Número 6 – junho/julho/agosto 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

REFLEXÕES SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS POR ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR

Prof. Vladimir da Rocha França
Mestre em Direito Público pela UFPE. Doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP. Professor Adjunto do Departamento de Direito Público da UFRN. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade Potiguar. Advogado em Natal/RN.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Serviço público na Constituição Federal; 3. Sobre o terceiro setor; 4. Aspectos controvertidos da prestação de serviços públicos pelo terceiro setor; 5 Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal em vigor, o Estado brasileiro assumiu o compromisso de garantir para o cidadão, todo um conjunto de prestações sociais, para a viabilizar uma vida em sociedade em consonância com a idéia de dignidade da pessoa humana.

Entretanto, nem sempre a concretização desses compromissos se faz mediante a atuação direta de um ente criado e mantido pelo Estado. Não raras vezes, o particular é convidado para atuar nesse setor da comunidade, sob a disciplina e controle do Poder Público. Fenômeno que, aliás, tem sofrido uma considerável expansão, diante da perda da capacidade de investimento público na infra-estrutura de bens e serviços que a sociedade demanda para alcançar os objetivos fixados no art. 1º da Lei Maior.

O objetivo do presente ensaio é apresentar algumas reflexões, ainda que incipientes, sobre a participação de instituições privadas sem intuito lucrativo na prestação desses serviços.[1]

[1] A opção do sistema constitucional brasileiro pelo modo de produção capitalista ensejou a

2. SERVIÇO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

No art. 175, caput, da Lei Maior, qualifica-se como dever do Estado a prestação de serviços públicos nos seguintes termos:

> *"Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.*

O conceito de serviço público não é unânime na doutrina administrativa brasileira.[2] Malgrado essa indefinição, todo conceito do direito positivo deve ser construído a partir dos enunciados que o compõem.[3] Como bem adverte Dinorá Adelaide Mussetti GROTTI:

> "A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado momento. Deflui-se, portanto, que não há um serviço público por natureza".[4]

Ao nosso ver, o conceito de serviço público deve ser construído a partir de três elementos: (i) o elemento subjetivo; (ii) o elemento material; e, (iii) o elemento formal.

No que concerne ao primeiro elemento, com arrimo no preceito constitucional acima transcrito, observa-se que a Lei Maior qualificou o Poder Público como titular do serviço público.

No sistema do direito positivo brasileiro, os serviços públicos são distribuídos dentre as pessoas políticas – União ([5]), Estados Federados ([6]), Distrito Federal ([7]) e Municípios ([8]) - pela própria Lei Maior.[9] Contudo, a reserva de uma atividade para a competência de um ente federativo é condição necessária, mas não suficiente para justificar a sua qualificação como serviço

---

juridicização do princípio da lucratividade, cujo conteúdo jurídico compreende: (i) o direito do particular de buscar o lucro; e (ii) o dever de não auferir lucros que sejam abusivos, ou seja, atentatórios contra os princípios constitucionais que protegem a livre concorrência, o meio ambiente e a dignidade da pessoa humana. Cf. Fernando Facury SCAFF, Ensaio sobre o conteúdo jurídico do princípio da lucratividade, Revista de Direito Administrativo, v. 224: 338-45.

[2] Cf. Elaine Cardoso de Matos NOVAIS, Serviço público: conceito e delimitação na ordem constitucional, in: Tatiana Mendes CUNHA (Org.), Estudos de direito administrativo; e Dinorá Adelaide Mussetti GROTTI, Teoria dos serviços públicos e sua transformação, in: Carlos Ari SUNDFELD (Coord.), Direito administrativo econômico.

[3] Vladimir da Rocha FRANÇA, Aspectos constitucionais da hipótese tributária da taxa pela prestação de serviço público, Revista de Informação Legislativa, n.º 149: 188-9.

[4] Op. cit., p. 45 (grifos acrescidos).

[5] Ver arts. 21, X a XII, e 23, IX, da Constituição Federal, por exemplo.

[6] Ver arts. 23, IX, e 25, da Constituição Federal, por exemplo.

[7] Ver art. 32 da Constituição Federal.

[8] Ver arts. 23, IX, e 30, V, da Constituição Federal.

[9] A lei poderá tipificar uma atividade como serviço público, desde que observados os limites constitucionais. Cf. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, p. 640.

público.[10]

Ademais, essa posição não raras vezes é compartilhada com o particular, que poderá desenvolvê-los sob supervisão e incentivo do Estado quando envolver a ordem social.[11]

Levando-se em consideração esse aspecto, os serviços públicos podem ser classificados como: (i) serviços públicos exclusivos do Estado; e (ii) serviços públicos não exclusivos do Estado.

Os serviços públicos exclusivos do Estado somente podem ser explorados pelo particular sob regime de concessão ou permissão. Tanto a concessão como a permissão de serviço público são instrumentos de descentralização por colaboração, consoante a lição de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO:

> *"Descentralização por colaboração é a que se verifica quando, por meio de contrato ou ato administrativo unilateral, se transfere a execução de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado, previamente existente, conservando o poder público a titularidade do serviço".*[12]

Nesses serviços, o particular atua como delegado do Poder Público.

Já nos serviços públicos não exclusivos do Estado, os entes privados também são titulares da atividade, por injunção constitucional. Entretanto, eles deverão se submeter ao poder de polícia ([13]) do Estado, desenvolvendo as suas ações sob regime de fomento.

O fomento é parcela da atividade administrativa que envolve o incentivo da iniciativa privada de utilidade pública.[14] Sobre a matéria, assim leciona Sílvio Luís Ferreira ROCHA:

> *"A atividade administrativa de fomento pode ser definida como a ação da Administração com vista a proteger ou promover atividades, estabelecimentos ou riquezas dos particulares que satisfaçam necessidades públicas ou consideradas de utilidade coletiva sem o uso da coação e sem a prestação de serviços públicos; ou; mais concretamente; a atividade administrativa que se destina a satisfazer indiretamente certas necessidades consideradas de caráter público, protegendo ou promovendo; sem empregar coação, as atividades dos particulares".*[15]

---

[10] Eros Roberto GRAU, Constituição e serviço público, *in:* Eros Roberto GRAU e Willis Santiago GUERRA FILHO, *Direito constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, p. 252-5.

[11] Como acontece com a educação e saúde, por exemplo. Ver Título VIII da Constituição Federal.

[12] *Parcerias na administração pública – concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, p. 54-7 (grifos no original). Ver art. 2º da Lei Federal n.º 8.987, de 13.2.1995.

[13] O poder de polícia envolve a imposição de limitações administrativas à liberdade ou à propriedade dos administrados em prol do interesse público. Sobre a matéria, vide: Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, p. 714 ss.; e Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito...*, p. 108 ss.

[14] Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito...*, p. 59.

[15] *Op. cit.*, p. 19.

O Estado realiza o fomento de diversos modos: (i) a outorga de títulos honoríficos ou prêmios a pessoas físicas ou jurídicas que desempenham atividades de relevante interesse coletivo; (ii) o uso gratuito de bens públicos ou de serviços da Administração pelo particular; (iii) subvenções econômicas; (iv) reconhecimento de prerrogativas ou privilégios especiais.[16]

É importante esclarecer que o particular que explora o serviço de relevância pública, quando beneficiado pelo fomento, não atua como delegado do Poder Público, mas sim como titular da atividade. Mas essa liberdade está diretamente condicionada: (i) pelos princípios constitucionais específicos do campo da ordem social no qual se dará a ação do particular; e (ii) pelas limitações administrativas impostas à gestão e à prestação desses serviços sociais.

Não se deve olvidar que cabe ao Estado a regulação ([17]) dos serviços públicos.[18] Advirta-se igualmente que o Estado tem o dever constitucional de prestar diretamente o serviço público ou viabilizar a seu fornecimento por meio de entes privados, dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Quanto ao segundo elemento, cumpre ressaltar que o serviço público compreende a prestação de utilidade ou comodidade material para os administrados.[19] É correta a afirmação de que esse aspecto auxilia a identificação do serviço público perante várias faces da atividade administrativa, servindo para diferenciá-lo do poder de polícia[20] e da obra pública.[21]

O elemento mais importante e decisivo para se definir serviço público reside justamente no elemento formal do conceito, ou seja, a identificação do regime jurídico que deverá orientar a gestão e realização dessa atividade.

O regime jurídico do serviço público é aquele informado pelas normas

---

[16] Cf. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito...*, p. 59; e Sílvio Luís Ferreira ROCHA, *op. cit.*, p. 19-27.

[17] Neste ensaio, *regulação* deve ser compreendida como a competência reconhecida pelo ordenamento jurídico ao Estado para expedir normas gerais, independentemente da natureza do órgão estatal. Cf. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Parcerias...*, p. 150-2.

[18] Ver arts. 22, 24, 25, § 1º, e 30, I, da Constituição Federal.

[19] Aqui, reformulamos a posição anterior que restringia o elemento material do serviço público aos benefícios oferecidos diretamente ao cidadão (Vladimir da Rocha FRANÇA, Aspectos..., p. 189-90). Com efeito, os serviços de iluminação pública, de coleta de lixo e de saneamento básico ficam precariamente enquadrados no conceito de serviço público na concepção revista, haja vista serem atividades cuja fruição é indireta sob a ótica do administrado. Cf. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito administrativo*, p. 100-1.

[20] Como bem leciona Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO: "Enquanto o serviço público visa *ofertar* ao administrado uma utilidade, *ampliando*, assim, o seu desfrute de comodidades, mediante *prestações* feitas em prol de cada qual, o poder de polícia, inversamente (conquanto para a proteção do interesse de todos), visa a *restringir*, *limitar*, *condicionar*, as possibilidades de sua atuação livre, exatamente para que seja possível um bom convívio social. Então, a polícia administrativa constitui-se em uma atividade orientada para a *contenção* dos comportamentos dos administrados, ao passo que o serviço público, muito ao contrário, orienta-se para a *atribuição aos administrados de comodidades e utilidades materiais*" (*Curso...*, p. 633).

[21] A obra pública envolve a construção, reparação, edificação ou ampliação de um bem público imóvel, como explica Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (*Curso...*, p. 630).

jurídicas que ficam nas órbitas dos princípios da prevalência do interesse público sobre o interesse privado e da indisponibilidade do interesse público pela Administração.[22] Assim leciona Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO:

> *"Por meio de tal regime o que se intenta é instrumentar quem tenha a seu cargo garantir-lhes a prestação com os meios jurídicos necessários para assegurar a boa satisfação dos interesses públicos encarnados no serviço público. Pretende-se proteger do modo mais eficiente possível as conveniências da coletividade e, igualmente, defender a boa prestação do serviço não apenas (a) em relação a terceiros que pudessem obstá-la; mas também – e com o mesmo empenho – (b) em relação ao próprio Estado e (c) ao sujeito que as esteja desempenhando (concessionário ou permissionário). Com efeito, ao erigir-se algo em serviço público, bem relevantíssimo da coletividade, quer-se também impedir, de um lado, que terceiros os obstaculem e, de outro, que o titular deles, ou quem haja sido credenciado a prestá-los, procedam por ação ou omissão, de modo abusivo, quer por desrespeitar direitos dos administrados em geral, quer por sacrificar direitos ou conveniências dos usuários do serviço".*[23]

Na gestão e prestação de serviços públicos deve observar princípios jurídicos específicos, que compreendem por sua vez desdobramentos naturais dos princípios constitucionais do regime jurídico-administrativo. Quando o Estado ou particulares (em regime de delegação ou fomento) os prestam em consonância com esses preceitos fundamentais, ficará satisfeito do dever constitucional da Administração de garantir aos administrados serviços adequados às necessidades coletivas.[24]

Podem ser identificados como princípios do regime jurídico do serviço público:

(i) o princípio da obrigatoriedade, segundo o qual o Estado tem o dever inescusável de promover a prestação do serviço público, assegurando ao cidadão o direito subjetivo de exigir do Poder Público o cumprimento de tal obrigação ([25]);

(ii) o princípio da continuidade, que impõe ao Estado o dever de zelar pela permanência do serviço público, somente se admitindo a sua interrupção nas hipóteses previstas em lei ([26]);

(iii) o princípio da regularidade, vinculado à prestação do serviço público consoante as normas e condições preestabelecidas pela lei ou pelo

---

[22] Sobre o regime jurídico-administrativo, vide Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, p. 60-77; e Vladimir da Rocha FRANÇA, *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*, p. 47-90.

[23] *Curso...*, p. 621.

[24] Ver: art. 175, parágrafo único, IV, da Constituição Federal; art. 6º, X, do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal n.º 8.078, de 11.9.1990); e art. 6º, *caput*, e § 1º, da Lei Federal n.º 8.987/1995.

[25] Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, p. 626; Dinorá Adelaide Mussetti GROTTI, *op. cit.*, p. 56-7. Ver art. 175, *caput*, da Constituição Federal.

[26] Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, p. 626; Dinorá Adelaide Mussetti GROTTI, *op. cit.*, p. 50-3. Ver: art. 37, VII, da Constituição Federal; art. 22 do Código de Defesa do Consumidor; e arts. 6º, § 3º, e 7º, da Lei Federal n.º 8.987/1995.

instrumento de delegação ou fomento ([27]);

(iv) o princípio da igualdade, preceito fundamental na ordem constitucional brasileira ([28]), que prescreve o dever do Estado de zelar pela prestação do serviço público sem discriminações incompatíveis com os valores consagrados na Lei Maior ([29]);

(v) o princípio da universalidade, consubstanciado na obrigação do Poder Público de tornar amplamente acessível o serviço público para os administrados, independentemente de serem usuários efetivos ou potenciais desse benefício ([30]);

(vi) o princípio da mutabilidade, que reconhece para o Estado o poder de fixar e alterar de modo unilateral as regras que devem incidir nos serviços públicos, para adaptá-los às necessidades coletivas ([31]);

(vii) o princípio da modicidade nas taxas, tarifas ou preços que podem ser cobrados pela prestação de serviços públicos, uma vez que, "se o Estado atribui tão assinalado relevo à atividade a que conferiu tal qualificação, por considerá-lo importante para o conjunto de membros do corpo social, seria rematado dislate que os integrantes desta coletividade a que se destinam devessem, para desfrutá-lo, pagar importâncias que os onerassem excessivamente e, pior que isto, que os marginalizassem" ([32]);

(viii) o princípio da eficiência, injunção constitucional expressa no art. 37, caput, da Lei Maior, no sentido de submeter o Estado ao compromisso de viabilizar um serviço público que atenda efetiva e satisfatoriamente às exigências de seus usuários ([33]); e,

---

[27] Dinorá Adelaide Mussetti GROTTI, *op. cit.*, p. 53. Ver art. 6º, *caput*, e § 1º, da Lei Federal n.º 8.987/1995.

[28] Ver art. 5º, *caput*, e I, da Constituição Federal.

[29] Leciona Dinorá Adelaide Mussetti GROTTI: "A prestação do serviço deve ser igual para aqueles que se encontrem em situações comparáveis, respeitadas as distinções de suas condições, que conduzam a eventuais diferenças de cuidados. Qualquer discriminação deve ser justificada em função da condição ou situação em que objetivamente cada usuário se encontra. Requer-se a razoabilidade do motivo de distinção, examinando o fim perseguido com a discriminação, o que se deve valorar não só em abstrato, mas também em relação ao caso concreto, bem como a proporcionalidade das medidas através das quais se execute a distinção de tratamento" (*op. cit.*, p. 54). Cf. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. Ver art. 6º, § 1º, da Constituição Federal.

[30] Dinorá Adelaide Mussetti GROTTI, *op. cit.*, p. 55-6.

[31] Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, p. 626; Dinorá Adelaide Mussetti GROTTI, *op. cit.*, p. 57. Ver: art. 175, parágrafo único, da Constituição Federal; e Lei Federal n.º 8.987/1995.

[32] Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, p. 627; Dinorá Adelaide Mussetti GROTTI, *op. cit.*, p. 57-8.

[33] A cortesia na prestação do serviço público, bem como a atualidade da utilidade ou comodidade material posta à disposição de seu usuário, é meio de efetivação da eficiência administrativa. Como já afirmamos anteriormente: "Há respeito à eficiência quando a ação administrativa atinge materialmente os seus fins lícitos e, por vias lícitas. Quando o administrado se sente amparado e satisfeito na resolução dos problemas que leva ininterruptamente à Administração. O princípio da eficiência administrativa estabelece o seguinte: toda a ação administrativa deve ser orientada para a concretização material e efetiva da finalidade posta pela lei, segundo os cânones do regime jurídico-administrativo" (Vladimir da

(ix) o princípio do controle, desdobrando-se no dever do Estado de fiscalizar e intervir nos serviços públicos em prol do interesse público, e no direito dos administrados de participar da gestão dessas atividades.[34]

Caso o serviço público possa ser prestado em regime de competição, o princípio constitucional da livre concorrência ([35]) tem plena incidência em sua prestação, desde que devidamente harmonizado com os princípios que compõem o elenco supra citado.

No que diz respeito ao princípio constitucional da defesa do consumidor ([36]), cumpre ressaltar que a relação de serviço público somente poderá ser enquadrada como uma relação de consumo nos serviços públicos concedidos ou permitidos, nos quais há a exigência de tarifa ([37]) para a sua prestação ao administrado.[38] Por conseguinte, os preceitos do Código de Defesa do Consumidor não devem ser aplicados quando o serviço público for fornecido de forma gratuita ([39]) ou mediante o pagamento de taxa.[40]

Idêntico raciocínio deverá ser aplicado aos serviços públicos não exclusivos do Estado.

Com as recentes inovações legislativas no campo dos serviços públicos concedidos, parcelas relevantes da doutrina administrativista começaram a por em xeque a integral subordinação dessas atividades ao regime jurídico-administrativo.[41] Chega-se até a identificar um regime jurídico "híbrido" para tais atividades, quando envolvem os chamados "serviços públicos comerciais

---

Rocha FRANÇA, Eficiência administrativa na Constituição Federal, *Revista de Direito Administrativo*, v. 220: 168). Ver art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei Federal n.º 8.987/1995.

[34] Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, p. 627; Dinorá Adelaide Mussetti GROTTI, *op. cit.*, p. 58-60. Ver: art. 37, § 3º, da Constituição Federal; e arts. 3º, 7º, 22, 29 e 30 da Lei Federal n.º 8.987/1995; e art. 33 da Lei Federal n.º 9.074, de 7.7.1995.

[35] Ver: arts. 170, IV, e 174, §§ 4º e 5º, da Constituição Federal; e art. 16 da Lei Federal n.º 8.987/1995.

[36] Ver arts. 5º, XXXII, e 170, IV, da Constituição Federal.

[37] Sobre as tarifas, vide: Antônio Carlos Cintra do AMARAL, *Comentando as licitações públicas*, p. 115-9; Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, p. 681-90; e Vladimir da Rocha FRANÇA, Aspectos..., p. 199-203. Ver art. 175, parágrafo único, III, da Constituição Federal.

[38] Pela total incompatibilidade da noção de *consumidor* na relação de serviço público, vide Antônio Carlos Cintra do AMARAL, *op. cit.*, p. 85-91. Pela incidência ampla dos preceitos do Código de Defesa do Consumidor nos serviços públicos, vide José Augusto PERES FILHO, *Responsabilidade do Estado no Código de Defesa do Consumidor*.

[39] Embora o Código de Defesa do Consumidor defina *consumidor* toda pessoa física ou jurídica que utiliza *serviço* como destinatário final (art. 2º), permitindo o enquadramento de pessoas jurídicas de direito público no conceito de *fornecedor* na relação de consumo, merece atenção a definição constante do art. 3º, § 2º, desse diploma legal: "Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, *mediante remuneração*, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista" (grifos acrescidos).

[40] Neste caso, o administrado é *contribuinte*, e não *consumidor* em sua relação com Estado. Ver: art. 145, II, da Constituição Federal; e arts. 77 e 79 do Código Tributário Nacional (Lei Federal n.º 5.172, de 26.10.1965).

[41] Carlos Ari SUNDFELD, Introdução às agências reguladoras, *in:* Carlos Ari SUNDFELD (Coord.), *Direito administrativo econômico*, p. 31-4. Instrumentos como a Lei Federal n.º 9.472, de 16.7.1997, na qual se prevê o uso do "regime privado" para a prestação de serviços de telecomunicações.

ou industriais".[42]

É inegável que os "serviços públicos comerciais ou industriais" – ou serviços públicos econômicos, como preferimos - envolvem a satisfação concreta de necessidades de ordem econômica.[43] Todavia, cumpre ressaltar que a possibilidade de aferição de lucro, assim como a incidência do princípio constitucional da livre concorrência, não é incompatível com os princípios jurídicos do serviço público. Acresça-se que os preceitos de direito privado podem ser subsidiariamente empregados por quem esteja no exercício da atividade administrativa, desde que coerentes com os princípios do regime jurídico-administrativo.[44]

A submissão da Administração ao regime jurídico-administrativo ou ao regime jurídico de direito privado é uma determinação legal. Por força do princípio da legalidade, a Administração somente poderá legitimamente empregar os instrumentos de direito privado quando a lei lhe autorizar.

Convém transcrever a seguinte lição de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO:

> *"Não há possibilidade de estabelecer-se, aprioristicamente, todas as hipóteses em que a Administração pode atuar sob regime de direito privado; em geral, a opção é feita pelo próprio legislador, como ocorre com as pessoas jurídicas, contratos e bens de domínio privado do Estado. Como regra, aplica-se o direito privado, no silêncio da norma de direito público".*[45]

Mas, a Administração nunca se submete integralmente ao direito privado, preservando a lei um conjunto mínimo de privilégios e prerrogativas que viabilizem a tutela estatal do interesse público e dos direitos dos administrados.[46]

Se a lei, nos termos da Constituição Federal, submete – ou permite submeter – uma parcela de serviços originariamente designados para o Estado ao regime jurídico de direito privado ([47]), parecem-nos pertinentes as seguintes

---

[42] Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito...*, p. 100.

[43] Cf. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito...*, p. 104-5. Mas isso não significa dizer que esses serviços públicos compreendam uma espécie de atividade econômica, como entende por exemplo Eros Roberto GRAU (*op. cit.*). Em verdade, os serviços públicos econômicos representam atividades de relevante interesse coletivo que permitem ao seu prestador a fixação de um fim lucrativo, *mas sob um regime jurídico de direito público*. A garantia do equilíbrio econômico-financeiro para os concessionários de serviço público e a previsão de uma política tarifária são reflexos naturais dessa assertiva.

[44] Enquanto não promulgada a lei específica para a defesa dos direitos dos usuários dos serviços públicos, o Código de Defesa do Consumidor incide sobre os serviços públicos concedidos ou permitidos. Malgrado o impressionante avanço que esse estatuto trouxe para as relações de consumo, deve ser ponderado que: (i) a legislação específica das concessões e permissões de serviço público editada após a promulgação da Lei Federal n.º 8.078/1990 prevalece sobre as regras veiculadas por esse "micro-sistema normativo"; (ii) os preceitos do Código de Defesa do Consumidor somente são aplicáveis aos serviços públicos no que forem coerentes com os princípios regentes dessas atividades essenciais para a coletividade. Nada mais, nada menos, do que a aplicação das normas veiculadas pelo art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n.º 4.657, de 4.9.1942).

[45] *Direito...*, p. 64 (grifo no original). Mesmo no silêncio da lei, a aplicação da norma de direito privado deverá ser feita sem produzir arestas para os princípios do regime jurídico-administrativo.

[46] *Ibid*.

[47] Ver: art. 21, XI e XII, *b*, da Constituição Federal; art. 2º, § 3º, da Lei Federal n.º 9.074, de

idéias:

> (i) o Estado, no exercício de sua competência legislativa, resolve conferir, à iniciativa privada, o direito de explorar serviços de competência do ente federativo para a satisfação dos interesses do próprio fornecedor;
>
> (ii) quando o particular presta esses serviços, o faz sob regime de autorização ([48]), não atuando como delegado do Poder Público;
>
> (iii) esses serviços sofrem a integral incidência dos princípios constitucionais da ordem econômica, e se encontram submetidos à regulação do Estado.[49]

Portanto, essas atividades não podem ser classificadas como serviços públicos, mas sim atividades econômicas que somente podem ser desempenhadas pelo particular mediante autorização do Poder Público por determinação constitucional.[50] Aqui, a Administração atua no exercício do poder de polícia, e não como titular de serviço público.

Em verdade, a possibilidade da prestação dos serviços de competência estatal sob regime jurídico de direito privado não deixa de ser uma aplicação do princípio da subsidiariedade, segundo o qual os indivíduos devem concretizar por seus próprios meios os interesses privados que lhe são pertinentes. Como bem explica Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO:

> *"Somente aquelas demandas que por sua própria natureza, em razão da complexidade e da necessidade de uma ação concentrada e imperativa, inclusive com a centralização coacta de recursos, não puderem ser atendidas pela própria comunidade deverão se cometidas às organizações políticas, que atuarão, portanto, subsidiariamente à sociedade".*[51]

De qualquer forma, os serviços públicos econômicos somente podem ser prestados pelo particular em regime de concessão ou permissão, consoante determinação constitucional. Se o administrado explora atividade materialmente similar sob regime de autorização, não estaremos diante de serviço público.

Igualmente é possível observar no texto constitucional a existência de um conjunto de serviços públicos – os serviços públicos sociais - que se destinam justamente à concretização do elenco de direitos sociais, constante

---

7.7.1995; e arts. 65 e 131 da Lei Federal n.º 9.472/1997.

[48] Sobre os serviços autorizados, vide: Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, p. 638-9; Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Parcerias...*, p. 135-9; e Dinorá Adelaide Mussetti GROTTI, *op. cit.*, p. 65-71.

[49] Ver: arts. 170 e 174 da Constituição Federal; e arts. 126 a 130 da Lei Federal n.º 9.472/1997.

[50] A exigência constitucional de autorização para a exploração desses setores é elemento imprescindível para a distinção destas das demais atividades econômicas, referidas no art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal.

[51] *Mutações do direito administrativo*, p. 20 (grifos no original). Cf. Sílvio Luís Ferreira da ROCHA, *Terceiro setor*, p. 13-7.

de seu art. 6º:

> *"Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".*

Os direitos sociais são direitos fundamentais que compreendem prestações positivas proporcionadas direta ou indiretamente pelo Estado, que se destinam à concretização do princípio da igualdade.[52] Consoante a lição de José Afonso da SILVA:

> *"(...) Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade".*[53]

Podemos identificar na Constituição Federal, os seguintes serviços públicos sociais: (i) moradia e habitação popular ([54]); (ii) a seguridade social que abrange a saúde, a previdência social e a assistência social ([55]); (iii) educação ([56]); (iv) cultura ([57]); (v) desporto ([58]); (vi) pesquisa científica e capacitação tecnológica.[59]

Nos serviços públicos sociais, o princípio da subsidiariedade apresenta-se como fundamental. O Estado deve se abster de prestá-los diretamente, quando os mesmos puderem ser fornecidos satisfatoriamente pelos particulares sob regime de fomento.[60] Entretanto, quando a Constituição Federal assim determina ([61]), compete-lhe fornecê-los sob a égide dos mesmos princípios incidentes sobre os serviços públicos.

Por fim, convém anotar que o serviço público social é incompatível com a finalidade lucrativa. Na medida em que o particular realiza uma atividade vinculada à ordem social ([62]) com intuito de auferir lucro, estar-se-á diante de atividade econômica e, por conseguinte, um serviço que deverá ficar sob a incidência dos princípios do direito privado.[63] Todavia, o ente do terceiro setor

---

[52] José Afonso da SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 285-6.

[53] *Ibid.*, p. 286.

[54] Ver art. 23, IX, da Constituição Federal.

[55] Ver arts. 194 a 204, e 226 a 230, da Constituição Federal.

[56] Ver arts. 205 a 214 da Constituição Federal.

[57] Ver arts. 215 a 216 da Constituição Federal.

[58] Ver art. 217 da Constituição Federal.

[59] Ver arts. 218 a 219 da Constituição Federal.

[60] Sobre a relação entre o fomento e o princípio da subsidiariedade, vide Sílvio Luís Ferreira ROCHA, *op. cit.*, p. 18-9.

[61] Por exemplo: arts. 194, *caput*, 197, e 208 da Constituição Federal.

[62] Prestação de serviços de ensino com intuito lucrativo, por exemplo.

[63] Observe-se que não há a previsão, na Constituição Federal, de tarifa para a prestação de serviços públicos sociais, o que impede a fixação de uma eventual margem de lucro para o seu fornecedor privado. Além do mais, quando o Estado os fornece diretamente para o cidadão, os recursos necessários para a sua manutenção devem advir da receita de tributos: (i) impostos, para aqueles cujo acesso é gratuito; (ii) taxas, pelos serviços *uti singuli*; e, (iii) contribuições, para o sistema de seguridade

poderá cobrar pelas utilidades ou comodidades materiais que coloca à disposição do cidadão, desde que os recursos arrecadados se limitem à remuneração de seu quadro de pessoal e às necessidades de investimento na expansão e melhoria desses serviços, sem qualquer prejuízo à sua inclusão nas políticas de fomento público.[64] Evidentemente, caberá ao Estado exercer o correspondente poder de polícia nas raias impostas pela Constituição e pelas leis que regularem a atuação econômica de impacto social.

Em trabalhos anteriores, chegamos a afastar atividades como saúde e educação do conceito de serviço público, haja vista o art. 175 da Constituição Federal, aparentemente, ter atribuído ao Estado a condição de titular exclusivo dessa atividade.[65] A revisão desse posicionamento se faz necessária, pois os princípios do serviço público têm plena aplicação quando um ente público os presta ou, caso o particular resolva (ou logre) fornecê-los sem intuito lucrativo e sob regime de fomento.

3. SOBRE O TERCEIRO SETOR

Na sociedade, existe todo um conjunto de entidades que são criadas e mantidas pelos administrados para prestar serviços para a coletividade sem qualquer escopo lucrativo. Elas compreendem o chamado terceiro setor.[66]

Esses entes privados prestam serviços públicos sociais, em colaboração com o Poder Público, sujeitando-se ao controle da Administração e do Tribunal de Contas, especialmente quando empregam recursos públicos.[67] Não integram a administração pública indireta, tendo os seus negócios e relações jurídicas regidos pelo direito privado, parcialmente derrogado por normas de direito público.

No direito positivo brasileiro, destaca-se como entidades do terceiro setor: (i) os serviços sociais autônomos; (ii) as entidades de utilidade pública; (iii) as entidades de apoio; (iv) as organizações da sociedade civil de interesse público; e (v) as organizações sociais.

Os serviços sociais autônomos são entidades particulares criadas sob autorização legal que fornecem serviço público social nas áreas de educação, de assistência social e de capacitação tecnológica para categorias ou grupos profissionais específicos, sob fiscalização do Estado.[68] Embora a sua gestão seja entregue à iniciativa privada, sua manutenção é realizada mediante os

---

social.

[64] Cf. Roque Antônio CARRAZZA, Entidades beneficentes de assistência social (filantrópicas) – imunidade do art. 195, § 7º, da CF – inconstitucionalidades da Lei n. 9.732/98 – questões conexas, *in:* Elizabeth Nazar CARRAZZA, *Direito tributário constitucional*.

[65] Vladimir da Rocha FRANÇA, Aspectos..., p. 189-90.

[66] O *primeiro setor* é composto pelo Estado e o *segundo setor*, pelo mercado. Cf. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito...*, p. 411-5; e Sílvio Luís Ferreira da ROCHA, *op. cit.*, p. 13-17.

[67] Ver art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal.

[68] Ver art. 183 do Decreto-lei n.º 200, de 29.9.1967.

recursos oriundos de contribuições parafiscais.[69]

As entidades de utilidade pública consistem em pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços sociais que recebem do Estado o título jurídico que lhes permite ter acesso à um regime jurídico tributário mais benéfico, bem como à subvenções ou auxílios públicos.[70]

As entidades de apoio, por sua vez, são pessoas jurídicas de direito privado instituídas por servidores públicos, sob a forma de associação, fundação ou cooperativa, que se destinam à prestação de serviços públicos sociais mediante vínculos firmados por meio de convênios com a Administração.[71]

Consoante a Lei Federal n.º 9.790, de 23.3.1999, poderão se habilitar como organização da sociedade civil de interesse público, a pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, cujo estatuto e objetivos sociais atendam os requisitos previstos nesse diploma legal.[72] Aprovado nos termos da lei o pedido de qualificação, o ente particular passa a ter a legitimidade para firmar termo de parceria com a Administração, perante a qual assume o dever de prestar serviços públicos sociais dentro das metas fixadas nesse instrumento, sob fiscalização e acompanhamento por parte do parceiro público. Em contrapartida, este se compromete a colocar recursos públicos à disposição do parceiro privado para o alcance dos misteres assumidos.

Por derradeiro, temos as organizações sociais, que se encontram disciplinadas pela Lei Federal n.º 9.637, de 15.5.1998.[73]

A organização social é uma pessoa jurídica de direito privado desprovida de escopo lucrativo, que recebe qualificação especial do Estado caso, após a comprovação de que os estatutos e objetivos da entidade satisfazem os requisitos previstos na Lei Federal n.º 9.637/1998, a Administração entenda conveniente e oportuno deferir-lhe tal benefício.

Habilitado como organização social, o ente privado poderá assumir o compromisso de prestar serviços públicos sociais consoante as metas e cláusulas fixadas pela Administração em contrato de gestão. No contrato de gestão, o Estado poderá fomentar a atuação do particular com as seguintes medidas em seu favor: (i) designação de recursos orçamentários; (ii) expedição de permissão de uso de bens públicos com dispensa de licitação; (iii) cessão especial de servidores públicos, com ônus para o Poder Público; (iv) a dispensa de licitação para contratos de prestação de serviços firmados entre a

[69] Sobre a matéria, vide Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito...*, p. 415-6; e Hely Lopes MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, p. 353-5.

[70] Cf. Sílvio Luís Ferreira da ROCHA, *op. cit.*, p. 57-60.

[71] Cf. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito...*, p. 416-8; e IDEM, *Parcerias...*, p. 227-38.

[72] Cf. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito...*, p. 422-4; e Sílvio Luís Ferreira da ROCHA, *op. cit.*, p. 61-78.

[73] Sobre a matéria, vide Sílvio Luís Ferreira da ROCHA, *op. cit.*, p. 61 ss.

Administração e a organização social.[74]

No contrato de gestão, há ênfase no controle de resultados, devendo à Administração garantir à organização social à necessária liberdade na aplicação dos recursos e prerrogativas especiais que lhes foram deferidas.

4. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS PELO TERCEIRO SETOR

A implementação de um novo modelo para a prestação de serviços públicos sociais, com lastro na expansão do terceiro setor por atuação do Estado, várias questões devem ser ponderadas, haja vista o dever constitucional do Estado de garantir a efetivação dos direitos que compõem o elenco do art. 6º da Lei Maior.

Em primeiro lugar, deve ser asseverado que cabe ao Poder Público regular, fiscalizar e intervir na prestação dos serviços públicos sociais. Posicionando-se o particular na posição de integrante do terceiro setor, é imperiosa a observância dos preceitos instituídos pelo Estado para o desenvolvimento dessas atividades de relevante interesse coletivo, sendo-lhe concedida a preferência na recepção de recursos públicos. Caso opte pelo regime jurídico da atividade econômica, o administrado deverá cumprir as normas de polícia administrativa em vigor.

Isso se mostra nítido nos serviços de assistência à saúde.

O Estado tem o dever constitucional de garantir o direito à saúde, mediante políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.[75] Observe-se também o preceito constante do art. 197 da Constituição Federal:

> *"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".*

É interessante anotar que, embora a Lei Maior assegure o direito da iniciativa privada de fornecê-los para a coletividade, as entidades privadas do terceiro setor deverão ter preferência na participação do "sistema único de saúde", sendo vedada a destinação de recursos públicos para auxílio ou subvenção dos particulares que desejarem explorá-los com intuito lucrativo.[76]

---

[74] Ver arts. 12 a 14 da Lei Federal n.º 9.637/1998. Cf. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito...*, p. 419. Conforme os art. 18 e ss. da Lei Federal n.º 9.637/1998, faculta-se ao Estado a opção de extinguir entes públicos prestadores de serviços públicos sociais mediante a absorção de suas atividades por organizações sociais.

[75] Ver art. 196.

[76] Ver arts. 198 e 199 da Constituição Federal. Sobre a matéria, vide Paulo MODESTO,

Não é diferente na educação.

Em seu art. 205, a Constituição Federal estabelece que a educação representa direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

A efetivação dessa obrigação estatal deverá ocorrer pela garantia de: (i) ensino fundamental obrigatório e gratuito, com a sua oferta para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria; (ii) progressiva universalização do ensino médio gratuito; (iii) atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; (iv) atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; (v) acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; (vi) oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; (vii) atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.[77]

Também no campo da educação, o Estado tem a posição de agente regulador, devendo estabelecer as normas gerais da educação nacional e zelar pela sua aplicação pelas instituições – públicas ou privadas – de ensino, observados os preceitos constitucionais que lhes são pertinentes.[78]

É certo que a Lei Maior confere à iniciativa privada a liberdade de fornecer serviços educacionais. Contudo, as entidades privadas do terceiro setor devem ter preferência na recepção dos recursos públicos destinados às atividades de ensino.

Por conseguinte, os serviços de saúde e de educação podem ser: (i) prestados predominantemente sob o regime jurídico-administrativo, ou seja, como serviços públicos sociais; ou, (ii) fornecidos segundo os princípios constitucionais da atividade econômica, cabendo ao Estado exercer o seu poder de polícia para evitar que ameaças ou lesões à população.

Outro ponto controverso reside na incidência do princípio da licitação na prestação de serviços públicos sociais pelo terceiro setor. Como se sabe, ressalvadas as hipóteses previstas em lei, os contratos da Administração e os atos unilaterais que geram benefícios estatais de acesso necessariamente restrito devem ser precedidos de processo administrativo concorrencial para que se possa preservar o princípio da isonomia dentre os interessados.[79]

No fomento, o Poder Público pode designar recursos públicos para entidades do terceiro setor para que elas possam prestar serviços públicos

---

Convênio entre entidades públicas executado por fundação de apoio – serviço de saúde – conceito de serviço público e serviço de relevância pública, *Revista Trimestral de Direito Público*, n.º 28/1999: 111-7.

[77] Ver art. 208 da Constituição Federal.

[78] Ver arts. 206, 207, 209 e 210 da Constituição Federal.

[79] Ver art. 37, XXI, da Constituição Federal.

sociais como maior eficiência. A celebração de convênios, contratos de gestão ou termos de parceria para viabilizá-lo não necessita de prévia licitação, haja vista a ausência de competição entre os administrados nesse campo. Afinal, tal como o poder público, terceiro setor tem por meta o alcance do interesse público.[80]

Por conseguinte, a seleção do administrado que realizará a atividade sob tal regime fica sujeita à discrição da autoridade administrativa competente. Mesmo assim, ainda que a licitação seja inexigível para essas situações, é preciso que a Administração, em decisão fundamentada, exponha as razões de fato e de direito que impeliram a sua opção, demonstrando a sua legalidade e conveniência. Não é despiciendo lembrar que os acordos de fomento não ficam excluídos do controle externo da atividade administrativa.

Resta ainda a questão da aplicabilidade do preceito veiculado pelo art. 37, § 6º, da Constituição Federal ao terceiro setor:

> *"Art. 37. (...)*
>
> *§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".*

Como se viu, o terceiro setor compõe-se de entidades privadas prestadoras de serviços públicos sociais. Logo, a responsabilidade pelas perdas e danos decorrentes da atuação dessas instituições deve seguir o mesmo regime jurídico da responsabilidade do Estado.[81]

No direito positivo pátrio, o ente do terceiro setor tem o dever de indenizar o administrado pelas perdas e danos decorrentes da prestação dos serviços públicos sob o seu encargo, desde que haja a comprovação do nexo de causalidade entre a conduta de seu agente (como membro da entidade) e a lesão à esfera jurídica do cidadão. Somente no caso de omissão, a responsabilidade do colaborador do Poder Público assume um perfil subjetivo, exigindo-se do particular a comprovação da culpa administrativa ([82]), se a situação concreta não sofrer a incidência do art. 927, parágrafo único, do

---

[80] É plenamente compreensível a apreensão de vários setores da doutrina quanto às prerrogativas e privilégios especiais que a legislação em vigor reconhece para algumas entidades do terceiro setor (organizações da sociedade civil de interesse público e organizações sociais). Todavia, os argumentos empregados para se reconhecer inexigibilidade de licitação para os convênios são adequados para justificá-la para os termos de parceria e contratos de gestão. Ademais estes negócios jurídicos têm o mesmo regime jurídico dos convênios, como leciona Sílvio Luís Ferreira da ROCHA (*op. cit.*, p. 35-55).

[81] Sobre a matéria, vide: Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, p. 876 ss.; Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito...*, p. 547 ss.; e Fabiano André de Souza MENDONÇA, *Limites da responsabilidade do Estado: teoria dos limites da responsabilidade extracontratual do Estado, na Constituição Federal Brasileira de 1988*.

[82] A culpa administrativa envolve: (i) ausência do serviço; (ii) mal funcionamento do serviço; ou, (iii) atraso no funcionamento do serviço. Se for comprovado um nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo administrado e a omissão da Administração no seu dever de fiscalizar os atos jurídicos e materiais do ente do terceiro setor, também há espaço para a responsabilidade do Estado. Cf. Sílvio Luís Ferreira ROCHA, *op. cit.*, p. 165-6.

Código Civil em vigor.[83]

Então, qual seria a posição do ente público que regula, incentiva e fiscaliza a entidade do terceiro setor que causou lesão ao administrado? Entendemos que o Estado tem aqui responsabilidade subsidiária, devendo o mesmo recompor as perdas e danos injustamente sofridos pelo prejudicado, se os bens do ente privado forem insuficientes para ressarci-lo, uma vez que esse ente não integra a Administração indireta.[84] Em princípio, não há espaço para responsabilidade solidária, se o terceiro setor atua em nome próprio e por sua própria conta e risco.[85]

Se o Estado opta por não prestar diretamente o serviço público social, estimulando o terceiro setor a fazê-lo, deve o cidadão ser protegido contra os entes privados que foram designados ou reconhecidos por autoridade pública como aptos e idôneos para atuar sob regime de fomento. Do contrário, abrir-se-ia espaço para uma perigosa mitigação dos compromissos que a Constituição Federal lhe impôs no campo da ordem social.[86]

Também é mister advertir que o Estado não pode deixar de prestar diretamente serviços públicos sociais vinculados à seguridade social (previdência social, saúde e assistência social) e à educação. Nos termos da Lei Maior, exige-se uma rede de órgãos e entes públicos voltada para o fornecimento dessas utilidades (ou comodidades) materiais, devendo o terceiro setor ser convidado a complementá-la.[87]

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No sistema constitucional brasileiro, admite-se a participação da iniciativa privada na prestação de serviços públicos. Nos serviços públicos econômicos, o particular poderá explorá-los lucrativamente, desde que o faça na condição de delegado do Poder Público, sob regime de concessão ou permissão. Em se tratando dos serviços públicos sociais, as instituições privadas poderão fornecê-los para o cidadão, sob regime de fomento.

---

[83] Esse enunciado possui o seguinte teor: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

[84] É a posição de Sílvio Luís Ferreira da ROCHA (*op. cit.*, p. 166) para as organizações sociais.

[85] A responsabilidade solidária que envolve a Administração e o terceiro setor pode ocorrer quando a conduta lesiva tiver sido realizada por agente público que tenha sido cedido especialmente para o ente particular. Cf. Sílvio Luís Ferreira ROCHA, *op. cit.*, p. 164.

[86] Merece registro a posição de Valmir PONTES FILHO (Qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como organizações da sociedade civil de interesse público, *Revista Trimestral de Direito Público*, n.º 25/1999: 96-7), no sentido de recusar a possibilidade jurídica de se credenciar entidade do terceiro setor para a prestação de atividades que a Constituição Federal designou para a Defensoria Pública.

[87] Ver os arts. 23, II e V, 202, *caput*, 199, § 1º, e 208, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Os Municípios, por exemplo, tem o dever constitucional de manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado Federado, programas de educação de pré-escolar e de ensino fundamental, bem como prestar serviços de atendimento à saúde da população (art. 30, VI e VII, da Constituição Federal).

Em ambas as hipóteses, o Estado encontra-se investido no papel de agente regulador e fiscalizador, sendo atributo seu estimular o particular a assumir o exercício dos serviços públicos que podem ser prestados de forma mais eficiente e menos onerosa por entes privados. Todavia, o terceiro setor não tem legitimidade para explorar os serviços públicos econômicos, haja vista o lucro ser um fim proibido para as entidades que o compõem.

O serviço público social é, sem sombra de dúvida, a área que a Lei Maior lhe reservou. Mesmo assim, não é papel do terceiro setor assumir inteiramente a execução dos serviços públicos sociais.

Colaborar com o interesse público não é assumir integralmente o compromisso de sua efetivação. Recorde-se que o particular tem a faculdade de escolher um fim de utilidade pública para as instituições que voluntariamente constitui. Já para o Estado, o interesse público é uma injunção que justifica a sua própria existência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Antônio Carlos de Cintra do. Comentando as licitações públicas. Rio de Janeiro: Temas e Idéias Editora, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

_____. Curso de direito administrativo. 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CARRAZZA, Roque Antônio. Entidades beneficentes de assistência social (filantrópicas) – imunidade do art. 195, § 7º, da CF – inconstitucionalidades da Lei n. 9.732/98 – questões conexas. In: CARRAZZA, Elisabeth Nazar. Direito tributário constitucional. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 9-48.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública – concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4 ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2002.

_____. Direito administrativo. 17 ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2004.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Aspectos constitucionais da hipótese tributária pela taxa pela prestação de serviço público. Revista de Informação Legislativa. Brasília: ano 38, n.º 149, p. 187-208, jan./mar. 2001.

_____. Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo

econômico. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 39-71.

GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. In: GRAU, Eros Roberto, GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direito constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 249-67.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. Atual. Eurico de Andrade Azevedo et. al. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Limites da responsabilidade do Estado: teoria dos limites da responsabilidade extracontratual do Estado, na Constituição Federal Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

MODESTO, Paulo. Convênio entre entidades públicas executado por fundações de apoio – serviço de saúde – conceito de serviço público e serviço de relevância pública. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: n.º 28/1999, p. 108-28.

NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. Serviço público: conceito e delimitação constitucional. In: CUNHA, Tatiana Mendes. Estudos de direito administrativo – em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PONTES FILHO, Valmir. Qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como organizações da sociedade civil de interesse público. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: n.º 25/1999, p. 94-7.

PERES FILHO, José Augusto. Responsabilidade do Estado no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: iEditora, 2002.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Terceiro setor. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SCAFF, Fernando Facury. Ensaio sobre o conteúdo jurídico do princípio da lucratividade. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: v. 224, p. 323-47, abr./jun. 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 21 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 17-38.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reflexões Sobre a Prestação de Serviços Públicos por Entidades do Terceiro Setor. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, nº. 6, junho/julho/agosto, 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site www.direitodoestado.com.br

Publicação Impressa:

Informação não disponível