

Terceiro Setor e o Direito Administrativo

Ponto n. 3 – Atuação do Terceiro Setor em parceria com o Poder Público

PROFESSOR DR. GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA



Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)
São Paulo (SP), 22 de agosto de 2016.

Sumário de aula

1. Regime constitucional dos serviços públicos.
 - 1.1. Conceito de serviços públicos.
 - 1.2. Modo de prestação estatal dos serviços públicos.
 2. Regime constitucional da atividade econômica
 3. Regime constitucional dos serviços de relevância pública ou serviços sociais
-

1. Regime constitucional dos serviços públicos.

1.1. Conceito de Serviços públicos

“Entre as mais árduas missões do jurista, no campo do Direito Administrativo, figura a de conceituar, adequadamente, o serviço público.” (TÁCITO, 1997:637)

Aspecto formal

❑ Hely Lopes Meirelles (1999:298): “Também não é a atividade em si que tipifica o serviço público [...] O que prevalece é a vontade soberana do Estado, qualificando o serviço como público ou de utilidade pública, para a sua prestação direta ou indireta [...]”

Aspecto material

❑ Marçal Justen Filho: “Somente se pode qualificar como serviço público o fornecimento de utilidades essenciais à realização da dignidade da pessoa humana.” (JUSTEN FILHO, 2003:31).

Definição da doutrina

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014:107):

“Daí a nossa definição de serviço público como toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.”

1.2. Modo de prestação estatal dos serviços públicos

Constituição Federal

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.

Concessões de serviços públicos

- ❑ Negócio bilateral, sujeito ao direito público, em que é transferido ao particular o direito de explorar uma atividade de titularidade do Estado, para benefício da coletividade, por prazo certo e determinado, por sua conta e risco.
- ❑ Exs. **(i)** Concessões “apenas” de serviço público (p.e. transporte urbano); **(ii)** Concessões de serviço público antecedida da execução de obra pública (p.e. construção de uma usina hidrelétrica e geração de energia); e **(iii)** Concessão da exploração de obras já existentes (p.e. manutenção de uma rodovia federal) (JUSTEN FILHO, 2003:96-100)

Permissões de serviços públicos

- ❑ Ato unilateral, discricionário, precário e revogável a qualquer tempo, que confere ao particular o direito de prestar algum determinado serviço público e de cobrar tarifas, por sua conta e risco.

Art. 21. **Compete à União:**

(...)

X – manter o **serviço postal e o correio** aéreo nacional;

XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, **os serviços de telecomunicações**, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os **serviços de radiodifusão** sonora e de sons e imagens ;

b) os **serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água**, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a **navegação aérea, aeroespacial** e a **infra-estrutura aeroportuária**;

d) os **serviços de transporte ferroviário e aquaviário** entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os **serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional** de passageiros;

f) os **portos** marítimos, fluviais e lacustres ;

(...)

XV – organizar e manter os **serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia** de âmbito nacional;

(...)

XXIII – explorar **os serviços e instalações nucleares** de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

Art. 23. É **competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**:

(...)

II – cuidar da **saúde e assistência pública**, da **proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência**;

III – proteger os documentos, as obras e outros bens de **valor histórico, artístico e cultural**, os monumentos, **as paisagens naturais** notáveis e os **sítios arqueológicos**;

(...)

V – proporcionar os meios de acesso **à cultura, à educação e à ciência**;

VI – proteger **o meio ambiente** e combater a poluição em qualquer de suas formas;

Art. 25. (...)

§ 2º. Cabe **aos Estados** explorar diretamente, ou mediante concessão, **os serviços locais de gás canalizado**, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

Art. 30. Compete **aos Municípios**:

(...)

V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, **os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo**, que tem caráter essencial;

VI – manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, **programas de educação infantil e de ensino fundamental**;

VII – prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de **atendimento à saúde** da população;

IX – promover a **proteção do patrimônio histórico cultural local**, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

2. Regime constitucional da atividade econômica

2. Regime constitucional da atividade econômica

Constituição Federal

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como **fundamentos**:

V - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”

“Art. 170. A **ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social**, observados os seguintes princípios: (...)”

“A **liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato**. Consta do art. 170, como um dos esteios da ordem econômica, assim como de seu parágrafo único, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo casos previstos em lei. (...) Assim, **a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que `liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo”** (SILVA, 2009:793-794)

2. Regime constitucional da atividade econômica

Constituição Federal

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, **a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo**, conforme definidos em lei.

Art. 174. Como **agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá**, na forma da lei, as funções de **fiscalização, incentivo e planejamento**, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Interferência estatal na ordem econômica

- ❑ Poder de polícia **mediante leis e atos administrativos para a fiscalização e regulação** da atividade econômica, sendo indicativo de atuação para o setor privado e determinante para o setor público;
- ❑ **Atuação própria** em casos excepcionas (**segurança nacional ou a relevante interesse coletivo** mediante pessoas que cria com tal objetivo (Lei Federal n.º 13.303, de 30 de junho de 2016)
- ❑ Incentivos à iniciativa privada com favores fiscais e **fomento**.

(BANDEIRA DE MELLO, 2014:810)

2. Regime constitucional da atividade econômica

“o fato é que podemos distinguir, com finalidade muito mais didática que doutrinária, o **intervencionismo estatal direto do indireto**. Por óbvio que a intervenção clássica do Estado (produção de utilidades públicas) sempre se deu de forma direta. Cuidou-se, é bom frisar, de uma necessidade do próprio desenvolvimento capitalista, num momento em que o incensado mercado não dispunha nem de capacidade financeira, nem de escala organizacional para prover infra-estrutura, bens ou serviços essenciais para o avanço das condições de acumulação capitalista. É neste contexto que os serviços de geração e distribuição de energia, a estruturação de toda a plataforma de telecomunicações, o saneamento básico, a rede de transportes e mesmo os setores de capital intensivo (como petróleo e siderurgia) são assumidos pelo Estado. **Porém, paralelamente a este intervencionismo direto, podemos identificar outra ordem de intervencionismo estatal no domínio econômico, que designaríamos de intervencionismo indireto. Trata-se, aqui, não mais da assunção pelo Estado da atividade econômica em si, mas de sua concreta atuação no fomento, na regulamentação, no monitoramento, na mediação, na fiscalização, no planejamento, na ordenação da economia**” (MARQUES NETO, 2006:74)

“ao lado do Estado regulador – a concepção do Estado financiador, **concentrado na atividade de fomento, entendida como atividade de estímulo e pressão, realizada de modo não coativo, sobre os cidadãos e grupos sociais, para imprimir um determinado sentido a suas atuações**. Por meio de subvenções, isenções fiscais e créditos, o Estado não obriga nem impõe; oferece e necessita de colaboração do particular para que a atividade fomentada seja levada a caso” (ORTIZ, 1999:290)

3. Regime constitucional dos serviços de relevância pública ou serviços sociais

2. Regime constitucional dos serviços de relevância pública ou serviços sociais

Atividades de protagonização conjunta do Estado e da sociedade civil

- Ensino
- Pesquisa científica
- Desenvolvimento tecnológico
- Proteção e preservação do meio ambiente
- Cultura
- Saúde
- Meio ambiente
- Desporto e lazer

*As entidades privadas, com ou sem fins lucrativos, **não exercem essas atividades apenas em função do vínculo com o Poder Público, mas por direito próprio, pois tal exercício, nos termos da Constituição Federal, é livre à iniciativa privada.***

*Por intermédio das Parcerias, **o Estado fomenta a atuação social** com o objetivo de atingir maior eficiência administrativa.*

Saúde

Art. 199. **A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.**

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, **tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos**

Assistência social

Art. 204. **As ações governamentais na área da assistência social** serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - **descentralização político-administrativa**, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, **bem como a entidades beneficentes** e de assistência social;

Educação

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.

Cultura

Art. 216. Constituem **patrimônio cultural** brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

§ 1º - O Poder Público, **com a colaboração da comunidade**, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Meio ambiente

Art. 225. Todos têm **direito ao meio ambiente** ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e **à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo** para as presentes e futuras gerações.

Desenvolvimento tecnológico

Art. 219-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão firmar **instrumentos de cooperação** com órgãos e entidades públicos e **com entidades privadas**, inclusive para o compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada, para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não financeira assumida pelo ente beneficiário, na forma da lei.

Lei Federal n.º 9.637/98 (Organizações sociais e contrato de gestão)

Art. 1.º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, **cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde**, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

Lei Federal n.º 9.790/1999 (OSCIP e termo de parceria)

Art. 3.º A qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades:

I - promoção da **assistência social**; II - promoção da **cultura**, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III - promoção gratuita da **educação**, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; IV - promoção gratuita da **saúde**, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; V - promoção da **segurança alimentar e nutricional**; VI - defesa, preservação e conservação do **meio ambiente** e promoção do desenvolvimento sustentável; VII - promoção do **voluntariado**; VIII - promoção do **desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza**; IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de **produção, comércio, emprego e crédito**; X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; XII - estudos e pesquisas, **desenvolvimento de tecnologias** alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo. XIII - estudos e pesquisas para o desenvolvimento, a disponibilização e a implementação de tecnologias voltadas à mobilidade de pessoas, por qualquer meio de transporte.

Lei Federal n.º 13.019/2014 (MROSC/Lei das Parcerias Voluntárias)

Art. 1.º Esta Lei institui normas gerais para as parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a **consecução de finalidades de interesse público e recíproco**, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação.

2. Regime constitucional dos serviços de relevância pública ou serviços sociais

“**serviços públicos sociais**: aqueles que **satisfazem necessidades de cunho social ou assistencial**, tal como a educação, a assistência, a seguridade;” (JUSTEN, 2005:499)

“os **serviços sociais são, à semelhança dos serviços públicos, atividades cuja realização gera utilidades ou comodidades que os particulares fruem direta e individualmente. No entanto, diferenciam-se daqueles por não serem exclusivos do Estado.** (...) A prestação de tais serviços é dever inafastável do Estado, tendo os indivíduos o direito subjetivo de usufruí-los. O objetivo do Constituinte ao outorgar tais competências ao Poder Público não foi a de reservá-las, mas sim a de obrigar o seu exercício. Os particulares exploram os serviços independentemente de qualquer delegação estatal. Tais serviços se desenvolvem, portanto, em setores não reservados ao Estado, mas livres aos particulares. **Daí uma importante consequência: quando prestados pelo Poder Público, submetem-se ao regime de Direito Público; quando prestados pelos particulares, sujeitam-se ao regime de Direito Privado. Tal dualidade se justifica, porquanto os serviços sociais são, ao mesmo tempo, atividade estatal e atividade dos particulares.**” (SUNDFELD, 2013:77-78)

“cumpre distinguirmos os serviços públicos privativos dos serviços públicos não-privativos. **Entre os primeiros aqueles cuja prestação é privativa do Estado (União, Estado-membro ou Município)**, ainda que admitida a possibilidade do setor privado desenvolvê-los, apenas e tão-somente contudo em regime de concessão ou permissão (art. 175 da Constituição de 1988). **Entre os restantes – serviços públicos não-privativos aqueles que têm por substrato atividade econômica que tanto pode ser desenvolvida pelo Estado, enquanto serviço público, quanto pelo setor privado, caracterizando-se tal desenvolvimento, então, como modalidade de atividade econômica em sentido estrito.** Exemplos típicos de serviços públicos não-privativos temos nas hipóteses de prestação dos serviços de educação e saúde” (GRAU, 2003:252)

Aspectos de destaque dos serviços públicos sociais ou não-privativos

- ❑ As **atividades prestadas pelas entidades sem fins lucrativos constituem atividades de relevância pública**, conceituadas pela maioria da doutrina e jurisprudência **como serviços públicos sociais. Excluem-se do conceito de serviços públicos em sentido estrito pela titularidade** que não exclusivamente estatal.
 - ❑ As **entidades do Terceiro Setor quando firmam parceria com o Poder Público não atuam por força da parceria ou por qualquer espécie de delegação, mas sim por direito próprio**. Assim, os instrumentos de parceria não delegam serviços públicos, o que torna a matéria fora do âmbito normativo do art. 175 da Constituição Federal.
 - ❑ Os **instrumentos de parceria formam e instituem o sistema de fomento de incentivo** de que as atividade de relevância pública sejam desempenhadas de forma eficiente por particulares, através da colaboração público-privada.
 - ❑ A **finalidade do fomento consistirá na cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas por meio de instrumentos de parceria**. Estes instrumentos são consensuais e viabilizam o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, **em função da regulação baseada na consensualidade e participação dos administrados** (ADI 1923).
-

Referências

- ARINO ORTIZ, Gaspar. Princípios de derecho público econômico: modelos de Estado, gestión pública, regulación económica. Granada: Comares, 1999. p. 290.
 - BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. 1119 p.
 - BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
 - DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 94-97.
 - GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988, São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 123.
 - JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. Ed. Saraiva, Rio de Janeiro, 2005.
 - MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes, In: Direito administrativo econômico, (coord.) Carlos Ari Sundfeld, São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 74.
 - SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.
 - SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. 189 p. .
-