ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

R e RE | Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 25 – março/abril/maio 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

O DIREITO ADMINISTRATIVO DO TERCEIRO SETOR: A APLICAÇÃO DO DIREITO PÚBLICO ÀS ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS LUCRATIVOS[1]

Paulo Modesto

Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Público. Presidente do Instituto de Direito Administrativo da Bahia. Membro do Ministério Público da Bahia, da Academia de Letras Jurídicas da Bahia e do Conselho Científico da Cátedra de Cultura Jurídica da Universidade de Girona (Espanha). Diretor da Revista Brasileira de Direito Público. Conselheiro Técnico da Sociedade Brasileira de Direito Público. Membro do Conselho de Pesquisadores do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado. Ex-Assessor Especial do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado do Brasil. Editor do site www.direitodoestado.com.br

"(...) *¡Felices nuestros hijos si saben librarse mejor que nosotros de los dogmas y de los prejuicios!"*
León DUGUIT, *Las transformaciones del Derecho Público,* 1913.

Sumário: 1. As Novas Fronteiras do Direito Administrativo Brasileiro. 2. O Direito Administrativo do Terceiro Setor

[1] Texto dedicado a MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, amigo falecido prematuramente e jurista avesso ao preconceito teórico e à altura do seu próprio tempo. Marcos Juruena era um investigador rigoroso, culto e elegante, aberto à divergência e à polêmica amistosa, sensível tanto à contribuição de autores nacionais quanto estrangeiros, sem servilismo e sem xenofobia, intelectual que reconhecia, como escreveu certa vez PAULO OTERO, que "a língua em que se escreve ou em que se pensa não constitui certificado de qualidade científica". Este artigo é uma singela homenagem à sua memória.

1. AS NOVAS FRONTEIRAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

No famoso estudo *A administração ao ritmo da economia e da sociedade*[2], MARTIN BULLINGER defendeu que a administração pública não segue em geral o princípio da **celeridade**, mas o princípio do **detalhismo**. A lei exige do administrador público que examine com cautela e minúcia a situação fática e legal, os interesses envolvidos e ouça, antes de decidir, sempre que possível, os interessados e os que possam ser afetados por sua atuação. Por isso, segundo o autor, há uma **defasagem estrutural** entre o **ritmo da sociedade** e o **ritmo da Administração Pública**. Em alguns serviços essa defasagem estrutural pode ser dramática, como na gestão da economia e em serviços de urgência, a exemplo dos serviços de gestão na área médica e sanitária. Em outros serviços, a defasagem estrutural é necessária para assegurar freios ao abuso do poder político e o efetivo controle da autoridade pelo cidadão.

Por outro lado, o **controle do tempo da decisão pública é um instrumento de poder**. Um dos modos clássicos de limitar a eficácia de leis aprovadas pelo parlamento, contrárias ao interesse do governo ocasional, é criar dificuldades burocráticas e lentidão na aplicação efetiva das normas – **a inércia administrativa revela aqui a sua dimensão política**. O tempo é frequentemente utilizado em **negociações políticas e funciona outras vezes como estímulo à corrupção –** cria-se a dificuldade e a lentidão para negociar-se a celeridade da ação pública**.**

Seja por uma questão estrutural seja por uma questão política, a **demora, a lentidão, a falta de diligência na atuação da Administração Pública possui consequências sociais e econômicas graves**, pois pode afastar investimentos, empregos, tornar ineficaz políticas públicas, reduzir a arrecadação, inviabilizar empresas e a instalação de obras e serviços, para não falar da desatenção, em tempo socialmente útil, de grupos sociais desassistidos, pobres e doentes.

A **solução liberal** (ou **neoliberal**) para essas questões é conhecida e **irrealista**: menos Estado, menor burocracia, menor tributação e regulação, maior incentivo à livre iniciativa econômica. Porém, nas sociedades complexas em que vivemos, com brutais interesses em conflito e escandalosa concentração de renda, a importância da atuação do Estado e de sua participação direta na redistribuição dos recursos sociais **ao contrário de diminuir não tem cessado em crescer.**

Essa constatação não é nova, tendo sido apenas confirmada ou reafirmada pelos eventos pós-crise de outubro de 2008. Em 1999, em texto publicado no ano seguinte, no período de plena vigência da ideologia neoliberal e das privatizações, escrevi, em termos ainda atuais:

> "Na sociedade contemporânea, a Administração Pública permanece cumprindo um papel central e estratégico na conformação social. Afirmar isto é recusar a ilusão das aparências. Embora submetido a uma *dieta orgânica,* o Estado contemporâneo não interrompeu o seu crescimento enquanto *instituição social*, ampliando continuamente a sua intervenção nos domínios do "mundo-da-vida" (HABERMAS). Nas sociedades dos nossos dias, o crescimento do papel do Estado convive com a diminuição do aparelho do Estado decorrente dos sucessivos processos de privatização. O Estado concretizado em estruturas burocráticas (Estado-aparato) é atualmente muito menos significativo do que o Estado percebido em sua dimensão normativa e econômica. Esse é um dado importante do nosso tempo histórico. O Estado hoje manipula uma parte expressiva do produto interno bruto nacional. Fomenta e tributa, executa e delega serviços, regula a atividade econômica e cultural em dimensões nunca vistas, controla, reprime e estimula, produzindo e reproduzindo tanto a riqueza quanto a exclusão social. Numa expressão de síntese: é a *organização nacional central na transferência de recursos entre os diversos grupos sociais*. O Estado não foi reduzido ao mínimo, nem é uma instituição em processo adiantado de decomposição, como alguns sugerem. Ao contrário, amplia seus tentáculos continuamente, penetrando em quase todas as dimensões da vida privada, tornando-nos cada vez mais dependentes de suas

[2] BULLINGER, Martin. La administración, al ritmo de la economia y la sociedad : reflexiones y reformas en Francia y Alemania, In: Revista de Administración Pública – RAP, Mexico, V.91 (1996), p.139-172. Acesso pela Internet: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/rap/cont/91/doc/doc7.pdf

> regulações e controles; amplia persistentemente a sua participação no produto bruto nacional, numa sanha incansável por novos recursos; endivida-se de forma incontida, sem, entretanto, demonstrar capacidade para tratar adequadamente problemas sociais de vulto. É o crescimento do Estado, não a sua diminuição, a causa imediata dos graves problemas de *legitimação* que atormentam o Estado contemporâneo. Mas, ao mesmo tempo, é importante frisar, o Estado é indispensável, pois é a única organização, operando em larga escala, capaz de conter os interesses privados em limites socialmente razoáveis e apta a intervir intensivamente sobre a coletividade associando *eficiência* e *equidade*." [3]

Os fatos posteriores apenas corroboraram a avaliação contida no trecho referido: a arrecadação tributária aumentou entre nós nos últimos quinze anos; cresceram os capitais movimentados pelo Estado em projetos de redistribuição de renda; a dependência dos atores econômicos da regulação administrativa cresceu; o Estado, diretamente ou por seus agentes financeiros indiretos, participa dos conselhos dirigentes das principais empresas privadas em atividade no país, intervindo na própria intimidade dos agentes privados. Na verdade, o Estado, como centro de distribuição de recursos sociais, não diminuiu a sua relevância, apenas modificou o seu modo de interferência e atuação. Esse fato ampliou, paralelamente, como dito, as exigências de legitimação da própria atuação do Poder Público.

Diante do crescimento do papel político e econômico do Estado, inclusive na esfera dos serviços sociais, direta ou indiretamente, o desafio da Administração Pública, na sociedade dos nossos dias, é assegurar ao próprio Estado conciliar o **fazer com celeridade**, de modo efetivo e eficaz, e o **fazer de forma adequada e segura,** ponderando, com legalidade e custos razoáveis, equidade e controle, os interesses públicos em jogo. O desafio posto ao administrador público hoje é **criar valor público**, **satisfação no usuário direto e indireto da Administração Pública**, em contextos de grande complexidade, empregando instrumentos de atuação pensados em outro momento histórico.

Como é sabido, o direito público e o direito administrativo em particular foi estruturado, durante largo tempo, como um **instrumento de controle do poder e de exercício do poder**. Limitava e legitimava a atuação do Poder Público, permanentemente em busca de uma **equação de equilíbrio** entre **prerrogativas especiais de supremacia do Poder Público sobre a situação jurídica do particular** e **sujeições especiais que condicionavam de forma mais estrita a ação do Administrador.** As sujeições especiais, os deveres próprios do administrador público, foram concebidos exatamente para restringir o abuso no uso das prerrogativas de autoridade.[4] Essa equação permanece relevante e útil para caracterizar o próprio direito administrativo. O problema é que em diversas áreas estas prerrogativas de autoridade se mostraram desnecessárias, como na maioria dos serviços sociais, pois nelas não se tratava de limitar a atuação contrária à coletividade de particulares, mas em oferecer ao cidadão bens relevantes, como saúde e educação, cultura e desporto, ressalvadas as atividades de fiscalização sanitária, desportiva ou disciplinadoras da educação, atividades que podem ser concebidas como manifestações do poder de polícia ou, ainda, mais adequadamente, como tarefas regulatórias. Sem embargo disso, nas áreas de atuação em que as prerrogativas de autoridade são incomuns ou setoriais, permaneceram quase intocadas as

[3] MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência, Revista do Serviço Público, ano 51, abril, 2000. Na internet: http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-10-MAIO-2007-PAULO%20MODESTO.pdf, acesso em 05.04.2011.

[4] É a conhecida equação de JEAN RIVERO, que definia o direito administrativo a partir das derrogações que este imprimia, como direito especial, ao direito privado (direito comum) - derrogações para mais ("dérogations em plus") e derrogações para menos ("dérogations em moins"). Na antiga e elegante definição do mestre francês: "Les règles de droit administratif se caractérisent par rapport à celles du droit commun, soit en ce qu'elles confèrent à l'administration des prérogatives sans équivalent dans les relations privées, soit en ce qu'elles imposent à sa liberté d'action des sujétions plus strictes que celles auxquelles sont soumis les particuliers entre aux" (Droit Administratif, 3ª ed., 1965, Dalloz, p.33).

sujeições especiais pensadas para conter o abuso do Poder Público, frequentemente um fator de elevação de custos e ampliação da defasagem estrutural entre o ritmo da sociedade e do Estado.[5]

O direito administrativo tradicional, centrado em técnicas de exercício da autoridade e de sujeição da autoridade, tem dificuldade de tratar com serviços em que o exercício de poder público é dispensável: a maior parte da atividade econômica e dos serviços sociais. Para usar a metáfora de JUAN ALFONSO PASTOR, ele é percebido pelos gestores frequentemente como uma armadura, "pieza tan indispensable para participar com garantías de seguridad em las guerras medievales como inadequada para participar hoy en una carrera de três mil metros obstáculos"[6].

É frequente que esse descompasso entre o regime jurídico aplicável e as necessidades do modo de atuação do Estado, em algumas áreas, revele-se primeiro no campo da **organização administrativa**. Basta recordar que foi o crescimento do papel econômico do Estado que obrigou a criação de empresas estatais e a própria reforma do direito administrativo no final do sec. XIX e no primeiro quartel do século XX.[7] É que a organização, no dizer de NIGRO, é o "primeiro momento da atividade", sendo natural que reflita as tensões e as necessidades da própria atividade administrativa. Por isso, no momento atual, a organização administrativa em todo mundo reinventa-se, transforma-se, renova-se. Mas, ao contrário do que ocorria no passado, **a reforma da organização administrativa do Estado hoje não é apenas uma questão de modificação e adaptação da arquitetura institucional do próprio Poder Público** (reforma orgânica), mas também uma **transformação nas formas de interação do Estado com outros atores sociais**. São dois movimentos paralelos.

A organização administrativa hoje, por um lado, amplia-se e atualiza-se através da instituição de novas formas de parceria do Estado com a sociedade civil (cujos atores, disciplinados em diversos aspectos pelo direito administrativo, funcionam a rigor como "longa manus" do Estado em diversos setores sociais ou, quando menos, como parceiros relevantes). Nessas relações, os particulares perdem parte de sua liberdade de atuação em face da sujeição a obrigações de direito público necessárias à prevenção contra **abusos de gestão** (não abusos de poder), sem se tornarem Estado, sem se transformarem em autarquias e sem assumirem também, ao menos integralmente, a defasagem estrutural entre o ritmo da sociedade e do Estado. É o que vem ocorrendo nas **parcerias sociais** (v.g., contratos de gestão com Organizações Sociais e termos de parceria com Organizações

[5] É certo que diversas sujeições, encargos e limitações são previstas, independentemente da espécie de atividade exercida pela Administração, com o objetivo de preservar a boa aplicação dos recursos públicos, evitar *abusos de gestão* e não apenas para conter o *abuso do poder político* do Estado na relação com os particulares. É difícil distinguir, inclusive, em diversas situações, se a sujeição especial a que se subordina o administrador público destina-se a prevenir o *abuso de gestão* ou o *abuso de poder*. Por exemplo, a sujeição ao processo de compras públicas por licitação tanto busca evitar o abuso do poder (ex. compras dirigidas a apenas alguns, de interesse político do administrador, restringindo a competição econômica dentro da sociedade) quanto o abuso de gestão (ex. assegurar a melhor aquisição pelo Estado, evitar o desperdício ou a realização de compras superfaturadas). Por isso, a Constituição Brasileira obriga que entidades estatais de direito privado, como as empresas estatais exploradoras de atividade econômica, conquanto vinculadas preponderantemente ao direito privado (art. 173), observem normas obrigatórias de direito público para prevenir abusos de gestão (concurso público para ingresso dos servidores, licitação, proibição de acúmulo de cargos ou empregos, os princípios gerais da administração, entre outras exigências).

[6] Principios de Derecho Administrativo General, vol. I, Madrid, Ed. Iustel, 2004, p. 62.

[7] Embora os antecedentes históricos de empresas constituídas pelo Estado para fins econômicos remontem ao século XV e XVI, época das grandes navegações, é relativamente recente o desenvolvimento dos serviços industriais e comerciais do Estado, submetidos predominantemente ao direito privado, conquanto de titularidade pública. Cf. TÁCITO, Caio. As empresas estatais no direito brasileiro. In: TACITO, Caio. Temas de Direito Público, vol.,1, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 679-690; BANDEIRA DE MELLO, Osvaldo Aranha. Princípios de Direito Administrativo, vol. II, Rio De Janeiro, Forense, 1969, p. 236-242;

da Sociedade Civil de Interesse Público)[8] e nas parcerias econômicas (v.g, nos contratos de concessão comum ou nas concessões patrocinadas).[9]

Além disso, a organização administrativa transforma-se também pelo emprego de formas de atuação não autoritárias, fundadas em acordos, consensos e conciliação de interesses (v.g, art. 10, § único, da Lei 11.029/2001), bem como pela multiplicação de entidades compostas por acordo de **pluralidade de administrações** (com direitos iguais) e por **órgãos ou entidades mistas** (integradas por representantes do poder público e do setor privado). Exemplifico o primeiro tipo de entidade com os consórcios públicos, de direito público ou privado, disciplinados pela Lei nº 11.107/2005; o segundo, exemplifico com os Comitês de Bacia Hidrográfica, previstos na Lei 9.433/97, compostos por representantes da União; dos Estados e do Distrito Federal cujos territórios se situem, ainda que parcialmente, em suas respectivas áreas de atuação; dos Municípios situados, no todo ou em parte, em sua área de atuação; dos usuários das águas de sua área de atuação; das entidades civis de recursos hídricos com atuação comprovada na bacia. Outro exemplo de entidade de composição mista é o Comitê Gestor da Internet (CGI), supostamente instituído pela Portaria Interministerial nº 147, de 31 de maio de 1995, modificada pelo Decreto Presidencial nº 4.829, de 3 de setembro de 2003, para coordenar e integrar todas as iniciativas de serviços de Internet no país.[10]

Por fim, a organização administrativa renova-se ainda pela **diferenciação e reestruturação do aparato administrativo** do próprio Estado e pelo incremento no emprego de **estruturas estatais de direito privado, sejam elas entidades privadas tradicionais** (empresas públicas, sociedade de economia mista e fundações estatais de direito privado) ou entidades inovadoras. Esse movimento pela diferenciação e incremento no uso do direito privado, que é sempre **uso impuro e parcial do direito privado**, no entanto, vem acompanhado de um contramovimento de uniformização de regras básicas de tratamento das entidades privadas do próprio Estado (v.g., previsão de estatutos gerais, como a exigência de um estatuto comum das empresas públicas e para a delimitação das áreas de atuação das fundações estatais; identificação mais precisa das formas de atuação do Estado na área social e econômica; estabelecimento de maior flexibilidade na reestruturação e modificação do funcionamento de órgãos no interior da administração direta, através de decretos de organização,

[8] Sobre o tema das Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, v. MODESTO, Paulo. Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil. Revista de Direito Administrativo (RDA), Rio de Janeiro, Renovar, n. 214, p. 55-68, out.dez., 1998 e na Revista Trimestral de Direito Público (RTDP), São Paulo, Malheiros, n. 24, 75-86, 1998. O texto foi também incorporado como capítulo do livro FALCÃO, Joaquim; CUENCA, CARLOS (ORG.). Mudança Social e Reforma Legal: estudos para uma nova legislação do Terceiro Setor, Brasília, Conselho Comunidade Solidária, UNESCO, BID, FBB, 1999. (Série Marco Legal do Terceiro Setor, n. 3). Disponível também na internet: http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-5-MAR%C7O-2006-PAULO%20MODESTO.pdf Acesso em: 17/02/2011.

[9] Sobre a natureza das parcerias sociais e econômicas, conferir MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de 'serviço público', 'serviço de relevância pública' e 'serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org). . Parcerias Público-Privadas. São Paulo, Ed.Malheiros, 2005, p. 433-486. Disponível também na internet: http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-PAULO%20MODESTO.pdf Acesso em 15/02/2011.

[10] Registre-se que o CGI criou uma entidade civil, sem fins lucrativos, denominada "Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR" - NIC.br", para ser agente de execução responsável pelo registro de nomes de domínio, a administração e a publicação do DNS para o domínio <.br>, base da gestão da internet no Brasil. Além disso, criou o CERT.br, o Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil; o CETIC.br, Centro de Estudos sobre as Tecnologias da Informação e da Comunicação; o CEPTRO.br, Centro de Estudos e Pesquisas em Tecnologia de Redes e Operações; o W3C.br, escritório do World Wide Web Consortium no Brasil.

como autorizado expressamente pelo art. 84, VI, Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 32/2001).[11]

Essas transformações do direito positivo afetam a própria **identificação das fronteiras do direito administrativo brasileiro**. O direito administrativo no Brasil não pode mais estabelecer as suas fronteiras a partir da simples referência ao exercício da função administrativa do Estado ou ao exercício da autoridade pública.[12] Nisso modifico entendimento (ou ilusão) que alimentei durante largo período. Durante muito tempo concebi o direito administrativo como o **direito público comum da função administrativa do Estado**, isto é, como o "subsistema de normas jurídicas, integrado no direito público, disciplinador da organização, das formas de expressão e dos limites jurídicos comuns a qualquer desempenho da função administrativa do Estado, realizada por entidades, órgãos e agentes governamentais ou por particulares em atividade delegada".[13] Hoje o direito administrativo brasileiro permanece fortemente referido ao exercício da função administrativa, nos aspectos objetivo, subjetivo e instrumental, mas também é aplicado a entidades privadas que não realizam função administrativa, não são delegadas do Estado, nem manifestam poderes públicos, mas que firmam voluntariamente com o Poder Público vínculos de parceria e fomento essenciais ao desenvolvimento da própria coletividade e à realização da justiça social, pois viabilizam a concretização de direitos fundamentais. Essa aplicação é circunscrita a aspectos de proteção do bom emprego dos recursos públicos transferidos às entidades apoiadas pelo Poder Público e aos próprios fins do fomento, porém, além disso e de forma crescente, vem sendo reconhecido aos usuários desses serviços sociais apoiados pelo Poder Público direitos de proteção de natureza pública.[14] Numa palavra: o direito administrativo brasileiro passa por uma *vis expansiva:* permanece assegurador dos direitos do cidadão em face do Poder Público e de seus delegados e amplia esta garantia também a serviços prestados, em regime privado, porém sob financiamento público direto, segundo vínculos de parceria variados, por entidades sem fins lucrativos prestadoras de **serviços de relevância pública** (v.g., Constituição Federal, Art. 129, II: "São funções institucionais do Ministério Público: II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia").

Em outro dizer: o direito administrativo não está sendo objeto de retração. Ao contrário, além de seus domínios tradicionais, conquistou novas fronteiras, sendo aplicado para além do Estado e de seus delegados: disciplina atualmente também parcela das relações mantidas por particulares

[11] Sobre o tema dos decretos de organização, e seus limites estritos no direito brasileiro, conferir MODESTO, Paulo. Os regulamentos de organização no direito brasileiro e os decretos autônomos de extinção de cargos públicos vagos: uma distinção necessária, Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 8, n. 28, jan. 2010. Disponível também na internet: http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-22-MAIO-2010-PAULO-MODESTO.pdf Acesso em 15/02/2011

[12] Modifico, nesse passo, a posição que sustentei no artigo Notas de introdução ao direito administrativo, publicado na Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 17, abr. 2007. Disponível também na internet: http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-9-JANEIRO-2007-PAULO%20MODESTO.pdf. Acesso: 16 de fevereiro de 2011.

[13] Idem, ibidem, p. 2.

[14] Na doutrina, conferir: JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13ª. ed. São Paulo, Ed. Dialética, 2009, p.36-41; FORTINI, Cristiana, Organizações Sociais: Natureza Jurídica da Responsabilidade Civil das Organizações Sociais em Face dos Danos Causados a Terceiros, Revista Interesse Público, Belo Horizonte, ano 6, n. 38, jul. 2006; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da Intervenção do Estado no Domínio Social. São Paulo, Ed. Malheiros, 2009, pp. 236-244. No entanto, em sentido contrário, recusam a possibilidade de invocação de responsabilidade objetiva, entre outros, CARVALHO FILHO, José dos Santos, Responsabilidade civil das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos, In: FREITAS, Juarez (org) Responsabilidade Civil, São Paulo, Ed. Malheiros, 2006, p. 155; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, Terceiro Setor: contratações, responsabilidade civil e outras questões polêmicas, Belo Horizonte, Fórum, ano 11, n. 54, mar.2009.

com outros particulares, independentemente de específicos vínculos de delegação ou do exercício de função pública. O fato de entidades privadas sem fins de lucro, que recebem apoio financeiro ou material do Estado na execução de serviços abertos à livre iniciativa, incidirem em disciplina parcial do direito administrativo parece não espantar a mais ninguém, embora raramente se tenha questionado as repercussões conceituais do crescimento desta aplicação estendida do direito público.

O direito administrativo vive um processo de expansão de suas fronteiras tradicionais. Nos limites dessas novas fronteiras, o direito administrativo brasileiro deve ser redefinido como o **direito público concreto e instrumental de proteção e realização do interesse público e dos direitos fundamentais**. Não traduz mais o direito público comum da função administrativa do Estado, pois disciplina relações em que a atividade desenvolvida não é qualificada pelo direito como função administrativa, submetida de forma abrangente ao direito público, sujeita à delegação ou expressiva de qualquer poder público. Aplica-se a entidades privadas que não exercitam prerrogativas públicas, nem integram o aparato do Estado, mas que estão sujeitas a **deveres públicos**, por manejarem recursos de fomento do Estado vinculados a atividades socialmente relevantes. Para essas entidades o direito administrativo pode e deve ser invocado parcialmente pela expressiva presença do interesse público, seja pelo fato da atividade referida encerrar a aplicação vinculada de recursos públicos, seja pela notória relevância pública da atividade desenvolvida ou ainda por manter a atividade estreitos vínculos com a proteção de direitos fundamentais do cidadão e com deveres de garantia do próprio Estado. Todavia, não pode o direito público pretender abranger essas relações da mesma forma que incide sobre o Estado e seus delegados no exercício de função pública: não pode ser aplicado de forma abrangente, para publicizar estritamente as relações dessas entidades privadas nos serviços sociais, ou autarquizá-las, transformando-as todas em repartições públicas para os fins de direito, tratando com equivalência (portanto, sem distinção) **relações de delegação** e **relações de parceria**.

As **parcerias sociais** e as **parcerias econômicas** estabelecidas pelo Poder Público são atualmente realizadas em grande número. Ora bem sucedidas, ora mal conduzidas e controladas; muitas vezes, constituem experiências inovadoras; outras vezes, apenas formas de fuga para o direito privado, o que, no Brasil, é quase sinônimo de uma "fuga para a gestão por particulares". Ao lado delas, a reestruturação e diferenciação do aparato administrativo do Estado, com a criação de organismos interfederativos de direito público ou privado, bem como a utilização simples de institutos de direito privado, sempre com perfil modificado pelo direito público, somente muito recentemente recebeu nova atenção da doutrina e do próprio Poder Público.

Na verdade, como escrevi em outra oportunidade, a organização administrativa do Estado brasileiro continua a ser o **capítulo mais inconsistente do direito administrativo nacional**[15]. Ao tratarmos de entidades estatais de direito privado, que poderiam ser instrumentos de maior eficácia e eficiência do Estado em setores sociais e econômicos estratégicos, ainda encontramos perplexidades e preconceitos. Em muitos casos, debate-se a própria viabilidade jurídica das entidades; em outros, busca-se aproximá-las do regime jurídico da administração direta; frequentemente as incertezas são tão intensas, com os órgãos de controle divergindo entre si e em estado de vacilação permanente, que há desestímulo à inovação em matéria de organização, adotando-se fórmulas de atuação superadas em quase todos os países, com amplo desconhecimento das potencialidades do nosso próprio direito vigente. Além disso, diante da incerteza jurídica, recorre-se a fórmulas de parcerias com entidades privadas sem fins lucrativos com muito maior intensidade do que seria necessário. Essas estruturas de organização do próprio Estado, subordinadas parcialmente ao direito administrativo, somente serão vigorosas alternativas de atuação do Poder Público na área social, se perdermos o preconceito contra

[15] MODESTO, Paulo. As fundações estatais de direito privado e o debate sobre a nova estrutura orgânica da Administração Pública. In: ARAGÃO, Alexandre & MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008, pp. 539-552. Disponível também na Internet: http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-14-JUNHO-2008-PAULO%20MODESTO.PDF Acesso em 05.04.2011.

a aplicação do direito privado na Administração Pública e refletirmos as modificações que hoje operam nas próprias fronteiras de aplicação do direito administrativo, que mescla a sua presença com a aplicação do direito privado tanto no plano da relação entre particulares quanto no plano interno do setor público e das parcerias do Poder Público com os particulares.

Com efeito, tanto as entidades estatais regidas pelo direito privado de natureza social quanto as entidades privadas sem fins de lucro em parceria com o Estado, **regem-se por um regime jurídico híbrido**, que exige a **incidência paralela do direito público e do direito privado** para disciplinar aspectos distintos da atuação e organização dessas pessoas jurídicas. O regime é híbrido, em primeiro lugar, porque busca conciliar, em uma organização do próprio Poder Público, a garantia da aplicação adequada dos recursos públicos manejados com a necessidade de assegurar a flexibilidade operacional essencial ao desempenho de serviços nos quais estão ausentes ou possuem presença secundária as prerrogativas de autoridade e o exercício de poderes extroversos do Estado. O regime é híbrido nas parcerias, porque as entidades privadas parceiras permanecem distintas do Poder Público, mas ao manejarem recursos públicos e ao celebrarem contratos de colaboração, sujeitam-se a deveres públicos de transparência, impessoalidade e fidelidade aos fins sociais da parceria que atraem, necessariamente, a disciplina do direito administrativo. O que falta, nos dois casos, é clareza quanto às fronteiras de aplicação concomitante destes dois regimes, ou melhor, os limites de aplicação do direito público a entidades regidas predominantemente pelo direito privado. Neste artigo, revisitando trabalhos anteriores, dedico atenção aos limites de aplicação do direito administrativo às entidades do denominado terceiro setor.

II. O DIREITO ADMINISTRATIVO DO TERCEIRO SETOR

A expressão terceiro setor, embora não seja unívoca, é definida no Brasil quase sempre em termos **subjetivos ou orgânicos**.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, por exemplo, define terceiro setor como o conjunto composto por "entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos"[16]. MARÇAL JUSTEN FILHO afirma que o terceiro setor é "integrado por sujeitos e organizações privadas que se comprometem com a realização de interesses coletivos e a proteção de valores supraindividuais"[17]. SÍLVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA abre valiosa monografia sobre o tema, informando que "o nome Terceiro Setor indica os entes que estão situados entre os setores empresarial e estatal. Os entes que integram o Terceiro Setor são entes privados, não vinculados à organização centralizada ou descentralizada da Administração Pública, mas que não almejam, entretanto, entre seus objetivos sociais, o lucro e que prestam serviços em áreas de relevante interesse social e público"[18] Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que atribui a denominação Terceiro Setor à "criatividade dos administradores ou economistas do período do apogeu do neoliberalismo entre nós", a expressão designa "entidades que não são estatais e também não estão predispostas a objetivos mercantis, predispondo-se, ao menos formalmente, à realização de objetivos socialmente valiosos e

[16] Direito Administrativo, 24 ed, São Paulo, Atlas, 2011, p. 502. No livro Parcerias na Administração Pública, a autora informa que as entidades do terceiro setor "são entidades privadas, instituídas por particulares; desempenham serviços não exclusivos do Estado, porém em colaboração com ele; se receberem ajuda ou incentivo do Estado sujeitam-se a controle pela Administração Pública e pelo Tribunal de Contas. Seu regime jurídico é predominantemente de direito privado, porém parcialmente derrogado por normas de direito público" (Parcerias na Administração Pública, 6ªed, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 250).

[17] Curso de Direito Administrativo, 5ª. Ed, São Paulo, Ed. Saraiva, p. 254.

[18] Terceiro Setor, São Paulo, ed. Malheiros, 2003, p. 13.

economicamente desinteressados"[19]

Com efeito, é comum definir-se o terceiro setor como um "conjunto de **organizações sociais que não são nem estatais nem mercantis**, ou seja, organizações sociais que, por um lado, sendo privadas, não visam a fins lucrativos, e, por outro lado, sendo animadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos, não são estatais"[20]. Segundo BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS, são instituições que tentam realizar o **compromisso prático entre a eficiência e a equidade em atividades sociais,** adotando a **flexibilidade operacional** típica das pessoas privadas sem prejuízo da **busca de equidade social** inerente a qualquer instituição pública[21]. Porém, por receberem auxílios públicos e privados em nome do desempenho de atividades socialmente relevantes, são e devem ser mais intensamente fiscalizadas pelo Poder Público e pela comunidade do que as demais pessoas privadas, através de controles formais e materiais que assegurem a fidelidade de sua ação ao escopo que devem prosseguir. Sob este enfoque, isto é, sob o **ângulo subjetivo**, há mais de doze anos atrás resumi o **conceito de terceiro setor** nos seguintes termos: "Pessoas privadas de fins públicos, sem finalidade lucrativa, constituídas voluntariamente por particulares, auxiliares do Estado na persecução de atividade de conteúdo social relevante"[22]

São exemplos de entidades privadas de terceiro setor, no direito brasileiro, as entidades declaradas de utilidade pública, as entidades qualificadas como organizações sociais ou organizações da sociedade civil de interesse público e os serviços sociais autônomos, estes últimos, no entanto, vem sendo classificados nos últimos anos como entidades paraestatais de direito privado e não mais como entidades do terceiro setor.[23] Não pretendo tratar especificamente de todas essas entidades; não apenas porque delas cuidei em trabalhos anteriores[24] como também para não alongar

[19] Curso de Direito Administrativo, 28 ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 2011, p.225.

[20] Cf. SANTOS, Boaventura de Souza, "A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado", conferência apresentada no Seminário Internacional "A Sociedade e a Reforma do Estado", promovido pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado do Brasil (MARE) e pelo Conselho da Reforma do Estado, São Paulo, março de 1998, Texto recolhido na Internet, url: http://www.mare.gov.br/Historico/Reforma/conselho/Boaventura.PDF, p.20. Acesso em março de 1998.

[21] Idem, ibidem, p. 20.

[22] MODESTO, Paulo. Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil, in: *Mudança social e reforma legal: estudos para uma nova legislação do Terceiro Setor*, org. Joaquim Falcão e Carlos Cuenca, Brasília: Conselho da Comunidade Solidária/UNESCO, 1999.

[23] No anteprojeto da lei de organização da Administração Pública Federal, elaborado pela Comissão de Juristas designada pelo Ministro do Planejamento por meio da Portaria 426/2007, alterada pela Portaria 84/2008, os serviços sociais autônomos foram enquadrados na categoria das entidades paraestatais, pois estas entidades são criadas por autorização legislativa e recebem, de modo regular, contribuições compulsórias de caráter público, que independem da celebração de contratos ou acordos de fomento e parceria. As entidades privadas sem fins de lucro, constituídas pela iniciativa privada, para desempenho de atividades de relevância pública, essenciais à coletividade, objeto de incentivo e fiscalização regular do Poder Público, foram definidas no anteprojeto como "entidades de colaboração" (art.73),

[24] MODESTO, Paulo, Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais, IN: *RTDP,* São Paulo, n.16, p. 178-99, out./dez. 1996; *R. Informação Legislativa.* Brasilia, a.34, n. 136, p. 315-27, out./dez. 1997. *Revista de Direito Administrativo* (RDA), Rio de Janeiro, Ed. Renovar, n. 210, out./dez, 1997, pp. 195-212.; MODESTO, Paulo. Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil, IN: *Revista de Direito Administrativo* (RDA), Rio de Janeiro, Ed. Renovar, n. 214, out./dez, 1998, pp. 55-68; MODESTO, Paulo, Parecer. Convênio entre entidades públicas executado por fundação de apoio. Serviço de saúde; Conceito de serviço público e serviço de relevância pública na Constituição de 1988. Forma da prestação de contas das entidades de cooperação após a emenda constitucional N. 19/98.In: RTDP, n. 28, São Paulo , ed. Malheiros, 1999, pp. 109-128; MODESTO, Paulo, Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviço de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Parcerias Público-Privadas, São Paulo,

excessivamente a avaliação que vem de ser feita, que pretende ser intencionalmente geral e resumida.

A questão problemática é a **extensão** da aplicação do direito público a essas entidades. A própria doutrina reconhece a situação de neblina em que a matéria tem sido tratada. MARÇAL JUSTEN FILHO, por exemplo, é explícito em proclamar que "existe grande dificuldade em determinar, de modo mais preciso, o conteúdo do regime jurídico aplicável a tais entidades. É problemático determinar exatamente as regras de direito público que serão aplicáveis, o que gera problemas práticos de grande relevo. Afigura-se, no entanto, que tais dificuldades somente poderão ser solucionadas de modo preciso por via da edição de regras legais"[25]. Enquanto as normas legais mais precisas não são editadas, a exemplo do capítulo sobre os entes de colaboração da proposta de nova organização administrativa federal[26], é preciso decidir as questões concretas a partir da legislação existente e as normas estabelecidas na Constituição Federal. Mas, especialmente neste último plano, a questão não pode permanecer na esfera subjetiva, orgânica, referida apenas à condição especial dessas pessoas privadas. Reclama-se, em termos constitucionais, também uma abordagem objetiva, relativa ao campo específico de atuação dessas entidades, pois sobre esses sujeitos de direito o texto constitucional apenas faz referências escassas, sem maior detalhamento.

No plano subjetivo, a Constituição Federal de 1988 cuida de proibir a interferência estatal na criação ou no funcionamento das associações (Art. 5º, XVII), reconhecendo plena liberdade de associação a todas as pessoas, físicas ou jurídicas, desde que para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar (Art. 5º, XVII), estabelecendo ainda que "as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado"(Art. 5º, XIX). A Constituição Federal, no entanto, emprega nomenclatura variada para referir as entidades privadas sem fins lucrativos:

a) instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos - art. 150, VI, "c";

b) entidades filantrópicas – art. 199, § 1º;

c) entidades sem fins lucrativos - art. 199, § 1º ;

Malheiros, 2005, pp. 433-486. Consulte-se também sobre o tema, em especial, MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo, "Organizações Sociais de Colaboração (Descentralização Social e Administração Pública Não-Estatal", In: *Revista de Direito Administrativo* (RDA), Rio de Janeiro, Ed. Renovar, n. 210, out./dez, 1997, pp. 183-194; "O sistema de parceria entre os setores público e privado. Execução de serviços através de concessões, permissões, terceirizações e outros regimes. Aplicação adequada desses institutos", In: *Boletim de Direito Administrativo (BDA), 2/75-81,* Ed. NDJ, fev., 1997; "Natureza jurídica dos serviços sociais autônomos". Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. n. 207, p. 79-94, jan./mar, 1997. Sobre o tema, conferir ainda ROCHA, Sílvio Luís Ferreira, *Terceiro Setor*, São Paulo, Ed. Malheiros, 2003. SOUTO, Marcos Juruena Villela. Parceria mediante convivência entre funções públicas e privadas. In: Fórum administrativo – Direito Público, Belo Horizonte, a. 5, n. 54, p. 5935-5950; REGULES, Luis Eduardo Patrone. Terceiro Setor, São Paulo, Ed. Método, 2006; MOREIRA, Egon Bockmann, Organizações Sociais,Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e seus 'Vínculos Contratuais' com o Estado, In: CUELLAR, Leila e MOREIRA, Egon Bockmann, Estudos de direito econômico, Belo Horizonte, Fórum, 2004, pp. 259-277; RESENDE, Tomáz de Aquino. Roteiro do Terceiro Setor, Associações e Fundações, 3ª. Ed, Belo Horizonte, Prax Ed, 2006; CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Curso de Direito Administrativo, 2ª.ed, Salvador, Ed. JusPodium, 2009, pp. 926-979. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 24.ed, pp. 495-496 e 325-333.

[25] Curso de Direito Administrativo, ob. cit., p. 254.

[26] Sobre o tema, conferir DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Das entidades paraestatais e das entidades de colaboração, In: MODESTO, Paulo. Nova organização administrativa brasileira, 2ª.ed, ob.cit., pp. 238-256. No mesmo volume, consulte-se também o estudo de TOURINHO, Rita. Terceiro Setor no ordenamento jurídico brasileiro: constatações e expectativas, ob.cit, pp. 321-340.

d) entidades beneficentes - art. 204, I;

e) entidades não governamentais - art. 227, § 1º;

Nada obstante, pode-se extrair uma definição constitucional implícita para as entidades sem fins lucrativos de caráter público a partir do enunciado do Art. 213 do texto fundamental:

> Art. 213 - Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:
>
> I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;
>
> II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao poder público, no caso de encerramento de suas atividades.

Diante desse enunciado, que pode ser extrapolado para outras áreas de atuação social do Estado, dois são os predicados estabelecidos na Constituição Federal para identificação das entidades sem fins lucrativos que podem receber recursos públicos:

a) aplicação dos excedentes financeiros na própria atividade institucional de natureza social, isto é, a proibição de partilha do resultado social, o que implica na vedação à distribuição de excedentes operacionais, brutos ou líquidos, direta ou indiretamente, entre diretores, conselheiros, empregados, associados, doadores ou fundadores da entidade;

b) destinação do patrimônio social a outra entidade de mesma natureza ou ao poder público, em caso de extinção (proibição de partilha do patrimônio social).

Algumas entre essas entidades, por sua condição especial, são também protegidas pela Constituição Federal em matéria tributária. No art. 150, inciso VI, "c", veda-se a instituição pelos entes federativos de impostos sobre "patrimônio, renda ou serviços (...) das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei". A referida imunidade tributária compreende apenas o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades mencionadas (art. 150, §4º).[27]

Sem embargo, cuida a Constituição Federal de determinar a aplicação do direito público a entidades privadas sem fins de lucro em diversas outras disposições, porém com o emprego de **critérios objetivos** e não subjetivos. Não é a natureza jurídica da entidade privada integrante do terceiro setor, por exemplo, que determina a sua sujeição especial à competência dos Tribunais de Contas. Com o advento da Emenda Constitucional n. 19/1998, que alterou a redação do parágrafo único do Art. 70, ficou explícito o dever de prestar contas de “qualquer pessoa física ou jurídica,

[27] A imunidade é objeto de disciplina também pelo Código Tributário Nacional (CTN), que estabelece, em seu art. 9º, ser "é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) IV - cobrar imposto sobre: (...) c) o patrimônio, a renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, observados os requisitos fixados na Seção II deste Capítulo". Na matéria, o CTN estipula no art. 14 que "o disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas: I - não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais; III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão. §1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no §1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício. §2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos".

pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária". É o **fato objetivo** da utilização de recursos públicos pela entidade de terceiro setor que atrairá a competência do Tribunal de Contas, não a sua especial caracterização subjetiva. Se não há recebimento de recurso público, direta ou indiretamente, não haverá competência fiscalizatória externa dos Tribunais de Contas sobre a entidade privada sem fins lucrativos. De outra parte, a competência de atuação da Corte de Contas deve ser restrita à verificação da regularidade do vínculo de fomento, do bom emprego dos recursos transferidos e a apuração dos resultados da parceria estabelecida, não sendo de admitir medidas de controle ou interferência na gestão da entidade não estatal.

As entidades de colaboração não são delegadas do Estado e não gozam de prerrogativas de direito público, processuais ou materiais. Não editam atos administrativos nem estão sujeitas ao processo administrativo para decidir. São entidades privadas, não estatais, que colaboram com o Estado, mas não se equiparam a ele ou a qualquer órgão do Poder Público. Como é sabido, poderes, prerrogativas públicas e sujeições não se presumem, sem norma de atribuição, especialmente para entidades privadas não estatais.

A ausência de prerrogativas processuais já foi proclamada pelo Supremo Tribunal Federal:

> E M E N T A: RECURSO - APLICABILIDADE ESTRITA DA PRERROGATIVA PROCESSUAL DO PRAZO RECURSAL EM DOBRO (CPC, ART. 188) -PARANAPREVIDÊNCIA - ENTIDADE PARAESTATAL (ENTE DE COOPERAÇÃO) -INAPLICABILIDADE DO BENEFÍCIO EXTRAORDINÁRIO DA AMPLIAÇÃO DO PRAZO RECURSAL - INTEMPESTIVIDADE - RECURSO NÃO CONHECIDO.- As empresas governamentais (sociedades de economia mista e empresas públicas) e os entes de cooperação (serviços sociais autônomos e organizações sociais) qualificam-se como pessoas jurídicas de direito privado e, nessa condição, não dispõem dos benefícios processuais inerentes à Fazenda Pública (União, Estados-membros, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias), notadamente da prerrogativa excepcional da ampliação dos prazos recursais (CPC, art. 188). Precedentes. (STF, AI 349477 AgR/PR – PARANÁ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 11/02/2003 Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação DJ 28-02-2003 pp-00013).

Sem embargo do exposto, quando realizam serviços de relevância pública, a exemplo dos serviços de saúde (Art. 197)[28], essas entidades privadas de colaboração devem se submeter à fiscalização do Ministério Público, nos termos do Art. 129, II, da Lei Fundamental (São funções institucionais do Ministério Público: (...) II - zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia).

O conceito de **serviço de relevância pública** é menos exigente do que o conceito de serviço público. São atividades de relevância pública as **atividades consideradas essenciais ou prioritárias à comunidade, não titularizadas pelo Estado, cuja regularidade, acessibilidade e disciplina transcendem necessariamente à dimensão individual, obrigando o Poder Público a controlá-las, fiscalizá-las e incentivá-las de modo particularmente intenso**. Não há aqui exigência de aplicação obrigatória de todas as obrigações de serviço público tradicionalmente reconhecidas na legislação. Nem titularidade exclusiva desses interesses pelo Estado, admitindo-se a livre atuação privada. Mas a lei ordinariamente impõe que a fiscalização e regulação dessas atividades pelo Poder Público seja minudente e tutelar, sendo assegurando ainda o respeito a princípios constitucionais, em especial o

[28] CF, **Art. 197** - São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesta área, por exemplo, caberia reconhecer a aplicação de princípios frequentemente associados no direito comparado aos denominados "serviços de interesse geral".[29] Em especial, as obrigações de não discriminar usuários, a obrigação de cobrar preços razoáveis ou acessíveis e a obrigação de atuar de modo regular.[30]

Esses princípios de acessibilidade, igualdade e continuidade, no direito europeu, também informam o chamado "serviço universal", que MONICA JUSTEN, resume de forma precisa: "o serviço ou conjunto de serviços mínimos definidos, que visam a assegurar o acesso de todos os usuários a prestações essenciais de uma determinada qualidade e a preços justos em face das condições específicas nacionais"[31].

A babel conceitual europeia não nos interessa de forma imediata, pois aglutina em conceitos de gradação sucessiva e, por isso, parcialmente superpostos, atividades de serviço público abertos à

[29] Sobre o conceito europeu de "serviço de interesse geral" ou "serviço de interesse econômico geral", conferir REBOLLO, Luis Martin, "Servicios Públicos y Servicios de Interés General: la nueva concepción y operatividad del servicio público em el derecho administrativo español", e MEDAUAR, Odete, "Serviços Públicos e Serviços de Interesse Econômico Geral", publicados na coletânea MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (org), *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2003. Conferir, também, as valiosas observações de JUSTEN, Mônica Spezia, *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*, São Paulo, Ed. Dialética, 2003, especialmente pgs. 196 e segs.

[30] No Glossário da Comunidade Européia são diferenciados os conceitos de "serviço público", "serviço universal", "serviço de interesse econômico geral" e "serviço de interesse geral", segundo os seguintes enunciados: **Serviço público:** A noção de serviço público tem um duplo sentido, designando tanto o organismo de produção do serviço como a missão de interesse geral a este confiado. É com o objectivo de favorecer ou de permitir a realização de missões de interesse geral que a autoridade pública pode impor obrigações específicas de serviço público a um organismo de produção do serviço, por exemplo, em matéria de transportes terrestres, aéreos ou ferroviários ou em matéria de energia. Estas obrigações podem ser impostas à escala nacional ou regional. Note-se que, com frequência, se confunde erroneamente serviço público e sector público (incluindo a função pública), ou seja, a missão e o estatuto, o destinatário e o proprietário; **Serviço universal:** O conceito de serviço universal foi desenvolvido pelas instituições da Comunidade e define um conjunto de exigências de interesse geral a que devem obedecer, em toda a Comunidade, as actividades de telecomunicações ou de correio, por exemplo. As consequentes obrigações destinam-se a assegurar o acesso generalizado de todas as pessoas a determinadas prestações essenciais, de qualidade e a um preço abordável. **Serviços de interesse económico geral:** Os serviços de interesse económico geral designam as actividades de serviço comercializáveis que preenchem missões de interesse geral, estando, por conseguinte, sujeitas a obrigações específicas de serviço público (artigo 86º - antigo artigo 90º - do Tratado que institui a Comunidade Europeia). É o caso, em especial, dos serviços em rede de transportes, de energia e de comunicações". **Serviços de interesse geral:** Por serviços de interesse geral entendem-se as actividades de serviço, comercial ou não, consideradas de interesse geral pelas autoridades públicas, estando, por conseguinte, sujeitas a obrigações específicas de serviço público. Esta noção engloba as actividades de serviço não económico (sistema de escolaridade obrigatória, protecção social, etc.), as funções intrínsecas à própria soberania (segurança, justiça, etc.) e os serviços de interesse económico geral (energia, comunicações, etc.). Recorda-se que as condições do artigo 86º (antigo artigo 90°) do Tratado não são aplicáveis às duas primeiras categorias (actividades de serviço não económico e funções intrínsecas à própria soberania). Cf. Glossário da Comunidade Européia, documento disponível na Internet na página: http://europa.eu.int/scadplus/leg/pt/cig/g4000.htm **.** É útil consultar, também, o denominado **Livro Verde** (COM/2003/270,de 21.5.2003) e o **Livro Branco sobre os Serviços de Interesse Geral** (COM/2004/0374), disponíveis a partir de pesquisa na página: http://europa.eu.int e http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/service_general_interest Foi proposta a redação de uma comunicação específica sobre os serviços sociais de interesse geral, incluindo os serviços de saúde, cuja adopção está prevista para 2005.

[31] A Noção de Serviço Público no Direito Europeu, São Paulo, Dialética, 2003, p. 195.

competição, serviços monopolistas e também serviços sociais.[32] Na Constituição Brasileira, embora a matéria não deva ser reduzida a dois únicos conceitos, não apresenta superposições equivalentes.

Na Constituição brasileira, como vimos, há explícita referência aos **serviços de relevância pública** em duas normas: art. 129, II e art. 197.

Na primeira norma, o conceito é empregado em **sentido subjetivo**, para referir as entidades privadas que prestam serviço de relevância pública. Na segunda, o conceito é empregado em **sentido objetivo**, para referir as ações e os serviços de saúde, seja quando prestados pelo Poder Público, seja quando prestados por pessoa física ou jurídica de direito privado. As disposições são diretas e de simples compreensão:

> "Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:
>
> II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;"
>
> "Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros, por pessoa física ou jurídica de direito privado"

Na verdade, a participação de entidades privadas na prestação de serviços sociais, autorizada expressamente pela Constituição (v.g., art. 199, 202, 204, I; 209, 216, ,1º.218, §4º, 225), não apenas é pragmática como pode ser percebida como uma das respostas conseqüentes à crise do aparelho do Estado no âmbito da prestação dos serviços sociais. O Estado não tem efetivamente condições de monopolizar a prestação direta, executiva, dos serviços de assistência social de interesse coletivo. Estes podem ser geridos ou executados por outros sujeitos, públicos ou privados, preferencialmente instituições "públicas não estatais" *(*pessoas privadas de fim público, sem fins lucrativos*),* consoante diferencia a própria Constituição (CF, art. 199, §1º), sob a fiscalização e supervisão imediata do Estado. Nestes casos, não prover diretamente não quer dizer tornar-se irresponsável perante essas necessidades sociais básicas ou negar o direito fundamental à saúde, à educação, à defesa do meio ambiente, à pesquisa científica e tecnológica. **O Estado não deve nem pode demitir-se da responsabilidade de assegurar e garantir direitos sociais**: quando não executar, deve fomentar ou financiar diretamente a execução de serviços sociais necessários à coletividade. O Estado contemporâneo continua executor, regulador, fiscalizador e financiador de serviços sociais, mas pode contar também com **mecanismos de parceria ágeis** para ampliar a sua capacidade de assegurar a efetiva fruição dos direitos sociais básicos.[33]

---

[32] A babel conceitual dos textos normativos comunitários do velho continente tem surpreendido a muitos. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, por exemplo, encontrou ocasião para ressaltar que a denominada crise dos serviços público, no continente europeu, "antes mesmo de uma crise conceitual, é uma **indefinição semântica** provocada pelo uso de variadas e equívocas denominações, como serviço de interesse geral, serviço econômico de interesse geral, serviço público e serviço universal. A confusão dos textos se reflete na perplexidade de alguns autores e das correntes que se alinharam a respeito, sendo que alguns chegam a ponto de considerar a crise como um sinal do desaparecimento do velho e tradicional *service public à la française* e outros, mais moderados, vendo apenas indícios de uma profunda mutação em curso". (Mutações nos Serviços Públicos, *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico,* Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1, fevereiro, 2005, p. 13. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 7 de março de 2005.)

[33] O caráter liberal ou social do Estado é definido menos pela dimensão do seu aparato burocrático quanto pela destinação do seu orçamento. Os Estados atuais são sobretudo centros de transferência de recursos econômicos e sociais. A atividade de prestação de serviços pelo Estado-aparato responde apenas por

É certo também que os serviços sociais referidos, quando desempenhadas pelo Poder Público como encargo, obrigação, submetem-se ordinariamente ao **regime de direito público**, quer por ser este o **regime jurídico comum e normal da função administrativa do Estado**, quer por expressa decisão legal. Por essa razão, diversos autores tendem a considerar essas atividades, **quando prestadas pelo Estado**, serviços públicos.[34] Mas, sem embargo dessa qualificação, essas atividades **não seriam serviços públicos quando desempenhados por particulares**. Porém, rotular de serviço público essas atividades, quando exercidas pelo Estado, é **subordinar a natureza jurídica de uma atividade à qualidade do sujeito que a exercita,** é adotar um conceito subjetivo de serviço público, o que é incoerente com a tese predominante na doutrina brasileira de se **buscar a identidade própria da atividade de serviço público na identificação do regime jurídico especial da atividade**, **não do sujeito que por ela responde.**

A conseqüência pragmática deste entendimento predominante da doutrina é ambígua: por um lado, a analogia permite aparentemente ampliar as garantias dos administrados quando aplicada a **pessoas jurídicas estatais de direito privado** (tese problemática, ante a ausência de imposição constitucional do regime de direito público a todo esse conjunto de atividades)**;** por outro lado, restringe a compreensão dos compromissos públicos da mesma atividade quando exercida por particulares (pois, **neste caso**, seriam simples **atividades econômicas**).[35] Seja como for, mesmo os

---

uma parcela da intervenção do Estado nas sociedades contemporâneas. As transferências de recursos tributários, as isenções especiais e os subsídios, entre outras formas de estímulo e limitação da atividade privada, respondem por grande parte da interferência estatal em nossa vida cotidiana. Lamentavelmente, trata-se de setor em que reina uma quase absoluta opacidade e anomia, pois entregue completamente à lógica econômica. Por isso, se quisermos saber se um Estado é de fato "social" ou "neoliberal" devemos consultar o orçamento público e as efetivas transferências de recursos para o financiamento de serviços sociais, independentemente da natureza da entidade responsável pela realização desses serviços. É este o dado essencial a considerar quando se pretende determinar o compromisso do Estado com a realização do direito à saúde ou à educação e não o campo das formas organizacionais que o Estado adota ou de que se serve para obter bens ou utilidades coletivas. Registre-se, por fim, que as normas que regem a "forma de organização" não informam necessariamente as "normas de funcionamento" das entidades públicas ou privadas de interesse público existentes no Brasil, sendo usual que entidades estatais de direito privado estejam vinculadas, em diversos aspectos do seu funcionamento, a normas de direito público, o mesmo ocorrendo com simples pessoas jurídicas privadas de interesse público.

[34] Contra a conceituação dessas atividades sociais do Estado como "serviço público" escreve CASSAGNE, Juan Carlos, *La Intervención Administrativa. 2ª ed.* Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1994, p. 40: "Los servicios públicos propios se distinguen también de los llamados servicios sociales que presta el Estado en áreas tales como la cultura, salud pública, previsión social, cuya gestión suele encomendarse a órganos u entes administrativos, sin perseguirse fines de lucro. Esta actuación estatal, para la realización de prestaciones que no poseen contenido económico, no implica reemplazar ni sustituir la iniciativa privada que, respecto de estas actividades, continúa regida por el principio de la libertad, sin perjuicio de lo cual ---cuando la actividad la lleva a cabo el Estado - se aplican los principios y normas proprios de la función administrativa".

[35] RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, adotando a concepção dominante, enuncia claramente a incompetência do Poder Público para estabelecer condicionantes à política de preços das mensalidades escolares: "O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as condições estabelecidas no art. 209 da CF. Não há outra restrição que possa ser imposta, nem há condicionantes fixadas em lei. O texto constitucional revela a concessão de liberdade às escolas, que podem dispor da melhor forma de organização de seu ensino, submetendo-se, apenas, aos preceitos gerais da educação nacional e sujeitando-se à avaliação de qualidade pelo Poder Público. Em consequência do quanto se vem dizendo, pode-se afirmar que não há possibilidade de o Estado imiscuir-se na intimidade da escola, para fixar padrões de mensalidade. Estas são livremente estipulas pelas escolas, a quem, de acordo com o poder aquisitivo dos alunos, incumbirá a dosagem dos salários de seus professores. A equação possibilidade de aluno/necessidade da escola fica a critério desta. Os limites são as possibilidades dos alunos. É correto que se deve desvincular o paternalismo estatal que vigora entre nós. A escola oferece determinado padrão de ensino. Se o aluno não está satisfeito, muda. Faz movimento entre os pais para melhoria do ensino. O pai discute com a direção da escola os aumentos das mensalidades e retira o filho, se entender que a cobrança é muito alta. Enfim, é a livre iniciativa gerindo a economia de mercado no pertinente à educação." (*Receitas Não Tributárias – Taxas e Preços Públicos*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, p.

autores que dilatam a aplicação do conceito de serviço público para atividades sem titularidade do Estado reconhecem que, quando os particulares atuam, com ou sem fins lucrativos, por **direito próprio** (*iure propio),* não se sujeitam ordinariamente ao regime do *serviço público* ou do direito administrativo, mas ao regime jurídico típico ou predominante das pessoas de direito privado, o que muitas vezes lhes confere maior agilidade ou presteza no atendimento dos seus objetivos sociais.

Os serviços de relevância pública não são serviços públicos, mas também não são atividades de exploração econômica. Constituem zona jurídica intermediária, rol de atividades que dispensa título especial de autorização tanto para o Estado quanto para os particulares, mas que cumpre papel relevante no fornecimento de utilidade vitais para os cidadãos, sendo especialmente protegida na Constituição Federal (v.g., art. 129, II). Trata-se de domínio em que a **atividade de execução direta de serviços** e a **atividade de fomento administrativo**, mediante outorga de títulos especiais, apoio financeiro e acordos de parceria encontra lugar privilegiado para coexistir, rompendo-se em definitivo a dicotomia de soma zero que isolava a atuação dos particulares e do Estado em zonas distintas e mutuamente excludentes.

Por não empregar em geral o conceito constitucional de serviço de relevância pública, a doutrina nacional ainda vacila quando procura definir a natureza da atividade desempenhada pelas entidades do terceiro setor com vínculos de parcerias com o Poder Público. Para uma primeira corrente, as parcerias do Estado com as entidades do terceiro setor ensejam "novas formas de prestação de serviços públicos", devendo a atividade executada ser qualificada como "função delegada do Poder Público"[36]. Para outros, há desempenho de "serviços públicos", mas não há

---

152). Com a licença devida, mantenho radical divergência do ilustre autor no tocante ao alcance da interferência do Poder Público na esfera do ensino privado, como de resto nas demais atividades de relevância pública (vg. saúde e pesquisa científica), embora também não postule o que o autor denomina de "paternalismo estatal". Sem antecipar essa questão, vale dizer, mesmo sem qualificar desde logo a educação como atividade de relevância pública (recurso simples para atribuir-lhe, de pronto, um conjunto relevante de condicionamentos), cumpre ressaltar que o "livre mercado" na educação não pode desconsiderar os limites da própria atividade econômica. A matéria já foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 319, que admitiu a competência do Poder Público na regulação da política de preços nas atividades de ensino, conquanto o tribunal tenha revelado certa ambiguidade ao tentar compatibilizar o conceito de livre iniciativa e a manifesta relevância social da interferência pública na atividade de ensino desenvolvida por escolas privadas: "EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares e outras providências. - Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que e o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros. - Não é, pois, inconstitucional a Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, pelo só fato de ela dispor sobre critérios de reajuste das mensalidades das escolas particulares. - Exame das inconstitucionalidades alegadas com relação a cada um dos artigos da mencionada Lei. Ofensa ao princípio da irretroatividade com relação à expressão "marco" contida no parágrafo 5. do artigo 2. da referida Lei. Interpretação conforme a Constituição aplicada ao "caput" do artigo 2., ao parágrafo 5. desse mesmo artigo e ao artigo 4., todos da Lei em causa. Ação que se julga procedente em parte, para declarar a inconstitucionalidade da expressão "marco" contida no parágrafo 5. do artigo 2. da Lei no 8.039/90, e, parcialmente, o "caput" e o parágrafo 2. do artigo 2., bem como o artigo 4. os três em todos os sentidos que não aquele segundo o qual de sua aplicação estão ressalvadas as hipóteses em que, no caso concreto, ocorra direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. (STF, ADI 319 QO / DF, Rel. Min. Moreira Alves, Julgamento: 03/03/1993, Tribunal Pleno, Publicação: DJ 30-04-1993, PP-07563 EMENT VOL-01701-01 PP-00036, por maioria). No mesmo sentido: STF, AI 214756, AgR/SP, Rel. Min. Moreira Alves, Julgamento: 03/11/1998, Primeira Turma, Publicação: DJ 05-03-1999, PP-00003, EMENT VOL-01941-02 PP-00323; STF, RE 163231/SP, Rel Min. Maurício Corrêa, Julgamento 26/02/1997, Tribunal Pleno, DJ 29-06-2001, PP-00055, EMENT VOL-02037-04, PP-00737**.**

[36] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, ob.cit, p. 325-326. Também qualificam como "atividade delegada" a ação das entidades de direito privado que celebram contrato de gestão ou parceria com o Poder Público: CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Curso de Direito Administrativo, 2ª.ed,

concessão de serviço ou permissão de serviço, pois os serviços em questão não são privativos do Estado, isto é, são insuscetíveis de delegação, razão pela qual deve o Estado prestá-los diretamente, cabendo apenas incentivar o seu exercício complementar por entidades sem fins lucrativos.[37]Para uma terceira corrente, quando prestados pelas entidades privadas, mesmo através de vínculos de parceria com o Poder Público, os serviços sociais são atividades privadas de interesse público, mas não serviços públicos em sentido próprio, pois não estão submetidos a regime de direito público, salvo quando prestados pelo Estado[38]. Para uma quarta corrente, no campo dos serviços sociais, "atividades mistamente públicas e privadas", no fraseado do Min. Carlos Ayres Britto[39], as atividades desempenhadas pelos particulares não são serviço público, mas atividades de relevância pública, sujeitas a condicionamento distinto do adotado para as entidades privadas de natureza econômica. É esta última a posição que adoto há muitos anos e que rompe com a dicotomia tradicional das atividades exercidas por particulares entre atividade de serviço público e de exploração de atividade econômica.[40]

No âmbito das atividades de relevância pública, o regime predominante não é o da atividade, mas aquele próprio do sujeito que a exerce. Se o Estado instituir autarquias para o exercício de atividades de relevância pública, o regime jurídico aplicável será o regime de direito público. Se instituir fundações governamentais, submetidas ao direito privado, destituídas de prerrogativas especiais, como museus e centros de pesquisa, o regime aplicável na prestação dos serviços será o regime de direito privado. Por isso, enquanto exercida por entes de natureza pública, o regime de prestação das

---

ob.cit., 2009, p. 936; França, Vladimir da Rocha. Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, n. 6, junho/julho/agosto, 2006. Disponível na internet: http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-6-JUNHO-2006-WLADIMIR%20DA%20ROCHA.pdf

[37] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo, 28 ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 2011, p. 241 (cuidando das organizações sociais).

[38] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias com o Terceiro Setor, ob.cit, p. 264 e 277. No livro Direito Administrativo, 24ª.ed, ob.cit, diferencia a autora a atuação das organizações sociais da atuação das organizações da sociedade civil de interesse público. A primeira recebe ou pode receber "delegação para a gestão de serviço público, enquanto a Oscip exerce atividade de natureza privada, com a ajuda do Estado" (p. 515).

[39] Voto do Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923-DF. Neste voto luminar, o ilustrado Ministro adere ao conceito de "serviços de relevância pública"para qualificar a atividade desempenhada pelas entidades sem fins lucrativos nos serviços sociais não exclusivos de Estado. Em passagem didática, resume: "ao lado deles, serviços públicos de titularidade estatal exclusiva, colocam-se atividades que são também de senhorio estatal, mas não com exclusividade. Refiro-me às atividades de saúde pública, educação e ensino, cultura, previdência social, meio ambiente, ciência e tecnologia, assistência social, que, titularizadas por toda e qualquer pessoa federada (deveres que são de cada uma dessas pessoas públicas), também se inscrevem no âmbito do senhorio e exploração das pessoas privadas. Pelo que se definem como atividades mistamente públicas e privadas. Importando muito lembrar que, se prestadas pelo setor público, são atividades públicas de regime jurídico igualmente público. Se prestadas pela iniciativa privada, óbvio que são atividades privadas, porém sob o timbre da relevância pública." (p. 9).

[40] MODESTO, Paulo. MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de 'serviço público', 'serviço de relevância pública' e 'serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas, ob. cit, p. 442-467 Disponível também na internet: http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-PAULO%20MODESTO.pdf Acesso em 15/02/2011. Ainda sobre o tema, publicado alguns anos antes, v. MODESTO, Paulo. Convênio entre entidades públicas executado por fundação de apoio. Serviço de saúde; Conceito de serviço público e serviço de relevância pública na Constituição de 1988. Forma da prestação de contas das entidades de cooperação após a emenda constitucional N. 19/98. In: RTDP, n. 28, São Paulo , ed. Malheiros, 1999, pp. 109-128, e Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, v.33, n.4, p.13-60, out./dez. 1999.

atividades de relevância pública é sempre o regime público e enquanto prestadas por entidades privadas, estatais ou particulares, o regime predominante é sempre o regime de direito privado. Essa **dualidade no regime jurídico aplicável é uma peculiaridade desta esfera de atividades**, em confronto com as atividades enquadradas no conceito de serviço público e no conceito de atividades de exploração econômica.

Em termos esquemáticos, os tópicos anteriores podem ser representados na tabela abaixo, que resume alguns dos elementos diferenciadores das principais formas de atividade de prestação de serviços ao público:

Serviço Público	Serviço de Relevância Pública	Serviços de Exploração Econômica
Atividades de titularidade pública (art. 175 CF)	Atividades sem reserva de titularidade pública ou privada, vale dizer, de titularidade compartilhada	Atividade de titularidade privada (art. 170 CF), mas passível de atuação pelo Poder Público em situações especiais, previstas na lei ou na CF (art. 173 e 177).
Pessoas privadas atuam por delegação	Pessoas privadas e Estado atuam de forma ordinária, sem delegação ou exceção	Estado atua por exceção: ressalvados os casos previstos na Constituição, apenas atuará quando necessário para atender a imperativos da segurança nacional ou a relevantes interesses coletivos, definidos em lei.
Atividade submetida à reserva de direito público, independentemente do prestador	Atividade submetida a regime variável, parcialmente dependente do regime jurídico predominante do prestador, mas sempre vinculada a obrigações de regularidade, modicidade, acessibilidade e impessoalidade.	Atividade submetida à reserva de direito privado, independentemente do regime específico do prestador, salvo derrogações constitucionais e legais
Atividade expressamente identificada na Constituição ou em normas legais (legalidade estrita)	Atividade residual, ora identificada na Constituição e em normas legais, ora identificada em termos sociais	Atividade residual, ora identificada na Constituição e em normas legais, ora identificada em termos sociais
Atividade refratária à livre iniciativa privada	Atividade compatível com a livre iniciativa privada, mas sujeita a intenso condicionamento público	Atividade compatível com a livre iniciativa privada, salvo ressalvas constitucionais (monopólios públicos)
Normas constitucionais básicas: art. 175; 145, II; 37, §6º; 223; 21, X e segs.	Normas constitucionais básicas: art. 197; 129, II; 209; 213; 217, II; 225.	Normas constitucionais básicas: art. 170; 172; 173; 174; 177; 178; 217, II;

É certo que novas subdivisões neste esquema classificador seriam possíveis de cogitar, dada a multiplicação de regimes jurídicos surgidos nos últimos anos, nas sociedades ditas da pós-modernidade. No entanto, acredito firmemente que, superada ao menos a dicotomia tradicional serviço público/atividade de exploração de atividade econômica, a partir de referenciais expressos da própria

Constituição Federal, poderão ser ultrapassadas diversas incompreensões sobre o regime jurídico adequado ao funcionamento das entidades do terceiro setor quando estabelecidos vínculos de colaboração com o Poder Público.[41] Sem prejuízo da necessária transparência, publicidade, isonomia no estabelecimento dos vínculos (empregando, por exemplo, processos seletivos especiais como o concurso de projetos ou o "chamamento público"), os vínculos de colaboração poderão ser claramente diferenciados dos contratos de serviço e funcionar em ritmo adequado à sociedade, segundo um regime jurídico híbrido, que assegure o cumprimento dos deveres públicos essenciais, sem bloquear iniciativas de atendimento mais ágil em serviços sociais imprescindíveis ao cidadão.

Se entendermos que as entidades de colaboração são simples delegadas do Estado, exercentes de serviço público, estaremos malferindo inúmeras disposições constitucionais expressas que exigem a permanente colaboração da sociedade e de particulares na esfera de realização de direitos fundamentais do cidadão, independentemente de prévia licitação, prévia outorga administrativa ou da aplicação plena do regime de direito público às atividades desempenhadas (v.g., arts. 194; 197; 199, §1º; 205; 209; 213; 216,§ 1º; 218; 225 e 227, §1º, todos da Constituição Federal). Estaremos incidindo em equívoco e multiplicando equívocos, pois não faltará quem tente aplicar às atividades desenvolvidas a disciplina própria do art. 175 da CF, pervertendo completamente o regime jurídico específico das atividades de colaboração. Por isso, a imprescindibilidade do conceito constitucional de **serviços de relevância pública** (inciso II do art. 129 e art. 197, caput, ambos da CF). A exploração das potencialidades deste conceito matriz é pressuposto essencial para o reconhecimento entre nós da especificidade do **direito administrativo do terceiro setor** e da aplicação adequada, em extensão e intensidade, do direito público aos vínculos de colaboração pactuados entre entidades privadas sem fins lucrativos e o Poder Público.

[41] MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, apoiada em lições de EROS GRAU, afirmou que a expressão "serviço de relevância pública"(...) "tem um sentido amplo, que abrange os serviços públicos de titularidade do Estado (sem caráter de exclusividade) e também os serviços sociais abertos à iniciativa privada (exatamente por não serem exclusivos do Estado)."(Das entidades paraestatais e das entidades de colaboração, In: MODESTO, Paulo. Nova organização administrativa brasileira, ob.cit., p. 250). Com todas as vênias, não há como abonar esse entendimento, pois ele desconsidera as diferenças no regime jurídico das "atividades mistamente públicas e privadas", para usar o fraseado do Min. Carlos Ayres Britto, a rigor atividades de titularidade compartilhada, exercidas por pessoas privadas e pelo Estado de forma ordinária, sem delegação ou excepcionalidade, segundo o regime jurídico predominante do agente executor, mas sempre submetidas a obrigações de regularidade, modicidade, acessibilidade e impessoalidade, regime jurídico manifestamente distinto tanto do previsto no direito positivo para os serviços públicos em sentido estrito quanto para as atividades de exploração econômica.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

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

MODESTO, Paulo. O Direito Administrativo do Terceiro Setor: a Aplicação do Direito Público às Entidades Privadas Sem Fins Lucrativos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 25, março, abril, maio, 2011. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-25-MAIO-2011-PAULO-MODESTO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Nenhuma informação disponível.