

O TERCEIRO SETOR NA PROMOÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

EL TERCER SECTOR EN LA PROMOCIÓN DEL ACCESO A LA JUSTICIA

Rodrigo dos Santos Ribeiro¹

Rodrigo Pereira Moreira²

RESUMO

O presente estudo abordou, como objetivo geral, a realização de parcerias do Estado com o Terceiro Setor na solução de conflitos por mecanismos consensuais. O tema ganhou relevo diante da denominada crise do Poder Judiciário, que pode ser sintetizada na ineficiência do Estado na prestação da tutela jurisdicional e na compreensão de que a solução advinda por mecanismos consensuais pode produzir melhores resultados do que a própria resolução feita pela via judicial. Nesse sentido, relacionou-se uma nova compreensão do acesso à justiça, com a introdução e expansão da atuação do Terceiro Setor no Brasil, o qual, diante da adoção de políticas neoliberais, ganhou espaço e necessita de regulamentação legislativa e de estudos doutrinários. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo e os procedimentos técnicos bibliográfico e documental.

Palavras-chave: Mecanismos consensuais; Terceiro Setor; Parcerias do Estado.

RESUMEN

Este estudio se centro, como objetivo general, en la consecución de asociaciones del Estado con el Tercer Sector para resolución de conflictos por medio de los mecanismos consensuales. El tema ganó importancia con el comienzo de la llamada crisis del Poder Judicial, que se puede sintetizar en la ineficiencia del Estado en la provisión de revisión judicial y la comprensión de que la solución surja de mecanismos consensuales puede producir mejores resultados que la resolución real hecha por los tribunales. De esta manera, se relacionó esa nueva comprensión del acceso a la justicia con la introducción y expansión de la actuación del tercer Sector en Brasil, que delante de la adopción de políticas neoliberais, ganó espacio y necesita de reglamentación legislativa y de estudios doctrinários. Para ello, se utilizó el método deductivo y le procedimiento técnico literario y documental.

Palabras clave: Mecanismos consensuales; Tercer Sector; Asociaciones Del Estado.

¹ Mestrando em Direito Público na Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia. Bolsista da CAPES.

² Mestrando em Direito Público na Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia. Bolsista da CAPES.

INTRODUÇÃO

Pretende-se abordar a realização de parcerias do Estado com o Terceiro Setor na solução de controvérsias por mecanismos consensuais, dentre eles a mediação e a conciliação, instrumentos que podem ser utilizados, inclusive, para uma melhor restauração do relacionamento dos conflitantes, dando-se enfoque na política implementada pela Resolução nº 125 de 29 de Novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O principal objetivo desta denominada “Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses” é tornar efetivo o princípio constitucional do acesso à justiça (art. 5º, XXXV da Constituição Federal), principalmente do acesso à ordem jurídica justa.

Esta nova visão está de acordo com teoria desenvolvida por Mauro Cappelletti (2002), que apresenta as denominadas “ondas de acesso à justiça”, que seriam as mudanças, até mesmo cronológicas, que tiveram como fim proporcionar o acesso à justiça. Boaventura de Sousa Santos (2008), no mesmo sentido, propõe uma revolução democrática do acesso à justiça, em que sua própria expansão seria um fator de melhoria e desenvolvimento deste.

Indique-se, ainda, que com o advento dos ideais neoliberais floresceu o pensamento relacionado ao distanciamento do Estado para com as políticas sociais, de modo que houve o crescimento da atuação do Terceiro Setor, que, sinteticamente, pode ser denominado como um segmento da sociedade envolvido por entes privados, seja conjunto de pessoas ou uma singularidade, que atuam em atividades públicas não específicas.

Com o fito de realizar a investigação, analisou-se a doutrina de diversos autores nacionais, através do método dedutivo, com o uso da pesquisa bibliográfica e documental de livros, periódicos e outros meios de divulgação, a fim de formar uma convicção forte a respeito do tema, de maneira a proporcionar um estudo aprofundado para que possa ser utilizado em outras investigações posteriores.

A importância do tema no contexto jurídico consiste em desenvolver uma abordagem nova e ainda em construção no Brasil e no Mundo, haja vista a tendência mundial da qual Mauro Cappelletti (2008) diz ser a terceira “onda” de mudanças no campo jurisdicional, referente à nova compreensão do acesso à justiça e suas implicações sociais. No contexto social, a relevância reside no progresso da captação do tema, de modo que sirva para a sua maior inserção em um contexto de comunidade.

Pretende-se relacionar o desenvolvimento do Terceiro Setor no Brasil com a adoção de políticas neoliberais, além da indicação da possibilidade de sua utilização para a solução de conflitos por mecanismos consensuais, como é o caso da conciliação e mediação. É a análise

de dois movimentos pelos quais passa o Direito nos últimos anos, quais sejam: o desenvolvimento da doutrina e legislação acerca do Terceiro Setor e sua compreensão e a análise de mecanismos alternativos de solução de conflitos, frente à denominada crise do Judiciário.

1. O AVANÇO DO NEOLIBERALISMO

Para compreender o desenvolvimento do Terceiro Setor no Brasil, necessária é a abordagem do neoliberalismo.

O Estado Social, desenvolvido após a Segunda Guerra Mundial passou por uma crise que resultou na adoção de ideais neoliberais, principalmente no período da década de 90 do século XX. As políticas públicas sociais foram diminuídas a fim de haver uma contenção de gastos, ao passo que a demanda por estes serviços aumentou de maneira vultuosa, seja pela elevação da escolaridade das pessoas e disponibilização de maior informação, seja pelo aumento da população.

Foi no governo Collor que floresceu o cenário neoliberal no Brasil, o qual iniciou a abertura econômica e comercial do país, substituindo o até então modelo vigente de substituição de importações. Observou-se nesse período a demissão de servidores públicos, o enxugamento do aparelho do Estado e privatizações.

Após o *impeachment* de Collor, Itamar Franco, o atual vice, assumiu o poder. As próximas eleições foram vencidas por Fernando Henrique Cardoso,³ que prosseguiu com o ideal neoliberal, principalmente numa tentativa de atrair o capital internacional. A marca desse período foram as privatizações e a desregulamentação do mercado nacional, na busca pelo equilíbrio fiscal. Há que se destacar a criação da Lei de Responsabilidade Fiscal, que tem por finalidade limitar as despesas realizadas por estados e municípios.

Entretanto, a realidade social brasileira demandava por uma atuação mais forte do Estado, de maneira a promover o bem estar social. Ao passo que a população aumentou e ornou-se mais consciente, houve certa desresponsabilização por parte do Estado, que iniciou o processo de afastamento para com os problemas sociais.⁴

³ FHC é que foi concebido para viabilizar no Brasil a coalizão de poder capaz de dar sustentação e permanência ao programa de estabilização do FMI, e viabilidade política ao que falta ser feito das reformas preconizadas pelo Banco Mundial (FIORI, 1997, p. 14).

⁴ Essa ideologia de exaltação do mercado se expressa através de um discurso polêmico: ela assume, no mais das vezes, a forma de uma crítica agressiva a intervenção do Estado na economia. O discurso neoliberal procurava mostrar a superioridade do mercado frente à ação estatal (BOITO JR, 1999, p. 45).

No caso do acesso à justiça, a ineficiência do Poder Judiciário e a falta de políticas públicas de fomento de melhorias, fez com que um sentimento de frustração para com o Estado fosse desenvolvido:

(...) temos mesmo vindo a assistir, em alguns países, a um deslocamento da legitimidade do Estado: do poder executivo e do poder legislativo para o poder judiciário. Esta transferência de legitimidade é um processo gradual, em alguns Estados a ocorrer mais rapidamente do que em outros. Esse movimento leva a que se criem expectativas positivas elevadas a respeito do sistema judiciário, esperando-se que resolva os problemas que o sistema político não consegue resolver. Acontece que a criação de expectativas exageradas acerca das possibilidades do judiciário é, ela própria, uma fonte de problemas. Quando analisamos a experiência comparada, verificamos que, em grande medida, o sistema judiciário não corresponde à expectativa. E, rapidamente, de solução passa a problema. E, se as expectativas forem muito elevadas, ao não serem cumpridas, geram enorme frustração (SANTOS, 2008, p. 21).

Esse deslocamento de legitimidade para o Poder Judiciário pode ser compreendido, ademais, pela indicação do movimento denominado judicialização, o qual é diverso do movimento chamado de ativismo judicial. Conforme doutrina de Luís Roberto Barroso (2013, p. 6), a judicialização é um fato, decorrente do amplo rol de direitos consagrados na Constituição, da maior consciência deles por parte da população e pelos mecanismos de controle de constitucionalidade previstos na Carta Magna. Já o ativismo judicial é uma atitude, pela constatação pelo Poder Judiciário de um déficit dos demais poderes, desse modo, ele passa a ter uma atuação em esferas que, a princípio, não eram de sua competência. O que se assistiu nesses últimos anos no Brasil foi tanto o movimento da judicialização, quanto o do ativismo judicial.

A política neoliberal, dessa forma, fez aumentar a necessidade de atuação mais forte do Poder Judiciário, como uma garantia para os direitos violados, seja pela não atuação do Estado, seja pela sua atuação não condizente com suas características.

Luigi Ferrajolli (2009, p. 26) indica que a atuação deste poder constitui uma garantia secundária para os direitos fundamentais:

Los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión). Convengo en llamar *garantias primarias* a estas obligaciones y a estas prohibiciones, y *garantías secundarias* a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias.⁵

⁵ “Os direitos fundamentais, da mesma forma como outros direitos, consistem em expectativas negativas ou positivas as quais correspondem obrigações (de prestações) ou proibições (de lesão). Convém chamar *garantias*

Tendo em vista sua importância como garantia para os demais direitos, o direito ao acesso à justiça é considerado inclusive o direito humano mais humano de todos:

O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 11).

Depreende-se, dessa maneira, a ligação entre as políticas neoliberais implementadas pelo governo brasileiro nos últimos tempos e uma maior atuação do Poder Judiciário. Mas não foi somente este que passou a ter um papel mais ativo na sociedade brasileira. O Terceiro Setor, com o cenário favorável, iniciou um movimento de crescimento, de maneira a atuar em ações do Estado, embora não exclusivas deste.

2. O TERCEIRO SETOR

Conforme indicado no tópico anterior, com a onda neoliberal que incidiu sobre o Brasil, o Estado passou a ter uma atuação mais reservada em algumas áreas, no intuito de contenção de gastos e desenvolvimento do setor privado. Áreas como de telecomunicações, siderurgia, foram privatizadas. Outras, como a educação obtiveram experiências com o setor privado, sendo que no caso da saúde houve a administração de hospitais e centros por entidades privadas.

A denominação do que é o Terceiro Setor é variada. Alguns consideram ser qualquer pessoa, ou grupo de pessoas, que realizam atividades públicas não privativas do Estado a fim de atingir o interesse público ou o bem comum. Dessa forma, nessa compreensão, um único indivíduo que realiza estas atividades seria considerado um integrante do Terceiro Setor. Neste sentido Violin (2006, p. 198) afirma que o Terceiro Setor:

Engloba as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos de benefício público e as de benefício mútuo, as pessoas físicas voluntárias e as que trabalham profissionalmente nessas entidades, e os movimentos sociais. Ou seja, tudo o que não faz parte nem do mercado nem do Estado sem sentido estrito. Assim, voluntários, associações que atuam endogenamente ou de forma exógena, fundações privadas, institutos privados sem fins lucrativos, movimentos sociais ou qualquer agrupamento sem personalidade jurídica, sindicatos, cooperativas, fazem parte do “terceiro setor”. Note-se que esta é uma concepção bastante ampla de “terceiro setor”, não seguida por parte da doutrina.

primárias estas obrigações e estas proibições, e *garantias secundárias* as obrigações de reparar ou sancionar judicialmente as lesões a estes direitos, ou seja, violações de suas garantias primárias” (tradução livre).

Já outros autores trazem denominações mais complexas acerca do instituto. Leandro Marins de Souza (2011, p. 20) assim aduz: “toda ação voluntária, sem intuito lucrativo, praticada por pessoa física ou jurídica de natureza privada, que tenha por finalidade a prestação ou garantia de direito fundamental, ou a defesa do conteúdo constitucional.”

O Terceiro Setor está colocado em um contexto diverso do Primeiro Setor (o Estado) e do Segundo Setor (o mercado). Diferencia-se do primeiro por não ser uma esfera pública e do segundo por não ter intuito lucrativo. Pode ser considerado um setor em que há “práticas sociais solidárias que visam incentivar comunidades a produzirem mecanismos para que elas próprias solucionem suas carências, sem contar com a participação direta do Estado” (MARINHO; PEREIRA; RIBEIRO, 2012, p. 2). É um campo em que há ações de indivíduos e do mercado para a consecução de finalidades de bem comum, em uma atividade que outrora era realizada pelo Estado.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 413) afirma que os teóricos da Reforma do Estado incluem no conceito de Terceiro Setor “além dos serviços sociais autônomos, também as entidades de apoio (em especial fundações, associações e cooperativas), as chamadas organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público.”⁶

Historicamente a atuação do Terceiro Setor no Brasil iniciou-se com a atuação da Igreja Católica no período colonial até o século XIX. As áreas abrangidas eram principalmente a saúde e a educação, sendo desenvolvida uma assistência para os segmentos da sociedade que estavam à margem de políticas sociais nesse sentido. Cabe destacar que no século XX diversas outras religiões começaram a desenvolver o mesmo tipo de atividade.

A consolidação do movimento do Terceiro Setor ocorreu nas décadas de 60 e 70 do século XX, tendo como fatores o crescimento das dificuldades econômicas, o que levou a uma intensificação dos movimentos sociais urbanos e rurais, a formação dos sindicatos e a pluralidade partidária (BNDES, 2001, p. 6). Outro ponto é que a ajuda externa para com as políticas sociais restou diminuída, tendo em vista a transferência deste tipo de atividade para o continente africano.

Dessa maneira, com a diminuição dos recursos, houve a instituição de mecanismos mais rígidos e severos para concessão de incentivos por parte do governo, passando a ser

⁶ Para a autora, o Terceiro Setor é “assim entendido aquele que é composto por entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos; esse terceiro setor coexiste com o primeiro setor, que é o Estado, e o segundo setor, que é o mercado” (DI PIETRO, 2004, p. 413). Além disso, ressalta que “ele caracteriza-se por prestar atividade de interesse público, por iniciativa privada, sem fins lucrativos; precisamente pelo interesse público da atividade, recebe em muitos casos ajuda por parte do Estado, dentro da atividade de fomento(...)”. (DI PIETRO, 2004, p. 413).

analisados pontos como: a capacitação institucional, a profissionalização e capacidade de organização (BNDES, 2001, p. 8).

Na década de 90 houve o incremento do setor empresarial, que começou a preocupar-se com a questão social, inclusive para atrair clientes, tendo em conta a imagem positiva que é passada com esse tipo de ações. Além disso, com sua introdução, o Terceiro Setor, que já havia iniciado um movimento de organização e profissionalização, melhorou seu aspecto organizacional, pois os conhecimentos de mercado passados pelos empresários foram adicionados à sua atuação. As entidades de Terceiro Setor pautam suas ações hoje de maneira muito parecida com as das empresas, a diferença reside na sua finalidade de propiciar o bem comum e o não intuito lucrativo.

É um movimento que passou por algumas mudanças nos últimos tempos:

O terceiro Setor chega no Brasil por intermédio da Fundação Roberto Marinho. Caracteriza-se por neopositivista, estruturalista, funcionalista ou liberal, que isola e autonomiza a dinâmica das três esferas: Estado, como “primeiro setor”; Mercado, como “segundo setor”; e a sociedade civil, como “terceiro setor”. Colocando o social como responsabilidade apenas da sociedade civil, tomando-a de maneira despolitizada, deseconomizada e desistoricizada. Ou seja, esvaziando-a de seu conteúdo de lutas de classes. O termo Terceiro Setor foi criado pretensamente para resolver a dicotomia entre o público e o privado, onde o público é identificado como o Estado e o privado como o Mercado. (...) O Terceiro Setor está diretamente ligado ao conceito de Filantropia, definem-se suas organizações como: privadas – fundações empresariais, filantropia empresarial, empresa cidadã; sem fins lucrativos; autogovernadas – ONG’s, movimentos sociais, organizações e associações comunitárias, Instituições de caridade e religiosas; associação voluntária; Atividades pontuais e informais (PINTO, 2008, p. 25-26).

Gustavo Justino de Oliveira (2012, p. 6) afirma que usualmente o Terceiro Setor é confundido com as organizações não governamentais, as denominadas ONGs:

É usual referir-se ao Terceiro Setor como o segmento de atividades desenvolvidas pelas ONGs. A expressão organizações não-governamentais tem origem na Europa continental, na nomenclatura do sistema de representações da Organização das Nações Unidas (ONU). Chamou-se assim às organizações internacionais que, embora não representassem governos, pareciam significativas o bastante para justificar uma presença formal na ONU. O Conselho Mundial de Igrejas e a Organização Internacional do Trabalho eram exemplos de entidades dotadas dessas características.

O autor fala, ademais, que tendo em conta que as ONGs não representam, no Brasil, uma forma de organização jurídica específica de entidades privadas, não é disciplinada por nenhum texto legislativo ou ato normativo.

A criação de associações – hodiernamente referidas como Organizações Não-Governamentais (ONGs) - é a expressão máxima do exercício de uma liberdade pública fundamental: a liberdade de associação, prevista no art. 5º, inc. XVII, da Constituição de 1988. Por seu turno, associações e fundações privadas formam em seu conjunto o denominado Terceiro Setor, responsável pela realização de atividades de interesse público, cujos resultados são indispensáveis para a promoção do desenvolvimento dos cidadãos, da sociedade brasileira e do próprio país (OLIVEIRA, 2012, p. 3).

Não há um conceito normativo de Terceiro Setor, haja vista que a legislação existente é esparsa e fragmentada. A regulação de suas atividades é realizada por órgãos públicos diversos, não existindo uma comunicação entre essas diversas regulamentações.

Para a compreensão do significado do Terceiro Setor, alguns comentários a respeito do conceito do termo sociedade civil são necessários. Para Habermas (1997, p. 100):

O seu núcleo institucional é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas. Esses designs discursivos refletem, em suas formas de organização, abertas e igualitárias, certas características que compõem o tipo de comunicação em torno da qual cristalizam, conferindo-lhe continuidade e duração.

O autor afirma que os problemas da sociedade são levantados pela sociedade civil, por meio de seus integrantes e líderes comunitários, de maneira que há uma influência sobre a esfera política do Estado. Gustavo Justino de Oliveira (2012, p. 5). apresenta a existência, dessa maneira, de uma *esfera pública política* ou *esfera pública estatal* e de uma esfera pública não-estatal, da qual desponta o Terceiro Setor.

A compreensão do significado do Terceiro Setor passa, conforme visto, pela intersecção entre a sociedade civil, representada pelos indivíduos componentes da sociedade e o Estado, de maneira que algumas atividades desenvolvidas por este são realizadas ou sofrem influência dos próprios indivíduos, de forma que haja um maior relacionamento e uma maior democratização da esfera pública. É uma maneira de trazer a sociedade para o Estado e demonstrar que este foi construído através daquela, da qual não pode se distanciar.

3. A NOVA COMPREENSÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Compreender o acesso à justiça na atualidade é passar da análise simples do Poder Judiciário e transcender para outras esferas, de modo que se tenha uma visão ampla do assunto. Este conceito não se resume mais apenas ao acesso ao Poder Judiciário, pois abarca, dessa forma, a prestação da justiça e de outros direitos constituindo-se não apenas como a possibilidade de se adentrar com uma ação.

Quando dos Estados liberais burgueses, entendia-se que o direito de ação se resumia no direito formal de propor uma demanda (MARINONI, 2008, p. 154). Não havia a preocupação com as pessoas que não tinham condições econômicas nem de conhecimento para tanto.

As Constituições do século XX procuraram integrar as liberdades clássicas, inclusive as de natureza processual, com os direitos sociais, objetivando permitir a concreta participação do cidadão na sociedade, mediante, inclusive, a realização do direito de ação, que passou a ser focalizado como “direito de acesso à justiça”, tornando-se objeto da preocupação dos mais modernos sistemas jurídicos do século passado. O problema da “efetividade” do direito de ação, ainda que já fosse percebido no início do século XX, tornou-se mais nítido quando da consagração constitucional dos chamados “novos direitos”, ocasião em que a imprescindibilidade de um real acesso à justiça se tornou ainda mais evidente (MARINONI, 2008, p. 185).

Desse modo, com a discussão sobre os direitos sociais, o direito de ação passou a ser compreendido sob a ótica de sua função social, haja vista que os novos direitos sociais e econômicos não poderiam ficar destituídos de mecanismos de concretização, havendo a necessidade do desenvolvimento de uma dimensão não meramente técnica e socialmente neutra do direito de ação.

O direito de ação passou a enfrentar um novo questionamento não apenas porque se percebeu que o exercício da ação poderia ser comprometido por obstáculos sociais e econômicos, mas também porque se tomou consciência de que os direitos voltados a garantir uma nova forma de sociedade, identificados nas Constituições modernas, apenas poderiam ser concretizados se garantido um real - e não um ilusório - acesso à justiça (MARINONI, 2008, p. 186-187).

Adicionou-se, dessa maneira, uma dimensão social ao direito de ação, de maneira que se passou a empreender esforços para propiciar um amplo acesso à justiça, tendo em conta sua importância. Esta compreensão foi consentânea com o fato de o Estado vedar a autotutela, já que deste modo tornou sua obrigação proporcionar mecanismos de resolução de conflitos e, logo, de justiça eficazes.

Neste sentido, pode-se citar a lição de Mauro Cappelletti, que apresenta as denominadas “waves” de acesso à justiça, que seriam a sucessão, até mesmo cronológica, de reformas no campo do jurisdicional com o fito de proporcionar um amplo acesso à justiça. A primeira onda procurou solucionar o problema da assistência judiciária às pessoas que não possuem condições de pagar por um advogado privado e que dessa maneira ficavam sem alternativa frente, inclusive, aos custos do processo.

Os primeiros esforços para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentraram-se, muito adequadamente, em proporcionar serviços jurídicos para os pobres. Na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa. Os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não a podem custear são, por isso mesmo, vitais (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 32).

A segunda onda tratou da proteção dos interesses difusos, cuja denominação indicaria aqueles direitos coletivos ou grupais, distinto daqueles dos pobres. As mudanças pugnadas por este movimento estavam relacionadas ao procedimento em si, tendo em conta que o processo estava mais adequado à satisfação de interesses individuais, tendo-se dificuldade de adequá-lo aos problemas dos interesses difusos.

Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juizes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 50).

Constatava-se que a ação governamental era o principal método para representação dos interesses difusos, no entanto, não estava muito bem sucedida. Uma reforma seria a possibilidade de propositura por indivíduos de ações com intuito de defender interesses públicos ou coletivos, pelo qual os autores dão o nome de procurador-geral privado ou demandante-ideológico (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 54).

Cuidou-se, aqui, de efetivo, de fazer acessível a tutela jurisdicional àqueles direitos e interesses surgidos como particularmente importantes, e especialmente vulneráveis, nas sociedades industriais modernas, tais como o dos consumidores, os atinentes à proteção contra a contaminação ambiental, e, em geral, os coletivos de categoria e grupos não organizados ou dificilmente organizáveis. (...) são amiúde “fragmentados” e “difusos”. (...) é necessário permitir e até estimular, ajudar o “acesso” dos representantes (públicos e privados) desses grupos desorganizados e de contornos imprecisos e amiúde imprecisáveis (CAPPELLETTI, 2008, p. 387).

A terceira onda de reformas é a que mais interessa para o presente estudo. Trata-se do reconhecimento da necessidade de instituir procedimentos mais simples e racionais, que possibilitem uma maior participação do interessado, além de promover métodos dialógicos de resolução de conflitos, tendo a mediação e a conciliação como parâmetros, abarcando a primeira e segunda ondas, considerando-as apenas uma das séries de mudanças necessárias para se melhorar o acesso à justiça, podendo ser apontados seus fins:

a) o de adotar procedimentos acessíveis mais simples e racionais, mais econômicos, eficientes e especializados para certos tipos de controvérsias; b) o de promover e fazer acessível um tipo de justiça (...) baseada sobre a conciliação e mediação e sobre critérios de equidade social e distributiva(...) (CAPPELLETTI, 2008, p. 389-390).

Essa terceira onda apresenta, dessa maneira, um novo enfoque para a questão do acesso à justiça, de maneira a empreender diversas reformas:

(...) esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudança nas estruturas dos tribunais ou a criação de novos tribunais, **o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais**, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios (grifos nossos). (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 71).

Acrescentam a necessidade de adaptar-se para cada tipo de litígio um procedimento, tendo em conta as peculiaridades que cada um apresenta, de maneira que a existência de um só tipo de procedimento pode ser prejudicial.

Na abordagem das mudanças necessárias à consecução deste novo acesso à justiça é indicada a implementação de mecanismos alternativos de solução de conflitos, diante da aceitação da insuficiência das reformas nos tribunais regulares e a necessidade do oferecimento de alternativas viáveis.⁷ Dentre estes mecanismos são indicados o juízo arbitral, a mediação e a conciliação. Estes dois últimos teriam como mérito o fato de promoverem uma maior possibilidade de manutenção das relações conflitantes, de forma que poderiam produzir

⁷ De acordo com Kazuo Watanabe (2013, p. 4): “O mecanismo predominantemente utilizado pelo nosso Judiciário é o da solução adjudicada dos conflitos, que se dá por meio de sentença do juiz. E a predominância desse critério vem gerando a chamada ‘cultura da sentença’, que traz como conseqüência o aumento cada vez maior da quantidade de recursos, o que explica o congestionamento não somente das instâncias ordinárias, como também dos Tribunais Superiores e até mesmo da Suprema Corte. Mais do que isso, vem aumentando também a quantidade de execuções judiciais, que sabidamente é morosa e ineficaz, e constitui o calcanhar de Aquiles da Justiça. A incorporação dos meios alternativos de resolução de conflitos, em especial dos consensuais, ao instrumental à disposição do Judiciário para o desempenho de sua função de dar tratamento adequado aos conflitos que ocorrem na sociedade, não somente reduziria a quantidade de sentenças, de recursos e de execuções, como também, o que é de fundamental importância para a transformação social com mudança de mentalidade, propiciaria uma solução mais adequada aos conflitos, com a consideração das peculiaridades e especificidades dos conflitos e das particularidades das pessoas neles envolvidas.”

melhores resultados do que a resolução pela sentença do juiz, que muitas das vezes pode desagradar inclusive ambas as partes.

É significativo que um processo dirigido para a conciliação – ao contrário do processo judicial, que geralmente declara uma parte “vencedora” e a outra “vencida” – ofereça a possibilidade de que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e restaurado um relacionamento complexo e prolongado (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 84).

Boaventura de Sousa Santos (2008, p. 33) também aborda a questão desse novo enfoque do acesso à justiça. Afirma que a concepção tradicional do acesso à justiça visa apenas o acesso a algo já existente, que não se modifica com o acesso. Sua compreensão é de que o “(...) o acesso irá mudar a justiça a que se tem acesso.” Além disso, acentua a necessidade de se focar na qualidade e não na quantidade, pois “com as reformas que incidem sobre a morosidade sistêmica podemos ter uma justiça mais rápida, mas não necessariamente uma justiça mais cidadã” (SANTOS, 2008, p. 44), de modo que na revolução democrática do acesso à justiça proposta por ele se inclui a responsabilidade social (qualidade da justiça).

O autor incentiva a participação dos próprios interessados na resolução dos conflitos, de maneira a proporcionar uma justiça mais cidadã. A ponta do icebergue dos problemas da justiça estaria na *procura suprimida*, que consistiria na “(...) procura daqueles cidadãos que têm consciência de seus direitos, mas que se sentem totalmente impotentes para os reivindicarem quando são violados” (SANTOS, 2008, p. 32). Para que houvesse uma modificação nesta situação, seria necessária uma mudança no sistema judiciário e não apenas no direito positivo e processual.

Ambos os enfoques do acesso à justiça indicam que este não se resume apenas no acesso ao judiciário e indica a necessidade de se ter uma maior intersecção entre aquele e os movimentos sociais populares. Trata-se de adotar uma perspectiva comunitária que associa a utilização de mecanismos alternativos como instrumentos de transformação social, que contribuem para a construção de espaços democráticos, de uma cidadania ativa e de um direito emancipatório conduzente a um democrático acesso à justiça, conforme preconiza Boaventura de Souza Santos em sua obra “Para uma Revolução Democrática do Acesso à Justiça” (2008).

Dentro desta concepção uma das indicações pertinentes a este trabalho é a construção de espaços democráticos dentro da própria comunidade, com as próprias partes interessadas participando da resolução dos litígios, proporcionando-se inclusive a cidadania. Mauro Cappelletti e Bryant Garth apontam as casas de vizinhança:

Um componente do movimento tendente a implantar ou reformar tribunais de pequenas causas tem sido, como já enfatizado, o desejo de instalar tribunais para as pessoas comuns e suas demandas.(...) Como exemplo importante desse movimento, o Departamento de Justiça americano anunciou recentemente o começo de uma experiência piloto de 18 meses com três “Centros Vicinais de Justiça”. A tônica dessas instituições está no envolvimento da comunidade, na facilitação de acordos sobre querelas locais e, de modo geral, na restauração de relacionamentos permanentes e da harmonia da comunidade (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 114).

Boaventura de Sousa Santos (2008, p. 53) também apresenta uma experiência nesse sentido, que é o programa de justiça comunitária:

O exemplo do programa de justiça comunitária convida-nos a pensar na importância do Poder Judiciário como instituto de fomento à solução alternativa de litígios no Brasil. Um estudo recente sobre sistemas alternativos de resolução de conflitos no Brasil demonstrou que das 67 iniciativas em curso no ano de 2004, 33 eram programas criados por instituições públicas, 32 desenvolvidos por organizações não-governamentais e 2 criados por universidades. No caso dos programas públicos, o Poder Judiciário destacava-se como um dos principais impulsionadores da resolução alternativa de conflitos.

Importante notar que grande parte das iniciativas e curso tem a participação do próprio Poder Judiciário. Pode-se indicar como exemplos disso os programas de conciliação promovidos pelos tribunais de justiça dos estados e o projeto Casas de Justiça e Cidadania, o qual será melhor explicado em tópico seguinte.

Observados os ensinamentos dos autores ora citados, procura-se visualizar na instituição de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, principalmente os métodos consensuais, como a mediação e a conciliação, uma maneira de implementar a terceira onda de reformas pugnada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002) e a revolução democrática do acesso à justiça de Boaventura de Sousa Santos (2008).

4. OS MECANISMOS CONSENSUAIS

O presente trabalho busca analisar a realização de parcerias do Estado com o Terceiro Setor para a solução de controvérsias por mecanismos consensuais. Estes foram utilizados como fim tendo em conta os resultados mais satisfatórios produzidos pelos mesmos, haja vista que a possibilidade de um diálogo entre as partes permite que melhores efeitos sejam alcançados, como a melhor composição dos litígios e uma solução que permita a recomposição das relações prejudicadas com o conflito.

Neste sentido, indica-se dois métodos que promovem a solução de conflitos por meios consensuais, quais sejam: a conciliação e a mediação. Ambos permitem uma maior participação das partes e por serem um método mais informal, não trazem tanto receio para partes mais simples, no sentido de que não se sentem acuadas frente à figura do conciliador ou mediador como ocorre com o juiz.

A conciliação e mediação são muito parecidas, tendo como diferença o fato de que na primeira o conciliador pode suggestionar uma solução, já na segunda isso não ocorre, tendo o mediador como única função a condução das partes para uma solução. Ambos são métodos autocompositivos, cujo enquadramento nesta categoria se dá pelo fato de os envolvidos colocarem fim ao conflito através de uma decisão advinda dos próprios. As vantagens desses métodos consistiriam, para além da simples redução de demandas levadas ao Judiciário, em sanar um problema existente na solução imposta pelo juiz, que é a satisfação dos interessados, pois nem sempre as partes ficam satisfeitas pelo que o juiz decidiu, ficando algumas vezes ambas descontentes.

A conciliação já é prevista na Lei dos Juizados Especiais como primeiro passo do procedimento previsto na Lei 9099/95. Normalmente é realizada por estudantes de direito nos estágios iniciais de formação acadêmica, de modo que se proporciona uma melhor formação jurídica dos mesmos. Ao mesmo tempo, diversos tribunais incentivam a prática da conciliação pelos próprios juízes de direito.

Nesse sentido, a promoção destes mecanismos consensuais pela participação do Terceiro Setor pode promover uma maior democratização, inclusive, do acesso à justiça. Como se tratam de meios informais de solução de controvérsias, não há a necessidade de uma maior preparação de conciliadores e mediadores, e estes poderão utilizar de seus conhecimentos e experiências de vida para proporcionar uma melhor solução para o litígio. A utilização, inclusive, de pessoas da própria comunidade pode ser um fator positivo, uma vez que permite uma maior aproximação entre os envolvidos e que aquele tenha maior conhecimento sobre o litígio, para que possa saber melhor conduzir as partes para uma solução.

Neste diapasão, pode-se citar a experiência do CNJ com as Casas de Justiça e Cidadania, que presentes nas comunidades e promovendo o acesso à justiça e cidadania permitem uma participação da comunidade e uma maior inclusão social. Nesse projeto, não se busca apenas o acesso à justiça em seu significado simples, de proporcionar o acesso ao Judiciário. Está de acordo com a nova compreensão do tema, em que o acesso à justiça transforma em um rol de variados benefícios, dentre eles a promoção da cidadania. Conforme

Boaventura de Sousa Santos afirma, para uma revolução democrática do acesso à justiça não têm que se proporcionar apenas o acesso a esta, mas sim fazer com que exista a possibilidade de se mudar a própria justiça com seu acesso.

A garantia de efetivo acesso à Justiça também constitui um Direito Humano e, mais do que isto, um elemento essencial ao exercício integral da cidadania, já que, indo além do simples acesso à tutela jurisdicional, não se limita ao mero acesso ao Poder judiciário. Por conta disto é que José Alfredo de Oliveira Baracho afirma que ele “é primordial à efetividade dos direitos humanos, tanto na ordem jurídica interna como na internacional. O cidadão tem necessidade de mecanismos próprios e adequados para que possa efetivar seus direitos” (CESAR, 2002, p. 52).

Um exemplo seria o caso da mediação comunitária, que contribuiria para a construção de um ambiente democrático, seguro e pluralista. Como já afirmado, não há formalidades exacerbadas em seu procedimento, de modo que pode-se adaptá-lo às necessidades do caso concreto e as especificidades do ambiente em que será realizada. Seria a quebra do paradigma do direito moderno, que é positivista e monista, fortalecendo, conforme já afirmado, a concepção de Boaventura de Sousa Santos de um direito que seja emancipatório, originário da autorregulação da comunidade e plural. Fala-se, então, na mediação transformadora, que seria:

(...) uma forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos; uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. A mediação é uma forma alternativa (com o outro) de resolução de conflitos jurídicos, sem que exista a preocupação de dividir a justiça ou de ajustar o acordo às disposições do direito positivo (WARAT, 1998, p. 5).

A proposta de mediação de Warat pugna que os conflitos sejam resolvidos não por terceiros que decidem em nome dos interessados, mas sim pela possibilidade de equacionamento do conflito através da elaboração da decisão por parte dos próprios envolvidos na pendência. A mediação transformadora transmuda-se em um processo psíquico de reconstrução simbólica do conflito, onde este é reconstruído simbolicamente pelos conflitantes, o que possibilita o seu equacionamento e também a autonomia daqueles que o reconstroem.

Internacionalmente, tem-se o exemplo, na Europa com a edição da Diretiva 52, de 21 de maio de 2008 pelo Parlamento Europeu que desencadeou a valorização da solução consensual de conflitos. Tal diretiva adveio da recomendação dada em 1998 (98/257/CE) e em 2001 (2001/310/CE) que, sinteticamente, obrigou cada Estado-membro a uma reflexão acerca da inserção e criação de textos legais com o fito de contemplar a solução amigável de

conflitos. Disso decorreu uma mudança no cenário europeu com relação ao assunto, uma vez que os Estados membros tiveram que criar instrumentos a fim de fazer valer a recomendação.

A mudança de mentalidade europeia veio no sentido de que há a necessidade de percepção e conscientização a respeito de que os instrumentos extrajudiciais de solução de conflitos são instrumentos facilitadores e geradores do acesso à justiça. Apesar de ser uma recomendação para os conflitos transnacionais, o Conselho da União Europeia e o Parlamento Europeu visam também a introdução de uma cultura pró-solução por meios consensuais inclusive no âmbito interno.

A mediação, no Brasil, veio a ganhar força com o Projeto de Lei nº 4.827/98 que estabeleceu a definição de mediação e elencou algumas disposições a seu respeito. Após aprovação pela Câmara dos Deputados, o projeto foi aprovado também pela Comissão de Constituição e Justiça, sendo enviado para o Senado Federal, quando recebeu o número PLC 94/2002. No entanto, com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 foram apresentados diversos Projetos de Lei para possibilitar o que se denominou de “Reforma do Judiciário”, sendo aprovado um substitutivo para o projeto (Emenda nº 1-CCJ). Enviado à Câmara dos Deputados, o projeto foi aprovado, sendo encaminhado à Comissão de Constituição Justiça e Cidadania, não tendo mais andamento.

No entanto, foi apresentado o Projeto de Lei nº 166/2010 que trouxe à baila o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil que demonstrou disposições a respeito da mediação. Percebe-se uma preocupação com a mediação realizada dentro da própria estrutura do Poder Judiciário, não sendo, entretanto, excluída a possibilidade de realização da mediação prévia ou da extraprocessual, conforme disposição do art. 144⁸ do projeto.

O art. 135 do referido projeto apresenta, inclusive, uma diferenciação do que é conciliação e mediação. O §1º indica que “o conciliador poderá sugerir soluções para o litígio” e o §2º afirma que “o mediador auxiliará as pessoas em conflito a identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo.”

É indicada, no projeto, a criação, diga-se optativa, de um setor pelos tribunais com a função de tratar exclusivamente da conciliação e da mediação. Haverá a criação de um banco de dados de conciliadores e mediadores, de maneira que quando as partes não acordarem quanto à sua escolha, ele será sorteado dentre aqueles existente neste cadastro (art. 136).

O interessante é que no art. 137 é disposto que “os tribunais manterão um registro de conciliadores e mediadores, que conterà o cadastro atualizado de todos os habilitados por área

⁸ Art. 144 As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes.

profissional”, sendo que entre os requisitos para este cadastro, está a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil e a capacitação mínima, “(...) por meio de curso realizado por entidade credenciada pelo tribunal”.

Dessa maneira, diferentemente do que propõe este trabalho, em que os conciliadores e mediadores são membros da própria comunidade, na previsão do Anteprojeto de Código de Processo Civil, há estes requisitos formais a serem preenchidos, de modo que muito se aproxima com a solução já proposta pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis. Os entraves continuarão a ser o distanciamento dos conciliadores e mediadores para com os litigantes, principalmente para as partes mais ignorantes, que se sentem acuadas frente a presença de um estranho que irá solucionar o conflito. Além disso, tem-se que como os conciliadores e mediadores tem de ser advogados (requisito da inscrição na OAB) é necessário que se traga um atrativo para estes profissionais, uma vez que é bem difícil que eles sejam atraídos a funcionar em tais funções simplesmente pelo amor à justiça. Ademais, haverá um registro de todos os processos em que o conciliador (ou mediador) participou, de modo que será registrado seu sucesso ou insucesso nas demandas (art. 137, 3º do projeto).⁹

Com relação aos atrativos aos inscritos na OAB para atuarem como mediadores, o art. 142 do Anteprojeto dispõe que “o conciliador e o mediador perceberão por seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça”. Normalmente, as remunerações são bem baixas, o que pode fazer com que profissionais não tão preparados, apesar de inscritos na OAB, sejam os únicos interessados na participação.

No entanto, há que se ressaltar a existência de uma cultura para políticas sociais por parte da OAB, podendo-se indicar a advocacia *pro bono* (para o bem), que surgiu nos Estados Unidos, advindo de uma iniciativa da própria sociedade. Consiste no oferecimento de serviços voluntários a pessoas físicas e jurídicas (independentemente de possuir fins lucrativos ou não), por advogados ou sociedade de advogados. Nestas atividades não há a cobrança de honorários advocatícios, tendo em vista a relevância social ou política da causa. No Direito americano, discute-se, inclusive, a inclusão da obrigatoriedade de sua prestação.

No Brasil, essa modalidade de serviço voluntário ainda não foi difundida e não pode ser plenamente exercida em razão da falta de posicionamento oficial da Ordem dos

⁹ Art. 137 (...)

§ 3º Do registro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de causas de que participou, o sucesso ou o insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como quaisquer outros dados que o tribunal julgar conveniente

Advogados do Brasil-OAB. Uma das alegações de problemas futuros que poderiam surgir é a indicação de que poderia ocorrer a captação de clientela por parte do advogado.

Desse modo, diante da previsão do Anteprojeto do Código e do disposto no art. 2º, §1º da Lei Federal nº 8.906/94 (“no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social”) pode ser que exista a possibilidade real de desenvolvimento da conciliação e mediação feita por meio de advogados.

No Anteprojeto foram indicados os princípios informadores da conciliação e mediação: a) independência; b) neutralidade; c) autonomia da vontade; d) confidencialidade; e) oralidade; f) informalidade. No caso da confidencialidade, é ressaltado o fato de que se estende a todas as informações produzidas ao longo do processo, de modo que não poderá ser utilizado para fim diverso daquele deliberado pelas partes.

Percebe-se, dessa maneira, que está sendo difundida a cultura da mediação e conciliação tanto dentro dos próprios tribunais quanto de fora, a fim de que seja superada a denominada cultura da litigância, em que as pessoas sempre procuravam de imediato a solução imposta pela via judicial. Tem prevalecido, embora, a visão de que é mais fácil para o cidadão ter contato primeiramente com a mediação judicial ou incidental, deixando as vias extrajudiciais em segundo plano.

5. OS REGIMES DE PARCERIA

Segundo lição de José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 336):

Além da associação de pessoas exclusivamente da Administração Pública, o Estado pretende modernizar-se através da possibilidade de executar os serviços públicos pelos regimes de parceria, caracterizados pela aliança entre o Poder Público e **entidades privadas**, sempre com o objetivo de fazer chegar aos mais diversos segmentos da população os serviços de que esta necessita e que, por várias razões, não lhe são prestados (grifos nossos).

O Estado, dessa forma, formula parcerias com pessoas jurídicas de direito privado e da iniciativa privada, as quais possuem como característica a ausência de ingerência estatal sobre suas atividades. Como exercerão atividades que beneficiam toda a coletividade, estas serão qualificadas como atividades delegadas.

Referidas entidades que, sem dúvida, se apresentam com certo hibridismo, na medida em que, sendo privadas, desempenham função pública, têm sido denominadas de entidades do terceiro setor, a indicar que não se trata nem dos entes federativos nem das pessoas que executam a administração indireta e descentralizada de entidades responsáveis pelo desenvolvimento de novas

formas de prestação dos serviços públicos. Em última análise, o terceiro setor resulta de iniciativas da sociedade civil, através de pessoas de atuação voluntária, associações e organizações não-governamentais, para a execução de funções eminentemente sociais, sem almejar resultados lucrativos, como as pessoas empresariais em geral (CARVALHO FILHO, 2009, p. 337).

José dos Santos Carvalho Filho divide os regimes de parceria em três tipos: o regime de convênios administrativos, o regime dos contratos de gestão e o regime da gestão por colaboração.

5.1. O Regime de Convênios Administrativos

Sua caracterização reside no fato de ser formalizado através de convênios administrativos, normalmente de caráter plurilateral, em que o Poder Público e entidades privadas associam-se com o fito de alcançar resultados de interesses comuns. “Assumem a mesma fisionomia daqueles ajustes que formalizam a gestão associada, com a diferença apenas de que aqueles são pactuados entre entidades administrativas, ao passo que estes admitem a participação de pessoas da iniciativa privada” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 337).

5.2. O Regime de Contratos de Gestão

Este regime obteve desenvolvimento em razão da necessidade de descentralização na prestação de serviços públicos, em um movimento denominado publicização,¹⁰ realizado através da Lei nº 9.637/98, em que algumas atividades de caráter social que são exercidas hoje por pessoas e órgãos administrativos de direito público poderão ser praticadas por pessoas de direito privado. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 419):

São pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de contrato de gestão.¹¹

¹⁰ De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 420): “Embora o Plano Diretor fale em *publicização* e a própria Lei nº 9.637/98, logo na ementa, fale em *Programa Nacional de Publicização* para definir a forma como se substituirá uma entidade pública por uma entidade particular qualificada como organização social, não há qualquer dúvida quanto a tratar-se de um dos muitos instrumentos de *privatização* de que o Governo vem se utilizando para diminuir o tamanho do aparelhamento da Administração Pública. A atividade prestada muda a sua natureza; o regime jurídico, que era público, passa a ser de direito privado, parcialmente derogado por normas publicísticas; a entidade pública é substituída por uma entidade privada.”

¹¹ Consoante Carvalho Filho (2009, p. 339): “Essas pessoas, a quem incumbirá a execução de serviços públicos em regime de parceria com o Poder Público, formalizado por contratos de gestão, constituem as organizações

A Lei nº 9.637 traz os requisitos para a qualificação como organização social, dentre eles, pode-se indicar três principais: a ausência de finalidade lucrativa, a presença de personalidade jurídica de direito privado e ter como objetivo o ensino, a cultura, a saúde, a pesquisa científica, o desenvolvimento tecnológico e a preservação do meio ambiente (art. 1º).

Uma vez qualificadas como organizações sociais, o que resultará de critério discricionário do Ministério competente para supervisionar ou regular a área de atividade correspondente ao objeto social (art. 2º, II), as entidades são declaradas como de interesse social e utilidade pública para todos os efeitos legais e podem receber recursos orçamentários e usar bens públicos necessários à consecução de seus objetivos, neste último caso através da permissão de uso (CARVALHO FILHO, 2009, p. 339).

Poderá haver a desqualificação do seu título de organização social quando forem descumpridas as disposições presentes no contrato de gestão. Nesse caso, os dirigentes serão solidariamente responsáveis pelos danos causados ao Poder Público.

Apesar da denominação *contratos de gestão*, a formalização do ajuste não se dá propriamente através de um contrato, mas sim por meio de um convênio, haja vista que apesar de ser um pacto bilateral, não há contraposição dos interesses, sendo ambos destinados a atender ao bem comum. Os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência devem ser observados, com a descrição dos direitos e obrigações de ambas as partes, os prazos de execução e as metas a serem alcançadas. Tendo em conta o caráter de cooperação existente, além da finalidade pública a ser perseguida, a Lei nº 8.666/93 prevê a hipótese de dispensa de licitação.¹²

Existe fiscalização dessas organizações sociais pelo Poder Público, haja vista a possibilidade de receberem recursos advindos deste: “Qualquer irregularidade ou ilegalidade deve ser de imediato comunicada ao Tribunal de Contas, sob pena de responsabilização do agente fiscalizador” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 340).¹³

sociais. Advirta-se, porém, que não se trata de nova categoria de pessoas jurídicas, mas apenas de uma qualificação especial, um título jurídico concedido por lei a determinadas entidades que atendam às exigências nela especificadas. Não integram o sistema formal da Administração Pública; assumem, entretanto, a qualidade de entidades parceiras do Poder Público, visando à execução de determinadas tarefas de interesse público.”

¹² Nos dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 420): “Embora a Lei nº 9.637/98 não diga expressamente, é evidente e resulta nela implícito que as organizações sociais vão absorver atividades hoje desempenhadas por órgãos ou entidades estatais, com as seguintes consequências: o órgão ou entidade estatal será extinto; suas instalações, abrangendo bens móveis e imóveis, serão cedidos à organização social; o serviço que era público passará a ser prestado como atividade privada. Dependendo da extensão que a medida venha a alcançar na prática, o Estado, paulatinamente, deixará de prestar determinados serviços públicos na área social, limitando-se a incentivar a iniciativa privada, por meio dessa nova forma de parceria. Em muitos casos, poderá esbarrar em óbices constitucionais.”

¹³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 420-421) tece críticas: “Em primeiro lugar, porque fica muito nítida a intenção do legislador de instituir um mecanismo de fuga ao regime jurídico de direito público a que se submete

5.3. A Lei nº 9.790 de 1999 – Lei das OSCIP

A Lei nº 9.790 de 1999 dispõe sobre a qualificação das pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como organizações da sociedade civil de interesse público. O referido instrumento normativo pretende, dessa maneira, instituir requisitos para a qualificação dessas pessoas jurídicas de direito privado como organizações específicas de interesse público, de modo que assim possam formular os instrumentos de parceria com o Estado para a consecução de finalidades públicas não específicas.

Nesse caso, fala-se em gestão por colaboração:

O terceiro regime de parceria consiste na **gestão por colaboração**, que envolve a colaboração de entidades da iniciativa privada, usualmente representativas dos diversos segmentos da sociedade civil, que desenvolvem ações de utilidade pública. Reconhecendo que sua atividade se preordena ao interesse coletivo, o Governo delega a tais entidades algumas tarefas que lhe são próprias, como forma de descentralização e maior otimização dos serviços prestados (grifos nossos). (CARVALHO FILHO, 2009, p. 341).

O art. 3º da referida lei apresenta as finalidades que devem existir para os objetivos sociais das entidades, quais sejam: a promoção da educação, da saúde, da cultura, da assistência social e da segurança alimentar e nutricional; a proteção e defesa do meio ambiente; a promoção do desenvolvimento econômico e social, incluindo o combate à pobreza; a experimentação de novos modelos socioprodutivos; a promoção de valores universais, como os da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos e da democracia, e também a promoção de assistência jurídica complementar; a promoção do voluntariado e estudos, pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, divulgação de informações e conhecimentos concernentes a todos os citados objetivos.

Um dos principais requisitos a serem preenchidos é a ausência de finalidade lucrativa, de maneira que não podem ser distribuídos entre seus membros eventuais recursos financeiros recebidos com a atividade. A referida exclui dessa qualificação, entre outras pessoas jurídicas, as organizações sociais, as cooperativas, as fundações públicas e as

a Administração Pública. O fato de a organização social absorver atividade exercida por ente estatal e utilizar patrimônio público e os servidores públicos antes a serviço desse mesmo ente, que resulta extinto, não deixa dúvidas de que, sob a roupagem de entidade privada, o real objetivo é o de mascarar uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao direito público. É a mesma atividade que vai ser exercida pelos mesmos servidores públicos e com utilização do mesmo patrimônio. Por outras palavras, a ideia é de que os próprios servidores da entidade a ser extinta constituam uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, e se habilitem como organizações sociais, para exercer a mesma atividade que antes exerciam e utilizem o mesmo patrimônio, porém sem a submissão àquilo que se costuma chamar de ‘amarras’ da Administração Pública.”

fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas.

O pedido de qualificação como organização da sociedade civil de interesse público deve ser encaminhado ao Ministério da Justiça, o qual verificará o preenchimento dos requisitos legais e o não enquadramento naquelas entidades referidas pela lei, tais como: sociedades comerciais (inclusive as que comercializam planos de saúde e as cooperativas, além das organizações creditícias relacionadas com o sistema financeiro), entidades de representação de classe e sindical, instituições partidárias, entidades religiosas, hospitais e escolas sem gratuidade, instituições partidárias, entidades religiosas, hospitais e escolas sem gratuidade, pessoas, inclusive fundações, instituídas pelo Poder Público; e as organizações sociais (art. 2º).

A cooperação com o Poder Público é realizada de três maneiras: “1) por meio da execução direta de projetos, programas e planos de ação; 2) pela entrega de recursos humanos, físicos e financeiros; 3) pela prestação de atividades de apoio a outras entidades sem fins lucrativos” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 343).

Preenchidos todos os requisitos legais é formalizado o termo de parceria, que não se coaduna tanto a um contrato, mas sim a um convênio, tendo em conta que os interesses das partes não são opostos, mas sim convergentes a uma finalidade pública.

A diferença que existe para o regime de parceria no caso das organizações sociais e o das organizações sociais de interesse público consiste nos seguintes pontos:

(...) a) a atribuição do qualificativo não é, como naquelas [organizações sociais], discricionária, mas vinculada e aberta a qualquer sujeito que preencha os requisitos indicados; não prevê o trespasse de servidores públicos para nelas prestar serviço; b) não celebram “contratos de gestão” com o Poder Público, mas “termos de parceria”, conquanto, tal como neles, seja especificado um programa a cumprir, com metas e prazos fiscalizados, além da obrigação de um relatório final, o que os faz mais distintos, entre si, pelo nome que pelo regime; c) os vínculos em questão não são condicionantes para a qualificação da entidade como tal, ao contrário do que ocorre com as “organizações sociais”; d) o Poder Público não participa de seus quadros diretivos, ao contrário do que ocorre naquelas; e e) o objetivo da atividade delas é muito mais amplo, compreendendo, inclusive, finalidades de benemerência social, ao passo que as “organizações sociais” prosseguem apenas atividades de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde (MELLO, 2004, p. 225).¹⁴

¹⁴ No mesmo sentido são as palavras de Carvalho Filho (2009, p. 344): “Um deles é a participação de agentes do Poder Público na estrutura da entidade: enquanto é ela exigida nos Conselhos de Administração das organizações sociais, não há esse tipo de ingerência nas organizações da sociedade civil de interesse público. Outro aspecto é a formulação de parceria: com aquelas entidades é celebrado contrato de gestão, ao passo que com estas é firmado termo de parceria. Enfim, nota-se que as linhas da disciplina jurídica das organizações sociais as colocam um

Há, ainda, o aspecto de que a criação de uma organização social de interesse público não resulta na extinção da entidade da Administração Pública, como ocorre com as organizações sociais. Tem como fim, portanto, o fomento da iniciativa privada de interesse público.¹⁵

6. PARCERIAS REALIZADAS PARA PROMOÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Conforme demonstrado, há diversos instrumentos possíveis de serem utilizados pelo Estado para a formalização de acordos com entidades privadas para a promoção de finalidades públicas. Nesse contexto, cumpre analisar onde se pode enquadrar a promoção do acesso à justiça por estas entidades e quais a maneira de formalizar os ajustes.

A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento dos Conflitos, com o fito de assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua peculiaridade (art. 1º). Além disso, o parágrafo único do art. 1º afirma que incumbe aos órgãos judiciários, “além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão”. O art. 3º dispõe que o CNJ “auxiliará os tribunais na organização dos serviços mencionados no art. 1º, podendo ser firmadas parcerias com entidades públicas e privadas”.

O art. 5º estabelece que o programa instituído pela referida resolução será implementado com a participação de “rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras, inclusive universidades e instituições

pouco mais atreladas ao Poder Público do que as organizações da sociedade civil de interesse público. Ambas, porém, retratam novas formas de prestação de serviços públicos.”

¹⁵ É o que explicita Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 424): “Embora haja muitos pontos comuns entre essas entidades e as organizações sociais, é evidente que o objetivo visado pelo Governo é bem diverso nos dois casos; nas organizações sociais, o intuito evidente é o de que elas assumam determinadas atividades hoje desempenhadas, como serviços públicos, por entidades da Administração Pública, resultando na extinção destas últimas. Nas organizações da sociedade civil de interesse público, essa intenção não resulta, implícita ou explicitamente, da lei, pois a qualificação da entidade como tal não afeta em nada a existência ou as atribuições de entidades ou órgãos integrantes da Administração Pública. Além disso, a entidade privada, para ser qualificada, tem que ter existência legal, já que, dentre os documentos exigidos para a obtenção da qualificação, estão ‘o balanço patrimonial e demonstrativo de resultados do exercício’ e ‘declaração de isenção do imposto de renda’ (art.5º, III e IV, da Lei nº 9.790/99). Isto evita que entidades fantasmas, sem qualquer patrimônio e sem existência real, venham a pleitear o benefício. Trata-se, no caso, de real atividade de fomento, ou seja, de incentivo à iniciativa privada de interesse público. O Estado não está abrindo mão de serviço público (tal como ocorre na organização social) para transferi-lo à iniciativa privada, mas fazendo parceria, ajudando, cooperando com entidades privadas que, observados os requisitos legais, se disponham a exercer as atividades indicadas no art.3º, por se tratar de atividades que, mesmo sem a natureza de serviços públicos, atendem a necessidades coletivas.”

de ensino”. Os Tribunais, segundo art. 7º, IX, “poderão firmar, quando necessário, convênios e parcerias com entes públicos e privados para a consecução dos fins desta Resolução”.

Depreende-se, dessa maneira, que há a previsão de mecanismos para que os tribunais, que implementarão a política insculpida na Resolução nº 125 do CNJ, formalizem parcerias com entidades privadas para a promoção do mais amplo acesso à justiça no Brasil.

Neste sentido, surge a discussão a respeito de qual o regime de parceria que seria o mais adequado para ser realizado com estas entidades que promovem o acesso à justiça mediante a conciliação e a mediação.

Dentre as finalidades listadas pela lei que disciplina as organizações sociais, não há a indicação de objetivos relacionados com a promoção do acesso à justiça. Já no caso da lei referente às organizações sociais de interesse público, dentre os objetivos possíveis para tais entidades, pode-se vislumbrar alguns relacionados com a promoção do acesso à justiça: promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais.

Desse modo, pode-se indicar que o tipo de parceria a ser utilizada no caso de promoção do acesso à justiça pelo Terceiro Setor é das organizações sociais de interesse público.

Além disso, cabe ressaltar que de acordo com o afirmado quando da diferenciação das organizações sociais das organizações sociais de interesse público, nesta a participação do Estado em sua composição é mais diminuta.

CONCLUSÃO

O estudo do acesso à justiça passou por diversas transformações visando promover uma maior efetividade na sua consecução. Prova disto foram as três ondas de renovação que visam desde o acesso às pessoas que não possuem condições econômicas para tanto, quanto a tutela dos denominados direitos difusos e coletivos, até a defesa do desenvolvimento de modelos alternativos.

No contexto brasileiro, por exemplo, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 introduziu algumas modificações com o intuito principal de dar celeridade aos procedimentos judiciais, haja vista a concepção reinante na época que propugnava pela busca da celeridade processual, considerando que esta é um pressuposto para a efetividade do processo.

No entanto, mesmo com essas mudanças legislativas, assiste-se a uma ineficiência da prestação da tutela jurisdicional, de modo que a simples busca pela aceleração dos

procedimentos e as modificações advindas com esse fim não conseguem resolver o problema da promoção do acesso à justiça eficaz. Surge, nesse diapasão, uma nova concepção acerca do tema do acesso à justiça, entendendo-se que este não se resume apenas ao acesso ao Poder Judiciário, mas sim a um meio que promova além da resolução dos conflitos, a própria cidadania. Desse modo, indique o desenvolvimento dos mecanismos alternativos, e com relação a este estudo, os consensuais.

Portanto, a noção de acesso à justiça sofreu modificações e transcendeu o simples conceito de acesso ao Poder Judiciário. Sob a ótica de uma função social, busca-se um conceito mais amplo, objetivando-se romper com os obstáculos sociais e econômicos e efetivar um acesso à justiça substancial.

Compreende-se que os mecanismos de solução de conflitos consensuais, como a conciliação e a mediação, permitem uma participação mais efetiva das partes na resolução do conflito, podendo, de certa forma, ocasionar melhores efeitos, sendo um deles a possibilidade de ambos os litigantes saírem satisfeitos, o que na maioria das vezes não ocorre com a solução advinda do Judiciário.

Ao mesmo tempo, desenvolveu-se no final da última década do século XX o denominado Terceiro Setor, que sinteticamente, pode ser explicitado como a atuação da sociedade civil em atividades públicas não privativas do Estado. Teve seu desenvolvimento relacionado com a adoção de políticas neoliberais por parte dos governos brasileiros do período.

No presente estudo, relacionou-se ambos os movimentos, de modo a se concluir que se pode utilizar do Terceiro Setor para a formulação de parcerias com o Poder Público na solução de conflitos por mecanismos consensuais.

Estas parcerias entre o poder público e as entidades privadas podem ser realizadas por meio dos contratos de gestão. Constatou-se que a sociedade privada mais adequada para se submeter a tal regime são as organizações da sociedade civil de interesse público, que possuem como maior característica a ausência de lucro e como objetivo social a realização de determinados serviços públicos.

Por fim, a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça, que aborda da Política Nacional de Tratamento de Conflito, veio referendar em suas disposições a possibilidade de realização de parcerias entre o Poder Judiciário as entidades privadas (terceiro setor) – as quais se encaixam as organizações da sociedade civil de interesse público - na busca de solução de conflitos, inclusive através dos meios alternativos e consensuais, como o caso da mediação e da conciliação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em:

http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf.

Acesso em 12/01/2013.

BOITO JR, Armando. **Política Neoliberal e Sindicalismo no Brasil**. São Paulo: Xamã, 1999.

BNDES. **Terceiro Setor e Desenvolvimento Social**. Disponível em:

http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/relato/tsetor.pdf. Acesso em: 20 de Jan de 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça**. Revista de Processo, São Paulo, v. 74. p. 82-97, abr./jun., 1992.

_____. **Processo, ideologias e sociedade**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CÉSAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. Cuiabá: EdUFMT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17ªed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

FIORI, José. **L Ajustes e milagres latino americanos**. In: Os Moedeiros Falsos: 65-78. Petrópolis, Ed. Vozes, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**: vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 1997.

MARINHO; Sérgio Augusto de Lima; MOREIRA, Rodrigo Pereira; RIBEIRO, Rodrigo dos Santos. **Terceiro Setor e Neoliberalismo: Sociedade Civil mais Ativa ou Desresponsabilização do Estado?**. Disponível em: <http://www.diritto.it/docs/34131-terceiro-setor-e-neoliberalismo-sociedade-civil-mais-ativa-ou-desresponsabiliza-o-do-estado>. Acesso em 20 de Jan. de 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ªed. São Paulo: Malheiros, 2004.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito do Terceiro Setor**. Disponível em: http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2011/11/7_Artigo_juridico_Prof._Dr._Gustavo_Justino.pdf. Acesso em: 17 de Dez de 2012.

PINTO, Thalita Bellieny. **Terceiro Setor e Serviço Social: Questões para o debate**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Serviço Social) – Escola de Serviço Social, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.ess.ufrj.br/monografias/104062843.pdf>. Acesso em: 02 de out. de 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. **Para Uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2008.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo**. A mediação no Direito. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998.

WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesse**. Disponível em: < http://www.tj.sp.gov.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=29045 > Acesso em: 20 de Janeiro de 2013.