públicos democráticos para o exercício pleno da cidadania.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito; Neoliberalismo; Ordem econômica; Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; Incentivos públicos; Terceiro Setor.

STATE'S INTERVENCTION IN THE ECONOMIC ORDER: PUBLIC POLICY AND SOCIAL RESPONSIBILITY IN THE THIRD SECTOR

Abstract:

The *theme* of this thesis are the transformations of the Modern State of Law and its relations with Neoliberalism, especially in the context of economic and financial globalization. The *delimitation* of the topic happens from the approach, that is, with limitations around the State, emphasizing only the modern manifestation of power; with limitations around the neoliberalism which focus on their structural reforms to the state and the Constitution. This analysis is intended to demystify the ideological use of incentives and the social responsibility of the third sector. The overall *purpose* of the work is just a simple criticism of the standard treatment of neoliberal social issues, placing it in the context of a Democratic State of Law, from the Neoconstitutionalism and the "era of principles", especially the principle of human dignity, which should be considered the foundation of the legal system. The *problem* generates the following configuration: How may be possible the paradox of the Constitution, that in the same period of its creation, when was determined the Democratic State of Law, on the international scene that expanded itself to the neoliberal thinking? The *assumptions* are: (1) Structural reforms implemented by governments Collor, FHC and Lula were responsible for the removal of the State and its weakness in the treatment of social issues. This weakness, was identified in the debate about tax deductions and on the social responsibility of the third sector. (2) The Constitution leader and the principle of human dignity can still be alternatives before the scenario of Minimum State. (3) In the neoliberal and globalised scenario, the public incentives often represent merely a simple transfer of responsibility and resources to the private sector. (4) The concept of third sector should be demystified, because it represents a false dichotomy alternative in the treatment of public and private, since it represents a loss of democratic public spaces for the exercise of full citizenship.

Keywords: Democratic State of Law; Neoliberalism; Economic Order; Human Person Dignity; Public Incentives; Third Sector.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADCE	- Associação dos Dirigentes Cristãos de Empresas
CF.....	- Conferir
COORD.	- Coordenador(a)
DR.	- Doutor
ED.	- Edição
FHC	- Fernando Henrique Cardoso
FICART	- Fundos de Investimento Cultural e Artístico
FMI	- Fundo Monetário Internacional
FNC	- Fundo Nacional da Cultura
GIFE	- Grupo de Institutos, Fundações e Empresas
IPEA	- Instituto de Pesquisas Econômica Aplicada
LOAS.....	- Lei Orgânica da Assistência Social
LRF.....	- Lei de Responsabilidade Fiscal
MARE	- Ministério da Administração Federal e Reforma do Esta
N.....	- Número
OMC	- Organização Mundial do Comércio
ONG	- Organização Não-Governamental
ORG.	- Organização
P.....	- Página
PEF	- Programa de Estabilidade Fiscal
PIB.....	- Produto Interno Bruto
PNBE.....	- Pensamento Nacional das Bases Empresariais
PROF.	- Professor
PRONAC	- Programa Nacional de Apoio à Cultura
PT.....	- Partido dos Trabalhadores
TRAD.....	- Tradução
V.....	- Volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 AS TRANSFORMAÇÕES HISTÓRICAS DO ESTADO DE DIREITO.....	14
1.1 ESTADO LIBERAL DE DIREITO	14
1.2 ESTADO SOCIAL DE DIREITO	25
1.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	29
1.4 CONTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E (CONTRA-)REFORMA DO ESTADO	38
2 INTERPRETAÇÃO CRÍTICA DA ORDEM ECONÔMICA	45
2.1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA	45
2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA	52
2.3 FINALIDADES DA ORDEM JURÍDICA INTERVENCIONISTA NA ORDEM ECONÔMICA	57
3 OS INCENTIVOS PÚBLICOS E A RESPONSABILIDADE SOCIAL.....	62
3.1 CONCEITO DE INCENTIVOS PÚBLICOS	62
3.2 CONDIÇÕES PARA CONCESSÃO DE INCENTIVOS PÚBLICOS	66
3.3 CONCESSÃO DE INCENTIVOS PÚBLICOS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ORIENTADORES DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA	73
3.4 INCENTIVOS PÚBLICOS FALSOS E IDEOLÓGICOS.....	78
3.5 A PRÁTICA DOS INCENTIVOS PÚBLICOS PARA O ALCANCE DA RESPONSABILIDADE SOCIAL.....	80
4 POLÍTICAS PÚBLICAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL NO SETOR PRIVADO	85
4.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE SOCIAL E SUA EVOLUÇÃO NO BRASIL.....	85
4.2 TERCEIRO SETOR E RESPONSABILIDADE SOCIAL: TENTATIVA DE SOLUÇÃO DO DUALISMO PÚBLICO E PRIVADO OU ESTADO E SOCIEDADE	93
4.3 “ALIANÇA” PÚBLICO-PRIVADO: AGÊNCIAS REGULADORAS	100
CONCLUSÃO	107
REFERÊNCIAS	110

INTRODUÇÃO

A temática da presente pesquisa são as transformações do Estado de Direito Moderno e suas relações com o neoliberalismo, sobretudo no contexto da globalização econômica e financeira. Esse é o contexto e o pano de fundo para as discussões da ordem econômica, dos incentivos fiscais e da responsabilidade social do terceiro setor.

A delimitação do tema acontece a partir da abordagem crítica, ou seja, delimita-se a questão do Estado dando ênfase somente à manifestação moderna do poder; delimita-se o neoliberalismo ao se focar nas suas reformas estruturais com relação ao Estado e à Constituição. A ordem econômica, os incentivos fiscais e a responsabilidade social do terceiro setor, além de constituírem assuntos já delimitados pelo contexto anteriormente descrito, serão analisados desde o constitucionalismo dirigente e o Estado Democrático de Direito. Isso é assim, pois tal análise crítico-reflexiva tem o objetivo de problematizar e desmistificar o uso ideológico dos incentivos e da responsabilidade social do terceiro setor.

O *objetivo geral* do trabalho é justamente fazer uma crítica ao padrão neoliberal de tratamento da questão social, inserindo-o no contexto do Estado Democrático de Direito, do Neoconstitucionalismo e da “era dos princípios”, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual deve ser considerado o fundamento do ordenamento jurídico.

Os *objetivos específicos* podem ser assim descritos:

(1) descrever as versões e transformações do Estado de Direito, de modo a que seja permitida a visualização do contexto muito maior no qual devem ser inseridos os debates sobre a ordem econômica, os incentivos fiscais e a responsabilidade social do terceiro setor;

(2) fazer uma interpretação crítica com relação aos fundamentos, princípios e finalidades da ordem econômica;

(3) denunciar as características falsas e ideológicas dos incentivos públicos, além da guerra fiscal e das deficiências do federalismo brasileiro;

(4) tornar visíveis as debilidades do conceito de terceiro setor e fazer com que os paradoxos, os dilemas e as encruzilhadas brasileiras sejam assuntos refletidos e enfrentados de modo político, democrático e respeitando os princípios constitucionais que orientam, vinculam e obrigam qualquer ato na ordem econômica.

Justifica-se tal abordagem dos temas propostos, pois, nas últimas décadas, o Estado vem sofrendo duros ataques quanto à sua eficiência de gestão e quanto às suas políticas públicas. Assim, com a globalização e com o neoliberalismo, esses ataques aumentaram e o Estado sentiu-se obrigado a passar por reformas que o tornaram fraco e mínimo, exatamente o contrário do que exige a Constituição Federal, ou seja, um Estado forte, dirigente e interventor.

Esse é o dilema brasileiro. Enfim, suas desigualdades, sua miséria, sua pobreza, seu desemprego exigem um Estado Forte e, no entanto, o cenário internacional exige um Estado Fraco. Esses e outros dilemas servem de justificção para que esses temas sejam refletidos e que se busquem alternativas políticas para seu enfrentamento.

O problema pode ser dividido assim:

(1) como pode ser possível o paradoxo da Constituição, ou seja, que no mesmo período de sua criação, quando se determinou um Estado Democrático de Direito, no cenário internacional expandia-se o pensamento neoliberal ?;

(2) como pode ser possível a encruzilhada do Estado brasileiro, isto é, ser considerado o principal responsável pelo tratamento da questão social e, ao mesmo tempo, ver-se obrigado a financiar o terceiro setor e realizar incentivos e isenções fiscais para atrair capital exterior e realizar o desenvolvimento nacional, regional e setorial?

(3) como enfrentar o dilema brasileiro, ou seja, ao mesmo tempo em que se exige um Estado Forte, aplicam-se reformas nesse Estado com a finalidade de torná-lo fraco, o que significa transferência de responsabilidade e verbas para o mercado e para a sociedade civil organizada?

(1) As reformas estruturais aplicadas pelos governos Collor, Franco, FHC e Lula foram as responsáveis pelo desmonte do Estado e sua fraqueza no tratamento

da questão social. Fraqueza esta que se identifica no debate sobre os incentivos fiscais e sobre a responsabilidade social do terceiro setor.

(2) A Constituição dirigente e o princípio da dignidade da pessoa humana ainda podem ser alternativas contra-hegemônicas diante do cenário de Estado Mínimo.

(3) No cenário neoliberal e globalizado, os incentivos públicos muitas vezes representam meramente uma transferência de responsabilidade e de verbas para o setor privado.

(4) O conceito de terceiro setor deve ser desmistificado, pois ele representa uma falsa alternativa no tratamento do dualismo público e privado, já que representa uma perda de espaços públicos democráticos para o exercício pleno da cidadania.

O referencial teórico será o da chamada teoria crítica do direito, a qual, mesmo não tendo um consenso definido dentro dos seus vários seguidores, tem uma única finalidade: a reflexão crítica do direito, visto como um fenômeno complexo e amplo o que, necessariamente, exige uma abordagem metodológica interdisciplinar.

Assim, busca-se com a presente pesquisa, contribuir para com o debate das grandes transformações políticas, econômicas, sociais, artísticas e culturais que o nosso século XXI está passando. Mas, além do esclarecimento dessas transformações, deve ser buscada uma perspectiva brasileira, para que sejam encontradas alternativas para os dilemas, encruzilhadas e paradoxos que só existem aqui. Por só existirem aqui, aqui é que devem ser encontradas respostas.

Tendo isso em mente, a dissertação terá a seguinte estrutura: o capítulo um vai desde o Estado Liberal de Direito até o Estado Democrático de Direito, passando pelo Estado Social de Direito. Mas o ponto importante desse capítulo é a parte que trata das lutas entre Constituição dirigente e governos neoliberais. O dilema brasileiro mais uma vez se manifesta nessas lutas, pois a Constituição dirigente foi atacada por programas de governo neoliberais.

O capítulo dois trata da ordem econômica, ou seja, de seus fundamentos e finalidades. O ponto principal dessa parte é quando é enfrentado o tema dos princípios constitucionais, sua função hermenêutica e suas revoluções no ordenamento jurídico, sobretudo com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Os incentivos públicos são abordados no capítulo três, principalmente sua relação com a responsabilidade social. A principal parte desse capítulo é a denúncia dos vícios e do caráter ideológico dos incentivos que, no fundo, estão representando uma mera transferência do patrimônio público para o setor privado.

O capítulo quatro tem como foco o Brasil e o desenvolvimento da questão do terceiro setor e da responsabilidade social. Tem a finalidade de dar conta do dualismo entre público e privado, o terceiro setor produziu outros dualismos, os quais são enfrentados apenas com alianças, parcerias e acordo entre, de novo, esfera pública e esfera privada ou, pior ainda, com “mágicas” conceituais do tipo “público não estatal” e “privado não lucrativo”.

1 AS TRANSFORMAÇÕES HISTÓRICAS DO ESTADO DE DIREITO

O objetivo do presente capítulo é apresentar o contexto no qual serão inseridos os debates em torno da ordem econômica, dos incentivos fiscais e da responsabilidade social. A discussão sobre tais temas muitas vezes é focada e setorializada, esquecendo-se, justamente, do pano de fundo do Estado de Direito e de suas atuais “reformas”.

Portanto, é importante determinar e apresentar o contexto do Estado de Direito Moderno e suas várias versões, passando pelo Estado Liberal de Direito e pelo Estado Social de Direito, até chegar ao Estado Democrático de Direito, sem esquecer de apresentar, também, o que se tem denominado de desestatização ou simplesmente (contra) reforma(s) do Estado, sobretudo num país como o Brasil, cujo Estado Social surge, paradoxalmente, no momento em que, na esfera internacional, estava sendo iniciado o programa neoliberal, o qual foi uma resposta à crise da estabilidade do sistema capitalista baseado na produção, passando-se a um sistema capitalista financeiro global.

1.1 ESTADO LIBERAL DE DIREITO

O termo Estado é utilizado correntemente como sinônimo de governo, mas a rigor, o Estado é composto por uma série de instrumentos e instituições que exercem o Poder da República (do latim *Res Pública* ou coisa pública), numa divisão de funções que configuram os três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário.

A etimologia da palavra Estado, vem do latim *status*. Tem o sentido de modo de ser ou situação. Atualmente, designa um grupo que preenche determinado território, definido por um sistema de leis e por um governo composto de representantes políticos.

Assim, os elementos principais do Estado são: grupo social ou povo, território, leis e governo. Nesse sentido, “Estado aqui (*status*) significa uma situação, condição ou mesmo, uma determinada ordem, ordenação, estado de coisas — uma situação compreensível, ou uma situação que confere sentido ao caos”¹.

Com o predomínio da análise científica do Estado e seu tradicional pragmatismo, o governo ganha autonomia e independência com relação ao Estado. Assim, o poder somente se manifestaria no processo político exercido pelo governo, o qual estaria desvinculado do Estado. Este, assim analisado, perde importância. Da mesma forma que toda uma tradição da filosofia política², que perde espaço em função do predomínio da análise científica da política.

Com esse predomínio da análise científica do governo, não apenas o Estado fica fora da análise, mas também o direito. Sem os limites ao governo impostos pelo Estado e pelo direito, seu exercício estaria resumido à exceção, à força³.

Nesse cenário, o predomínio da ciência política não se preocupa tanto com o intervencionismo do Estado ou com os limites de tal intervencionismo imposto pelo (neo) liberalismo, mas sim com as relações de poder atuantes no governo.

Desse modo, segundo Weber, o Estado é o detentor legítimo do constrangimento físico, ou seja, detentor do monopólio do exercício da violência legítima. Nas suas próprias palavras: “entendemos por Estado uma empresa política de caráter institucional, quando e enquanto a sua direção administrativa reivindicar

¹ Cf. GHETTI, Pablo. Estado de exceção. In BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p.292.

² Cf. sobre a contraposição entre a análise científica da política e a tradição filosófica da política, BERTEN, André. *Filosofia política*. Trad. Márcio Anatole de Souza Romeiro. São Paulo: Paulus, 2004. p.5-23. Cf. também sobre a contradição entre a análise científica da modernidade e a tradição da filosofia política da antiguidade e do medievo, DUSO, Giuseppe (Org.). *O poder*. Trad. Andréa Ciacchi. Rio de Janeiro: Petrópolis, 2005. p.11-36.

³ Não é por acaso que nas últimas décadas do século XX e início do século XXI, principalmente com o processo da globalização econômica e financeira, o poder executivo tem ganhado tanta predominância no cenário político, mesmo que a soberania dos Estados seja redefinida. Cf. CARDUCCI, Michele. *A aquisição problemática do constitucionalismo iberoamericano*. Passo Fundo: UPF, 2003; Cf. também AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

com sucesso, na aplicação dos regulamentos, o monopólio legítimo do constrangimento físico”⁴.

A idéia do Estado surgiu do debate em torno à natureza humana. O homem é, por natureza, um ser gregário, cuja felicidade depende direta e fundamentalmente da sua vida na *polis*, na cidade. Esta, por sua vez, excede a tribo, a família e até mesmo o próprio indivíduo. Excede por causa de sua finalidade: o bem viver de uma vida virtuosa e boa⁵.

A natureza humana é a do animal político e racional, que tem um impulso natural para a vida gregária e associativa, na qual, a partir da liberdade, da igualdade e da cidadania, discutem e deliberam as direções e prioridades das ações da esfera pública.

Somente nessa esfera pública é que o homem se realiza plenamente e atinge seu fim último e supremo: a felicidade. Se a natureza humana é a vida na cidade ou no Estado, então todas as relações que se dão nesse contexto são políticas.

Contra aquele predomínio científico com relação à política, que isola o governo e sua força em detrimento do Estado e do direito, o que se deve fazer como combate é a retomada da discussão não da definição do Estado e nem de sua composição, ou seja, de seus elementos, mas sim de sua finalidade — fins sociais e fins éticos expostos nos princípios constitucionais e na dignidade da pessoa humana —, o que, inevitavelmente, recupera um questionamento filosófico a respeito da existência do Estado.

Como superar a racionalidade instrumental e pragmática da análise científica da política? O Estado de Direito deve ser pensado de forma mais ampla na sua

⁴ Cf. WEBER, M. *Economia e sociedade*. 4.ed. Brasília: UNB, 2000. p.19. v.1.

⁵ Cf. COPPETTI, André; MORAIS, José Luis Bolzan de. Ensino do Direito como condição de possibilidade para a concretização de um projeto de felicidade presente na Constituição Federal brasileira. In COPPETTI, André; MORAIS, José Luis Bolzan de. *O ensino jurídico e a formação do bacharel em Direito: diretrizes político-pedagógicas do curso de direito da Unisinos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.9-41. Cf. também , DUSO, Giuseppe (Org.). *O poder*. Trad. Andréa Ciacchi. Rio de Janeiro: Petrópolis, 2005. p.29-36; HÖFLING, Eloísa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. In *Cadernos Cedes: Políticas públicas e Educação*. Campinas: Unicamp, n.55, 2001. p.30-41.

relação com a sociedade; e a moral e a política não devem ser relegadas à esfera da subjetividade e da irracionalidade.

A legitimidade deve superar a legalidade e a racionalidade instrumental científica deve ser expandida até a racionalidade prático-moral, ou seja, retomando uma tradição esmagada e esquecida de modo forçado pela modernidade: a tradição da filosofia prática. Trata-se de fazer com que o fenômeno político-jurídico em toda sua complexidade não seja reduzido à abordagem científica⁶.

A recuperação do questionamento filosófico em torno do Estado não significa uma especulação abstrata e universal, mas sim uma forma de interrogação crítica a respeito de sua manifestação e origem históricas no início da modernidade, ademais de suas principais transformações de conteúdo (“versões”), quais sejam, do conteúdo e adjetivo liberal ao conteúdo e adjetivo democrático, passando pelo conteúdo e adjetivo social, sempre tendo em vista a discussão sobre a finalidade, os direcionamentos, as prioridades e as intervenções do Estado de Direito em suas várias versões.

Desde o início da filosofia política, o dualismo entre esfera privada e esfera pública ou entre Estado e sociedade civil foi defendido e, na atualidade das políticas neoliberais, é enfrentado a partir do terceiro setor. É comum se falar nos modos de relações de subordinação (vertical) e de coordenação (horizontal) presentes no setor público e no setor privado, respectivamente.

Se desde o início da filosofia política esse dualismo foi pressuposto na explicação, seja da sociedade civil, seja do Estado, isso significa que, no decorrer dessa mesma tradição, tivemos pensadores que, como num pêndulo ou como num ciclo, foram de um lado para o outro na defesa de um dos lados do dualismo.

Isso fica nítido, por exemplo, no próprio debate atual em torno do liberalismo e do comunitarismo⁷, no qual ocorre a briga entre liberdade e justiça social ou entre liberdade e igualdade⁸. Essa briga também é recuperada no debate teórico em torno

⁶ Cf. WARAT, Luís Alberto; PEPE, Albano Marcos Bastos. *Filosofia do direito: uma introdução crítica*. São Paulo: Moderna, 1996. p.8-19.

⁷ Cf. DUSO, Giuseppe (Org.). *O poder*. Trad. Andréa Ciacchi. Rio de Janeiro: Petrópolis, 2005. p.494-511

⁸ Cf. BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 4.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

do terceiro setor. Isso também mostra o conflito existente entre os direitos humanos fundamentais civis e políticos (chamada questão individual) e os direitos humanos fundamentais sociais, culturais e econômicos (chamada questão social)⁹.

Ou como será apresentado, no debate a respeito do processo de reestruturação do capital proposto pelo projeto neoliberal, quando a questão social ganha uma nova forma de tratamento: o chamado terceiro setor, em contraposição ao primeiro setor (Estado) e ao segundo setor (Mercado).

A ordem econômica, os incentivos fiscais e a responsabilidade social devem ser abordados desde esse pano de fundo e contexto da discussão do Estado de Direito e suas transformações ou versões¹⁰.

Atualmente, o neoliberalismo responde que o mercado e a sociedade civil é que são responsáveis pela concretização da questão social e dos direitos humanos-fundamentais. O grande problema é que o mercado e a sociedade civil tratam a questão social e os direitos humanos-fundamentais de forma instrumental: incentivos fiscais, marketing com recursos públicos, curto prazo, imediatista, setorializada, aumento dos lucros, formas de gestão não-democráticas, ruína da política, etc.

Dando prova ao pêndulo ou ciclo do dualismo expresso anteriormente, as principais teorias explicativas sobre o surgimento do Estado podem ser assim distribuídas: *teorias contratualistas* (ênfase à sociedade) e *teorias coletivistas* (ênfase ao Estado) que, por sua vez, dando oportunidade a outro dualismo, se subdividem em concepção moral (idealismo, universalidade) e concepção sociológica (materialismo, historicidade) de Estado. Assim, do Estado caracterizado pela razão e pelo bem-comum, passa-se ao Estado caracterizado pela força, pela violência, pelos interesses, pela ideologia e pela aparência de legitimidade¹¹.

Nos séculos XVII e XVIII, alguns filósofos, amparados na necessidade de uma sistematização racional do mundo, apresentaram teorias acerca da formação do Estado, sua origem e fundamento, os quais, por sua vez, estavam baseados em

⁹ Sobre direitos humanos, cf. o site <www.dhnet.org.br>.

¹⁰ Cf. MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2007.

¹¹ Cf. PINHEIRO FILHO, José Muños; CHUT, Marco André. Estado. In BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p.286-288.

concepções sobre o homem (estado natural ou de natureza não-político) e a sociedade (estado civil).

O estado de natureza é pensado a partir de indivíduos singulares, cujas associações ou sociedades naturais poderiam ser apenas a família, na qual o indivíduo é pensado como livre e igual (reino da liberdade e da igualdade). Seja tomando o estado de natureza como associativo e pacífico e voltado para a felicidade, seja tomando-o como degenerado e voltado para a guerra de todos contra todos, ele é extremamente frágil na sua manutenção.

Sendo frágil, torna-se necessária uma transição dele para o estado civil, mais estável. Essa transição seria feita pelo consentimento, ou seja, por atos voluntários e deliberados, que buscariam a segurança e teriam como meio privilegiado o contrato, isto é, contrato social.

A visão contratualista é uma visão antropológica e instrumental do Estado, pois vê a formação do Estado como um processo de origem social e artificial que tem origem no indivíduo e serve para o indivíduo. Essa visão está de acordo com o jusnaturalismo racionalista e contratualista da tradição da modernidade e com todos os ideais do Renascimento, do Humanismo e do Iluminismo¹².

Nesse sentido é que a estrutura institucional do poder recebe o modo de organização amparado na forma de Estado constitucional e todas suas transformações, da mesma forma que as transformações do Estado de Direito. O dualismo sociedade e Estado contrapõe-se à visão orgânica do poder no feudalismo e na Idade Média.

Os principais contratualistas são: Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) e Jean-Jacques Rousseau (1712-1778). Também podem ser considerados como variantes dos contratualistas pensadores como: Kant (1724 - 1804) Hegel (1770 – 1831) e John Rawls (1921 – 2002).

Todos os clássicos do contratualismo têm em comum a seguinte estrutura de raciocínio: a contraposição entre um estado de natureza e um estado civil, que é

¹² DUSO, Giuseppe (Org.). *O poder*. Trad. Andréa Ciacchi. Rio de Janeiro: Petrópolis, 2005. p.113-121.

mediada por um contrato social, ou melhor, pela metáfora hipotética e ficcional de um contrato.

O que está em jogo na teoria contratualista é a explicação do fundamento do poder político, ou seja, busca-se, ao mesmo tempo, a explicação da origem da sociedade e do poder político. Assim, a teoria contratualista visa dar conta da legitimação do Estado e de toda sua construção jurídica.

Desse modo, o estado de natureza apresenta uma visão antropológica, pois demonstra o convívio do homem fora do estado civil, além de estar caracterizado com alguns direitos naturais, principalmente a definição da propriedade privada; o contrato demonstra a capacidade de emancipação do estado de natureza; e o estado civil mostra a criação racional da sociedade política.

O mais interessante na teoria contratualista é que o fundamento do poder político é, ao mesmo tempo, o que possibilita a passagem do estado de natureza ao estado político, ou seja, o contrato, instrumento de racionalização cujo conteúdo, variante de autor para autor, irá definir até que ponto pode o Estado agir e intervir e também a possibilidade ou não do direito de resistência.

A principal crítica feita à teoria do contratualismo diz respeito ao termo “contrato”. Dizem que seria um conceito jurídico e que, por isso mesmo, dever-se-ia optar por termos como: pacto ou convenção. No entanto, os críticos esquecem que o contrato, visto como uma aliança, remonta à tradição teológica e bíblica¹³.

Concluí-se, então, que o conceito “Estado” pode não ser um conceito universal, mas serve apenas para indicar e descrever uma forma de ordenamento político e institucionalização do poder surgida da Europa a partir do século XV até os fins do século XVIII ou início do XIX, na base de pressupostos e motivos específicos da história europeia e que, após esse período, com a colonização e o imperialismo, e ainda mais com o fenômeno da globalização, se estendeu para todo o mundo civilizado ocidental, inclusive para a América Latina e, no nosso caso especial, para o Brasil. Há uma estreita conexão entre a globalização econômico-financeira com o neoliberalismo.

¹³ Cf. POGREBINSCHI, Thamy. Contratualismo. In BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p.168-171.

Se há uma estreita conexão da globalização econômico-financeira com o neoliberalismo, não foi por acaso que foi da teoria do contrato social que a teoria do liberalismo retirou suas principais características: individualismo, defesa da liberdade, tolerância religiosa, limitação da atuação do poder através dos direitos naturais fundamentais, controle do executivo pelo legislativo, controle do governo pela sociedade, etc. Todas essas características resultaram no Estado Liberal de Direito¹⁴.

O liberalismo é uma práxis histórica ligada ao Ocidente e principalmente à modernidade. Trata-se de uma práxis histórica, pois suas características variaram de acordo com as épocas, autores e lugares. Aparece no direito a partir do constitucionalismo liberal e do Estado Liberal de Direito.

O Renascimento, o Iluminismo e a Reforma foram fundamentais para a formação do ideal liberal, além da distinção entre sociedade civil (esfera privada) e Estado (esfera pública), da distinção (mais dualismos!) entre religião e moral e da distinção entre direito e ética.

O contexto do Renascimento, do Iluminismo e da Reforma também pode ser descrito como um contexto de revoluções, nas quais a tradição, o passado e os privilégios são enfrentados e criticados em prol do presente, do futuro, do progresso e dos direitos naturais fundamentais dos indivíduos. Esse contexto de revoluções pode ser exemplificado pelas revoluções inglesa, americana e francesa¹⁵, as quais se opunham ao absolutismo, ao colonialismo e à imobilidade da sociedade estamental do feudalismo.

Nos séculos XVII e XVIII há uma mitigação da soberania Estatal fundada na figura do soberano absoluto. Tem lugar o ideário do liberalismo econômico e sua base capitalista¹⁶. O Estado passa a agir a serviço das individualidades. A livre iniciativa dos indivíduos frente ao Estado ganha *status* de princípio fundamental. Exalta-se a liberdade e a valorização do indivíduo.

¹⁴ Cf. BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 3.ed. São Paulo: Brasiliense, 2000. p.27-29.

¹⁵ Cf. sobre as diferenças dessas revoluções, NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

¹⁶ Cf. sobre os núcleos moral, político-jurídico e econômico capitalista do liberalismo, MACRIDIS, Roy C. *Ideologias políticas contemporâneas*. Trad. Luís Tupy Caldas. Brasília: UNB, 1982. p.38-61.

O capitalismo se firma como um sistema econômico "baseado na propriedade privada dos meios de produção, propiciadora de acúmulo de poupança com finalidade de investimentos de grandes massas monetárias, dentro de uma organização de livre mercado"¹⁷.

Assenta-se o sentimento de que "a liberdade de comércio e de indústria consagrava o princípio da não-intervenção do Estado no funcionamento normal do mercado, propiciando a implantação da ordem econômica almejada pela burguesia"¹⁸. Desse modo, se no início do capitalismo a conexão íntima com o Estado foi exigida, agora o capitalismo exigia uma intervenção mínima do Estado nos assuntos econômicos.

Para o Estado liberal, então, o melhor seria adotar a posição de observador distante, como que presente apenas para coibir os excessos contra a ordem econômica. Portanto, esse distanciamento ajudaria a definir um Estado de Direito indiferente e de mínima intervenção.

Considerando as reduzidas funções que lhe cabiam, o Estado era composto de um pequeno núcleo estratégico e não havia grande necessidade de descentralização, transferência e privatização, mesmo porque as atividades exercidas restringiam-se quase exclusivamente às atividades típicas de Estado (defesa nacional, segurança interna, arrecadação, exercício do poder de polícia), que são, em geral, indelegáveis, por serem incompatíveis com os métodos do direito privado.

As demais atividades públicas tinham seu exercício transferido aos particulares, por meio de concessão. A realização dessas atividades por particulares era feita pela via contratual e restringia a intervenção do Estado nos negócios privados ao mínimo necessário.

Assim, o liberalismo se opõe ao totalitarismo, ao autoritarismo e ao estatismo intervencionista. Enfim, o valor principal defendido é a liberdade de iniciativa econômica dos agentes privados. Os traços comuns do liberalismo são:

¹⁷ Cf. LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 253. Cf. também LEAL, Rosemiro Pereira. *Direito econômico: soberania e mercado mundial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

¹⁸ Cf. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do anitruste*. São Paulo: RT, 2005. p.59.

racionalismo, individualismo, igualitarismo, universalismo, reformismo e progressismo¹⁹.

Na visão liberal, o Estado de Direito é apenas o encarregado de fazer respeitar as regras da concorrência, de garantir a estabilidade monetária, o equilíbrio orçamentário e a transparência das informações úteis aos agentes econômicos. Além disso, o Estado de Direito deve, sobretudo, proteger a propriedade privada e garantir a igualdade ao menos formal dos indivíduos, conquistando, assim, a harmonia social.

No entanto, seja qual for a versão do contratualismo, moderno ou contemporâneo, no qual se dá de novo o embate entre liberais e comunitaristas, o que está em jogo é o fundamento do poder, geralmente considerado de modo instrumental, artificial, antropológico, analítico, formal e metódico, o que pode servir de resposta afirmativa à questão de que se o neocontratualismo representa, ou não, uma continuidade com o modelo da modernidade²⁰.

O Estado Moderno, como o próprio nome já diz, surge no período histórico da modernidade. Sua primeira fase foi o Estado Absolutista. O liberalismo foi a consolidação dos ideais burgueses, o que se manifestou na transformação do Estado Absolutista, primeira fase do Estado Moderno, em Estado (Liberal) de Direito, segunda fase do Estado Moderno, o que ocorreu por volta do século XVIII. O chamado Estado Liberal pode ser caracterizado, então, como uma das versões do Estado de Direito Moderno.

Na passagem do feudalismo para a Idade Moderna, ocorreu uma transformação da fragmentação e descentralização do poder presente no feudalismo para uma centralização e personalização do poder na modernidade. Na centralização e personalização, o monarca se confunde com o próprio Estado. Tal confusão é ainda mais reforçada quando a concepção de soberania é pela primeira vez teorizada.

¹⁹ Cf. MACEDO, Ubiratan Borges de. Liberalismo. In BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p.531.

²⁰ Cf. MORAIS, José Luis Bolzan de. Contrato Social. In BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p.163-168.

Tudo convergiu para um período revolucionário: enfrentamento entre Igreja e Estado, cisma na Igreja Católica, Renascimento, Iluminismo, etc. Foi o período das revoluções burguesas, as quais lutavam contra os privilégios existentes na ordem anterior. Isso significa que não foi por acaso que sua principal bandeira de luta foi a igualdade jurídica e as liberdades fundamentais do indivíduo.

Nesse sentido que a doutrina tradicional dos direitos naturais é reescrita pelo nascente racionalismo da modernidade. Foi reescrita a partir na nova teoria contratualista, que analisa a origem da sociedade e do Estado desde uma perspectiva individualista: direitos naturais, sagrados e inalienáveis do indivíduo. São esses direitos naturais do indivíduo o que lhe assegura a não-violação por parte do Estado, o qual deve intervir o mínimo necessário.

Dentro de uma equação simples, o mínimo de intervenção do Estado tem como sinônimo a máxima liberdade individual dentro da esfera privada do mercado ou da sociedade civil.

Esse Estado Mínimo Liberal tem duas características principais: primeiro que ao Estado somente é permitida a ação do que previamente estiver estipulado em lei, o que corresponde ao ideal de liberdade, calculabilidade, previsibilidade e segurança dos burgueses; segundo que à concentração de poder no Estado absolutista corresponde agora, no Estado Liberal de Direito, a separação de poderes²¹.

A lei no Estado Liberal tem as características de ser uma regra racional, geral, impessoal e, acima de tudo, voluntarista, ou seja, baseada no exercício constante da vontade geral exercida de modo representativo. Esse sentido que deve ser dado à expressão “Estado de Direito”, isto é, um Estado dentro da lei e submetido à lei.

O Estado Liberal não é um abandono da centralização existente no Estado Absolutista, mas sim sua transformação, no sentido de aperfeiçoar e reforçar tal centralização, só que agora exercida pela vontade geral, ou seja, uma vontade que não é tão geral assim, pois representa apenas os ideais da burguesia. Ocorre uma inversão da relação do poder com a lei: antes o rei era a lei, agora a lei determina, com base nas liberdades individuais, a dimensão e o modo de exercício do poder.

²¹ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.87.

O Estado Liberal não se identifica com o Estado de Direito, sendo apenas uma de suas versões. As várias versões do Estado de Direito significam que, dependendo das finalidades e dos interesses em jogo, será dada determinada direção à intervenção e à regulamentação estatais.

O Estado de Direito é, portanto, um instrumento. Dependendo do modo de utilização de tal instrumento, ocorrerá a manutenção do *status quo* ou sua transformação, o que ocorre no chamado Estado Democrático de Direito.

A diferença essencial entre ambos [Estado Liberal e Estado Democrático] não reside, portanto, na forma pela qual são constituídos, pois ambos pautam o seu desenvolvimento na figura da lei e na submissão do poder ao Direito; o que os distingue, antes, é a forma como essa vinculação é operacionalizada, pois, no primeiro, prevalece o domínio dos procedimentos (aspecto formal) sobre os aspectos materiais (conteúdo), sendo a manutenção da ordem estabelecida a sua consequência, ao passo que, no segundo, predomina um caráter teleológico, que coloca o Direito a serviço da transformação da sociedade no sentido de uma real igualdade, não só jurídica, mas também fática²².

A visão liberal da lei como sendo racional, geral e impessoal acaba gerando um conceito formalista de legalidade, que corresponde igualmente à pretensão de neutralidade e imparcialidade na aplicação e interpretação da lei.

Mas essas e outras pretensões do Estado de Direito Liberal, logo seriam condenadas como míticas e ideológicas. Estava entrando em cena o Estado de Bem Estar Social, *Welfare State*, Estado Providência ou, simplesmente, Estado Social.

1.2 ESTADO SOCIAL DE DIREITO

O Estado Social significa o alargamento democrático do Estado, que, a partir de agora, recebe novas demandas, novos interesses e novos ideais, em especial da

²² Cf. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Estado de Direito. In BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p.290, complemento meu.

classe operária que, em função da Revolução Industrial e das transformações dos centros urbanos pelas indústrias e pelas fábricas, começam a ver o Estado, o Direito e a Política como mecanismos de luta.

Da igualdade e da democracia formais passa-se à igualdade e à democracia sociais ou materiais, as quais demandam do Estado não uma distância vigilante e negativa, mas sim uma ação positiva, ativa e interventiva no sentido de assegurar aos cidadãos seus direitos humanos e sociais mínimos²³. A lei ganha sentido mais político e ocorre uma reaproximação entre as esferas pública e privada, ou seja, “estatização da sociedade” e “socialização do Estado”²⁴.

A teoria do Estado Social (*Welfare State*) representa uma solução de conciliação (muito frágil!)²⁵ entre um liberalismo decadente e um movimento do proletariado ativo e muito forte, que começa a aparecer baseado na teoria de Marx.

Se o Estado Social nada mais é do que uma solução de conciliação entre capital e trabalho, então isso significa que seu surgimento é uma espécie de releitura e manutenção da liberdade, da personalidade e dos direitos humanos do Estado liberal. Releitura que significou o alargamento da base social democrática, já não mais restrita à burguesia²⁶.

A intervenção mínima do Estado gerou conseqüências desastrosas, tais como a criação de monopólios que praticamente dizimaram as pequenas empresas, bem como desigualdades sociais acentuadas, marcadas por um proletariado vítima da miséria e da ignorância; "a concepção de um liberalismo atomista, de liberdade do indivíduo no âmbito do mercado, veio a ser desmentida"²⁷.

²³ Cf. MUKAI, Toshio. Participação do Estado na atividade econômica. In *Limites jurídicos*. São Paulo: RT, 1979. p.10; Cf. também PASOLD, César Luiz. *Função social do Estado Contemporâneo*. 2.ed. Florianópolis: Estudantil, 2003. p.50.

²⁴ Cf. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Estado de Direito. In BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p.291.

²⁵ Cf. SOUSA, Nilson Araújo. *Crise econômica*. São Paulo: Quilombo, 1982. p.6.

²⁶ Cf. BOLZAN, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; Cf. também BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 1996. p.43.

²⁷ Cf. LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.257.

Na medida em que o Estado foi-se afastando timidamente dos princípios do liberalismo, começou a ampliar o rol das atividades próprias, definidas como serviços públicos, pois passou a assim considerar determinadas atividades comerciais e industriais que antes eram reservadas à iniciativa privada.

Nasce o Estado Social de Direito, o qual veio atender às constantes transformações decorrentes das novas condições da sociedade industrial. Tudo isso irá mudar na chamada sociedade pós-industrial, na qual a sociedade, a política, a economia, a arte e a cultura irão apresentar transformações radicais, como será visto no capítulo sobre incentivos fiscais.

O desenvolvimento econômico e o processo de industrialização observados ao longo do Século XIX, na Europa e nos Estados Unidos, tornaram evidente a necessidade de intervenção dos poderes públicos nos domínios econômico e social, apesar da ausência de previsões constitucionais neste sentido. Como muito bem assinalam Streck e Bolzan de Moraes quando abordam o surgimento do intervencionismo estatal.

Evidentemente que isto trouxe reflexos que se expressaram nos movimentos socialistas e em uma mudança de atitude por parte do poder público, que vai se expressar em ações interventivas sobre e no domínio econômico, bem como em práticas até então tidas como próprias da iniciativa privada, o que se dá por um lado para mitigar as conseqüências nefastas e por outro para garantir a continuidade do mercado ameaçado pelo capitalismo financeiro²⁸.

No Estado Social ou de Bem-Estar Social, emergente nos séculos XIX e XX, o ideal de igualdade substancial, que fora tomado como pressuposto apenas formal pelo pensamento liberal, é reconhecido como algo a ser implementado, adquirindo maior importância do que a liberdade individual e econômica. Além disso, passa-se da questão individual liberal para a questão social do *Welfare State*.

Assim, para alcançar a igualdade substancial e material, entendia-se que o Estado deveria intervir na ordem econômica e social, passando a atuar diretamente na área social e a intervir no domínio econômico.

²⁸ Cf. STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.59.

Deste modo, no princípio do século XX, a condução do processo de desenvolvimento econômico e social foi atribuída ao Estado, com a finalidade de alcançar a igualdade entre os homens e favorecer os menos favorecidos.

As Constituições mexicana de 1917 e a alemã de Weimar de 1919 foram as primeiras a prever, de modo expresse, a intervenção do Estado nos domínios social e econômico²⁹.

Também a Constituição brasileira de 1934, de curta vigência, tendo sido revogada em 1937, seguindo esta tendência, estabelecia amplas disposições que possibilitavam a intervenção estatal³⁰.

O Estado Social representa efetivamente uma transformação do Estado liberal e mais uma versão e transformação do Estado de Direito. O Estado Social busca superar a contradição entre a igualdade política formal e a desigualdade social concreta. O velho liberalismo não dava nenhuma solução às contradições sociais, mormente das pessoas à margem da fruição de quase todos os bens e direitos fundamentais.

O Estado pode receber a denominação de Estado Social quando confere os direitos do trabalho, da previdência, da educação, bem como quando intervém na economia, regula o salário, a moeda, os preços e o combate ao desemprego.

Mas, mesmo com a solução de compromisso e de conciliação entre o capital e o trabalho, a situação dessas pessoas à margem e excluídas ainda permaneceu um desafio. Foi preciso mais uma versão do Estado de Direito, o Democrático, para que fosse criada a condição política democrática ideal de convivência e mediação entre ideologias distintas: o capitalismo e o socialismo.

Era preciso que essas ideologias encontrassem uma condição favorável de convivência para que o enfrentamento da exclusão fosse mais efetivo e para que a ditadura, tanto de direita, como de esquerda nunca mais se tornassem realidades genocidas e opressivas. Essa condição política é a democracia. Por isso, então, Estado Democrático de Direito.

²⁹ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p.277.

³⁰ Cf. PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do estado contemporâneo*. 2. ed. Florianópolis: Estudantil, 1988, p.43.

1.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A passagem do Estado Social ao Estado Democrático de Direito significa além de um novo alargamento do ideal participativo e democrático, também uma tentativa de mediação democrática entre ideologias distintas e uma nova fase dos direitos humanos e do constitucionalismo.

O Estado Democrático de Direito representa o acordo, pacto e compromisso de uma comunidade política sobre os valores e princípios que a devem compor, e vem expresso em vários preâmbulos constitucionais, inclusive o de nossa Constituição. Esses valores aparecem primeiro na esfera dos direitos humanos e apenas depois da recepção do ordenamento interno nacional é que figuram nos direitos fundamentais e direitos sociais.

Além desses valores e princípios, o Estado Democrático de Direito também organiza o poder, ou seja, separa suas funções e determina suas competências. O Estado, assim, passa a ser ator e a intervir em áreas que antes não eram de sua responsabilidade como, por exemplo, saúde, lazer, educação e trabalho. Só que, diferentemente do Estado Social, o Estado Democrático de Direito tem a obrigação de mediar os interesses econômicos e sociais a partir da estratégia política democrática.

O Estado de Direito Social não se confunde com o Estado Democrático porque o Estado Social também foi marcante da Alemanha Nazista, na Itália Fascista, no Brasil Getulista, bem como na Inglaterra de Churchill e nos Estados Unidos da América do Norte de Roosevelt.

Ou seja, o Estado de Direito Social tanto pode se adaptar e fluir no regime democrático e progressista, quanto em regimes totalitários e ditatoriais. De forma, que o mesmo assimilou elementos democráticos e populares, o que colaboraria para sua posterior transformação em Estado Democrático, no qual se afirmaram os instrumentos político-populares tais como o uso mais freqüente de referendos e plebiscitos, além do desenvolvimento rotineiro das chamadas gestões democráticas.

Esta seqüência histórica redundaria no que se chama de Estado de Direito Democrático ou Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito e o Novo Constitucionalismo³¹ surgem principalmente no período pós-Segunda Guerra Mundial e também nos processos de redemocratização. Assim, vários países decidem positivar em suas constituições, as características anteriormente citadas, ou seja, os direitos humanos fundamentais e a organização do poder.

A Constituição transporta necessariamente dois momentos essenciais, quais sejam: o da ruptura (com a ordem histórico-natural em que se encontravam as coisas no antigo regime) e o construtivista (por ter sido elaborada por um novo poder — o *Poder Constituinte* — que define os esquemas e projetos de uma nova ordem racionalmente construída)³².

A Constituição passa a ser concebida como uma ordenação normativo-sistemática da comunidade política — o fundamento de validade do direito posto —, organizada em razão do poder público (respeitando o comando principiológico da separação de poderes), modelada documentalmente e com vistas a garantir os direitos fundamentais dos indivíduos. Nessa esteira, J. J. Canotilho a define como uma “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”³³.

As Constituições aprovadas no segundo pós-guerra passaram a admitir, expressamente, um relevante papel do Estado na configuração da ordem econômica e social. O preâmbulo da Constituição Francesa de 1946 contém uma ampla

³¹ Cf. MATEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Trad. Francisco Javier Ansuátegui; Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 1998; cf. também MCILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: ancient and modern*. Nova York: Cornell University Press, 1947. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cmt/mcilw/mcilw.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2008.

³² Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 48.

³³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999. p.48. Conforme salienta o constitucionalista de Coimbra, esse conceito de Constituição pode ser desdobrado de forma a captar as dimensões fundamentais que o incorpora. Dessa forma, têm-se: (1) ordenação jurídico-política plasmada num documento escrito; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de *direitos fundamentais* e do respectivo modo de *garantia*; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um *poder limitado e moderado*.

proclamação sobre as tarefas econômicas e sociais que o Estado deve desenvolver. A Lei Fundamental de Bonn, de 1949, proclama a Alemanha como um Estado federal, democrático e social. A Constituição Italiana de 1948 dedica todo um título às “relações econômicas”.

A partir deste momento, a inclusão de cláusulas nos documentos constitucionais dedicadas a prever a ação interventora do Estado nos mais diversos aspectos da vida econômica e social converteu-se numa característica comum. Estas cláusulas concentram-se, principalmente, na regulação das relações entre os indivíduos, entre as empresas, enfim, tudo isso no contexto do mercado capitalista. O exemplo mais atual é o do Código de Defesa do Consumidor, destinado a regular as relações privadas de consumo.

Nascia assim o chamado constitucionalismo dirigente, cujas características principais são: força normativa da Constituição e controle da liberdade do legislador. É a Constituição que deve constituir e direcionar as ações dos governos eventuais e não o contrário, como muitas vezes acontece³⁴.

Nesse contexto que deve ser entendido o fenômeno da judicialização da política ou politização do judiciário, pois, diante da omissão do Legislativo e do Executivo, pode o Judiciário atuar no sentido de dar efetividade aos direitos fundamentais ditos “meramente programáticos” e de “eficácia limitada”³⁵.

O Princípio da Separação de Poderes ganha uma nova roupagem, na qual o Poder Judiciário amplia sua participação no processo de concretização do Estado Democrático de Direito, haja vista que a ele compete viabilizar a promoção da legitimação do Estado democrático pelo procedimento da cidadania.

Exige-se um incremento quanto à postura do juiz diante do texto normativo, bem como, do caso concreto e “dos elementos fáticos que são igualmente interpretados e que, na realidade, integram necessariamente o processo de densificação normativa ou de aplicação do direito”, como resultado da aplicação das

³⁴ Cf. STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.13-49.

³⁵ Cf. CITADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In VIANNA, Luiz Werneck (Org). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p.17-42.

doutrinas de Konrad Hesse, Robert Alexy, Friedrich Müller, Ronald Dworkin, J.J. Canotilho e Paulo Bonavides, dentre vários outros³⁶.

A conclusão é que: “(...) a noção de Estado de Direito configura uma das mais notórias construções jurídicas e teóricas da modernidade, mas que ultrapassa os limites de seu tempo para constituir-se, também, em um dos mais importantes referenciais da democracia em nossos dias”³⁷.

A demanda do paradigma democrático implica na construção do direito à luz da compreensão comum e moral do justo sem abrir mão do ideal da segurança nas relações jurídicas intrincadas. A teoria adequada ao Estado Democrático de Direito é resultante da aproximação da prática interpretativa de textos constitucionais exercida na jurisdição constitucional³⁸ com a inserção de princípios nos textos das Constituições modernas, convertendo-os em pautas valorativas, norteadoras e legitimantes, com hegemonia sobre as demais fontes normativas. Assim, consolida-se “a ‘era dos princípios’” — que introduzem o mundo prático no direito, institucionalizando a moral no direito a partir de sua construção democrática (Constituições compromissárias e dirigentes)”³⁹.

O conceito “Estado” (de Direito) indica e descreve uma forma de ordenamento político e institucionalização do poder surgida da Europa a partir do século XV até os fins do século XVIII ou início do XIX, na base de pressupostos e motivos específicos da história europeia ocidental e que, após esse período e ainda mais com o fenômeno da globalização, estendeu-se para todo o mundo civilizado ocidental, inclusive para a América Latina e, no nosso caso especial, para o Brasil.

Nas últimas décadas do século XX, vivenciou-se um processo de mutações ainda maior onde o capitalismo impera, o socialismo se extingue e um novo

³⁶ Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. In *Revista de Direito Comparado*, Belo horizonte, maio/1999, n.3, p.478.

³⁷ *Ibid.*, p.292.

³⁸ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 146; PIMENTA, Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 126.

³⁹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.116.

fenômeno, a globalização, dita novas fórmulas de mercado com a crescente internacionalização da economia, o alargamento de fronteiras, a tecnologia, etc.

É nesse contexto que o liberalismo, depois de um período de crise, passa ao neoliberalismo como estratégia de enfrentamento da crise do petróleo de 1973 e que a globalização apregoa uma nova forma de capitalismo: já não mais produtivo e industrial, mas sim financeiro e virtual⁴⁰. É como se a economia, que era regulada pela política intervencionista do Estado, se tornasse, na globalização, autônoma com relação a tal intervenção, ou seja, autônoma de qualquer controle político e/ou social. Mas não apenas isso. Ela se torna autônoma e, ao mesmo tempo, ela, a economia, é que regula a política. Não mais o contrário!

Deste modo, o Estado Democrático de Direito passa por mutações, sendo um período de crise de identidade do mesmo, onde a necessidade de adaptação aos reflexos da globalização faz com que os pilares do Estado entrem em colapso. Há um conflito do Estado-Nação, do Estado que se confunde com suas fronteiras, do Estado social, do Estado pseudo-intervencionista, do Estado empreendedor, com as atividades econômicas neoliberais do capitalismo financeiro; com as mudanças cada vez mais rápidas, o Estado vem se tornando mínimo, havendo um enxugamento forçado da máquina estatal; o intervencionismo dá lugar às iniciativas privadas e a privatização impera; os mercados comuns atraem cada vez mais países, formando blocos gigantescos de livre circulação de mercadorias, de moeda e de pessoas; a legislação nacional tem de se adaptar cada vez mais às leis e às organizações internacionais⁴¹.

Na verdade, esta nova era mundial foi estrategicamente planejada como uma saída neoliberal ao liberalismo tradicional e sua economia capitalista de produção que vinha amargurando baixas taxas de crescimento econômico. Além disso, havia uma forte estagnação dos monopólios dos países centrais que passaram a necessitar de novos mercados e da internacionalização da produção.

⁴⁰ Cf. BOLZAN, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

⁴¹ Cf. MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2007. p.158-164.

Tal estratégia foi facilitada a partir da queda do muro de Berlim, que não oferecia mais o perigo da guerra fria. Ademais, os governos passaram a agir sob forte influência de organismos internacionais como Fundo Monetário Internacional (FMI), Banco Mundial e Organização Mundial do Comércio (OMC). É nesse sentido que a economia tornou-se independente e autônoma com relação à política e que o pensamento “único” tornou-se hegemônico, tendo gente até que defendeu o “fim” das utopias e o “fim” da história⁴².

Santos destaca os principais traços desta nova economia mundial: economia dominada pelo sistema financeiro e pelo investimento à escala global, processos de produção flexíveis e multilocais, revolução nas tecnologias de informação e comunicação, desregulação das economias nacionais, preeminências das agências financeiras multilaterais.

Ele também resume as implicações destas transformações para as políticas econômicas nacionais que são traduzidas pelas seguintes exigências: as economias nacionais devem abrir-se ao mercado mundial e os preços domésticos devem adequar-se aos preços internacionais; deve ser dada prioridade à economia de exportação; as políticas monetárias e fiscais devem ser orientadas para a redução de inflação e da dívida pública; o setor empresarial do Estado deve ser privatizado; a tomada de decisão privada, apoiada por preços estáveis, deve ditar os padrões nacionais de especialização; a mobilidade de recursos, de investimentos e dos lucros; a regulação estatal deve ser mínima; deve reduzir-se o peso das políticas sociais no orçamento do Estado, reduzindo o montante das transferências sociais, eliminando sua universalidade⁴³. Todo o debate sobre terceiro setor e responsabilidade social deverá levar muito a sério essas transformações da política no cenário da globalização neoliberal.

Nesse sentido que, a respeito das (contra) reformas do Estado, ou seja, do avanço do terceiro setor, das privatizações, dos incentivos fiscais, do voluntariado e da responsabilidade social, destaca Montaño:

⁴² Cf. GUÉHENNO, Jean-marie. *O futuro da liberdade: a democracia no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p.5-20.

⁴³ Cf. SANTOS, B. S. (Org.). *A globalização e as ciências sociais*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

A verdadeira motivação desta (contra-)reforma [o autor refere-se às reformas levadas a cabo pelo MARE — Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e lideradas pelo então ministro Bresser Pereira, no governo FHC] (...) é, por um lado, a diminuição dos custos desta atividade social — não pela maior eficiência destas unidades, mas pela verdadeira precarização, focalização e localização destes serviços, pela perda das suas dimensões de universalidade, de não-contratualidade e de direito do cidadão —, desonerando o capital; por outro lado, o retiro destas atividades do âmbito democrático-estatal e da regência conforme o direito público, e sua transferência para o âmbito e direito privados (independentemente de os fins serem privados ou públicos), e seu controle seguindo os critérios gerenciais das empresas, e não uma lógica de prestação de serviços e assistência conforme um nível de solidariedade e responsabilidade sociais. (...) É neste terreno que se inserem as “organizações sociais”, o “voluntariado”, enfim, o “terceiro setor”, como fenômeno promovido pelos (e/ou funcional aos planos dos) governos neoliberais, orientados para a América Latina no Consenso de Washington⁴⁴.

O neoliberalismo, que ganha seu apogeu com a globalização econômico-financeira, é causa e efeito de transformações no Estado e na economia. Os Estados, ao tentarem se adaptar ao novo contexto, acabam tendo que dividir sua soberania com outros atores internacionais, principalmente as organizações econômicas. As empresas multinacionais acabam muitas vezes por mandar e desmandar nos governos de alguns países mais fragilizados e dependentes. Nesse caso não é mais a política que manda na economia, mas sim a economia que manda na política. Quem perde? A democracia e a cidadania!⁴⁵

A desregulamentação modificou os mercados financeiros: ampliou a livre circulação de capitais, acelerou a concentração e centralização de empresas e também a expansão das atividades especulativas, monetárias e financeiras internacionais. Provocou uma regressão social generalizada. Em nome da competitividade da economia nacional, que exige a redução do custo do trabalho, foram introduzidas regras que facilitam as demissões e precarizam o vínculo empregatício de uma parcela crescente de trabalhadores. A "redução do Estado" significará para os trabalhadores a perda dos direitos sociais e trabalhistas e uma situação geral, de forte desemprego e trabalho informal, o que irá repercutir no déficit previdenciário e na crise fiscal.

⁴⁴ Cf. MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2007. p.47-48; cf. também SIMM, Zeno. *Os direitos fundamentais e a seguridade social*. São Paulo: LTr, 2005. p.80-81.

⁴⁵ Cf. GONÇALVES, Reinaldo. *O nó econômico*. Rio de Janeiro: Record, 2003. p.7-25.

Os Estados nacionais, que por quase todo o século passado tinham como um dos seus principais objetivos a promoção do bem-estar social e econômico da nação e era um instrumento de defesa desta, foi se enfraquecendo na medida em que avançava o processo de globalização ou de transnacionalização, reduzindo a proteção externa de suas economias, adaptando-as com as economias mundiais e diminuindo a sua capacidade de controlar os fluxos de pessoas, bens e capital.

Com a nova economia global, o Estado viu dismantelado seu patrimônio através das privatizações, inclusive naqueles setores estratégicos ao desenvolvimento econômico de cada país como os bancos, energia elétrica e das comunicações. Suas reservas cambiais evaporaram na tentativa de manter a estabilidade da moeda, o parque industrial doméstico sofreu grande choque com a abertura da economia e, para manter os títulos públicos atrativos ao capital externo especulativo, os juros fixaram-se a altas taxas, fazendo com que o desemprego atingisse patamares insuportáveis⁴⁶.

Na medida em que os Estados nacionais já não são mais o único sustentáculo dos sistemas econômicos, estes se encontram com um elevado grau de exposição e vulnerabilidade. Estão submetidos às tensões e crises de funcionamento que movem os mercados globais.

Com a transnacionalização da regulação estatal na economia e suas várias reformas políticas do Estado, como a de estabilização macroeconômica e de ajuste estrutural, exigiu-se mudanças legais e institucionais de grande porte, pois elas surgiram após um longo período de intervenção estatal na economia e no campo social. Por isso essa diminuição do Estado é obtida através da forte intervenção estatal. É o paradoxo da desregulamentação feita através de regulamentação, provando que, seja no Estado Liberal, seja no Estado Social e seja no Estado Democrático de Direito, sempre houve intervenção estatal. O que muda é apenas sua direção, seu sentido e sua finalidade.

O plano de [des]ajuste contava de três fases: a) a primeira, dirigida à *estabilização macroeconômica*, persegue o superávit fiscal, reduzindo o déficit da balança comercial e reestruturando (desmontando) o sistema

⁴⁶ Cf. SANTOS, B. S. (Org.). *A globalização e as ciências sociais*. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2002.

previdenciário; b) a segunda, dedicada às *reformas estruturais*, tem por objetivo a liberalização financeira e comercial, a desregulamentação dos mercados e a privatização das empresas estatais; c) a terceira, definida como retomada dos investimentos e do crescimento econômico⁴⁷.

O paradoxo está na seguinte questão: a desregulamentação é feita via regulamentação. Desregular implica numa intensa ação regulatória⁴⁸. A redução dos impostos, um dos postulados essenciais do neoliberalismo e principal promessa eleitoral de governos neoliberais, resultou num mito. Está provado que nenhum governo conseguiu reduzir a carga fiscal (soma de impostos e contribuições sociais em relação ao PIB).

Na realidade, a promessa de "menos Estado = menos impostos", serviu apenas para ocultar um deslocamento da carga fiscal dos ricos para a grande massa de consumidores, aumentando a parte dos impostos indiretos e diminuindo os impostos das empresas. Desse modo, foram liberadas grandes somas em dinheiro, canalizadas para aplicações financeiras nos mercados liberalizados, abertos para a especulação.

A promessa de redução dos gastos do governo também resultou num mito. O gasto público aumentou em todos os países. Para os países mais desenvolvidos, o gasto público é um instrumento de modernização tecnológica e econômica, além de instrumento de estratégia política internacional.

Com a hegemonia do neoliberalismo e suas políticas ortodoxas de restrição fiscal e reformas do Estado Social, produz-se a precarização, focalização,

⁴⁷ Cf. MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2007. p.30.

⁴⁸ "Por isso que, na verdade, os que pretendem *desregular* a economia nada mais desejam, no fundo, senão uma mudança nas técnicas de regulação, de modo a elevar a eficácia reguladora da atuação estatal sobre o domínio econômico — e isso, em especial, através de procedimentos *desreguladores*. A *desregulação* de que se cogita, destarte, em realidade deverá expressar uma nova estratégia, instrumentada sobre novas fórmulas, de *regulação*. Desde essa perspectiva pretender-se-ia *desregular* para melhor *regular*. Nisso se explica, aliás, o processo de *desjuridificação* de determinadas macrossituações econômicas, tais quais as relativas à manipulação do volume global de moeda em circulação, da oferta de emprego, etc. Ademais, é necessário não esquecer que, paradoxalmente, embora imprescindível à viabilização da fluência da circulação mercantil, a *legalidade*, desde os albores do Estado de Direito, constitui um obstáculo à ação da Administração — o que impôs a institucionalização da noção de *discricionariedade*, a dinamização de 'ordens de necessidade' e a exceção". Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.45.

localização, privatização e flexibilização dos direitos sociais, ao contrário de sua universalidade e caráter público. Assim, tem-se como resultado uma nova exclusão, novas desigualdades, aumento do desemprego e da pobreza.

Se a questão social era dever do Estado, agora, com o pensamento único neoliberal, ela passa a ser transferida e descentralizada para o setor privado ou para o chamado terceiro setor. Não mais o Estado deve responder com políticas sociais à questão social, mas sim a família, a comunidade e as instituições privadas ou não de caráter filantrópico, dentre elas as empresas.

A ênfase neoliberal no individualismo, junto com a rejeição do social, longe de potencializar uma individualidade livre e soberana, tem servido de camuflagem ideológica para a destruição de solidariedades fundadas na condição salarial, corroída atualmente pelo processo de segmentação do mercado de trabalho e da precarização da relação contratual e nas diversas formas de convivência social hoje sujeitas a processos de mercantilização e privatização.

Toda essa mistificação é uma decorrência lógica da incoerência e do conflito que a ideologia do neoliberalismo pretende camuflar: a super concentração do poder econômico, político e até cultural nas mãos de uma parcela reduzida da sociedade e a realidade crua de um mundo cada vez mais dividido, miserável e desigual, realidade da qual não escapa o Brasil, no entanto, apresentando suas particularidades.

1.4 CONTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E (CONTRA-)REFORMA DO ESTADO

No Brasil, especialmente a partir dos anos 40, o Estado atuou como principal agente da industrialização capitalista. Atualmente, ele é associado-dependente dos centros hegemônicos do capitalismo globalizado. As causas e modalidades da

intervenção do Estado na economia brasileira podem ser classificadas em três grandes fases⁴⁹.

A primeira fase, estatização da economia brasileira (anos 50-60), respondia ao interesse das elites dominantes de manter sob controle setores estratégicos como energia e garantir infra-estrutura básica, carente de investimentos privados por serem de alto risco e de demorado retorno.

A segunda fase (1964-1974) foi realizada pela ditadura militar-tecnocrática, objetivou a transformação de repartições ou autarquias em empresas estatais fornecedoras de serviços públicos (água, esgoto, rodovias, portos, aeroportos, correios, comunicações), necessários para garantir a industrialização.

A terceira fase corresponde à chamada socialização dos prejuízos de empresas privadas, quando o Estado protetor dos ricos cuida de empresas e bancos privados falidos. O crescimento econômico dos anos 70 foi protagonizado, em grande medida, pelas empresas públicas, responsáveis por uma grande quantidade dos investimentos em áreas de risco e de forte intensidade de capital.

A recessão econômica iniciada nos anos 80 coincidiu, e não casualmente, com a queda gradativa do investimento público e com a renúncia a um tipo de desenvolvimento nacionalmente integrador e socialmente menos excludente.

A partir de 1990, a onda neoliberal privatizadora reduziu drasticamente o peso da empresa pública na economia e redirecionou a intervenção do Estado na economia, orientando-a de modo que cada vez mais exclusivo ao fortalecimento das grandes empresas privadas, através de uma série de medidas destinadas a garantir altas taxas de rentabilidade e concentração de capital financeiro.

O pensamento dominante da globalização neoliberal declara obsoletas as chamadas "razões estratégicas" que outrora legitimaram o monopólio público sobre os recursos naturais e as infra-estruturas básicas da economia. Em nome da eficiência, mais suposta do que real, da empresa privada, abandona-se até a própria idéia de um desenvolvimento econômico e social, capaz de reduzir as múltiplas

⁴⁹ Cf. MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2007. p.30-48.

dependências (financeira, tecnológica, comercial, cultural e política) dos centros dominantes do capitalismo globalizado.

Igualmente, o novo estilo (empresarial ou de gestão) de fazer política social, conquistado a partir de reformas constitucionais sugeridas por organizações internacionais e pelo pensamento neoliberal, transferia para a esfera comercial as demandas sociais dos menos favorecidos. Através de fórmulas supostamente modernas, como a "Comunidade Solidária", a responsabilidade social e o terceiro setor e outros projetos assistencialistas, esvaziou-se de significado social o conceito moderno de Direitos Humanos e Direitos Sociais da pessoa humana, rebaixados à categoria de caridade ou assistencialismo filantrópico. A solidariedade passa de uma obrigação universal para uma opção pessoal.

O papel do Estado está sendo reduzido de forma drástica são nas medidas estatais destinadas a atender demandas sociais dos menos favorecidos, ou seja, em responder à questão social. O principal dilema brasileiro pode ser expresso assim: quanto mais necessidade de um Estado forte, menos Estado temos. Ou seja:

(...) o problema no Brasil não é a existência de um Estado social 'protecionista', mas sua inexistência, ou, pelo menos, seu precário desenvolvimento, não é a forte presença do Estado, mas sua privatização o que constitui o problema central. Não casual, porém de forma paradoxal, justamente no momento em que se tece, a partir da Constituição de 1988, um projeto que esboça certo Estado Providência, de Bem-Estar Social, os setores ligados ao grande capital, orientados pelo Consenso de Whashington e apoiados pela 'esquerda cooptada', tentam liquidá-lo mediante uma 'reforma gerencial' — uma *contra-reforma*⁵⁰.

Nesse mesmo sentido, afirma Streck:

É este, pois, o dilema: quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais, se encolhe! Tudo isso acontece na contramão do que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, *que aponta ara um Estado forte, intervencionista e regulador*, na esteira daquilo

⁵⁰ Cf. MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2007. p.41-42.

que, contemporaneamente, se entende como Estado Democrático de Direito”⁵¹.

A necessidade da reforma gerencial, ou seja, da contra-reforma vem da suposta constatação da ineficiência da máquina administrativa para prestar diretamente os serviços de interesse social, aliado aos custos excessivos para a sua manutenção, fez com que fosse iniciado, no mundo contemporâneo, uma série de transformações, com a finalidade de reduzir a atuação direta do Estado, repassando-se à iniciativa privada atividades que, por sua natureza, poderiam ser executadas por particulares.

Surge a idéia de Estado como essencialmente regulador e não executor. As atividades que permanecerem sob a sua responsabilidade deverão ser preferencialmente executadas de forma descentralizada, com a contratação de entidades ou empresas privadas, de modo a que o Estado apenas mantenha suas funções de ente soberano. É uma volta ao passado, ou seja, aos padrões do Estado mínimo que existiu no Estado Liberal de Direito. Só que, agora, não se trata mais do liberalismo, mas sim do neoliberalismo e no contexto da globalização financeira.

Porém, isso não poderia ocorrer de modo absoluto, pois, como a experiência do Estado Liberal já havia mostrado, algumas atividades não poderiam ser adequadamente desempenhadas pelo particular. Cumpre ao Estado fomentar e regular estas atividades (e nada mais!), fornecendo os instrumentos necessários ao seu desempenho.

É sabido que o Estado atualmente não tem condições de monopolizar a prestação direta, executiva, de todos os serviços sociais de interesse coletivo. Estes podem ser executados por outros sujeitos, como associações de usuários, fundações ou organizações não governamentais sem fins lucrativos, sob acompanhamento e financiamento do Estado. Não prover diretamente o serviço não quer dizer tornar-se irresponsável perante essas necessidades sociais básicas. Não se trata de reduzir o Estado a mero ente regulador. O Estado apenas regulador é o Estado Mínimo, utopia conservadora insustentável ante as desigualdades das sociedades atuais. Não é este o Estado que se espera resulte das reformas em curso em todo mundo. O Estado deve ser regulador e promotor dos serviços sociais

⁵¹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.27.

básicos e econômicos estratégicos. Precisa garantir a prestação de serviços de saúde de forma universal, mas não deter o domínio de todos os hospitais necessários; precisa assegurar o oferecimento de ensino de qualidade aos cidadãos, mas não estatizar todo o ensino. Os serviços sociais devem ser fortemente financiados pelo Estado, assegurados de forma imparcial pelo Estado, mas não necessariamente realizados pelo aparato do Estado⁵².

A moderna administração pública mantém a centralização governamental nos Poderes Políticos — Executivo e Legislativo —, que deverão fixar os preceitos básicos, metas e finalidades da Administração Pública, porém, exige maior descentralização administrativa, para a consecução desses objetivos. O Estado transita daquele produtor e prestador de serviços para dar espaço ao seu papel regulador, o que ocasiona necessariamente um considerável aumento da função reguladora.

O atual contexto das grandes tendências mundiais relacionadas à globalização, progressos na tecnologia da informação e emergência da sociedade civil organizada, levou à concepção de um novo papel do Estado, que passa de produtor direto de bens e serviços para indutor e regulador do desenvolvimento. Assim, o Poder Público passou a atuar no fomento da prestação de atividades de interesse público por particulares e na regulação e fiscalização dos serviços públicos, descentralizando a sua realização através de contratos de gestão, permissões e concessões ao setor privado.

Retoma-se, pois, a noção de subsidiariedade, a qual, por sua vez, tem como princípio a parceria entre o Poder Público e a sociedade civil organizada. No modelo de Estado Subsidiário, o Poder Público deixa à iniciativa privada a realização das atividades econômicas, reservando para si aquelas de que participa ou nas quais intervém somente em setores essenciais ou indelegáveis, para cujo desempenho a iniciativa privada se apresenta deficiente. O Estado Subsidiário se concretiza através de instrumentos de desestatização, que pode ocorrer através de três mecanismos principais: privatização, publicização e terceirização⁵³.

⁵² Cf. MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. In *Interesse Público*, v. 01, 1999. p. 31-46.

⁵³ Cf. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p.1-34.

O movimento reformista do mundo contemporâneo, gerado a partir da constatação de que o modelo intervencionista do Estado de Bem-Estar Social não poderia subsistir, também atingiu o Estado Brasileiro. O modelo intervencionista gerou um crescimento da dívida, o que estrangulou o Estado, que, como conseqüência, não conseguiu mais manter o mesmo nível de investimento. Assim, o Brasil vem se desprendendo das amarras do monopólio estatal, resquício de modelos interventores, de que são exemplos do período governista de Getúlio Vargas e mais recentemente do regime militar, para adequar-se a uma nova forma de Estado, baseada em um modelo mediador e regulador.

O intervencionismo estatal começou a ruir na época do governo do Presidente Fernando Collor, quando começam os primeiros movimentos mais concretos no sentido da desestatização. As leis começam a ser flexibilizadas e a intervenção estatal começa timidamente a cair. Com o *impeachment* de Collor em 1992, o governo Itamar Franco, mais timidamente do que o ex-presidente, continua com este processo. Em 1994, a desestatização começa a tomar contornos mais definidos com as políticas desenvolvidas pela equipe do Presidente Fernando Henrique Cardoso⁵⁴.

Na onda dos reformismos neoliberais, lançou-se mão de emendas constitucionais, alterações da legislação administrativa, privatizações, abertura comercial, política monetária voltada à estabilidade da moeda e atração de investimentos estrangeiros. Com isso a Administração Pública deixaria de se responsabilizar pela produção de bens e serviços e assumiria a função de promover e regular o desenvolvimento.

Nesta nova fase de prestação dos serviços públicos, o Estado brasileiro deixou de ser um Estado executor, que atuava na ordem econômica por meio de pessoas jurídicas a ele vinculadas (intervenção, monopólio) e passa a ser um

⁵⁴ “A substituição do modelo de economia de bem-estar consagrado na Constituição de 1988 por outro, *neoliberal*, não poderá ser efetivada sem a prévia alteração dos preceitos contidos nos seus arts. 1º, 3º e 170. Em outros termos, essa substituição não poderá ser operada sub-repticiamente, como se os nossos governos pretendessem ocultar o seu comprometimento com a ideologia neoliberal. À luz dessa verificação cabe cogitarmos da relação de compatibilidade ou incompatibilidade entre a Constituição de 1988 e o programa de governo *neoliberal* introduzido por Collor e retomado por Fernando Henrique (...)”. Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.37.

"Estado Regulador", que, de acordo com a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 174, fixa as regras disciplinadoras da ordem econômica, exercendo o papel de fiscalização.

A principal mudança para a população com este recém-chegado modelo é a nova maneira de prestação de serviços públicos. Estes podem se dar de duas formas, direta ou indireta. O processo de desestatização caracterizou-se pelo incremento da prestação indireta, pois aumentaram as delegações destes serviços.

A grande reforma gerencial ocorrida no Brasil nas décadas de oitenta e noventa divide-se em três: (1) reforma institucional: instituição das agências; (2) reforma cultural: mudança da mentalidade burocrática para a mentalidade gerencial e (3) reforma de gestão: o cidadão torna-se um cidadão-consumidor-cliente⁵⁵.

Se o Brasil realmente quiser ser considerada uma Nação sustentável, deverá enfrentar de modo universal, constitucional e democrático suas desigualdades, suas exclusões, suas pobreza e seus desempregos. Só dessa forma os direitos humanos, cujo fundamento é a dignidade da pessoa humana, serão respeitados. Tal enfrentamento depende de um Estado Democrático e Constitucional não apenas regulador, mas sim dirigente e interventor, exatamente o contrário do que se está vivenciando atualmente no cenário nacional e mundial de hegemonia do pensamento neoliberal.

Para dar conta do tema proposto na presente pesquisa depois da exposição do contexto do Estado de Direito, aborda-se, a partir de agora, a ordem econômica, os incentivos fiscais e a responsabilidade social.

⁵⁵ Cf. MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2007. p.42.

2 INTERPRETAÇÃO CRÍTICA DA ORDEM ECONÔMICA

No capítulo anterior, apresentou-se o contexto das versões e transformações do Estado de Direito, desde o Estado Liberal de Direito até o Estado Democrático de Direito, passando pelo Estado Social de Direito. Além disso, constataram-se também as reformas pelas quais, no cenário da globalização e do neoliberalismo, as liberdades e as garantias fundamentais previstas na Constituição de 1988 estão passando, determinando a contra-reforma do constitucionalismo dirigente.

Nesse contexto é que a interpretação crítica da ordem econômica deve ser apresentada, como meio de debater seus fundamentos, seus princípios e finalidades, de modo a que seja esclarecida a questão de que, no Brasil, mesmo em virtude do programas neoliberais de Fernando Collor, de Fernando Henrique Cardoso e, em parte, de Lula, que quiseram implantar um modelo de gestão empresarial e que desmontaram o Estado transferindo competência para o terceiro setor, o constitucionalismo dirigente ainda não morreu e está longe do fim.

2.1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA

Existe uma enorme polêmica em torno das expressões “ordem econômica” e “constituição econômica”. Assim, a expressão *ordem econômica constitucional* pode ser entendida como conjunto de princípios e regras jurídicas que, funcionando harmonicamente e garantindo os elementos conformadores de um sistema econômico, instituem uma forma de organização e funcionamento da economia⁵⁶.

⁵⁶ Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.64.

Silva Neto conceitua ordem econômica como "o plexo normativo, de natureza constitucional, no qual são fixadas a opção por um modelo econômico e a forma como deve se operar a intervenção do Estado no domínio econômico"⁵⁷.

Já a Constituição econômica é o segmento da Constituição que trata dos princípios e regras fundamentais da ordem econômica. Segundo Vital Moreira⁵⁸, a ordem econômica constitui-se de "todas as normas ou instituições jurídicas que têm por objeto as relações econômicas". Desta maneira, pode-se concluir que a ordem econômica é muito mais extensa do que a Constituição econômica, pois só algumas normas possuem caráter fundamental e se inserem, pois, no corpo da Constituição.

A despeito da opinião de Vital Moreira, Grau afirma que há uma proximidade entre as expressões "ordem econômica" e "Constituição econômica", dividindo ambas nos seus aspectos material (ser) e formal (dever ser)⁵⁹. Faz isso para restringir sua análise à ordem econômica entendida no sentido normativo do dever ser, e não no sentido econômico de uma ordem econômica no mundo do ser, empírico, de fato. Concordamos com Grau quando, diante dessa polêmica de expressões em torno do constitucionalismo dirigente, ele afirma:

Pretendo, neste ensaio, construir uma contribuição para a crítica do tratamento *normativo* conferido, *no nível constitucional — no nível de uma Constituição dirigente —*, às relações econômicas travadas no bojo de uma determinada economia. Crítica de um determinado direito, note-se, visto que não há que falar em do direito, senão dos direitos. Nada impede que o faça, de modo proficiente, ainda que no texto empregando a expressão "ordem econômica" (...)⁶⁰.

A polêmica em torno da ordem econômica apenas é possível porque, num determinado momento da história do constitucionalismo a economia entra nas Constituições e o Estado, neste caso o Estado Social de Direito, passa a ter necessidade de intervir nesse setor da ordem social, pois as contradições do próprio

⁵⁷ Cf. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: LTr, 2001. p.135.

⁵⁸ Cf. MOREIRA, Vital. *Economia e constituição: para o conceito de Constituição econômica*. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 1979. p.67.

⁵⁹ Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.64.

⁶⁰ *Ibid.*, p.73.

sistema capitalista tornaram seus postulados negativos e as desigualdades sociais produzidas por ele mesmo insustentáveis. Para Horta:

O constitucionalismo clássico, em suas diversas manifestações nos séculos XVIII e XIX, comportou-se dentro do modelo constitucional de duas dimensões — a organização dos poderes e a Declaração dos Direitos e Garantias Individuais — e as regras fragmentárias de natureza econômico-social que nele afloraram não alcançaram a estruturação sistematizada do ordenamento econômico, matéria ignorada nos textos daquele constitucionalismo. A Constituição refletia o liberalismo político econômico⁶¹.

Para o mesmo autor, as Constituições do México e da Alemanha⁶² inauguraram novo período constitucional, o do constitucionalismo moderno ou dirigente, uma vez que "refletem mutação operada na posição do Estado e da Sociedade em relação à atividade econômica, abandonando a neutralidade característica do Estado Liberal, para incorporar a versão ativa do Estado intervencionista, agente regulador da economia"⁶³.

O surgimento e consolidação da intervenção do Estado representaram um grande avanço nas relações sociais e para a justiça social. Não superou o Estado Liberal burguês, mas deixou-o com outra feição. Como escreve Canotilho, foi "uma evolução na compreensão das relações entre Estado de Direito e Estado Social que se pode detectar naqueles autores que procuram interpretar as novas realidades do Estado intervencionista mediante a afinação do sistema conceitual liberal"⁶⁴.

⁶¹ Cf. HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.252; cf. também MATEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Trad. Francisco Javier Ansuátegui; Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 1998

⁶² Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.27, quando afirma o seguinte: "Mítica foi a Constituição Mexicana, de 1917, dedicando um longo capítulo à definição de princípios aplicáveis ao trabalho e à previdência social, sem porém institucionalizar os direitos que enunciou — atribuiu ao Congresso da União a emissão das leis que o fariam. A Constituição de Weimar, de 1919, é também programática. Nela e na do México, ademais, a evidência do projeto ideológico que contemplam, de amortecimento dos conflitos de classes, é flagrante. Cf., nesse sentido, WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei; temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p.13-29.

⁶³ Cf. HORTA, Raul Machado. *Op. Cit.*, p.254; cf. também ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado providência*. Goiânia: UFG, 1997 e GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1987.

⁶⁴ Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional*. 6. ed., Coimbra: Almedina, 1995. p.393.

A intervenção do Estado é resultado de uma doutrina que representou a reação contra o liberalismo ortodoxo e que passou a admitir a participação direta e efetiva dos órgãos estatais para a efetivação de políticas econômicas e sociais destinadas a garantir iguais oportunidades a todos os cidadãos, tendo sofrido muitas variações durante os três últimos quartos do Século XX.

As relações entre Estado de Direito e Estado Social pode ser observada quando se procura justificar a intervenção do Estado como uma forma de atualização do Estado Liberal, defendendo que a regulação e intervenção do Estado eram adequadas enquanto representassem a prestação de serviços públicos essenciais e a manutenção de empresas públicas destinadas a movimentar a engrenagem capitalista e a fortalecer o mercado.

Então, mesmo no Estado Liberal, a intervenção existia, mesmo que seu conteúdo fosse negativo. Nesse sentido que se afirma a existência do paradoxo da desregulamentação, pois, mesmo aí, está presente de algum modo a regulamentação dentro de certos parâmetros e prioridades de intervenção.

O problema principal seria garantir que o Estado não passasse para uma posição arbitrária na gestão dos serviços sociais e na sua intervenção na economia. Foi assim que as teses da reserva legal e do regime democrático passaram a ser essenciais ao controle da atividade estatal.

A idéia de que um mínimo de Estado corresponderia a um máximo de liberdade restou ultrapassada ou superada. Bonavides afirma que “sem Estado social e sem Constituição, não há como criar a ordem econômica e social de uma democracia pluralista, mormente na sociedade de massa do século XX”⁶⁵.

Pode-se utilizar um conceito de Estado que alie bem-estar e democracia como síntese para a tese da intervenção estatal. Canotilho escreve que “aponta-se para um equilíbrio [frágil!] entre os dois conceitos — Estado de Direito e Estado Social —, pois a liberdade é inconcebível sem um elevado grau de solidariedade e de igualdade social, e, por outro lado, o progresso social, o desenvolvimento

⁶⁵ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.225.

econômico e a proteção das classes mais desfavorecidas deve fundamentar-se no respeito pelo Estado de direito constitucional”⁶⁶.

Mas será possível um equilíbrio da briga dualista entre liberdade e justiça ou entre liberdade e igualdade ou do conflito existente entre os direitos humanos fundamentais civis e políticos (chamada questão individual) e os direitos humanos fundamentais sociais, culturais e econômicos (chamada questão social)? Canotilho acredita que sim, é possível tal equilíbrio. E ele ganha a estrutura institucional do Estado Democrático de Direito.

Foi produzida uma adaptação e conciliação do sistema econômico de maneira que, mesmo mantendo-se a maioria da atividade no âmbito da iniciativa privada, o Estado passou a exercer um importante papel como orientador, regulador, motivador e diretor da economia. Assim as Constituições passaram a admitir, expressamente, um relevante papel do Estado na configuração da ordem econômica e social.⁶⁷.

A restrição da atuação estatal na esfera privada preconiza os fundamentos da livre iniciativa e da livre concorrência como a faculdade de acesso ao mercado, ao exercício das atividades econômicas, sem a necessidade de autorização prévia do poder público e a possibilidade de conquistar faixas de mercado da forma que for mais conveniente, sempre tendo em vista os limites legais⁶⁸.

O abandono das amarras liberais foi marcado, em um primeiro momento, por uma intensa intervenção estatal nas relações econômico-sociais e pela direção do funcionamento e da organização da economia, tudo em busca da consolidação do capitalismo às custas do recém fundado Estado de Bem-Estar Social.

Da década de 70, o Estado de Bem-Estar Social teve os seus “anos gloriosos”, que terminou na ocasião da crise energética, época das crises do Estado

⁶⁶ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999. p.394. Complemento meu.

⁶⁷ Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990. p.26.

⁶⁸ Cf. CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p.51.

Social, em especial a crise fiscal. Em resposta a tal crise aparecem as políticas neoliberais⁶⁹.

Mas a intervenção não é estranha ao neoliberalismo, porque os grupos econômicos esperam do Estado intervenção em seu favor como, por exemplo, no sentido de que cabe ao Estado a atração de investimentos com eficiente infraestrutura. Logo, a adoção de políticas econômicas significa intervenção, que não deixa de existir, apenas sofre alteração nos seus meios e mesmo em seus fins.

Seja no Estado Mínimo ou no Estado Máximo, sempre existe a intervenção; o que muda é a orientação e direção dessa intervenção. Políticas econômicas significam as políticas públicas que tratam de matérias econômicas e constituem o meio pelo qual um governo busca regular ou modificar os negócios econômicos de uma nação.

A adoção de políticas econômicas visa a regulação macroeconômica, ou seja, a racionalização gradual da econômica para que os agentes econômicos (públicos e privados) atuem em favor do interesse social, mas em "harmonia" (frágil!) com seus interesses privados, isto é, sem alteração legal do sistema de apropriação de riquezas. Nesse sentido, usa-se o termo intervenção para significar "atuação em área de outrem — isto é, naquela esfera do privado"⁷⁰. Assim, torna-se possível, a partir da intervenção, um equilíbrio, mesmo que frágil e instável, entre Estado Liberal e Estado Social no contexto do Estado Democrático de Direito.

Assim, com a mediação do Estado Democrático de Direito, a solução de compromisso entre capital e trabalho, o (aparente) paradoxo de criação da Constituição e a inclusão, nela, de valores opostos tornam-se não apenas possíveis, mas normais e aceitáveis. A leitura combinada dos artigos 1º, 3º, 170, 173 e 174 demonstra o paradoxo desses valores e garantias.

Absolutamente todos os incisos do art. 1º entram em colapso com a globalização econômico-financeira. A soberania é atacada com a indeterminação e porosidade das fronteiras territoriais; a cidadania entra em crise com os elevados

⁶⁹ Cf. ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado providência*. Goiânia: UFG, 1997 e GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1987.

⁷⁰ Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.43-74.

índices de pobreza e miséria, tornando elencada a grande maioria da população muito mais na condição de súditos do que na de cidadãos, pois não tem condições materiais de exercer seus direitos de cidadania; o princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo sendo visto como fundamento do ordenamento jurídico nacional, é constantemente vilipendiado e desrespeitado, seja através de violências diretas, seja através de violências simbólicas; da mesma forma que existe uma sub-cidadania, também há uma sub-dignidade; a precarização do trabalho é incompatível com sua valorização social; até mesmo a livre iniciativa é restrita às regras e condições que vêm não se sabe muito bem de onde da esfera internacional e suas organizações econômicas multilaterais, cuja democratização é duvidosa; o pluralismo político também é atacado, pois a crise política imposta pelo pensamento neoliberal único determina uma única política econômica, o que acaba tornando indiferenciado os partidos políticos e seus programas de governo, em especial na parte econômica, ou seja, nas políticas monetária e fiscal.

Como se vê, a globalização e sua acompanhante privilegiada, a política neoliberal, desrespeitam os fundamentos e os objetivos da Constituição. É claro que o desrespeito nunca é confesso, pois da mesma forma ideológica que as reformas de privatização do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE) foram chamadas de “publicização” (sic)⁷¹, aqui as políticas neoliberais serão defendidas até o fim como estratégia de efetivação justamente dos fundamentos da Constituição, quando, na realidade, passam por cima de direitos e garantias que visam proteger esses fundamentos e objetivos.

O mesmo acontece com os incisos do artigo 170, pois a soberania, a função social da propriedade, a defesa do consumidor e do meio ambiente, a redução das desigualdades e o tratamento diferenciado à empresa de pequeno porte sofrem duros ataques com a globalização. Já os artigos 173 e 174 mostram as limitações ao exercício direto do Estado nas atividades econômicas e também seu caráter excepcional, suplementar e subsidiário⁷².

⁷¹ Cf. MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2007. p.48.

⁷² Cf. DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p.235-252.

2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA

A Constituição de 1988 pode ser considerada como marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil, os quais fundamentam uma ordem principiológica e material de direitos. Ela consolida a ruptura com o regime autoritário militar, caracterizado, segundo Flávia Piovesan, "pela supressão de direitos constitucionais, pela hipertrofia do Poder Executivo em relação aos demais Poderes e pelo centralismo federativo na União, em detrimento da autonomia dos Estados"⁷³.

Os princípios jurídicos ou de direito são considerados uma crítica à teoria das fontes tradicionais porque fazem com que a norma seja expandida além da regra, ou seja, os princípios também passam a ser considerados normas e, além disso, fundamentais para a aplicação do direito. Desse modo, não apenas a regra é norma, mas também o princípio. O princípio tem sua normatividade e obriga.

Mas o princípio é diferente da regra. Essa diferença é aquilo que o torna justamente aquilo que é, ou seja, um princípio. Mesmo não sendo regras, eles gozam de uma autoridade suprema.

Dentro dessa crítica da teoria tradicional das fontes do direito, os princípios representam uma abertura do sistema jurídico considerado fechado e completo. Nesse sentido que recuperam o debate sobre as lacunas através de uma abordagem distinta, qual seja, a abordagem que recupera uma dimensão moral, ética, social e política num território antes considerado autônomo e puro. Em outras palavras, eles recuperam a filosofia prática. Nesse sentido de recuperação da filosofia prática que a ciência jurídica tem dado valor aos princípios constitucionais, aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana.

⁷³ Cf. PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, v.45, out-dez 2003. p. 216; cf. também SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007 e LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

O positivismo jurídico sempre considerou o ordenamento jurídico como uma unidade coerente e completa. A unidade era dada pela norma fundamental. A coerência, pelos critérios de solução de antinomias previstos na LICC. A completude, pelas lacunas consideradas como lacunas apenas técnicas, as quais fazem a mágica de incluir no ordenamento, o que antes estava fora.

É como no estado de necessidade ou no que chamam de força maior, exemplos de lacunas, quando algumas normas do sistema jurídico — ou até mesmo o sistema jurídico como um todo — podem ser afastadas com a finalidade de, paradoxalmente, defender as próprias normas do sistema (ou o próprio sistema como um todo)⁷⁴.

As lacunas apenas podem ser consideradas como técnicas quando adotamos a posição positivista de que o direito é sinônimo de lei. Quando não se adota tal posição, as lacunas passam a ser consideradas como lacunas não técnicas, mas sim axiológicas. Só vistas como axiológicas é que as lacunas são desmitificadas, da mesma forma que o ideal de completude e fechamento do direito.

Outro tema polêmico no caso dos princípios e mais especificamente no caso das lacunas — e no caso da interpretação jurídica como um todo — é a arbitrariedade, a discricionariedade e a decisão do intérprete. Isso fica nítido no caso das lacunas, quando afirmam que o intérprete pode “produzir” lacunas com a finalidade de afastar a incidência de algumas normas e decidir *contra legem*. As lacunas, então, servirão como álibi para o não cumprimento da lei.

Ronald Dworkin⁷⁵, na sua teoria dos princípios, afirma que entre a regra e o princípio há uma distinção lógica: a regra tem a estrutura do tudo ou nada e o princípio, a do peso ou importância. O fato é que Dworkin não teria apresentado a teoria dos princípios como uma crítica ao positivismo jurídico se ele soubesse que sua aplicação poderia levar justamente a aquilo que leva o positivismo, ou seja, a decisionismos, discricionariedades e arbitrariedades na interpretação da lei. Foi o

⁷⁴ Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004. p.53-63.

⁷⁵ Cf. CHUEIRI, Vera Karam de. Ronald Dworkin. In BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p.259-263.

contrário. Sua teoria dos princípios evita esses posicionamentos na interpretação da lei⁷⁶.

Os princípios recuperam um velho debate em torno do direito positivo e do direito natural. Defender a transcendência dos princípios com relação ao ordenamento jurídico faz com que ocorra a defesa de princípios extra-ordenamento, o que, necessariamente, leva ao direito natural. Fazer a defesa de que os princípios estão latentes e pressupostos no próprio ordenamento, evita a defesa do direito natural, restringindo o posicionamento exclusivamente ao ordenamento⁷⁷.

Mas se os princípios não vêm de um reino ideal além do ordenamento, onde encontrar seus conteúdos? A resposta está nos direitos humanos fundamentais, pois eles têm servido como conjunto principiológico que compõem o Estado Democrático de Direito. Assim, como fundamento do ordenamento jurídico e como núcleo dos direitos humanos aparece o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido que:

(...) enquanto os princípios gerais do direito se constituíam em uma “autorização” para a discricionariedade (foi para isso que dispositivos desse jaez foram colocados nos Códigos), os princípios constitucionais apresentam-se, contemporaneamente, como um contraponto à essa discricionariedade⁷⁸.

Enfim, tanto a regra como os princípios têm força normativa, ou seja, integram o direito positivo. As regras concretizam os princípios, ou seja, “atrás” de cada regra há um princípio.

Embora não se preste esta circunstância a distinguir os princípios das regras jurídicas, é certo que estas últimas operam a concreção daqueles: as regras são aplicações dos princípios. Daí porque a interpretação e aplicação das regras jurídicas, tanto das regras constitucionais quanto das contempladas na legislação ordinária, não podem ser empreendidas sem

⁷⁶ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.113-115.

⁷⁷ Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.75-122.

⁷⁸ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.113.

que tome na devida conta os princípios (...) sobre os quais se apóiam, isto é, aos quais conferem concreção⁷⁹.

Os princípios constitucionais representam, portanto, uma crítica, primeiro aos princípios gerais do direito e sua função integradora das lacunas do sistema jurídico positivista e, segundo, aos ideais positivistas de unidade, coerência e completude do sistema fechado positivista⁸⁰.

Eles representam a passagem para uma nova teoria das fontes, onde a Constituição ganha supremacia com relação à lei; uma nova teoria das normas, onde a norma é composta da regra e do princípio; e, finalizando, uma nova teoria da interpretação, o atual método dedutivo silogístico da subsunção é substituído por uma nova hermenêutica⁸¹, na qual ocorre uma redefinição do caso concreto, dos princípios e da proporcionalidade (peso e importância dos princípios).

Numa palavra: a “abertura principiológica” deve ser examinada no contexto de ruptura paradigmática com o modelo subsuntivo. O positivismo colocou à disposição da comunidade jurídica o “direito como um sistema de regras”. A consequência disso é que a “faticidade” (o mundo prático) ficava de fora (afinal, foram anos de predominância do positivismo). E, a propósito, não devemos esquecer que os princípios vieram justamente para superar a abstração da regra, desterritorializando-a de seu *locus* privilegiado, o positivismo⁸².

Os princípios formam um conjunto de normas que fundamentam todas as demais normas do nosso ordenamento, razão pela qual estão situados em posição de superioridade e supremacia. Como exemplo desses princípios, pode ser citado o artigo 1º, da Constituição Federal, que eleva à condição de princípio fundamental a livre iniciativa, lado a lado com os valores sociais do trabalho.

A norma constitucional, juntamente com outros que tratam do tema diretamente ou indiretamente, a partir de uma visão sistêmica da Constituição,

⁷⁹ Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.120. Nesse mesmo sentido, ver STRECK. *Op. Cit.*, p.117.

⁸⁰ Cf. STRECK. *Op. Cit.*, p.91-117.

⁸¹ Cf. STRECK. *Op. Cit.*, p.116-117.

⁸² *Id. Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas – Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.174-175.

introduz um modelo econômico baseado na liberdade de iniciativa, que tem por finalidade assegurar para todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, sem exclusões nem discriminações.

Daí entende-se que, independentemente de sua natureza, se pública ou privada, toda a empresa para desenvolver atividade econômica, seja esta indústria ou comércio, ou ainda, prestação de serviços, rege-se pelos princípios constitucionais. Esse é o sentido da Constituição dirigente, ou seja, seu caráter de vinculação com relação à sociedade e ao governo, mesmo com todos os desafios da globalização econômico-financeira.

Mesmo com a globalização econômico-financeira, a Constituição dirigente não morreu. Não chegou ao fim sua força normativa e sua vinculação. Isso porque, mesmo nesse contexto global, existem outros níveis de luta e de relações, tais como: local, nacional, regional, global, etc. Assim, a afirmação de um projeto nacional e de País (Estado Constitucional) é justamente o que nos vai incluir/excluir dessa ou daquela forma naqueles outros níveis. Antes de incompatíveis, eles, soberania redefinida e globalização, são complementares.

A Constituição Federal de 1988 aponta para a estruturação de um sistema econômico descentralizado ao declarar que a ordem econômica é fundada na valorização de trabalho e na livre iniciativa, consagrando os princípios da propriedade privada, ainda que compreendida em sua função social, e da livre concorrência. Mais uma vez deve ser lembrado o paradoxo da defesa, na Constituição, de valores completamente opostos.

Mesmo assim, conforme já foi apresentado na leitura combinada dos artigos 1º, 3º, 170, 173 e 174, da Constituição Federal, os princípios constitucionais da atividade econômica são: direitos fundamentais (propriedade e liberdade), fundamentos da República (soberania, dignidade, valorização do trabalho), objetivos da República (justiça social, redução das desigualdades regionais) e diretrizes de atuação estatal (nos demais casos), de modo que a sua eficácia está condicionada ao exercício da atividade econômica nos termos da norma contida no Art. 170, combinada, de forma una e sistemática, a todos os demais dispositivos, direitos humanos fundamentais e princípios da Constituição que lhe são correlatos.

2.3 FINALIDADES DA ORDEM JURÍDICA INTERVENCIONISTA NA ORDEM ECONÔMICA

A Constituição de 1988 pretendeu redemocratizar o País, após a ruptura com o Regime de 1964. Em seu Preâmbulo, ela já afirmou que o Estado brasileiro é um "Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais". Consagrou, ainda, como valor essencial, a dignidade humana, e incluiu os direitos sociais no Título II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Ela é, nitidamente, uma Constituição dirigente, no sentido de que enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade⁸³.

Neste conceito dirigente, a Constituição não deve apenas limitar o poder e organizar as liberdades. Ao contrário, ela deve traçar as metas e programas que deverão ser progressivamente realizadas pelo Estado e pela sociedade. Por isso que o principal desafio da Constituição dirigente é sua concretização.

A força normativa da Constituição, o controle da liberdade do legislador, a inércia dos poderes Executivo e Legislativo, enfim, todas essas características, bem como as transformações do Estado de Direito no cenário da globalização, fizeram com que emergisse o fenômeno da judicialização da política, que causou muitos questionamentos à ciência jurídica, principalmente no que se refere às relações entre Constitucionalismo, democracia e direitos fundamentais.

Antes da tese de Canotilho, foi publicada, em 1959, a obra de Konrad Hesse⁸⁴, que pretendeu contestar a concepção sociológica de Lassalle⁸⁵, segundo a qual os fatores reais do poder constituiriam a essência da Constituição, que não poderia ser identificada apenas como uma lei fundamental.

⁸³ Cf. CANOTILHO, J.J.Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1982; cf. também COUTINHO, Jacinto N. M. (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁸⁴ Cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

⁸⁵ Cf. LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Belo Horizonte: Líder, 2001.

A Constituição seria apenas uma "folha de papel", se estivesse em desacordo com essa força ativa, resultante da realidade social. A Constituição formal seria determinada pela Constituição real, resultante dos fatores reais do poder que regem a sociedade. Para Lassalle, portanto, as Constituições escritas não teriam nenhum valor, nenhuma durabilidade, ou como se diz hoje, não seriam eficazes, se não exprimissem fielmente os fatores reais do poder, determinantes da realidade social.

Em contraposição a esse entendimento sociológico, Hesse desenvolveu a tese de que existe um condicionamento mútuo entre a Constituição real (fatores reais do poder) e a Constituição jurídica (escrita, formal), de modo que a Constituição jurídica desenvolve um significado próprio, porque a sua pretensão de eficácia lhe atribui uma força normativa. Em suma, a Constituição reflete a realidade histórica, mas também se transforma, ela própria, em uma força ativa, capaz de modificar essa realidade através de sua força normativa.

A Constituição não configura apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir a ordem e conformação à realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida (...). Pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder, mas também a vontade de constituição⁸⁶.

Para Hesse, portanto, a Constituição real e a Constituição jurídica condicionam-se mutuamente, mas a Constituição jurídica adquire um significado próprio, porque a sua pretensão de eficácia e normatividade se apresenta como um elemento autônomo. A força normativa da Constituição dependerá, conseqüentemente, de que esta logre realizar essa pretensão de eficácia. A força

⁸⁶ Cf. HESSE, Konrad. *A força normativa das Constituições*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p.15 e 19.

normativa da Constituição não resulta apenas de sua capacidade de refletir os fatores reais do poder, mas também de que ela própria se transforme em uma força ativa capaz de alterar e transformar a realidade⁸⁷. Por isso que a Constituição Dirigente, no contexto do Estado Democrático de Direito, não é incompatível com a globalização, pois não apenas sofre transformações, mas impõe tarefas, programas, numa palavra, dirige.

Portanto, tendo em vista os fundamentos, os princípios e as finalidades da ordem econômica, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística e abstrata do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos dos direitos sociais e ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais.

Assim, a atividade econômica encontra-se comprometida, no dizer de Eros Roberto Grau:

[...] com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar. Daí porque se encontram constitucionalmente empenhados na realização desse programa — dessa política pública maior — tanto o setor público quanto o setor privado. Logo, o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição⁸⁸.

Conjugando, então, os fundamentos, os princípios, as finalidades e o princípio da dignidade humana como fundamento do ordenamento jurídico brasileiro, conclui-se que a finalidade das políticas econômicas é assegurar a todos existência digna, de acordo com os preceitos de justiça social, o que vai estabelecer os verdadeiros contornos do direito da propriedade privada e a sua função social.

⁸⁷ Cf. sobre essa discussão da Constituição dirigente STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.95-145.

⁸⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.218.

Assim, entende-se a dignidade da pessoa humana como sendo o fundamento primeiro e finalidade última de toda a atuação estatal e mesmo particular, constituindo-se o núcleo essencial dos direitos humanos.

Na Constituição Brasileira, a referência aos direitos invioláveis aparece unida e intimamente conectada ao reconhecimento da dignidade de pessoa. Se esses direitos são inerentes à pessoa é pela própria condição de pessoa, esses direitos são intocáveis e seu respeito é obrigatório em todos os casos tanto para o Poder Público como para os cidadãos, com especial destaque no que se refere ao Judiciário, uma vez que são os juizes os responsáveis por fazer prevalecer os valores consagrados constitucionalmente.

Por isso, é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, em face do caráter compromissário dos textos constitucionais e da noção de *força normativa* da Constituição, ocorre, por vezes, um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da jurisdição constitucional. Isto porque, se com o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado o foco de poder/tensão passou para o Executivo, no Estado Democrático de Direito há (ou deveria haver) uma modificação desse perfil⁸⁹.

A dignidade da pessoa humana desempenha a função de legitimar a ordem política, na medida em que esta respeita e tutela a dignidade da pessoa humana, seus direitos individuais e o livre desenvolvimento de sua personalidade; a função de promover o desenvolvimento da personalidade de todos; e, principalmente, a *função hermenêutica*, uma vez que o ordenamento gira em torno do núcleo da dignidade. Essa função hermenêutica é fundamental no sentido daquilo que foi debatido sobre os princípios, ou seja, de que representam uma nova teoria das fontes, das normas e, sobretudo, uma nova teoria da interpretação.

Essa função hermenêutica da dignidade da pessoa humana não é respeitada quando se percebe que as políticas sociais, a questão social e o Estado Democrático de Direito estão sendo desmontados pelas reformas neoliberais. A questão social ganha relevância no Estado de Bem-Estar Social, Estado

⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.19.

Providência, *Welfare State* ou Estado Social de Direito. É um avanço quando comparado com o Estado Liberal, onde ganhava ênfase a chamada questão individual e seus direitos de liberdade. No Estado Social é dada ênfase não aos direitos individuais, civis e políticos, mas sim aos direitos de cidadania, direitos sociais, econômicos e culturais. A questão social e a questão individual é uma expansão do clássico dualismo entre liberdade e igualdade.

Depois de identificarmos os fundamentos, os princípios e as finalidades da ordem econômica, agora deve ser visto como tudo isso está sendo duramente atacado e desmanchado pelas políticas de incentivos fiscais e de reformas do Estado Democrático de Direito quanto à questão social, em especial o debate em torno da responsabilidade social e do terceiro setor.

3 OS INCENTIVOS PÚBLICOS E A RESPONSABILIDADE SOCIAL

As idéias apresentadas nos capítulos anteriores podem ser adequadas para a sociedade industrial, na qual ocorre uma ligação entre o Estado Democrático de Direito e o modelo Keynesiano. Nesta ligação, a solução de conciliação e de compromisso entre capitalismo industrial, trabalhadores e empresários pode conviver pacificamente durante algum tempo.

No entanto, na sociedade pós-industrial da época da globalização, a política, a sociedade, a economia, a arte e a cultura sofrem tensões e transformações radicais, ainda mais com o fenômeno da globalização, sobretudo no seu viés econômico-financeiro. São essas tensões que se quer mostrar nesse capítulo, já que a arte e a cultura, quando se aproximam da política (do poder) e da economia através dos incentivos, tendem a se desconfigurar e a perder seu caráter transgressivo e de vanguarda⁹⁰, pois, se isso ocorre, arte e cultura transformam-se em mercadoria.

3.1 CONCEITO DE INCENTIVOS PÚBLICOS

Desde a Roma antiga até a Revolução Industrial, passando pelo Renascimento, a arte sempre se manteve perto do poder e da economia através da prática do chamado mecenato. O que passa a movimentar o mecenato pode, então, ser chamado de acordo tácito entre a sociedade, o Estado e o empreendedor, tendo cada partícipe papel exclusivo, ou seja, a sociedade autoriza a utilização de parte de seus próprios recursos fiscais para a produção de obras com retorno cultural.

⁹⁰ Sobre essas relações entre política, sociedade, economia, arte e cultura, cf. COELHO, Teixeira. *Moderno pós moderno*. 5.ed. São Paulo: Iluminuras, 2005; cf. também CONNOR, Steven. *Postmodernism*. Cambridge: Cambridge University, 2004.

O Estado atua — conforme o modelo liberal — regulando e intermediando o processo. O empreendedor supostamente devolve à sociedade parte do que ela o ajudou a auferir.

No caso brasileiro, as relações entre Estado e cultura consolidam-se apenas na era Vargas, a partir da “dialética da arte semi-oficial”, ou seja, uma convergência entre o poder e a sustentação do mesmo pela atividade artística, na qual se deposita a ideologia conveniente ao Estado, processo este que data dos anos 30, mesmo com todo o esforço modernista da década de 20⁹¹. Getúlio Vargas buscou a aproximação com o pensamento nomeando grandes artistas para cargos burocráticos no Estado Novo.

Logo, apresenta-se a formatação de uma política cultural nacionalista, que se estendeu até o período militar. A partir do governo de Ernesto Geisel (1974 – 1979) são criadas as agências de fomento à produção, Fundacine e Embrafilme e os institutos específicos, com grandes aportes financeiros, seduzindo parte da classe artística opositora ao sistema vigente.

Já no governo de José Sarney (1985 – 1990), sinalizou-se a consolidação do setor, com a criação do Ministério da Cultura e a elaboração de leis de incentivo fiscal, tal como a Lei Sarney (Lei 7.505/86).

Essa lei permitia a transação direta do patrocínio entre empresas e produtores culturais, sem a prévia apresentação do projeto, o que caracterizou a mesma como fraudulenta. A lei Sarney foi extinta, juntamente com o Ministério da Cultura e as demais instituições e mecanismos de financiamento, na verdadeira destruição cultural promovida pelo governo Collor.

Ainda no período Collor, o então secretário da Cultura promoveu uma revisão da Lei Sarney, redefinindo os incentivos concedidos e o sistema para aprovação de projetos, culminando então na chamada Lei Rouanet (Lei 8.685/93) além de criar o Fundo Nacional de Cultura, órgão de investimento público direto a fundo perdido, ambos perdurando até o período atual.

⁹¹ Cf. COELHO, Teixeira. *Moderno pós moderno*. 5.ed. São Paulo: Iluminuras, 2005. p.58-61.

Ao fim do Governo de Fernando Collor de Mello, (1990 – 1992) foi recriado o Ministério da Cultura e, em 1993, Governo Itamar Franco, (1992 – 1995) foi criada a Lei 8.685/93 (Lei do Audiovisual), além da restauração de algumas instituições culturais previamente extintas.

Através dessas leis é que o Estado visa incentivar e estimular a sociedade e o mercado para que desenvolvam certas atividades em certas áreas. Nesse sentido, é o próprio Estado que, mediante legislação, transfere sua responsabilidade e sua receita para estimular certas direções e certas atividades.

Os incentivos fiscais são atrelados a financiamentos e tudo que se refere a financiamentos é de grande importância para o terceiro setor. Quem milita nas ONGs, nas associações beneficentes, nos centros comunitários, etc. sabe que "passar o pires" e ir atrás de patrocínios e financiamentos, além de comum, pode surtir resultados.

Receber financiamentos ou incentivos é, para o setor, modalidade tradicional de obtenção de recursos. Importantes entidades e projetos de grande expressão têm nos financiamentos e no estabelecimento de parcerias muitas vezes sua única fonte de recursos. Comentando o art. 174 da constituição Federal, Cretella Júnior diz que:

Incentivo é a segunda das funções exercidas pelo Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, aliás, a mais moderada forma da presença do Estado na economia. Os incentivos podem ser de natureza não fiscal, como ocorre nos casos de doações de áreas a empresas para a exploração de atividades econômicas – industriais, comerciais, de exportação e importação – ou de natureza fiscal, como as isenções de tributos a empresas, em pleno funcionamento, quando se trata de atividade que interesse à região ou ao País⁹².

Dois problemas aparecem: primeiro que as ONGs devem correr até o Estado e dependem de financiamentos deste, o que a torna dependente do governo; segundo que as tornam dependentes também das grandes empresas e sua liberalidade e generosidade de financiamentos.

⁹² Cf. CRETILLA JUNIOR, José. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. VIII. *apud* TRAMONTIN, Odair. *Incentivos públicos a empresas provadas & guerra fiscal*. Curitiba: Juruá, 2002. p.110.

Uma dessas formas de financiamento é a doação. Organizações do terceiro setor têm nas doações fontes tradicionais de recursos, e isso decorre, também, inequivocamente, de sua tradicional característica de finalidades não lucrativas. Logo, juntamente com o acesso a fundos públicos, as doações são fortemente responsáveis por grande parte do financiamento das atividades das instituições sem finalidade lucrativa.

Por conta dessa característica e da enorme importância social e histórica que essas organizações têm na vida brasileira, especialmente na prestação de serviços de auxílio aos necessitados, a lei sempre dedicou ao tema alguma importância, concedendo benefícios e incentivos fiscais aos doadores.

A metodologia tradicional do que se entende por benefício fiscal é diminuir a carga tributária de quem pratica certa atividade ou a financia. A fórmula tradicional do incentivo, embora possa parecer idêntica em expectativas aos benefícios, é, de fato, distinta.

Nos incentivos fiscais, o doador é incentivado a fazer certa atividade ou a financiar certa atividade ou pessoa, geralmente em decorrência de contrapartida do Estado, conforme determinado em lei, que também concorre para que a atividade seja efetivada. Assim, existem incentivos que decorrem de arranjos com benefícios fiscais. Outros não.

Os incentivos dispostos em leis específicas têm como objetivo encorajar a realização de certas atividades⁹³. Tenta-se coibir, em qualquer caso, a doação fraudulenta, que visa encobrir, sob a alegação de doação, um acordo comercial comum que queira aproveitar-se de incentivo ou encobrir outra forma de aquisição do patrimônio.

⁹³ Cf. PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. 5.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p.155-156.

3.2 CONDIÇÕES PARA CONCESSÃO DE INCENTIVOS PÚBLICOS

É através dos incentivos que o Poder Público procura alcançar três objetivos básicos: 1) estabelecer um modelo de desenvolvimento nacional visando o fortalecimento da economia; 2) estabelecer um modelo de desenvolvimento regional com os propósitos de integração nacional e recuperação econômica regional; 3) estabelecer uma política de desenvolvimento setorial, em face de algumas peculiaridades que justificam tratamentos especiais para alguns setores básicos da economia⁹⁴.

Muito tem sido discutido sobre a estratégia adotada quase indiscriminadamente pelos estados (e municípios também) de concessão de incentivos fiscais. Tal estratégia, que foi potencializada nos anos 90, conduziu ao que se convencionou chamar de “guerra fiscal”.

Como se sabe, é através da atuação dirigente do Estado que se estabelecem os rumos da economia. Assim, por meio da intervenção na atividade econômica, o Estado proporcionará, ou não, a concreção dos princípios gerais da ordem econômica previstos na Constituição Federal de 1988, sendo uma das formas, a concessão de incentivos⁹⁵.

Com o intuito de minorar os efeitos maléficos dessa competição tributária, a Lei de Responsabilidade Fiscal — LRF (Lei Complementar nº 101/2000) — adotou uma série de requisitos para a concessão de tais incentivos. Por óbvio, o objetivo da LRF não foi obstar por completo esta prática, mas sim dotar o mecanismo de concessão de racionalidade, planejamento e, sobretudo, transparência.

Concessões de incentivos fiscais devem ser considerados à luz da literatura que apresenta o fenômeno do federalismo, posto que as vicissitudes desse arranjo institucional o fazem peculiar (a maioria dos países do mundo não são federações) e muito se presta a tensões entre entes federados.

⁹⁴ Cf. TRAMONTIN, Odair. *Incentivos públicos a empresas provadas & guerra fiscal*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 111.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 114.

Para entender a “guerra fiscal”, deve-se considerá-la como conseqüência e não causa de fenômenos de concessão de incentivos fiscais. Assim, torna-se imperioso o entendimento sobre o que seriam renúncias fiscais. Um ponto de partida seria a própria definição dada ao fenômeno pela Lei de Responsabilidade Fiscal que, no §1º do art. 14, estatui o seguinte:

§ 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

Conforme Figueiredo⁹⁶:

- 1) um dos objetivos da LRF é o equilíbrio entre receitas e despesas (art. 1º, § 1º, art. 4º, I, “a”);
- 2) o artigo 165, § 6º, da CF/88 é amplo (o referido dispositivo estabelece que o projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrentes de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia);
- 3) as demais formas de exoneração tributária não previstas expressamente no dispositivo caracterizam renúncia fiscal, têm reflexo no equilíbrio das contas públicas e não há sentido lógico em não considerá-las;

Trata-se de interpretar a norma tendo por liame o princípio máximo da gestão fiscal responsável que é o equilíbrio entre receitas e despesas. Logo, qualquer outro benefício que corresponda a tratamento diferenciado deve ser, para fins da lei, considerado renúncia de receita.

A Lei de Responsabilidade Fiscal representou um avanço no sentido da democratização do acesso aos recursos públicos. Em período anterior a ela, o gosto pessoal ou os interesses políticos dos ocupantes de cargos executivos eram os únicos árbitros da partilha dos orçamentos.

⁹⁶ Cf. FIGUEIREDO, Carlos, et al. *Comentários à lei de responsabilidade fiscal*. 2.ed. São Paulo: RT, 2001. p. 102.

No nível federal, os principais incentivos fiscais que beneficiam o terceiro setor são possibilidades de dedução do Imposto de Renda, seja do imposto devido ou de sua base de cálculo. Estados e municípios têm eventualmente também seus incentivos, regulados pela legislação de cada um deles, que variam muito de um para o outro.

A Lei 9.249/95 reserva ao doador pessoa jurídica a possibilidade de doar para entidades que prestem serviços gratuitos em benefício de seus empregados ou da comunidade onde atue. Tal doação deve ser feita a entidade brasileira, sem fins lucrativos, reconhecida como de utilidade pública e que aplique seus recursos integralmente na realização de seus objetivos sociais. Neste caso, para que seja considerada sem fins lucrativos, não se admite a remuneração dos dirigentes da entidade. O doador pode deduzir o valor da doação de seu lucro operacional, até o limite correspondente a 2% deste, para efeito de cálculo do IR a pagar.

A Lei 8.313/91 criou o PRONAC — Programa Nacional de Apoio à Cultura. Suas funções podem ser definidas em incrementar a atividade cultural e dar prioridade à produção cultural nacional. Entre as atribuições e formas de efetivação, a lei estipula que o incentivo à cultura e à memória cultural de nosso povo, para os efeitos da Lei 8.313/91, somente serão aqueles que tenham por método e fim a exibição pública das obras. É isso que diz claramente a lei quando se refere à “utilização e circulação públicas dos bens culturais deles resultantes”. O circuito meramente privado é, portanto, descartado.

O PRONAC é implementado por três "mecanismos": o Fundo Nacional da Cultura ou FNC, Fundos de Investimento Cultural e Artístico (FICART) e incentivo a projetos culturais. Uma das mais importantes características do FNC é que seus financiamentos, seja para órgãos públicos ou privados, não podem passar de 80% (oitenta por cento) do valor total do projeto. Isso significa dizer que os 20% (vinte por cento) restantes devem ser completados de alguma forma. A lei prevê que esses 20% podem ser preenchidos não somente em investimentos diretos, mas também

"bens e serviços oferecidos pelo proponente para implementação do projeto, a serem devidamente avaliados"⁹⁷.

Interesses comerciais são reconhecidos pela lei, que não os discrimina em comparação com projetos sem finalidade lucrativa. Ao contrário, a lei é expressa, direta e inequívoca em afirmar que os projetos a serem incentivados podem ter finalidade comercial. Isso é muito importante, pois, na verdade, a lei disciplina o subsídio à atividade cultural brasileira.

Projetos culturais podem se beneficiar de doações dedutíveis do Imposto de Renda do doador. São duas as formas de doação para projetos culturais: a doação desinteressada e o patrocínio. A distinção entre os dois é que, no caso do patrocínio, a lei reserva a possibilidade de doar em troca de publicidade, institucional ou promocional. Tal não ocorre na doação pura e simples. Patrocínio, para a Lei 8.313/91, tem um sentido restrito, conforme o artigo 23:

II - patrocínio: a transferência de numerário, com finalidade promocional ou a cobertura, pelo contribuinte do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, de gastos, ou a utilização de bem móvel ou imóvel do seu patrimônio, sem a transferência de domínio, para a realização, por outra pessoa física ou jurídica de atividade cultural com ou sem finalidade lucrativa prevista no art. 3º desta lei.

Ambas as formas de contribuição, doação ou patrocínio, admitem a dedução integral dessas contribuições na base de cálculo do IR a ser pago, quando da apuração do lucro real da empresa, que vem a ser uma forma específica de cálculo do imposto. Nisso as duas formas de contribuição são tratadas igualmente.

Além da dedução da base de cálculo do imposto, há também outro abatimento, a ser subtraído, só que ao final do valor do imposto a ser pago. Nesta modalidade, todavia, os abatimentos são proporcionalmente distintos. Para aquele que patrocina, a lei permite abater 30% (trinta por cento) do valor do patrocínio, ao final, diretamente do imposto a ser pago. Para aquele que doa, desinteressadamente, a lei reserva abatimento maior, de 40% (quarenta por cento)

⁹⁷ Cf. MARTINS, Paulo Haus. *Aspectos principais da lei de incentivo à cultura*. Fevereiro de 2000. Disponível em: <http://www.rits.org.br/legislacao_teste/faq/lg_faq_ifiscais.cfm?extrutFAQ=0>. Acesso em: 04 ago. 2007.

do valor da doação, diretamente do valor final a ser pago como imposto de renda. Em ambos os casos, esta última dedução tem que respeitar um limite, 4% (quatro por cento) do total do imposto devido, não podendo ultrapassá-lo. Os projetos culturais devem ser aprovados previamente pelas autoridades competentes e as leis que regulam tal benefício são as de número 8.313/91 (artigos 13, 20, 99, 100 e 101), Lei 9.249/95 (art. 5º) e 9.532/97.

Admite-se a dedução da doação de pessoa física para projetos culturais. Contudo, os limites são maiores, neste caso. Para pessoas físicas admite-se a dedução, do imposto devido, de 80% do valor da doação ou 60% do patrocínio, neste caso respeitado o limite de 6% do imposto devido pelo doador. Regulamentam o caso as leis número 8.313/91 (art. 12, II), 9.250/95 (art. 22) e 9.532/97.

A legislação prevê ainda outras hipóteses de incentivos fiscais. Embora apenas eventualmente possam beneficiar o terceiro setor, tais como:

(1) Deduções de doações de pessoas físicas e jurídicas para Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente — a Lei nº 8.242/91 permite a dedução das doações feitas aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente, desde que sejam devidamente comprovadas. Embora a área incentivada, "criança e adolescente", seja muito próxima à atuação do terceiro setor, este incentivo beneficia apenas as doações realizada em favor dos fundos controlados pelos conselhos da criança e do adolescente, e nunca diretamente as entidades do terceiro setor. Os doadores, ao transferirem seus recursos para esses fundos, não têm qualquer controle sobre o destino final dos recursos. Esta é a razão pela qual este incentivo quase não é utilizado. A receita dos fundos é constituída de recursos governamentais e de contribuições (doações) de pessoas físicas e jurídicas. As doações de pessoas físicas e jurídicas para os fundos (nacional, estadual e municipal) são dedutíveis do Imposto de Renda devido.

(2) Incentivos para doações a entidades de utilidade pública e Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) — as entidades sem fins lucrativos de utilidade pública ou qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) podem receber doações dedutíveis de pessoas jurídicas, mas não de pessoas físicas. O benefício é a dedução do imposto de renda das pessoas jurídicas até o limite de 2% do lucro operacional, antes de computada a sua dedução.

(3) Incentivos para doações e entidades de ensino e pesquisa criadas por lei federal — as doações feitas a instituições de ensino e pesquisa também são dedutíveis da base de cálculo do imposto de renda do doador (pessoa jurídica). O benefício para este tipo de doação é a dedução do imposto de renda até o limite de 1,5% do lucro operacional, antes de computada a sua dedução e a da doação às entidades civis que prestem serviços gratuitos.

No entanto, observa Anna Cynthia Oliveira:

Importa notar é que a hipótese da doação beneficia as 'instituições de ensino e pesquisa cuja criação tenha sido autorizada por lei federal e que preencham os requisitos dos incisos I e II do artigo 213 da Constituição Federal' — i.e.: escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas — privadas em suma- de comprovada finalidade não lucrativa, aplicando excedentes na educação e cujo patrimônio reverta a entidade congênere ou ao Poder Público, em caso de se encerrarem suas atividades. Ora, instituição criada por lei federal é autarquia ou fundação pública. A referência ao dispositivo constitucional sugere, então que figuras híbridas sejam criadas como pessoas de direito privado por autorização legal, com finalidade de complementar a ação governamental no elástico campo do ensino e da pesquisa, tendo acesso a recursos públicos e a doações privadas dedutíveis⁹⁸.

(4) Dedução dos gastos em preservação de bens tombados pelo governo federal — a Lei 8.313/91, citada acima e que trata de doações para projetos culturais, em seu artigo 24, II, equipara à doação as despesas efetuadas por pessoas físicas ou jurídicas para conservar, preservar ou restaurar bens de sua propriedade ou sob sua posse legítima, tombados pelo governo federal. O que importa no caso é a intervenção do IBPC (Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural) para autorizar a dedução.

(5) Deduções para pessoas físicas em projetos audiovisuais — limitado até o ano de 2003, é possível à pessoa física deduzir do Imposto de Renda os investimentos que fizer na produção de obras audiovisuais cinematográficas brasileiras de produção independente. Esses investimentos necessitam de autorização específica, dando-se através da aquisição de cotas representativas de direitos de comercialização, que tem que contar, por sua vez, com a obtenção prévia

⁹⁸ Cf. OLIVEIRA, Anna Cynthia. *Terceiro setor: uma agenda para a reforma do marco legal*, Rio de Janeiro: Comunidade Solidária, 1997. p. 59.

de "Certificado de Investimento", emitido por autoridade pública competente. A Lei 8.685/93, regula essa dedução.

(6) Outras doações admitidas como despesa operacional — nesse caso não há dedução do imposto, mas da base sob o qual ele é calculado, diminuindo-o ao final por consequência. Tal fato é possível com a doação a instituições especializadas, públicas ou privadas, sem fins lucrativos, para a realização de programas especiais de ensino tecnológico da pesca ou de pesquisa de recursos pesqueiros, desde que sejam previamente aprovados pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. O mesmo vale para as doações para programas especiais de ensino tecnológico ou de pesquisa de recursos naturais e de potencialidade agrícola e pecuária, que devem, por sua vez, ser previamente aprovados pela Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia. A referência legal são os Decretos-lei número 221/67 e 756/69, e, por fim, a Lei 7.735/89.

Deve-se retomar um argumento a respeito do terceiro setor, o principal destinatário dos incentivos fiscais. O conceito de terceiro setor sofre de algumas debilidades, como nos mostra Montañó⁹⁹: a primeira delas é a debilidade de origem, ou seja, a debilidade conceitual. O terceiro setor é de origem estadunidense e tinha a pretensão de dar conta da dicotomia público-privado, estado e sociedade, igualdade e liberdade, política e economia.

A segunda debilidade é de composição, pois, ao invés de esclarecer, o conceito confunde, uma vez que não é possível um consenso em torno de quais organizações entram e quais não entram na categoria de terceiro setor. O MST, as FARCS e a comunidade indígena fazem ou não fazem parte do terceiro setor?

A terceira e última debilidade diz respeito às características de não-governamental, autogoverno e sem fins lucrativos. Segundo o autor, o não-governamental e o autogoverno são características desmentidas em função das parcerias e terceirizações que as vinculam e as integram a políticas de governo, o que demonstra uma forma de dependência com relação aos governos. A característica de sem fins lucrativos também é desmentida pela corrida em direção

⁹⁹ Cf. MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2007. p. 51-59.

às isenções de impostos, à boa imagem dos seus produtos e ao marketing tais ações responsáveis produzem. Qual é, então, a conclusão? A conclusão é que o conceito de terceiro setor, com todas suas debilidades, trata-se de um conceito ideológico, que esconde motivos políticos e não técnicos nas reformas neoliberais dos últimos governos brasileiros.

Mesmo que o debate no interior do conceito de terceiro setor seja caracterizado pela luta entre teóricos conservadores e transformadores, o que interessa é que o resultado final de ambas as posições é o mesmo: o desmonte do Estado.

Além dessas debilidades, existem outras: a setorialização das ações, o curto prazo das ações, seu caráter vexatório (pois muitas vezes as pessoas devem comprovar que são “pobres” e que precisam da ajuda), a falta de controle sobre a aplicação dos financiamentos, etc.

3.3 CONCESSÃO DE INCENTIVOS PÚBLICOS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ORIENTADORES DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

As leis de incentivo representam a mão do Estado e de sua Constituição dirigente no sentido de direcionar, fomentar e valorizar perante uma sociedade globalizada sua vertente cultural. Além disso, a conclusão decorre também da interpretação do art. 174, da Constituição Federal, que diz:

Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Cf. TRAMONTIN, Odair. *Incentivos públicos a empresas privadas & guerra fiscal*. Curitiba: Juruá, 2002, p.114.

Os principais problemas apontados entre estes também são conhecidos, como o fato de que o poder público passou a agir como se estivesse livre de suas obrigações constitucionais em relação ao setor, a concentração de incentivos nas mãos de umas poucas grandes empresas ou a inadequação entre o mecenato — sistema através do qual os agentes culturais recebem do Estado apenas o direito de captar recursos, e precisam buscá-los junto aos contribuintes — e projetos de proponentes desconhecidos ou conteúdos sem visibilidade. Assim, na realidade o que ocorre é uma verdadeira transferência da competência do Estado para o mercado e para a sociedade.

Há, contudo, outras questões produzidas pela maneira como as leis de incentivo foram aplicadas. As concessões de benefícios fiscais e não fiscais a empresas privadas são possíveis porque qualquer ato da administração pública está sujeito à observância de uma série de princípios constitucionais aplicáveis (direitos humanos fundamentais e dignidade da pessoa humana), pois estes formam os mandamentos nucleares do ordenamento jurídico¹⁰¹.

Mas os problemas continuam, seja pela ingenuidade, seja pela má-fé. A primeira se manifesta em orçamentos que estimam custos alheios à realidade do mercado. Seus proponentes possivelmente pertençam ao grupo social que ignora a origem e finalidade dos recursos públicos que lhe são conferidos e, desta forma, utilizam-no como parte integrante de seu capital.

A segunda, um pouco pior, manifesta-se nos projetos que tentam simular a verdadeira destinação dos recursos que solicitam. Os resultados da ingenuidade ou da simulação freqüentemente são os mesmos: desperdício de recursos, remunerações indevidas na quantidade ou na destinação.

É o desrespeito a estes preceitos constitucionais que gera alguns dos maiores vícios no uso das leis de incentivo. É comum, por exemplo, que artistas apresentem projetos que, mais do que o objetivo de oferecer um bem ou serviço de qualidade ao público, buscam apenas o sustento do próprio proponente.

¹⁰¹ Cf. TRAMONTIN, Odair. *Incentivos públicos a empresas privadas & guerra fiscal*. Curitiba: Juruá, 2002, p.120.

Assim, a concessão de incentivos torna-se inviável se não forem obedecidos os princípios que norteiam a prática dos atos administrativos em geral, como os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, com previsão no art. 37 da Constituição Federal de 1988, e outros admitidos pela doutrina e jurisprudência, como os princípios da razoabilidade, da economicidade, da proporcionalidade, da finalidade, da isenção tributária e da igualdade, também os princípios constitucionais e da dignidade da pessoa humana, além das previsões específicas contidas no ordenamento infraconstitucional¹⁰².

Os financiadores ou patrocinadores financiam obras culturais diversas e, em contrapartida, possuem um forte retorno em âmbito de marketing cultural, o que pode garantir um incremento de vendas substancial, como estratégia publicitária. É de suma importância o fato de que, no Brasil, se constata que as estratégias de marketing são o que de fato orientam o investimento cultural, superando o benefício fiscal.

Assim, resta inegável a necessidade do Estado fomentar o investimento à cultura a partir de ações afirmativas de sinalizações de benefícios aos investidores, sem que a iniciativa privada tenha o poder decisório acerca das obras a serem efetuadas exclusivamente enquanto estratégia de marketing. Dessa forma, a situação presente promove uma falha econômico-orçamentária notável, ao passo que se percebe, em última instância, a utilização de recursos públicos para financiar estratégias de marketing privadas.

Falar em alternativas econômicas viáveis para a cultura requer um viés que considere o trato responsável dos recursos públicos. Na medida em que se transfere ao setor privado a decisão efetiva sobre o incentivo prestado, tem-se como resultado a maximização do interesse privado como motor para a geração de um bem público.

Outro ponto relevante foi o crescimento da guerra fiscal na última década concomitante à efetiva ausência de uma política industrial e, sobretudo, regional. O desmanche ou fechamento de agências regionais de fomento foi crucial para esse fenômeno. Sendo assim, a política tributária dos estados, mediante concessão de incentivos de ICMS, passou a substituir uma política industrial, alterando alíquotas

¹⁰² TRAMONTIN, Odair. *Incentivos públicos a empresas privadas & guerra fiscal*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 120.

efetivas de impostos, muitas vezes ao arrepio da lei. Tal prática levou a uma competição desordenada, promovendo o aumento da concentração industrial em vez de minorá-la, posto que os pequenos estados, já combalidos em suas finanças, tiveram que conceder, proporcionalmente, mais incentivos para a atração de investimentos, não considerando, muitas vezes, de forma clara o retorno dos mesmos.

A permissão contém limites nos próprios comandos constitucionais. Conforme asseverado nas expressões “incentivos regionais” (art. 43) e “entre as diferentes regiões do país” (art. 151, I) e pela proibição de “tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente”. (art. 150, II), num indicativo de que os incentivos devem ser destinados ao desenvolvimento nacional e no atendimento *regional* ou *setorial* das atividades econômicas¹⁰³.

Outro pano de fundo do processo gerador da guerra fiscal foi o aumento, concedido pela Constituição de 1988, aos recursos para estados e municípios, o que parece paradoxal posto que mais recursos, por si, não seriam um fator indutor da guerra fiscal.

Nos anos 80, argumentos tornaram-se presentes entre os “municipalistas” em defesa da descentralização de recursos e maior autonomia para os entes subnacionais. Sob esse aspecto, Melo afirma:

Na esteira do pensamento político a idéia de descentralização também encontra guarida na tradição sócio-democrata. No conjunto das ideologias socialistas a questão da descentralização e autogestão comunal, e na unidade de produção, representavam noções programáticas consolidadas de longa data. A idéia de socialismo municipal se constitui numa estratégia importante no início de século nos países europeus da mesma forma que as virtudes de modelos autogestionários também foram apontadas por teóricos importantes do movimento socialista¹⁰⁴.

¹⁰³ Cf. TRAMONTIN, Odair. *Incentivos públicos a empresas privadas & guerra fiscal*. Curitiba: Juruá, 2002, p.115.

¹⁰⁴ Cf. MELO, Marcos André. Crise Federativa, Guerra Fiscal e “hobbesianismo municipal”: efeitos perversos da descentralização? In *São Paulo em perspectiva*, Fundação SEADE, v.10, n.3, 1996. p. 3.

Com isso, compreende-se de uma forma geral que o administrador público somente pode conceder incentivos a empresas privadas visando ao desenvolvimento nacional como um todo, ou que se enquadrem num âmbito regional que necessite de desenvolvimento socioeconômico, ou ainda de um setor da atividade econômica que precise de benefícios para se desenvolver, ou que seja enfrentando certa depressão econômica¹⁰⁵.

A verdade é que a Constituição de 1988 aumentou a repartição de receitas para os estados e municípios, ou seja, o apelo para a descentralização fiscal da federação brasileira ganhou corpo. Na realidade, o fenômeno da descentralização fiscal não melhorou a aplicação dos recursos públicos, nem aumentou a eficiência na gestão pública local.

A esse respeito, Abrucio¹⁰⁶, fazendo alusão aos municípios, afirma que esse processo foi resultante da baixa capacidade gerencial dos municípios, aliada a sua insustentabilidade fiscal e a pouca efetividade no uso de instrumentos de cooperação horizontal, como consórcios, por exemplo.

Logo após, uma série de medidas foram tomadas para dar conta dessas insuficiências. Nesse sentido, apareceu a Lei Kandir (Lei Complementar nº 87/97); o FUNDEF (EC nº 14) e também o Programa de Estabilidade Fiscal (PEF). Sobre a “Lei de Responsabilidade Fiscal e Leis Orçamentárias”, Nóbrega¹⁰⁷ relata que:

A solução encontrada é perversa, pois retira recursos dos entes subnacionais, enquanto os encargos para atendimento das demandas da sociedade continuam sendo competência dos entes locais. Isso demonstra um ponto interessante da nossa federação: a sua característica “pendular”, ou seja, períodos mais centralizadores de recursos e competências para o governo central, contrastando com fases de maior autonomia para os entes descentralizados e mais recursos para consecução dos seus fins.

¹⁰⁵ Cf. TRAMONTIN, Odair. *Incentivos públicos a empresas privadas & guerra fiscal*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 115.

¹⁰⁶ Cf. ABRUCIO, Fernando. A reconstrução das funções governamentais no federalismo brasileiro. In *Federalismo na Alemanha e no Brasil*. São Paulo; Fundação Konrad Adenauer, Série Debates n. 22, v. I, abril 2001. p. 102

¹⁰⁷ Cf. NÓBREGA, Marcos. *Lei de responsabilidade fiscal e leis orçamentárias*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 144.

Essa fragilidade financeira dos estados levou à potencialização da estratégia de concessão de incentivos, numa tentativa de senão resolver, pelo menos minorar a grave crise fiscal.

Como fator de neutralização desses efeitos perversos da guerra fiscal e diante da imperiosa necessidade de dotar os mecanismos de concessão de incentivos fiscal de instrumentos de transparência é que a LRF propõe uma série de restrições para concedê-los, exigindo que os mesmos transitem pelo orçamento e, portanto, possam ser informados e, o que é mais importante, fiscalizados pela sociedade.

3.4 INCENTIVOS PÚBLICOS FALSOS E IDEOLÓGICOS

Uma ocorrência mobilizou a ida à Brasília de dois grupos de notáveis: artistas de cinema e televisão (representando o lado cultural da vida brasileira) e atletas de variadas modalidades. O objetivo fundamental do deslocamento até a capital federal era pressionar senadores, diante da votação do Projeto de Lei de Incentivo ao Esporte (PLC nº 118/06) na Comissão de Educação do Senado.

Todavia, o interesse comum nessa mobilização termina aí. Os artistas temiam perder estímulos a projetos culturais (Lei n. 8.313, de 23 de dezembro de 1991, ou Lei Rouanet, que criou o Programa Nacional de Apoio à Cultura — PRONAC) que passariam a ser compartilhados com as atividades esportivas.

Em um pronto atendimento, senadores, artistas e desportistas acordaram que haveria diferenciação de incentivos fiscais tanto à cultura, quanto ao esporte. Essas áreas seriam servidas por benefícios providos por vias fiscais distintas¹⁰⁸.

A mobilização provou ser muito efetiva. O texto original não foi aprovado, sendo o projeto modificado e, no mesmo dia (13 de dezembro de 2006), o PLC n.

¹⁰⁸ ATLETAS E ARTISTAS chegam a acordo para projeto de incentivo. *O Estado de S. Paulo*, 13 dez. 2006, Nacional, A5.

118/06 foi aprovado na comissão e no plenário do Senado. A diferenciação de atendimento tem sua contrapartida na formalização legal. A cultura continuará a ser assistida pela Lei Rouanet. Já o esporte nacional passa a ter incentivos definidos, muito criativamente, na moldura da Lei n. 6.321 (14 de abril de 1976), que trata de programas sociais (como o auxílio alimentação ao trabalhador) e da Lei n. 8.661 (2 de junho de 1993) que, por seu turno, regula a capacitação tecnológica da indústria e da agropecuária¹⁰⁹.

O episódio do financiamento da cultura e dos esportes suscita, portanto, duas questões muito relevantes: (1) por que os cidadãos aquiescem nesse tipo de decisão de política pública, uma vez que seus efeitos não atendem a uma norma de benefício generalizado? (2) por que os políticos se permitem discriminar abertamente entre indivíduos e grupos, tomados separadamente, e são avessos a legislações que sigam padrões de atendimento não-discriminatórios?¹¹⁰

Leis que permitem 124% de dedução, como a do Audiovisual, ou 100% de dedução, como a Rouanet pervertida, não podem ser denominadas de instrumentos de incentivo fiscal, pois fazem mero repasse de dinheiro público para aplicação privada. Não exigem a contrapartida das empresas, chegando a remunerá-las¹¹¹. Essa é a questão central!

Grupos de áreas artísticas sustentam politicamente as leis de incentivo para ter acesso a recursos públicos sem discuti-los na órbita do orçamento público. Por isso, tais leis nada têm a ver com patrocínio ou investimento empresarial de verdade. Às empresas foi dado o papel de guichês de pagamento. E, como devem adiantar o dinheiro de seu próprio caixa para depois descontar do imposto, foram aquinhoadas com a dedução integral, acrescida de bônus.

O benefício concedido a programas culturais e desportivos tem a contrapartida no agravamento do conflito distributivo na economia nacional — o que, por certo, se percebido, retira a simpatia da causa defendida, em Brasília, por atletas, atores e atrizes. A política do atendimento diferenciado está, porém, muito

¹⁰⁹ *Jornal do Senado*, 14 dez. 2006

¹¹⁰ Cf. MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2007. p.134-177.

¹¹¹ *Ibid.*, p.51-59.

arraigada ao comportamento dos políticos e não se limita à questão tributária, sendo igualmente notória na alocação do gasto público e na imposição da regulação econômica. Esse é o problema; o atendimento diferenciado e setorializado, criado pela lógica neoliberal, faz com que as lutas sejam separadas e cada grupo se torne rival um do outro. O exemplo dos artistas e dos atletas atesta essa separação e fragmentação das lutas, que deveriam ser unidas de modo total.

Seria o melhor dos mundos possíveis se, de fato, as organizações assumissem responsabilidade por força do mecenato filantrópico. Porém, são as “gentilezas” fiscais que de fato movimentam as “gentilezas” do patronato.

Em relação às concessões de benefícios fiscais pelos Estados com intenção de atrair investimentos empresariais, que gerem desenvolvimento local, não é, em si, ruim. O problema surge quando os outros Estados da Federação descobrem que esse mecanismo pode ser um bom negócio. Instala-se, então, a guerra fiscal. Quando todos os Estados concedem mais ou menos os mesmos benefícios começam a ser gerados os efeitos deletérios do fenômeno.

3.5 A PRÁTICA DOS INCENTIVOS PÚBLICOS PARA O ALCANCE DA RESPONSABILIDADE SOCIAL

O governo Lula apresenta o seguinte paradoxo: ao mesmo tempo em que representa uma continuidade dos governos Collor e FHC e de suas políticas econômicas neoliberais, aumenta os gastos com políticas sociais, dentre elas os programas de transferência de renda (projetos de renda mínima), cujo exemplo principal é o Bolsa Família, o qual tem dentro de si o Bolsa Escola, o Bolsa Alimentação, o Cartão Alimentação e o Auxílio Gás¹¹².

Os programas sociais executados pelo governo do Presidente Luis Inácio Lula da Silva dão continuidade a uma tendência do Estado brasileiro iniciada de

¹¹² Sobre o Programa, cf. as cartilhas disponíveis do site <www.pt.org.br>.

forma geral, com o final da República Velha e o advento da era Vargas. Nesta, pela primeira vez o Estado brasileiro viu boa parte da sociedade como composta de indivíduos e grupos em condição frágil, necessitando de atenção especial para que se igualassem, em termos de oportunidades, às camadas favorecidas da sociedade. Isso foi feito principalmente, através da criação de um sistema de previdência social.

Nos anos 80, sobrevém nova aceleração do processo, com a consagração na nova Constituição Federal, dos direitos sociais. Os efeitos do albergamento de tal posituação no ordenamento jurídico ainda estão longe de atingir resultados satisfatórios.

Pode-se, entretanto, afirmar que a previdência social evoluiu a partir da nova Carta da República para os conceitos de “proteção social” e de “responsabilidade social”, que significam a assunção pelo Estado de uma responsabilidade ainda maior do que a concebida pelo governo Vargas com relação aos setores desprivilegiados da sociedade.

Observe-se, de passagem, o descompasso entre o enraizamento do conceito na ordem jurídica e na consciência moral da sociedade por um lado, e as crescentes dificuldades financeiras do Estado, por outro. Sobre essa crise fiscal e de emprego, Montañó comenta o seguinte:

A promessa que Rifkin faz ao trabalhador é a de que sua condição não será a de “desempregado”, mas a de sujeito com maior “tempo livre” para desfrutar e aproveitar. Como fazer isto? Primeiramente, mediante a redução da jornada de trabalho e aumento da contratação de mão-de-obra por parte das empresas, a partir de gratificações do Estado, do tipo isenção de tributos. Em segundo lugar, pois isto seria insuficiente para absorver toda a força de trabalho expulsa do mercado formal, o Estado, outrora grande empregador, passaria agora a se articular com um “terceiro setor” a quem destinaria recursos para este absorver essa força de trabalho ociosa (...). Ora, em primeiro lugar, por quanto tempo poderia se manter um acordo entre o Estado e as empresas para empregar mais trabalhadores, em troca de isenção de impostos? Em segundo lugar, de onde o Estado obteria fundos para financiar o “terceiro setor” (que não tem fins lucrativos e, portanto, não possui auto-sustentabilidade financeira) se apenas 20% de trabalhadores estaria em condições de aportar aos cofres públicos e se as empresas estariam isenta de tributos? Em terceiro lugar, em que condições de empregabilidade estariam esses trabalhadores contratados? Por ‘último,

quantos desses sujeitos incorporados pelo “terceiro setor” recebem renda e quantos são “voluntários”?¹¹³

O Poder Público intervém para igualar, minimamente, a partir do princípio de que condições sociais de desigualdade, exclusão e pobreza como as do Brasil são deletérias para toda a sociedade.

Os programas sociais, na medida em que se amplia o seu conceito e o seu público, tendem a envolver dezenas de milhões de pessoas. Nesse sentido vale repetir as mesmas perguntas da citação anterior de Montañó, que esclarecem a encruzilhada do Estado Democrático de Direito e de sua intervenção através de políticas públicas.

A estrutura da política social será dada por uma combinação de vários fatores: momentos do tempo histórico e condições sociais divergentes. A escolha entre estas alternativas depende de vários fatores, entre os quais destacam-se três: volume de recursos; definição de prioridades, o que depende das condições e dos indicadores sociais vigentes no país e em cada momento; geração de incentivos e parcerias.

O volume de recursos disponível para a implementação dos programas sociais (escassez) define os limites de atuação do Estado. Como os recursos são escassos, a definição do grau de abrangência dos programas sociais está diretamente relacionada à definição de prioridades por parte do Estado.

Da mesma forma, dado o volume de recursos, quanto mais abrangentes forem os programas, menor a parte dos mesmos que pode ser destinada a cada programa individualmente. Portanto, a relação entre volume de recursos disponíveis e abrangência dos programas sociais é de fundamental importância.

Esse exemplo da relação entre volume de recursos e abrangência dos programas sociais vem muitas vezes unido a argumentações como as da sociedade da escassez e as da falência do Estado Keynesiano. Então, o Estado encontra-se numa encruzilhada que lhe mostra os seguintes caminhos de possibilidades: ao mesmo tempo em que o principal responsável pela questão social é o Estado Social,

¹¹³ Cf. MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2007. p. 174.

ele se encontra numa situação de crise fiscal, de déficit financeiro, de crise de “governança”, enfim, de ineficiência. A saída dessa encruzilhada, segundo o pensamento neoliberal, são as privatizações e o terceiro setor.

O principal gasto social do governo brasileiro é a previdência social¹¹⁴, que recebe R\$ 125 bilhões do total. Isto significa que mais de 60% dos gastos sociais do governo federal brasileiro se destinam a financiar aposentadorias e pensões, em um país que tem 5,85% de sua população com 65 anos ou mais.

Este padrão está totalmente fora da norma internacional. Países como Coréia do Sul, México e Turquia, que têm porcentagem de idosos similares à do Brasil, gastam menos da metade com aposentadorias e pensões como proporção do PIB¹¹⁵.

Este elevado custo do sistema tem conseqüências extremamente importantes sobre o funcionamento do mercado de trabalho no país. Caso o trabalhador seja contratado informalmente, nem ele e nem a empresa pagam a contribuição previdenciária. Isto significa que esta contribuição pode ser negociada entre eles, aumentando o salário do trabalhador e reduzindo o custo da mão-de-obra.

A Lei Orgânica da Assistência Social — Loas, desde 1992 todo cidadão brasileiro, ao atingir 67 anos de idade, tem direito a uma pensão correspondente a um salário mínimo, independentemente de ter ou não contribuído para a previdência social ao longo de sua vida ativa, desde que prove que não tem outra fonte de renda.

As conseqüências mais importantes dessas informações são as seguintes. Primeiro, reduz a produtividade do trabalho e, portanto, o crescimento da economia e o salário real dos trabalhadores. Como o incentivo é maior quanto menor o salário do trabalhador, no longo prazo este sistema de incentivos acaba por gerar uma tendência ao aumento da desigualdade da distribuição da renda. O segundo problema é fiscal.

¹¹⁴ Cf. BRASIL. Ministério da Fazenda. *Gasto social do governo central: 2001, 2002*. Brasília: Secretaria de Política Econômica, 2003.

¹¹⁵ Cf. PINHEIRO, V.C. Reforma da previdência: uma perspectiva comparada. In: GIAMBIAGI, F.; REIS, J.G.; URANI, A. (Orgs.). *Reformas no Brasil: balanço e agenda*. [S.l.]: Nova Fronteira, 2004.

Como os gastos com aposentadoria e pensões representam um terço da arrecadação tributária do país, resta muito pouco para ser gasto com outros programas sociais, principalmente com aqueles destinados às crianças e à juventude, em especial com educação fundamental.

Nestas condições, o Estado não consegue financiar o principal mecanismo de ascensão social e econômica das famílias pobres, que é a acumulação de capital humano através de boas escolas públicas.

Como 50% das crianças brasileiras vivem em famílias pobres e, destas, 80% não concluem o ensino fundamental, aproximadamente 40% dos adultos brasileiros no futuro não terão completado oito anos de estudos. Dificilmente conseguirão trabalho digno e com remuneração adequada. Serão os pobres do futuro, ou seja, criamos um sistema no qual reproduzimos a pobreza, a exclusão e as desigualdades da população, para, em última análise, financiar o consumo dos idosos¹¹⁶.

A proposta do Programa Bolsa-Escola, criado pela Lei 10.219/01, que instituiu o Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à educação, tem por objetivo exatamente criar os incentivos corretos para quebrar este círculo de reprodução da pobreza, tendo como ponto fundamental que um dos principais custos para as famílias pobres manterem suas crianças na escola é exatamente a renda que esta criança tem que abrir mão por não estar no mercado de trabalho, ou seja, o custo de oportunidade do tempo gasto na escola.

Ao se remunerarem as crianças para que elas estudem, este custo de oportunidade é reduzido, fazendo com que, conseqüentemente, as famílias decidam manter seus filhos na escola e retirá-los do mercado de trabalho.

Entretanto, reduzir os gastos públicos com aposentadorias e pensões, como proporção do PIB, é uma condição essencial para que recursos possam ser redirecionados para melhorar o capital humano das crianças das famílias pobres brasileiras e, com isto, reduzir a pobreza no futuro.

¹¹⁶ Cf. CAMARGO, J.M. Os miseráveis. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 27 mar. 1993. / Pobreza e garantia de renda mínima. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 26 dez. 1991.

4 POLÍTICAS PÚBLICAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL NO SETOR PRIVADO

O presente capítulo tem a pretensão de informar o conceito de responsabilidade social, relacionando-o com o de terceiro setor, ademais de apresentar um panorama sobre a história desse conceito no Brasil.

O terceiro setor e a responsabilidade social são conceitos criados na tentativa de solucionar conflitos históricos da filosofia política, os quais já foram apresentados no capítulo dois e serão recuperados neste. Trata-se do enfrentamento do dualismo público e privado e da aliança e parceria exemplificada pelas agências reguladoras.

4.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE SOCIAL E SUA EVOLUÇÃO NO BRASIL

A responsabilidade social tem como terminologia sinônima: cidadania empresarial, cidadania corporativa, filantropia empresarial, filantropia estratégica, filantropia corporativa, solidariedade corporativa, organização cidadã, etc.¹¹⁷

De acordo com Oliveira¹¹⁸, responsabilidade social não significa a mesma coisa para todos. Para alguns representa a idéia de obrigação legal; para outros significa um comportamento ético; há ainda aqueles que a consideram como evento casual. Muitos a equiparam a uma contribuição caridosa; outros acreditam no sentido do socialmente consciente.

¹¹⁷ Cf. LIMA, M. Responsabilidade social: Apoio das empresas privadas brasileiras à comunidade e os desafios da parceria entre elas e o terceiro setor. In *Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades*. São Paulo: Petrópolis / Instituto Ethos, 2002. p.103-142.

¹¹⁸ Cf. OLIVEIRA, F. Relações públicas e a comunicação na empresa cidadã. In *Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades*. São Paulo: Petrópolis / Instituto Ethos, 2002. p.195-228.

Quando se fala em questão social, deve-se pensar imediatamente na totalidade dos direitos humanos fundamentais e em quem, afinal de contas, deve ser o responsável pela sua concretização: Estado, mercado ou sociedade civil? Atualmente, o neoliberalismo responde que o mercado e a sociedade civil é que são responsáveis pela concretização da questão social e dos direitos humanos fundamentais. O grande problema é que o mercado e a sociedade civil tratam a questão social e os direitos humanos fundamentais de forma instrumental: incentivos fiscais, marketing com recursos públicos, curto prazo, imediatista, setorializada, aumento dos lucros, formas de gestão não-democráticas, ruína da política, etc.

Trata-se de um novo modelo de solidariedade. Se no Estado Social havia um sistema de solidariedade universal compulsória baseado na universalidade e na não contratualidade, agora, com o neoliberalismo e o entusiasmo diante do terceiro setor, temos uma solidariedade voluntária e local. Não se trata mais de direitos de cidadania, mas sim de um não direito, pois dependente de uma opção individual baseada em altruísmos, auto-ajudas, sensibilidades e disponibilidades. A solidariedade passa de uma obrigação universal para uma opção pessoal.

Quando se fala em novo modelo de solidariedade, deve-se constatar que se está a falar de um novo modelo de responsabilidade e de dignidade. O modelo constitucional e do Estado Democrático de Direito dá ênfase à alteridade, às diferenças, à pluralidade, à autonomia e à emancipação cidadã; já o modelo neoliberal dá ênfase ao individualismo, à exclusão, à indiferença, ao descaso e à dominação.

O que está ocorrendo é uma verdadeira descaracterização do Estado e sua substituição por outros atores: empresas, terceiro setor, organizações supra-estatais, etc. A grande diferença é que esses outros atores tratam a questão social de modo fragmentado, emergencial, minimalista, com soluções *ad hoc* para problemas que deveriam ser tratados de modo universal e a longo prazo, ou seja, a partir da esfera pública do Estado e da participação cidadã.

Toldo¹¹⁹ designa responsabilidade social como:

¹¹⁹ Cf. TOLDO, M. Responsabilidade social empresarial. In *Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades*. São Paulo: Petrópolis / Instituto Ethos, 2002. p. 80.

o comprometimento permanente dos empresários de adotar um comportamento ético e contribuir para o desenvolvimento econômico, melhorando simultaneamente a qualidade de vida de seus empregados e de suas famílias, da comunidade local e da sociedade como um todo.

Se o terceiro setor divide setores de forma autônoma, resta a pergunta sobre a possibilidade de isolar questões econômicas, políticas e sociais de tal forma? Se o terceiro setor prometia solucionar a dicotomia entre Estado e sociedade, como pretende solucionar tal dicotomia produzindo mais divisões? E divisões apenas negativas, ou seja, diferentes do Estado por ser *não-governamental*; e diferente do mercado por ser *não-lucrativa*.

O espaço público se perde e, dessa forma, a cidadania se perde junto com esse espaço. Não é por acaso que se fala numa filantropia, numa cidadania e numa solidariedade corporativas, pois, com as privatizações, só resta esses espaços para a questão social e para a cidadania. Resta saber se a concretização dos princípios constitucionais, dos direitos humanos, da democracia e da dignidade da pessoa humana será alcançada em territórios privados e numa lógica empresarial, mercantil e de satisfação pessoal, particular e individual.

Gonzatto¹²⁰ cita responsabilidade social como “a permanente preocupação com a qualidade ética das relações da empresa com seus diversos públicos — colaboradores, clientes, fornecedores, ambiente, comunidades onde estão inseridas e poder público”.

Responsabilidade social é a obrigação da administração de tomar decisões e ações que irão contribuir para o bem-estar e os interesses da sociedade e da organização. A questão da responsabilidade social vai além da postura legal da empresa, da prática filantrópica ou do apoio à comunidade. Significa mudança de atitude, numa perspectiva de gestão empresarial com foco na qualidade das relações e na geração de valor para todos¹²¹.

¹²⁰ Cf. GONZATTO, M. Como faço, como fazemos. *ZH Comunidade*, 2002. p. 8.

¹²¹ Cf. LOURENÇO, A. G. & SCHRÖDER, D. S. Vale investir em responsabilidade social empresarial? Stakeholders, ganhos e perdas. In *Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades*. São Paulo: Petrópolis / Instituto Ethos, 2003. p.77-119, v.2.

A responsabilidade social não se expressa como uma ação emergencial e pontual das empresas de ajudar o social, mas sim como uma perspectiva a longo prazo de consciência das empresas, que incorporam em sua missão, em sua cultura e na mentalidade de seus dirigentes e colaboradores a busca do bem-estar da população, por perceberem que o próprio desenvolvimento da organização depende da sociedade à qual pertencem¹²².

Souza¹²³ conceitua ação social empresarial como “o desenvolvimento de atividades para o atendimento de demandas da comunidade, e que não sejam obrigatórias por lei”. Uma empresa não pode considerar-se socialmente responsável somente por cumprir benefícios legais como distribuição de vale-transporte, creche para os filhos dos funcionários, etc. A empresa socialmente responsável deve ir além dos limites impostos pela legislação¹²⁴.

Mesmo não existindo consenso acerca de um único significado, três aspectos atuais e comuns do conceito são: ampliação do alcance das ações (não se limitam mais aos interesses dos acionistas); responsabilidades ultrapassando o âmbito legal (com obrigações morais ditadas pela ética); adequação às demandas sociais. Oferecer empregos, não degradar o meio ambiente ou criar condições seguras de trabalho são ações sociais.

Porém, elas configuram obrigações para as empresas e direitos para os públicos envolvidos. O que a empresa oferece além das suas obrigações, é que pode ser considerado, atuação social e que a caracteriza como solidária¹²⁵.

A empresa é socialmente responsável quando vai além da obrigação de respeitar as leis, de pagar impostos e de observar as condições adequadas de

¹²² Cf. FÉLIX, L. F. F. O ciclo virtuoso do desenvolvimento responsável. In *Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades*. São Paulo: Petrópolis / Instituto Ethos, 2003. p.13-42, v.2. Monaño é da posição contrária, ou seja, nega que a responsabilidade social possa ter ações de longo prazo e que não sejam emergenciais, minimalistas, *ad hoc*, pontuais, setoriais, etc. Cf. MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2007. p.14-48.

¹²³ Cf. SOUZA, I. D. Nova ordem mundial. *O liberal*, 2001, p. 2.

¹²⁴ Cf. MIRANDA, G. de P. C. Responsabilidade social corporativa e marketing social: Reflexão para um novo tempo. In *Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades*. São Paulo: Petrópolis / Instituto Ethos, 2002. p.229-272.

¹²⁵ Cf. BUENO, E. L., SERPA, P. T., SENA, R. B., OLIVEIRA, R. J. B. & SOEIRO, S. A responsabilidade social e o papel da comunicação. In *Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades*. São Paulo: Petrópolis / Instituto Ethos, 2002. p.273-302.

segurança e de saúde para os trabalhadores, direitos consolidados na legislação trabalhista e nos padrões da OIT (Organização Internacional do Trabalho). A empresa demonstra a Responsabilidade Social ao comprometer-se com programas sociais voltados para o futuro da comunidade e da sociedade¹²⁶.

Para garantir a entrada e permanência em mercados potenciais, as empresas precisam se mostrar produtivas, competitivas e singulares, a fim de captar a atenção do público consumidor. Particularmente no Brasil, a abertura do mercado obrigou as empresas a adotar procedimentos de adequação com relação aos padrões de qualidade exigidos na esfera internacional. Tais empresas, acostumadas a competir apenas no mercado nacional, acabam disputando o mercado com produtos do mundo inteiro, de empresas com níveis de produtividade superiores¹²⁷.

A internacionalização da economia e a conseqüente abertura para um mercado global implementaram de forma rigorosa o novo modo de ser das relações econômicas. O capital empresarial já não está mais vinculado ao território de um único Estado-Nação.

Diante dessa nova organização empresarial global, as organizações privadas possuem uma nova diretriz nos rumos da obtenção do lucro, pois simplesmente as vantagens oferecidas em relação a valores (preços) não estão sendo suficientes para a obtenção de um mercado consumidor. Cada vez mais a qualidade do produto está relacionada à relação da empresa com a sociedade e seu comportamento ético e esses fatores determinam o comportamento dos consumidores.¹²⁸

Segundo Mifano¹²⁹, a responsabilidade social das organizações surgiu num contexto no qual há uma crise mundial de confiança nas empresas. Para tanto, as organizações empresariais começaram a promover um discurso politicamente

¹²⁶ Cf. INSTITUTO ETHOS de Empresas e Responsabilidade Social. *Manual responsabilidade social das empresas: primeiros passos*. Disponível em: <<http://www.ethos.org.br>>. Acesso em: 6 out. 2007.

¹²⁷ Cf. BUENO, E. L., SERPA, P. T., SENA, R. B., OLIVEIRA, R. J. B. & SOEIRO, S. A. *Op. Cit.*

¹²⁸ Cf. PAES, A. *A Responsabilidade Social Empresarial (RSE): espaço de intervenção profissional do Serviço Social*. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Serviço Social da PUC-SP, São Paulo, 2003. p. 25.

¹²⁹ Cf. MIFANO, G. *A crise mundial de confiança nas empresas: uma questão de Responsabilidade Social*. 2002. Disponível em: <http://www.ethos.org.br/docs/conceito_praticas/publicações/Debates/a_crisemundial.ppt>. Acesso em: 8 out. 2007. (Evento da Bolsa de Valores de São Paulo, 14/08/2002).

correto pautado na ética e a implementar ações sociais que podem significar ganhos em condições de qualidade de vida e trabalho para a classe trabalhadora ou, simplesmente, podem tornar-se um mero discurso de *marketing* empresarial desvinculado de uma prática socialmente responsável.

Nesse cenário da globalização econômico-financeira e de apogeu do neoliberalismo é que aparece a divisão da sociedade em três setores: social (terceiro setor), econômico (segundo setor) e político (primeiro setor). Alteram-se os papéis dos Estados, das empresas e da sociedade, além da democracia, da política, da cidadania, da responsabilidade e da solidariedade sofrerem transformações radicais. Não se pode concordar com a afirmação de que o crescimento vertiginoso do chamado terceiro setor, com a proliferação das organizações não governamentais, configura uma verdadeira revolução cívica¹³⁰, pois as ONGs :

(...) são vistas como menos politizadas, mais empresariais, voltadas para o autofinanciamento ou para a procura de parcerias no sentido de obter fundos, o que lhes exige maior eficiência. Diferenças que, não obstante, confirmariam a tendência de mudança de um tipo de organização (o movimento social) para outra (a ONG), de um tipo de militante para outro¹³¹.

Não se pode considerar a busca por autofinanciamento, por parcerias e por eficiência como uma “revolução cívica”, mas sim como dependência e como conceito ideológico, pois de *não-governamental* e de *não-lucrativo* as ONGs não têm absolutamente nada!

No Brasil, a Igreja Católica dominou as ações nas obras sociais até o início do século XX, quando começaram a surgir as primeiras fundações e entidades de benemerência. A atuação empresarial no setor social teve início na década de 60 com a criação da Associação dos Dirigentes Cristãos de Empresas (ADCE),

¹³⁰ Cf. INSTITUTO ETHOS de Empresas e Responsabilidade Social. *Manual responsabilidade social das empresas: primeiros passos*. Disponível em: <<http://www.ethos.org.br>>. Acesso em: 6 out. 2007.

¹³¹ Cf. MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2007. p. 139.

reconhecendo a função social das empresas. Em 1982 a Câmara Americana do Comércio de São Paulo lança o prêmio Eco de cidadania empresarial¹³².

Historicamente, a filantropia e a assistência não fizeram parte da cultura empresarial brasileira. Segundo Rico¹³³, até o início do nosso processo de industrialização e mesmo a partir dele as ações sociais empresariais foram heterogêneas, pontuais, dependentes e tuteladas pelo Estado. Inexistiam ações assistenciais sistemáticas aos pobres a partir de medidas tomadas pelo Estado. A prática dessas ações era uma forma de os ricos ascenderem aos valores aristocráticos, pela prática do bem, através de esmolas¹³⁴. O Estado brasileiro limitava-se a reconhecer as ações assistenciais praticadas pelas irmandades, atribuindo um papel diferenciado à Igreja.

A proposta do empresariado brasileiro não era pautada em princípios liberais, na defesa da livre iniciativa e do livre mercado, pois sua opção deu suporte à intervenção estatal em várias áreas da economia, em especial naquelas em que o setor privado não tinha interesse em atuar ou em áreas que exigem um longo prazo de investimento, como é o caso dos setores da infra-estrutura¹³⁵.

Tal postura do empresariado, desvinculada de uma identidade de classe burguesa nacionalista, tutelada e dependente do Estado, usufruiu, obviamente, de suas benesses, praticamente até o regime militar.

A partir do processo de transição democrática, nos anos 70 e especialmente a partir da década de 80, é que se pode identificar uma ação social empresarial com a expectativa de participação no desenvolvimento social do país. Assim, nos anos 80, os paradoxos, as encruzilhadas e os dilemas brasileiros quanto ao Estado Democrático de Direito, quanto à Constituição dirigente e quanto ao terceiro setor são reforçados com a intensificação do processo tecnológico — acrescido do

¹³² Cf. TOLDO, M. Responsabilidade social empresarial. In *Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades*. São Paulo: Petrópolis / Instituto Ethos, 2002. p.71-102.

¹³³ Cf. RICO, E.M. *Filantropia empresarial e a gestão de projetos sociais*. 2001. 159 p. Tese (Doutorado). Estudos de Pós-Graduação em Ciências Sociais da PUC-SP, São Paulo, 2001.

¹³⁴ Cf. SPOSATI, A.O. et al. *A assistência na trajetória das políticas sociais brasileiras*. São Paulo: Cortez, 1985.

¹³⁵ Cf. BOSCHI, R.R.; DINIZ, E. Empresários e constituinte: continuidade e rupturas no modelo de desenvolvimento capitalista no Brasil, 1989. In CAMARGO, A.; DINIZ, E. (Org.). *Continuidade e mudança no Brasil na Nova República*. São Paulo: RT, 1989.

surgimento das sofisticadas tecnologias de informação, da eliminação das fronteiras dos Estados nacionais, da socialização dos valores liberais de mercado e da polarização nacional-global — se associou ao processo que se denominou globalização econômica e financeira.

Será somente a partir do cenário dos anos 90 que ocorrerá a consolidação dos investimentos sociais empresariais. A preocupação com benemerência e ações pontuais cede lugar a investimentos que possibilitem retorno na aplicação de recursos em programas sociais. O empresariado investe usando seus próprios conhecimentos na administração dos seus negócios: gestão, planejamento estratégico, planejamento financeiro, estratégias de *marketing* e capacitação de recursos.

Preocupam-se com a profissionalização das entidades sociais, no intuito de maximizar resultados. É preciso saber mensurar, do ponto de vista qualitativo e quantitativo, aquilo que se obteve através da implementação de um programa social. Sem criar estratégias sobre as várias dimensões do processo de avaliação, não é possível calcular os impactos de um programa social e mesmo saber se os seus objetivos foram atingidos, por exemplo: quantas pessoas foram atendidas, como perceberam esse atendimento, quais os resultados do projeto, se houve continuidade e multiplicação do mesmo, que tipo de retorno — em termos de imagem e confiança — a empresa vem conseguindo, dentre outros¹³⁶.

Por isso que o terceiro setor e a responsabilidade social são conceitos ideológicos, pois, por detrás da necessidade de profissionalização, de maximizar resultados, de continuidade, e de marketing com relação à empresa e aos produtos dela, está um processo muito maior de reestruturação do capital a partir do neoliberalismo, de desmonte do Estado Democrático de Direito e de suas garantias sociais expressas na Constituição. Trata-se de uma transferência, privatização e filantropização da questão social, da solidariedade, dos direitos humanos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

A responsabilidade social só ganha visibilidade no meio empresarial em 1993, com a campanha nacional Ação da Cidadania contra a Miséria e pela Vida,

¹³⁶ Cf. GIFE. Grupo de Institutos Fundações e Empresas Grupo e Institutos Fundações e Empresas. *Investimento Social Privado no Brasil: perfil e catálogo dos associados Gife*. São Paulo: 2001. p. 11.

encabeçada pelo sociólogo Herbert de Souza, conquistando a adesão do movimento Pensamento Nacional das Bases Empresariais (PNBE), e marcando a aproximação do empresariado brasileiro com os movimentos sociais do país¹³⁷.

Em 1995 é criado o Grupo de Institutos, Fundações e Empresas (GIFE), primeira entidade que genuinamente se preocupou com os temas filantropia, cidadania e responsabilidade empresarial, adotando o termo “cidadania empresarial” para se referir às atividades realizadas em prol da transformação e melhoria da sociedade¹³⁸.

Em 1997, Herbert de Souza introduziu na Agenda Nacional a proposta de balanço social para estimular a demonstração da responsabilidade pública e cidadã das empresas e, junto com o jornal *Gazeta Mercantil*, criou o “Selo do Balanço Social”. Em 1998, o empresário brasileiro Oded Grajew criou o Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, entidade virtual sem fins lucrativos, maior referência em responsabilidade social no Brasil, cujo objetivo é disseminar a prática social corporativa através de eventos, publicações e experiências bem-sucedidas. Em 1999, a Câmara Municipal de São Paulo instituiu o “Selo Empresa Cidadã”, premiando e reconhecendo empresas que praticam responsabilidade social e publicam o seu balanço social. Ainda no mesmo ano, a Associação dos Dirigentes de Vendas e *Marketing* do Brasil (ADVB) instituiu o “Premio Top Social”¹³⁹.

4.2 TERCEIRO SETOR E RESPONSABILIDADE SOCIAL: TENTATIVA DE SOLUÇÃO DO DUALISMO PÚBLICO E PRIVADO OU ESTADO E SOCIEDADE

¹³⁷ Cf. PINHEIRO, J. C. T. *A educação ambiental no marketing social: um aspecto da responsabilidade social das empresas*. Trabalho de conclusão de curso não publicado, Universidade Federal do Pará, Belém, PA, 2001.

¹³⁸ Cf. LIMA, M. Responsabilidade social: Apoio das empresas privadas brasileiras à comunidade e os desafios da parceria entre elas e o terceiro setor. In *Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades*. São Paulo: Petrópolis / Instituto Ethos, 2002. p.103-142.

¹³⁹ Cf. PINHEIRO, J. C. T. *A educação ambiental no marketing social: um aspecto da responsabilidade social das empresas*. Trabalho de conclusão de curso não publicado, Universidade Federal do Pará, Belém, PA, 2001.

Desde o início da filosofia política, o dualismo entre esfera privada e esfera pública ou entre Estado e sociedade civil foi defendido e, na atualidade das políticas neoliberais, é enfrentado a partir do terceiro setor. É comum se ouvir falar nos modos de relações de subordinação (vertical) e de coordenação (horizontal) presentes no setor público e no setor privado, respectivamente. Essa briga também é recuperada no debate teórico em torno do terceiro setor.

O Renascimento, o Iluminismo e a Reforma foram fundamentais para a formação do ideal liberal, além da distinção entre sociedade civil (esfera privada) e Estado (esfera pública), da distinção (mais dualismos!) entre religião e moral e da distinção entre direito e ética.

As políticas sociais, a questão social e o Estado Democrático de Direito estão sendo desmontados pelas reformas neoliberais. A questão social ganha relevância no Estado de Bem-Estar Social, Estado Providência, *Welfare State* ou Estado Social de Direito. É um avanço quando comparado com o Estado Liberal, onde ganhava ênfase a chamada questão individual e seus direitos de liberdade. No Estado Social é dada ênfase não aos direitos individuais, civis e políticos, mas sim aos direitos de cidadania, direitos sociais, econômicos e culturais. A questão social e a questão individual é uma expansão do clássico dualismo entre liberdade e igualdade.

Com a hegemonia do neoliberalismo e suas políticas ortodoxas de restrição fiscal e reformas do Estado Social, produz-se a precarização, focalização, localização, privatização e flexibilização dos direitos sociais, ao contrário de sua universalidade e caráter público. Assim, tem-se como resultado uma nova exclusão, novas desigualdades, aumento do desemprego e da pobreza.

Se a questão social era dever do Estado, agora, com o pensamento único neoliberal, ela passa a ser transferida e descentralizada para o setor privado ou para o chamado terceiro setor. Não mais o Estado deve responder com políticas sociais à questão social, mas sim a família, a comunidade e as instituições privadas ou não de caráter filantrópica, dentre elas as empresas.

Se os contratualistas são acusados de abstração na explicação da gênese e do fundamento do poder, e se o pacto keynesiano entre classe capitalista industrial, trabalhadores e Estado também é acusado de abstração, então resta no terceiro

setor as crenças na possibilidade real de um pacto entre Estado, sociedade e mercado. Se for assim, seria um pacto onde o trabalhador não seria um sujeito ativo, pois, nas condições atuais de precarização e informalidade, ele seria o grande perdedor.

O que na realidade ocorre, é um movimento contra o Estado e, além disso, uma despolitização do terceiro setor, pois, gradativamente, passou-se do sindicato aos movimentos sociais e, destes, às ONGs.

O Estado é, portanto, mediante a legislação (leis como do “voluntariado”, do “terceiro setor”, das “Oscip”, das “parcerias”) e repasse de verbas, um verdadeiro subsidiador e promotor destas organizações e ações do chamado “terceiro setor” e da ilusão de seu serviço¹⁴⁰.

As demandas já não nascem mais de necessidades, mas sim das condições de financiamento. Nesse sentido que se pergunta: desenvolvimento sustentável ou autodestrutivo? Benefício para toda a sociedade ou apenas para o capital?

A sociedade é dividida em três setores autônomos. O terceiro setor é o setor social, ou seja, o setor da sociedade civil. O segundo setor é o setor econômico, ou seja, o setor do mercado. Já o primeiro setor, o político, é o setor do Estado. O terceiro setor seria composto por Organizações não-governamentais (ONGs), Organizações sem fins lucrativos (OSFL), Organizações da sociedade civil (OSC), empresas cidadãs, fundações, associações, movimentos sociais e pelo voluntariado. É uma verdadeira mercantilização e filantropização da questão social; da mesma forma que é uma despolitização das políticas sociais. Enfim, trata-se de uma concepção mercadológica da questão social.

Se o terceiro setor divide setores de forma autônoma, resta a pergunta sobre a possibilidade de isolar questões econômicas, políticas e sociais de tal forma? Se o terceiro setor prometia solucionar a dicotomia entre Estado e sociedade, como pretende solucionar tal dicotomia produzindo mais divisões? E divisões apenas

¹⁴⁰ Cf. MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2007. p.146.

negativas, ou seja, diferentes do Estado por ser *não*-governamental; e diferente do mercado por ser *não*-lucrativa.

O espaço público se perde e, dessa forma, a cidadania se perde junto com esse espaço. Não é por acaso que se fala numa filantropia, numa cidadania e numa solidariedade corporativas, pois, com as privatizações, só resta esses espaços para a questão social e para a cidadania. Resta saber se a concretização dos princípios constitucionais, dos direitos humanos, da democracia e da dignidade da pessoa humana será alcançada em territórios privados e numa lógica de satisfação pessoal, particular e individual.

Ao mesmo tempo em que o pessimismo no Estado Democrático de Direito (um avanço do Estado Social) toma conta do pensamento neoliberal, também ocorre o otimismo com relação ao terceiro setor, principal destinatário e beneficiário das reformas baseadas na globalização financeira neoliberal e pelo Consenso de Washington.

Dupas¹⁴¹ considera que:

O sentido da Responsabilidade Social das empresas liga-se, ainda que indiretamente, à substituição da idéia de deliberação participativa sobre os bens públicos pela noção de gestão eficaz de recursos sociais, cuja distribuição é decidida aleatória e privadamente; nesse sentido, essas práticas privadas diluem a referência pública e política na tentativa de redução das injustiças sociais.

Hoje o papel das empresas na sociedade, incluindo negócios éticos, é muito discutido. A questão envolve corporações, escolas de negócios, políticos, empregados, acionistas, e mesmo grupos de interesse específicos — ou seja, todo o público atingido diretamente pela atuação de uma empresa. Com a diminuição do papel e do tamanho do Estado em praticamente todos os países ocidentais, o questionamento sobre qual deve ser a função social das empresas é cada vez mais recorrente.

¹⁴¹ Cf. DUPAS, Gilberto. *Tensões contemporâneas entre o público e o privado*. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p.23.

A responsabilidade social e seus sinônimos (marketing social, cidadania corporativa e ética empresarial) têm se instalado como um discurso que sugere a re-articulação do papel das empresas na sociedade. O papel do Estado transforma-se com a globalização.

Se antes esse papel se caracterizava como uma atuação interventora, com tentáculos inserindo-se em praticamente todos os aspectos sóciopolítico-econômicos, no presente assume cada vez mais um papel regulador, fiscalizador e menos agente, o que torna ainda mais bem-vindas as ações sociais das empresas. Há quem professe um mundo sem governos, liderado pelas empresas, estas sim as grandes instâncias geradoras de desenvolvimento¹⁴². Resta saber se a questão social, num país insustentável como o Brasil, pode ser totalmente dependente do setor privado, sua solidariedade privada e sua responsabilidade social.

De acordo com França e Carneiro, “o governo não tem sido capaz de dar conta de todas as demandas sociais existentes”. E prosseguem: “9 milhões de pessoas recebem atendimento social direto no Brasil sem que o governo tenha de desembolsar 1 centavo para atendê-las”¹⁴³. Boa parte das ações sociais e recursos financeiros que estes dados abrangem derivam de práticas individuais e empresariais em responsabilidade social.

Montana e Charnov¹⁴⁴ argumentam que a responsabilidade social anda de mãos dadas com o poder social e, como a empresa é a maior potência do mundo contemporâneo, ela tem a obrigação de assumir uma responsabilidade social correspondente. E continuam afirmando que as empresas têm a obrigação de ajudar a resolver problemas sociais nos quais não estão diretamente envolvidas, em nome de um bem comum que fatalmente beneficiará a empresa no final. Reconhecem que os custos de ser socialmente responsável podem ser repassados aos consumidores através de aumento nos preços praticados pela empresa sem incorrer em perda de aceitabilidade pelo consumidor.

¹⁴² Cf. PINHEIRO, J. C. T. *A educação ambiental no marketing social: um aspecto da responsabilidade social das empresas*. Trabalho de conclusão de curso não publicado, Universidade Federal do Pará, Belém, PA., 2001.

¹⁴³ Cf. FRANÇA, R. & CARNEIRO, M. Novas faces do bem. *Revista Veja*, out./1999. p. 161 e 155.

¹⁴⁴ MONTANA, P. J., & CHARNOV, B. H. Administração: Responsabilidade Social. In *Administração*. São Paulo: Saraiva, 2000. p.32-51.

Cabe perguntar até que ponto a responsabilidade social das empresas não depende de incentivos fiscais dos governos, o que desmente a afirmação de que o governo não desembolsa um centavo nessas ações das empresas, e até que ponto se trata efetivamente de responsabilidade social se os custos operacionais dos programas e das parcerias são repassados ao consumidor, sem contar o marketing da empresa e de seus produtos “socialmente responsáveis”.

Como bem ilustra Garcia:

Sem dúvida, em um país com os desafios do Brasil, iniciativas consistentes nas áreas social e educacional são sempre bem-vindas. Porém, é preciso ter claro quais são os papéis e os limites de cada ator na proposição e no encaminhamento de soluções para o quadro de miséria e exclusão que impera em nosso país. Isso significa que as ações do empresariado e da sociedade civil não devem ter a pretensão de substituir a responsabilidade majoritária do Estado em suas funções sociais¹⁴⁵.

Mesmo com essa ressalva de Garcia, resta a encruzilhada (sem saída?) na qual se encontra contemporaneamente o Estado: mesmo sendo o grande responsável pela questão social, ele, ameaçado de todos os lados pela globalização e pela neoliberalismo, não é capaz de responder às demandas por políticas públicas, seja porque está em crise fiscal, seja porque não vence essa crise porque sente-se obrigado a dar mais incentivos às empresas e aos investidores.

A partir da década de 80, ocorreram mudanças radicais e singulares não apenas pelo reflexo da velocidade da informação presente nas várias dimensões da sociedade, mas principalmente pela integração dos mercados financeiros e o crescimento singular do comércio internacional, o que se chamou de globalização, percebendo-se uma sutil revolução que se desenrola diariamente com o aparecimento de cidadãos com grandes dificuldades de inserção social na sociedade de consumo, em outras palavras, com falta de acesso a bens, serviços, segurança e justiça, excluídos do mercado do trabalho com o desemprego ou empregos ruins e instáveis.

¹⁴⁵ GARCIA, B. Responsabilidade social empresarial, Estado e sociedade civil: o caso do Instituto Ethos. In *Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades*. São Paulo: Petrópolis, 2002. p. 31.

Com um quadro de competição e insegurança dos trabalhadores, cada vez mais a população irá depender de políticas públicas efetivas que garantam educação e treinamento adequado às exigências do mercado. É justamente neste ponto que se encontra uma das grandes incoerências da globalização: cada vez mais as políticas econômicas liberais reduzem o poder do Estado, transformando-o no que é chamado de Estado Mínimo. Por outro lado, cada vez mais cresce o número de pessoas que exigem políticas públicas de proteção, que ofereça seguro desemprego, programas de habitação, entre outras.

Essa incoerência da globalização fica ainda pior no caso Brasileiro e seus dilemas, paradoxos e encruzilhadas. O novo estilo (empresarial ou gestorial) de fazer política social, conquistado a partir de reformas constitucionais “sugeridas” (sic) (impostas!) por organizações internacionais e pelo pensamento neoliberal, transferia para a esfera comercial as demandas sociais dos menos favorecidos. Através de fórmulas supostamente modernas, como a "Comunidade Solidária" e outros projetos, esvaziou-se de significado social o conceito moderno de Direitos Humanos e Direitos Sociais da pessoa humana, rebaixados à categoria de caridade ou assistencialismo filantrópico. A solidariedade passa de uma obrigação universal para uma opção pessoal.

Apesar de tudo, o papel do Estado na economia não está diminuindo em País nenhum; o que está sendo reduzido de forma drástica são as medidas estatais destinadas a atender demandas sociais dos menos favorecidos, ou seja, em responder à questão social. O principal dilema brasileiro pode ser expresso assim: quanto mais necessidade de um Estado forte, menos Estado temos.

A efetividade dos direitos humanos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana está intimamente relacionada com as políticas públicas, pois é a partir delas que o Estado cumpre sua tarefa de proporcionar condições de existências mínimas de seus cidadãos. Cabe novamente destacar a importância do Judiciário no contexto do Estado Democrático de Direito e na “era dos princípios”. Ele deve ser um importante ator na concretização dos direitos humanos fundamentais. Todo ato administrativo e legislativo não pode fugir desse controle judicial.

4.3 “ALIANÇA” PÚBLICO-PRIVADO: AGÊNCIAS REGULADORAS

O processo de internacionalização da economia local com contínuas aquisições de empresas nacionais por transnacionais e com a velocidade das privatizações realizadas nos últimos anos, torna muito rápida a incorporação de padrões de produtividade global, afetando fortemente a lógica dos empregos locais. Cada vez mais é necessário combinar políticas públicas que preservem as áreas modernas e competitivas por padrões internacionais com um esforço permanente de incorporar os setores atrasados. As transformações derivadas do processo de globalização, contraditoriamente:

geraram um aumento de oportunidades para uma parcela significativa de cidadãos, mas, por outro lado, influenciaram no crescimento desordenado da pobreza e da desigualdade, na insegurança econômica, no deslocamento social e na degradação ambiental, para outros. A obtenção do crescimento econômico nesse novo mundo, sem abandonar as metas de redução da pobreza, da coesão social e da sustentabilidade ambiental, torna-se o principal desafio para quase todos governos, neste início de século¹⁴⁶.

Já é consenso a tese de que as empresas que quiserem crescer, serem lucrativas e terem sucesso a longo prazo precisam incorporar em suas práticas cotidianas a qualidade ética nas relações com seus diversos públicos. Nessa perspectiva, a responsabilidade social das empresas ultrapassa a geração de empregos, o pagamento de impostos, a implementação de ações filantrópicas isoladas — muitas vezes paliativas, mas ainda assim importantes em uma sociedade profundamente marcada pela desigualdade e que privilegia o capital em detrimento da dignidade humana.

¹⁴⁶ Cf. RICO, E.M. *Gestão Social e Exclusão: o paradoxo do desenvolvimento econômico, viável, social e ambientalmente sustentável*. In *Cadernos de Serviço Social*. Faculdade de Serviço Social. PUC-Campinas. Ano XI, n. 20/21, p. 7-27, jan./dez. 2002. p. 6-8.

Em outras palavras, a solidariedade no momento é campo de disputa entre os diversos atores, e a resultante bem pode ficar cativa apenas do discurso e das boas intenções, levando a uma sociedade de liberdade (para poucos), desigualdade (cada vez maior) e um grande simulacro de solidariedade¹⁴⁷.

Para Ioschpe, “a postura como empresa socialmente responsável pode ter inspirações numa matriz filantrópica, mas hoje se distancia dela”¹⁴⁸, visto que “filantropia” no grego significa um amor inespecífico à humanidade, e hoje, as empresas desenvolvem uma posição muito mais afinada com seus valores intrínsecos (o lucro e sobrevivência) do que investimento social. Entretanto, a empresa, apoiando projetos sociais e tendo essa conduta socialmente responsável, alavanca recursos e apoio por meio da adesão dos trabalhadores e descobre ganhos adicionais que vão da melhoria do clima organizacional até a valorização da marca¹⁴⁹.

Uma pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) revelou que 67% das empresas situadas na região sudeste do Brasil praticaram “ações sociais” no ano de 1998. O IPEA denomina “ações sociais” qualquer doação feita a pessoas ou entidades sem fins lucrativos que apóiem a área da saúde, educação e lazer. Verificou-se que há relação direta entre participação das empresas e o tamanho delas: 62% das microempresas, 76% das pequenas empresas, 75 % das médias e 95% das grandes têm atuação social¹⁵⁰.

A responsabilidade social empresarial passa assim pela compreensão do modelo político-econômico instaurado a partir do processo de globalização, pelos problemas sociais estruturais decorrentes, pela necessidade da reforma do Estado (diminuição dos investimentos em políticas públicas) e pelas pressões cada vez mais freqüentes da sociedade civil.

¹⁴⁷ Cf. LISBOA, Armando de Melo. Empresa Cidadã: nova metamorfose do capital? In *Caderno “Outros Valores”*, n. 1, Florianópolis: Cidade Futura, 2000.

¹⁴⁸ Cf. IOSCHPE, Evelyn B. As Empresas aderem de forma crescente à programas de cidadania empresarial. *Jornal Valor Econômico*, São Paulo, n 71, p.E2, 09, agosto 2000.

¹⁴⁹ Cf. YOUNG, Ricardo. Franquia Social. *Revista Marketing Cultural*. São Paulo, n.34, p. 9 abril 2000.

¹⁵⁰ Cf. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA. *Rede IPEA de pesquisa*. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 08 out. 2007.

É preciso compreender que esses investimentos empresariais estão ocorrendo num contexto político, econômico e social que afetou diretamente os negócios das empresas. Se os governos não têm assumido suas responsabilidades para garantir o mínimo social necessário para todo o cidadão, abre-se um espaço público no qual organizações comunitárias, entidades assistenciais, ONGs (organizações não-governamentais) e fundações empresariais começam a buscar formas de reduzir a pobreza e fortalecer a democracia nas sociedades subdesenvolvidas.

As empresas controlam os recursos financeiros gerenciais essenciais para a execução de programas públicos eficazes e atividades comunitárias. Por outro lado, uma política pública bem formulada e a estabilidade social são colunas vitais para sustentar as economias viáveis das empresas. Pode-se concluir, assim, que existem razões para formações de alianças entre o setor público e o privado que garantam a sobrevivência da política econômica globalizada.

As empresas brasileiras que investem em responsabilidade social terão incentivos e isenções fiscais superiores a R\$ 1,1 bilhão este ano, de acordo com dados da Secretaria da Receita Federal (SRF), valor muito próximo ao da proposta de orçamento de Campo Grande, capital do Mato Grosso do Sul, para 2008¹⁵¹.

Esses incentivos e isenções fiscais para as empresas são basicamente deduções do Imposto de Renda (IR) para as áreas de cultura como: artes cênicas, literatura, música e outras, previstas na Lei Rouanet; obras audiovisuais independentes, estabelecidas na Lei do Audiovisual; Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente; doações para entidades sem fins lucrativos e doações para institutos de ensino e pesquisa.

Com a modernização do Estado administrativo, ou seja, daquele Estado baseado num padrão de gestão técnico-empresarial, dos conceitos relacionados aos seus deveres, em especial na prestação de serviço público adequado e de qualidade, aliado ao princípio do "Estado Bem-Estar", surgiu o princípio da descentralização do poder estatal, que visa facilitar a execução dos objetivos do Estado, para que o mesmo desempenhe suas funções com eficiência técnica,

¹⁵¹ Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/noticias/>>. Acesso em: 10 out. 2007.

jurídica e financeira, proporcionando aos consumidores dos serviços públicos maior satisfação.

A descentralização, contemporaneamente, não se dá apenas com a criação de autarquias tradicionais ou entidades paraestatais, mas sim com a transferência, pelo Estado, do dever de execução de uma atividade a terceiros estranhos à estrutura da administração pública.

Aliado à flexibilização dos monopólios estatais e a redução de barreiras à entrada de capital estrangeiro no país, surgiram grandes grupos econômicos com interesse em explorar atividades que outrora eram de exclusiva função do Estado, como os serviços de telecomunicações e energia.

Sendo os serviços mencionados de responsabilidade do Estado, pois são serviços essenciais ao bem comum, foram criadas, para sua segurança e controle, Agências Reguladoras cuja função é ditar as normas de condução entre os agentes envolvidos, ou seja, o Poder Público, o prestador dos serviços e os usuários, devendo sempre ser preservado o objetivo de harmonizar os interesses do consumidor (preço e qualidade) com os do fornecedor (viabilidade econômica de sua atividade comercial) como forma de perpetuar o atendimento aos interesses da sociedade.

No Brasil, as Agências Reguladoras foram constituídas como autarquias de regime especial integrantes da administração indireta, criadas para realizar as tradicionais atribuições da Administração Direta, na qualidade de Poder Público concedente, atuando na regulação e na fiscalização da prestação dos serviços públicos.

A grande novidade das Agências Reguladoras consiste em sua maior independência em relação ao Poder Executivo, apesar de fazer parte da Administração Pública indireta, tendo como características a independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade, com a conseqüente impossibilidade de demissão de seus dirigentes e autonomia financeira.

A proliferação destas agências reguladoras não se fez acompanhar da elaboração de um regime jurídico aplicável a todas elas, indicando a falta de coordenação da atividade econômica e de uma superestrutura regulatória. A

comparação entre cada uma das atividades reguladas acaba por suscitar dúvidas, por exemplo, sobre possíveis diferenças entre os órgãos previstos na Constituição Federal e os que contam apenas com disciplina infraconstitucional.

O critério empregado na eleição de um setor a ser regulado reside na existência de reflexos (positivos ou negativos) relacionados a esta atividade. No caso de serviços públicos, privilegia-se a eficiência e a racionalidade de sua prestação, além de zelar por sua universalização. Já as atividades econômicas em sentido estrito são reguladas com o fito de preservar um ambiente concorrencial e o interesse dos consumidores.

Em ambos os casos, o fim último da regulação é implementar um programa regulatório (política pública de regulação) mediante: a) elaboração de regras gerais que disciplinem a atividade sob sua tutela (regulamentando a prestação de serviços públicos, definindo tarifas, etc); b) controle da execução das atividades, recebendo e investigando denúncias e reclamações; c) aplicação de sanções aos agentes sob sua vigilância, nos termos da Constituição Federal, da Lei de Processo Administrativo (Lei 9.784/99) e de outras leis específicas; d) solucionando conflitos e questões controversas postas a seu encargo.

Como meio de efetivação de sua autonomia decisória, de agilização de sua atuação, a especialização necessária e uma certa distância em relação aos órgãos políticos, as agências contam com o poder de editar normas concernentes à atividade cuja regulação lhes é atribuída.

Este poder normativo foi conferido pelas leis que instituíram as agências reguladoras em nosso ordenamento jurídico. Tal possibilidade, à primeira vista, parece colidir com o princípio da separação dos poderes e o da legalidade, tendo em vista que competiria, exclusivamente, ao Poder Legislativo o exercício da atribuição em comento.

Enfrentando a dúvida sobre a legalidade dessa atividade, há doutrinadores que situam-na no campo da delegação legislativa e outros que a tratam como competência regulamentar. A discussão sobre o assunto é muito ampla, não sendo objeto deste trabalho examinar com maior profundidade a função normativa das agências reguladoras com relação ao princípio da separação de poderes. Mesmo

porque, como bem coloca Marçal Justen Filho¹⁵², é inviável discutir-se a competência normativa das agências sem antes definir norma jurídica, nem examinar sua estrutura e principais características. Merece destaque, entretanto, a observação feita por José Gustavo Athayde sobre o tema:

Tendo em vista a novidade e a complexidade do tema, poderia ser prematura qualquer conclusão definitiva sobre a natureza jurídica dos regulamentos editados pelas agências reguladoras, se autônomos ou não, até porque a doutrina ainda diverge inclusive quanto à classificação de tais atos normativos. Em qualquer posição que se adote, a de Carlos Ari Sundfeld ou a dos que definem como regulamentos autônomos os atos em estudo, é pacífica a existência de limites ao poder normativo dos órgãos reguladores, até mesmo como decorrência dos princípios da separação dos poderes e o da legalidade¹⁵³.

Identificando tais limites, reconhece-se que a tais regulamentos não é permitido contrariar as leis e evidentemente as regras e princípios da Constituição. Outra conclusão a que se chega é que tais atos normativos não podem inovar de forma absoluta na ordem jurídica, criando direitos e deveres às pessoas envolvidas sem algum tipo de respaldo legal.

Outro limite detectado é a proibição da edição de regulamento quando for exigido processo legislativo certo e específico, bem como nos casos de competência legislativa constitucional. Dos artigos 5º, XXXIX, 149, 150, I e 195 da Carta Fundamental extrai-se que não podem os regulamentos criar crimes, prever penas, sanções, tributos ou encargos de qualquer natureza. Os regulamentos não podem retroagir para beneficiar determinado grupo de pessoas em detrimento de outras, não podem deixar de ser motivados, são passíveis de controle por parte do Poder Judiciário, tanto na via concentrada quanto na difusa, conforme o caso¹⁵⁴.

A revisão das formas de organização e funcionamento do Estado brasileiro foi impulsionada a partir de 1995, com a proposição, pelo governo federal, de uma

¹⁵² Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 483.

¹⁵³ Cf. ATHAYDE, José Gustavo. As agências reguladoras: independência e poder normativo em face da Constituição Federal de 1988. In *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, abril/2003, v.26, p. 2136-2148.

¹⁵⁴ *Loc. Cit.*; cf. também SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p.434-487.

ampla reforma gerencial, concebida pelo Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira e sua equipe no Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado¹⁵⁵.

Apesar da referência à nova função de regulação, o documento-marco da reforma gerencial — o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado — não detalhou uma proposta institucional precisa para as agências regulatórias. Englobou-as, com as demais atividades exclusivas do Estado, na proposta de “agências autônomas”, que deveriam gozar de maior autonomia para atingir melhores resultados. O foco, aqui, era o da superação da rigidez burocrática que, desde a Constituição de 1988, amarrou a administração indireta aos mesmos controles formais da administração direta.

Apesar dos esforços empreendidos a partir de 1995, no âmbito da reforma do aparelho do Estado, para introduzir novas formas de controle — em especial o controle por resultados e o controle social —, a tradição brasileira ainda é fortemente marcada pelo controle hierárquico, possibilitando a demissão *ad nutum* dos dirigentes de entidades públicas pelo ministro correspondente ou pelo chefe do Executivo. Esta tradição impacta fortemente a atuação das agências reguladoras, criadas como entidades dotadas de autonomia, com mandatos fixos de seus dirigentes e não coincidentes com os do Executivo.

Os desafios político-institucionais da regulação no Brasil têm ainda desdobramentos sobre a necessária articulação das diferentes esferas de governo. O federalismo brasileiro tem como uma de suas marcas a falta de clareza sobre as competências de cada esfera de governo; neste contexto, os avanços da regulação dependem de avanços no padrão do federalismo.

¹⁵⁵ MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2007. p.47-48.

CONCLUSÃO

A pesquisa pretendeu abordar as transformações do Estado de Direito Moderno no começo do século XXI. Assim, os temas abordados foram contextualizados a partir dos desafios impostos pelo neoliberalismo, sobretudo no contexto da globalização econômica e financeira. Esse foi o contexto para as discussões da ordem econômica, dos incentivos fiscais e da responsabilidade social do terceiro setor. Então, nesse momento, cabem algumas considerações conclusivas sobre o problema, sobre as hipóteses e sobre os objetivos da investigação, destacando os resultados obtidos.

A questão central durante o decorrer da pesquisa, foi destacar o paradoxo da Constituição e de suas regras e princípios, os paradoxos da desregulamentação, a dificuldade prática do Estado Democrático de Direito diante do neoliberalismo e o dilema brasileiro de que, quanto mais precisamos de um Estado forte e interventor, previsto constitucionalmente, mais ele é desmontado e atacado por políticas neoliberais.

Assim, os paradoxos e o dilema de atuação são características atuais do Estado brasileiro e devem ser abordadas no tema da questão social e as mudanças nas suas formas de tratamento, ou seja, formas públicas (políticas sociais) ou privadas (terceiro setor e responsabilidade social).

É o paradoxo da desregulamentação feita através de regulamentação, provando que, seja no Estado Liberal, seja no Estado Social e seja no Estado Democrático de Direito, sempre houve intervenção estatal. O que muda é apenas sua direção, seu sentido e sua finalidade.

O cerne da problemática brasileira, é ser um país capitalista ainda industrial, dependente e subordinado à países que estão em nova fase globalizada e de capitalismo não mais industrial, mas sim financeiro. É essa situação, a responsável pela reestruturação, pelo ajuste, pelas contra-reformas e pelas revisões constitucionais.

Diante do exposto, extrai-se as seguintes conclusões:

(1) As reformas estruturais aplicadas pelos governos Collor, FHC e Lula foram as responsáveis pelo desmonte do Estado e sua fraqueza no tratamento da questão social. Fraqueza esta que se identifica no debate sobre os incentivos fiscais e sobre a responsabilidade social do terceiro setor.

(2) A Constituição dirigente e o princípio da dignidade da pessoa humana ainda podem ser alternativas contra-hegemônicas diante do cenário de Estado Mínimo Global.

(3) No cenário neoliberal e globalizado, os incentivos públicos, sim, representam meramente uma transferência de responsabilidade e de verbas para o setor privado.

(4) O conceito de terceiro setor deve ser desmistificado, pois ele representa uma falsa alternativa no tratamento do dualismo público e privado, já que representa uma perda de espaços públicos democráticos para o exercício pleno da cidadania, realizando mágicas dissimuladoras como “público não estatal”, “organização não governamental”, “mercado sem fins lucrativos”, “novo pacto social”, etc.

Depois de tudo, os dilemas, os paradoxos e as encruzilhadas do Brasil permanecem e persistem: apesar da existência de todas as normas constitucionais e infra-constitucionais definidoras dos direitos humanos fundamentais e sociais e apesar dos inúmeros documentos internacionais que garantem a igualdade soberana de todos os Estados, o respeito aos direitos do homem e às suas liberdades fundamentais, bem como o respeito à igualdade de direitos de todos os seres humanos e sua dignidade, essas normas ainda estão muito distantes de sua efetivação. E assim permanecerão se as políticas neoliberais continuarem a causar reformas e diminuição do Estado.

Se o objetivo geral do trabalho foi fazer uma crítica ao padrão neoliberal de tratamento da questão social, inserindo-o no contexto do Estado Democrático de Direito, do neoconstitucionalismo e da “era dos princípios”, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual deve ser considerado o fundamento do ordenamento jurídico, então, acredita-se que tal objetivo geral foi conquistado de modo satisfatório, da mesma forma que os objetivos específicos.

Por isso que o terceiro setor e a responsabilidade social são conceitos ideológicos, pois, por detrás da necessidade de profissionalização tecnicista, de

maximizar resultados, de continuidade e de marketing com relação à empresa e aos produtos dela, está um processo muito maior de reestruturação do capital a partir do neoliberalismo, de desmonte do Estado Democrático de Direito e de suas garantias sociais expressas na Constituição dirigente normativa. Trata-se de uma transferência, privatização e filantropização da questão social, da solidariedade, dos direitos humanos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Assim, para finalizar, se o Brasil realmente quiser ser considerada uma Nação sustentável, deverá enfrentar de modo universal, constitucional e democrático suas desigualdades, suas exclusões, suas pobreza e seus desempregos. Só dessa forma os direitos humanos, cujo fundamento é o princípio da dignidade da pessoa humana, serão respeitados.

Tal enfrentamento depende de um Estado Democrático e Constitucional não apenas regulador, mas sim dirigente e interventor, exatamente o contrário do que se está vivenciando atualmente no cenário nacional e mundial de hegemonia do pensamento neoliberal.

Pode ser mal interpretada a proposta contra-hegemônica de um Estado Forte e uma Constituição dirigente. Essa má interpretação significa que, caso o Brasil opte por tal caminho, ele será isolado e sofrerá conseqüências na sociedade internacional.

Trata-se de um mal entendido porque, justamente com a globalização, passaram a existir vários níveis de luta: global, regional, local, nacional, supranacional, etc. No entanto, para inserir-se nesses outros níveis, o Brasil deve estar devidamente organizado, ou seja, com um projeto de Nação, o que se conquista somente com um Estado forte e com uma Constituição ainda dirigente, vinculativa, orientadora das interpretações e ações estatais e privadas, além de possuir uma força normativa e um poder de transformação do *status quo*. Sem esse poder, a Constituição, o Direito, a política, a democracia e os direitos humanos nada mais seriam do que “folhas de papel” sem nenhum significado, sem nenhum sentido histórico e de emancipação.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando. A reconstrução das funções governamentais no federalismo brasileiro. In *Federalismo na Alemanha e no Brasil*. São Paulo; Fundação Konrad Adenauer, Série Debates n. 22, v. I, abril 2001n

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Bomtempo, 2004.

ATHAYDE, José Gustavo. As agências reguladoras: independência e poder normativo em face da Constituição Federal de 1988. In *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, n.26, abril/2003.

BERTEN, André. *Filosofia política*. Trad. Márcio Anatole de Souza Romeiro. São Paulo: Paulus, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 4.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

_____. *Liberalismo e democracia*. 3.ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Do país constitucional ao país neocolonial*. São Paulo: Malheiros, 1999.

BOSCHI, R.R.; DINIZ, E. Empresários e constituinte: continuidade e rupturas no modelo de desenvolvimento capitalista no Brasil, 1989. In CAMARGO, A.; DINIZ, E. (Org.). *Continuidade e mudança no Brasil na Nova República*. São Paulo: RT, 1989.

BRASIL. Ministério da Fazenda. *Gasto social do governo central: 2001, 2002*. Brasília: Secretaria de Política Econômica, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

CARDUCCI, Michele. *A aquisição problemática do constitucionalismo ibero-americano*. Passo Fundo: UPF, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. In *Revista de Direito Comparado*, Belo horizonte, n.3, maio/1999.

CHUEIRI, Vera Karam de. Ronald Dworkin. In BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

CITADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In VIANNA, Luiz Werneck (Org). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

COELHO, Teixeira. *Moderno pós moderno*. 5.ed. São Paulo: Iluminuras, 2005.

CONNOR, Steven. *Postmodernism*. Cambridge: Cambridge University, 2004.

COPPETTI, André; MORAIS, José Luis Bolzan de. Ensino do Direito como condição de possibilidade para a concretização de um projeto de felicidade presente na Constituição Federal brasileira. In COPPETTI, André; MORAIS, José Luis Bolzan de. *O ensino jurídico e a formação do bacharel em Direito: diretrizes político-pedagógicas do curso de direito da Unisinos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

COUTINHO, Jacinto N. M. (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

DUPAS, Gilberto. *Tensões contemporâneas entre o público e o privado*. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

DUSO, Giuseppe (Org.). *O poder*. Trad. Andréa Ciacchi. Rio de Janeiro: Petrópolis, 2005.

FÉLIX, L. F. F. O ciclo virtuoso do desenvolvimento responsável. In *Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades*. São Paulo: Petrópolis / Instituto Ethos, 2003.

FIGUEIREDO, Carlos, et al. *Comentários à lei de responsabilidade fiscal*. 2.ed. São Paulo: RT, 2001.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do anti-truste*. São Paulo: RT, 2005.

FRANÇA, R. & CARNEIRO, M. Novas faces do bem. *Revista Veja*, out./1999

GARCIA, B. Responsabilidade social empresarial, Estado e sociedade civil: o caso do Instituto Ethos. In *Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades*. São Paulo: Petrópolis, 2002.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1987.

GHETTI, Pablo. Estado de exceção. In BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

GIFE. Grupo de Institutos Fundações e Empresas Grupo e Institutos Fundações e Empresas. *Investimento Social Privado no Brasil: perfil e catálogo dos associados Gife*. São Paulo: 2001.

GONÇALVES, Reinaldo. *O nó econômico*. Rio de Janeiro: Record, 2003.

GONZATTO, M. Como faço, como fazemos. *ZH Comunidade*, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUÉHENNO, Jean-marie. *O futuro da liberdade: a democracia no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HÖFLING, Eloísa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. In *Cadernos Cedes: Políticas públicas e Educação*. Campinas: Unicamp, n.55, 2001.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA. *Rede IPEA de pesquisa*. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 08 out. 2007.

INSTITUTO ETHOS de Empresas e Responsabilidade Social. *Manual responsabilidade social das empresas: primeiros passos*. Disponível em: <<http://www.ethos.org.br>>. Acesso em: 6 out. 2007.

IOSCHPE, Evelyn B. As Empresas aderem de forma crescente à programas de cidadania empresarial. *Jornal Valor Econômico*, São Paulo, n 71, p.E2, 09, agosto 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Belo Horizonte: Líder, 2001.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. Estado de Direito. In BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Direito econômico: soberania e mercado mundial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LIMA, M. Responsabilidade social: Apoio das empresas privadas brasileiras à comunidade e os desafios da parceria entre elas e o terceiro setor. In *Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades*. São Paulo: Petrópolis / Instituto Ethos, 2002.

LISBOA, Armando de Melo. Empresa Cidadã: nova metamorfose do capital? In *Caderno "Outros Valores"*, n. 1, Florianópolis: Cidade Futura, 2000.

LOURENÇO, A. G. & SCHRÖDER, D. S. Vale investir em responsabilidade social empresarial? Stakeholders, ganhos e perdas. In *Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades*. São Paulo: Petrópolis / Instituto Ethos, 2003.

MACEDO, Ubiratan Borges de. Liberalismo. In BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

MACRIDIS, Roy C. *Ideologias políticas contemporâneas*. Trad. Luís Tupy Caldas. Brasília: UNB, 1982.

MARTINS, Paulo Haus. *Aspectos principais da lei de incentivo à cultura*. Fevereiro de 2000. Disponível em: <http://www.rits.org.br/legislacao_teste/faq/lg_faq_ifiscais.cfm?extrutFAQ=0>. Acesso em: 04 ago. 2007.

MATEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Trad. Francisco Javier Ansuátegui; Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998.

MCILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: ancient and modern*. Nova York: Cornell University Press, 1947. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cmt/mcilw/mcilw.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2008.

MELO, Marcos André. Crise Federativa, Guerra Fiscal e "hobbesianismo municipal": efeitos perversos da descentralização? In *São Paulo em perspectiva*, Fundação SEADE, v.10, n.3, 1996. p. 3.

MIFANO, G. *A crise mundial de confiança nas empresas: uma questão de Responsabilidade Social*. 2002. Disponível em: <http://www.ethos.org.br/docs/conceito_praticas/publicacoes/Debates/a_crisemundial.ppt>. Acesso em: 8 out. 2007.

MIRANDA, G. de P. C. Responsabilidade social corporativa e marketing social: Reflexão para um novo tempo. In *Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades*. São Paulo: Petrópolis / Instituto Ethos, 2002.

MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. In *Interesse Público*, v. 01, 1999.

MONTANA, P. J., & CHARNOV, B. H. Administração: Responsabilidade Social. In *Administração*. São Paulo: Saraiva, 2000.

MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2007.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Contrato Social. In BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

_____. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

MOREIRA, Vital. *Economia e constituição: para o conceito de Constituição econômica*. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 1979.

MUKAI, Toshio. Participação do Estado na atividade econômica. In *Limites jurídicos*. São Paulo: RT, 1979.

NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NÓBREGA, Marcos. *Lei de responsabilidade fiscal e leis orçamentárias*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

NOVELO, Federico. Estado keynesiano e Estado neoliberal. In LAURELL, Asa Cristina (Org.). *Estado e políticas sociais no neoliberalismo*. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2002.

OLIVEIRA, Anna Cynthia. *Terceiro setor: uma agenda para a reforma do marco legal*, Rio de Janeiro: Comunidade Solidária, 1997

OLIVEIRA, F. Relações públicas e a comunicação na empresa cidadã. In *Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades*. São Paulo: Petrópolis / Instituto Ethos, 2002.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. 5.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

PAES, A. *A Responsabilidade Social Empresarial (RSE): espaço de intervenção profissional do Serviço Social*. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Serviço Social da PUC-SP, São Paulo, 2003.

PASOLD, César Luiz. *Função social do Estado Contemporâneo*. 2.ed. Florianópolis: Estudantil, 2003.

PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, v.45, out-dez 2003

PIMENTA, Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PINHEIRO, J. C. T. *A educação ambiental no marketing social: um aspecto da responsabilidade social das empresas*. Trabalho de conclusão de curso não publicado, Universidade Federal do Pará, Belém, PA, 2001.

PINHEIRO, V.C. Reforma da previdência: uma perspectiva comparada. In: GIAMBIAGI, F.; REIS, J.G.; URANI, A. (Orgs.). *Reformas no Brasil: balanço e agenda*. [S.l.]: Nova Fronteira, 2004.

PINHEIRO FILHO, José Muños; CHUT, Marco André. Estado. In BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

POGREBINSCHI, Thamy. Contratualismo. In BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

RICO, E.M. *Filantropia empresarial e a gestão de projetos sociais*. 2001. 159 p. Tese (Doutorado). Estudos de Pós-Graduação em Ciências Sociais da PUC-SP, São Paulo, 2001.

_____. Gestão Social e Exclusão: o paradoxo do desenvolvimento econômico, viável, social e ambientalmente sustentável. In *Cadernos de Serviço Social*. Faculdade de Serviço Social. PUC-Campinas. Ano XI, n. 20/21, p. 7-27, jan./dez. 2002

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado providência*. Goiânia: UFG, 1997.

SANTOS, B. S. (Org.). *A globalização e as ciências sociais*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: LTr, 2001.

SIMM, Zeno. *Os direitos fundamentais e a seguridade social*. São Paulo: LTr, 2005.

SOUSA, Nilson Araújo. *Crise econômica*. São Paulo: Quilombo, 1982.

SOUZA, I. D. Nova ordem mundial. *O liberal*, 2001.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SPOSATI, A.O. et al. *A assistência na trajetória das políticas sociais brasileiras*. São Paulo: Cortez, 1985.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TOLDO, M. Responsabilidade social empresarial. In *Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades*. São Paulo: Petrópolis / Instituto Ethos, 2002.

TRAMONTIN, Odair. *Incentivos públicos a empresas privadas & guerra fiscal*. Curitiba: Juruá, 2002

WARAT, Luís Alberto; PEPE, Albano Marcos Bastos. *Filosofia do direito: uma introdução crítica*. São Paulo: Moderna, 1996.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei; temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

WEBER, M. *Economia e sociedade*. 4.ed. Brasília: UNB, 2000.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.

YOUNG, Ricardo. Franquia Social. *Revista Marketing Cultural*. São Paulo, n.34, p. 9 abril 2000.