

UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL – UNISC
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO E DOUTORADO

João Felipe Lehmen

**A ATUAÇÃO DO TERCEIRO SETOR NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO
DE EDUCAÇÃO BÁSICA NOS MUNICÍPIOS: LIMITES A SUBSIDIARIEDADE E
DISCRICIONARIEDADE NA PERSPECTIVA DO DIREITO ADMINISTRATIVO
SOCIAL**

Santa Cruz do Sul
2020

João Felipe Lehmen

**A ATUAÇÃO DO TERCEIRO SETOR NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO
DE EDUCAÇÃO BÁSICA NOS MUNICÍPIOS: LIMITES A SUBSIDIARIEDADE E
DISCRICIONARIEDADE NA PERSPECTIVA DO DIREITO ADMINISTRATIVO
SOCIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, Área de Concentração em Demandas Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dra. Caroline Müller Bitencourt

Coorientador: Prof. Dr. Emerson Gabardo

Santa Cruz do Sul
2020

João Felipe Lehmen

**A ATUAÇÃO DO TERCEIRO SETOR NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO
DE EDUCAÇÃO BÁSICA NOS MUNICÍPIOS: LIMITES A SUBSIDIARIEDADE E
DISCRICIONARIEDADE NA PERSPECTIVA DO DIREITO ADMINISTRATIVO
SOCIAL**

Esta dissertação foi submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, Área de Concentração em Demandas Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo, da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Dra. Caroline Müller Bitencourt
Professora Orientadora - UNISC

Dr. Emerson Gabardo
Professor Coorientador – PUC/PR

Dr. Janriê Rodrigues Reck
Professor examinador – UNISC

Dr. Luiz Egon Richter
Professor examinador – UFRGS

Santa Cruz do Sul
2020

AGRADECIMENTOS

Foram anos afastado da vida acadêmica, embora não estivesse completamente desligado da produção de artigos, aulas, palestras, seminários e etc. Já acomodado com a vida profissional, mas ainda inquieto, acreditando que alguns passos poderiam ser dados e algo poderia ser feito, surge nas idas e vindas da vida àquela que me inspirou. Esses agradecimentos, portanto, com o perdão dos demais, devem se iniciar por ela.

A moça que veio de Ibirubá, com um sotaque peculiar, seus causos e jeito sem igual foi quem eu convidei para apadrinhar nossa turma de formatura de graduação e sem dúvida, jamais imaginaria que ela pudesse me orientar no Mestrado. O início e conclusão dessa etapa, nada fácil da minha vida, são devidos a ela.

A Carô e, embora ela não faça questão, na formalidade, a professora pós-doutora Caroline, nasceu para o que faz. Faz com amor. Abdica da sua vida para entregar o melhor. Esse melhor não se resume ao Direito, tema que ela conhece como ninguém, significa na verdade, a cada aula uma reflexão de vida, um olhar sobre o mundo e seus problemas e a tentativa de compreender que por detrás de cada ato daqueles que serão operadores do Direito, existem vidas humanas e sobre essas deve recair a verdadeira atenção.

Eu não fui o melhor orientando e de longe o melhor aluno, mas resta a certeza que a minha vida fica marcada para sempre por tudo o que aprendi com a Carô. A prova disso é que sou teimoso, adoro discordar e questionar, não me tornei um cidadão passivo diante da realidade difícil e preconceituosa que me cerca. Continuo inquieto, ainda que os percalços da vida determinem que o corpo se curve, a cabeça estará sempre ereta.

Obrigado por cruzar o meu caminho Carô. Obrigado pela orientação, pelas conversas, pelas oportunidades, mas principalmente por ser amiga nas horas mais difíceis, e que não foram poucas da graduação até aqui.

Agradeço ao professor Emerson Gabardo, meu co-orientador, que inicialmente discordou da difícil tarefa de me coorientar mas depois compreendeu que esse aluno, embora de gênio forte, sabe diferenciar a amizade das críticas ao trabalho acadêmico. O Emerson é referência, é inspiração acadêmica. Mas o Emerson é antes disso um

cidadão que milita pela vida, pela liberdade e compreende que somos reflexo do meio que vivemos e por isso sempre oferta a possibilidade de ver o mundo de outras formas. Obrigado não só pelas considerações no trabalho, mas pelos cafés, pelas conversas descontraídas e por hoje fazer parte do círculo de pessoas que posso chamar de amigos.

Agradeço a Deus pela vida, pela saúde e pela disposição de enfrentar novos caminhos, ainda que escolhidos com ousadia.

Aos meus pais, não só agradeço por fazerem de mim quem eu sou, mas por abdicarem dos seus sonhos em nome dos meus. Não digo apenas nesse período do mestrado, o incentivo dos pequenos agricultores, que sequer concluíram o ensino médio, vêm de muito cedo. Pai e Mãe, eu amo vocês.

Ao Vini eu agradeço a paciência, a cooperação, o incentivo e a compreensão pelas noites em claro, pelas ausências, pelas mudanças de humor repentina diante de uma nova atividade lançada. Obrigado por ter assumido o rumo das coisas para que eu pudesse me dedicar ao mestrado, ainda que esse não fosse o seu objetivo. Obrigado por fazer parte da minha vida, você não faz ideia de como é especial pra mim.

Agradeço de uma forma geral a todos os professores do Mestrado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul e, especialmente, ao professor Janriê e a professora Suzi, com os quais tenho mais contato e proximidade. Ser mestre é se inspirar a ser professor como vocês.

Meu muito obrigado à coordenação do programa, a professora Mônia e ao professor André com quem até o mestrado não tinha contato. Minha admiração por vocês vai muito além do brilhantismo na condução do programa de excelência, se aproxima do encanto pelo exemplo de pessoa, tanto no campo profissional quanto pessoal.

Registro um agradecimento muito especial à secretaria do programa, as secretárias Enívia, Morgana e Rosane com quem compartilhei muitas angústias dessa fase conturbada da minha vida. Obrigada por me escutarem, aconselharem e também por serem pacientes diante dos meus erros.

Ainda, agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), incentivo sem o qual seria impossível desenvolver esta pesquisa e alcançar o título de mestre.

O último agradecimento confunde os personagens, porque é dirigido aos amigos e colegas. Seriam tantos a agradecer, mas a homenagem aos amigos e colegas, neste momento, estará resumida a menção de dois, os quais representam todos os demais. Nomeando a Roberta e o Devilson eu agradeço aos colegas que se tornaram amigos. Vocês fizeram essa jornada se tornar mais leve. Dividir com vocês os medos, as angústias e a realizações foi inexplicável. Obrigado por tudo.

RESUMO

Esta dissertação tem por objetivo investigar a gestão e prestação do serviço público de educação básica pelo Terceiro Setor nos Municípios e se isso tem adquirido contornos de discricionariedade e subsidiariedade em sentido contrário aos preceitos do Direito administrativo social. O problema enfrentado na pesquisa questiona se a discricionariedade do gestor, em nome da defesa da subsidiariedade, distorce o papel da sociedade civil e do Estado no âmbito de sua implementação na lógica do Direito administrativo social. A temática da dissertação será desenvolvida seguindo o método dialético, numa perspectiva histórica e crítica, procurando dar tratamento localizando no tempo à matéria que é objeto do estudo. A técnica de pesquisa, por sua vez é a documentação indireta. No primeiro capítulo, a partir da análise do Direito administrativo gerencial ou se é possível falar em um novo Direito administrativo, da controvertida definição de serviço público e da crítica a execução direta e indireta, se pretende caracterizar o Estado como agente fundamental na prestação dos serviços públicos, compreendendo as implicações jurídicas decorrentes da lógica da proteção das insuficiências. O segundo capítulo busca identificar o Terceiro Setor como prestador de serviços públicos e se desenvolve por meio da complexidade que é definido e da tentativa de enquadrar as entidades que o compõe a partir do marco regulatório da Lei n ° 13.019/2014 e da decisão da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 1.923, demonstrando que a gestão e prestação de serviços públicos pelas entidades significa dificuldade de acesso as informações. Por fim, discute-se o serviço de educação básica prestado pelo Terceiro Setor, evidenciando o que ainda não se compreende sobre a subsidiariedade e provoca a sua aplicação distorcida. Se assinala os limites a escolha discricionária do gestor público nas parcerias para finalmente criticar a preponderância da gestão e prestação de serviços públicos no Brasil pelo Terceiro Setor a partir do Direito administrativo social.

Palavras-Chave: Educação básica. Discricionariedade. Serviço público. Subsidiariedade. Terceiro Setor.

ABSTRACT

This dissertation aims to investigate the management and provision of the public service of basic education by the third sector in the municipalities and whether this has acquired contours of discretion and subsidiarity in a sense contrary to the precepts of social administrative law. The problem faced in the research questions whether the manager's discretion, in the name of defending subsidiarity, distorts the role of civil society and the State in the context of its implementation in the logic of social administrative law. The theme of the dissertation will be developed following the dialectical method, in a historical and critical perspective, seeking to give treatment by locating in time the material that is the object of the study. The research technique, in turn, is indirect documentation. In the first chapter, based on the analysis of managerial administrative law or whether it is possible to speak of a new administrative law, the controversial definition of public service and the criticism of direct and indirect execution, whether it intends to characterize the State as a fundamental agent in the provision of services public authorities, understanding the legal implications arising from the logic of protecting shortcomings. The second chapter seeks to identify the third sector as a provider of public services and develops through the complexity that is defining it and the attempt to frame the entities that compose it from the regulatory framework of Law n. 13.019/2014 and the decision of Declaratory Action of Unconstitutionality n. 1.923, demonstrating that the management and provision of public services by entities means difficulty in accessing information. Finally, the basic education service provided by the third sector is discussed, highlighting what is not yet understood about subsidiarity and causes its distorted application. The limits of the discretionary choice of the public manager in partnerships are finally pointed out in order to finally criticize the preponderance of management and provision of public services in Brazil by the third sector based on social administrative law.

Keywords: Basic education. Discretion. Public service. Subsidiarity. Third sector.

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	11
2 A CARACTERIZAÇÃO DO ESTADO COMO AGENTE FUNDAMENTAL NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS.....	16
2.1 Direito administrativo gerencial: É possível falar em um novo Direito administrativo?.....	17
2.2 A controvertida definição do serviço público: Um debate ainda necessário sob a lógica do regime jurídico de Direito público.....	28
2.3 Uma análise crítica sobre os serviços públicos passíveis de execução direta e indireta na lógica dos deveres do Estado e proteção da insuficiência.....	42
3 CARACTERIZANDO O TERCEIRO SETOR COMO PRESTADOR DE SERVIÇO PÚBLICO.....	51
3.1 O Terceiro Setor a partir de uma definição complexa: De que forma caracterizar algo como sociedade civil?.....	52
3.2 As entidades do Terceiro Setor a partir do marco regulatório da Lei nº 13.019/2014 e da decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923.....	62
3.3 A dificuldade de acesso às informações da prestação do serviço público: Terceiro Setor como um elemento quase oculto.....	83
4 O SERVIÇO DE EDUCAÇÃO BÁSICA PELAS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR: LIMITES À DISCRICIONARIEDADE E À SUBSIDIARIEDADE NA LÓGICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO SOCIAL	95
4.1 A subsidiariedade na prestação dos serviços públicos: O que não compreendemos sobre o tema?.....	96
4.2 Limites a escolha discricionária do gestor na perspectiva do Direito administrativo social na prestação do serviço público de educação básica pelo Terceiro Setor.....	104

4.3 Uma crítica à preponderância do Terceiro Setor na prestação dos serviços públicos no Brasil a partir do Direito administrativo social: a subsidiariedade distorcida na educação básica.....	116
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	127
REFERÊNCIAS.....	131

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Por meio de uma visão crítica do Direito administrativo social e na perspectiva pós Reforma Administrativa do Estado no Brasil, ocorrida no ano 1990, no governo do então Presidente Fernando Henrique Cardoso, analisa-se nesta dissertação o serviço público de educação básica nos Municípios a partir da sua gestão e prestação pelo Terceiro Setor.

O serviço público, quando prestado diretamente, sujeita-se a um regime jurídico de Direito público e, por decorrência disso, a uma série de obrigações e instrumentos de controle que dele decorrem. É possível citar como exemplo o ingresso mediante concurso público, estabilidade dos servidores, plano carreira, aplicação de recursos vinculados, controle financeiro e orçamentário, compras e aquisições por procedimento licitatório, limitações ao teto remuneratório, divulgação de remuneração de dirigentes. Significa a sujeição da administração pública direta aos princípios que são base do Direito administrativo, conforme o art. 37 da Constituição Federal e que dão margem a todos esses instrumentos citados anteriormente.

Por outro lado, quando há gestão e prestação desse serviço pelas entidades do Terceiro Setor, ou seja, Organizações da sociedade civil de interesse público, Organizações não governamentais e Organizações da sociedade civil sem fins lucrativos, o panorama pode sofrer relevantes alterações, redundando, inclusive, em consequências na forma da prestação desse serviço público. Não se alteram apenas os instrumentos que estão a disposição para o controle, mas também pode ser alterada a própria percepção do serviço público, já que na sua essência esses consectários, quando existentes, dão base a uma forma específica de gestão e prestação.

Será verificada a constitucionalidade da prestação e gestão dos serviços públicos pelas entidades do Terceiro Setor, frente as disposições da Constituição e, além disso, analisado se existem e quais os limites para a prestação dos serviços públicos pelas entidades, já que os contornos da execução direta ou indireta podem sofrer alterações.

Admitida a sua prestação e gestão pelo Terceiro Setor, será analisada a margem de discricionariedade do gestor público para as parcerias com as

organizações da sociedade civil e se a ausência de vinculação não significa a aplicação distorcida do princípio da subsidiariedade, invertendo o papel da sociedade e do Estado.

O problema central dessa pesquisa parte do seguinte questionamento: a gestão e prestação do serviço público de educação básica pelo Terceiro Setor nos Municípios, tem adquirido contornos de discricionariedade e subsidiariedade ou então em sentido contrário aos preceitos do Direito administrativo social?

A dissertação, portanto, tem por objetivo analisar se a implementação do serviço público de educação básica tem sido uma política de ordem discricionária das administrações públicas, distorcendo a perspectiva da subsidiariedade em relação a sociedade civil organizada, mostrando lógica contrária da concretização de acordo com o Direito administrativo social.

Parte-se da hipótese de que o estado é agente fundamental na consecução dos serviços público, sendo constitucional, porém, a sua prestação pelo Terceiro Setor. No entanto, a sua implementação no caso brasileiro tem assumido contornos de discricionariedade em nome da defesa da subsidiariedade, distorcendo o papel da sociedade civil e do Estado no âmbito de sua lógica de implementação do Direito administrativo social.

A sociedade tem assumido um papel de preponderância na prestação dos serviços públicos reservando ao Estado as atividades ligadas a um núcleo essencial não bem definido, quando análise detida demonstra que existe a inversão dessa sistemática em decorrência da compreensão inadequada do princípio da subsidiariedade.

A pesquisa está delimitada ao exame da constitucionalidade até as implicações da discricionariedade na gestão e prestação do serviço público de educação básica pelas entidades do Terceiro Setor. Para os fins a que se destina a pesquisa, serão consideradas como entidades do Terceiro Setor as OSCIPS, ONGS e Organizações da Sociedade Civil sem fins lucrativos. O universo de pesquisa é o local, tendo em conta a repartição de competências dos Municípios para atender o ensino básico, limitada a análise a educação infantil (até os cinco anos de idade) e ensino fundamental (até o nono ano).

Partindo-se da hipótese lançada, a assunção pelo Terceiro Setor da gestão e prestação dos serviços públicos implica no afastamento do regime jurídico de Direito público e tem sido utilizado contrário a lógica de implementação do Direito administrativo social, principalmente pela aplicação distorcida da subsidiariedade. Essas questões, entretanto, passam despercebidas frente ao enfoque econômico e da dificuldade financeira enfrentada pelos entes públicos na prestação e gestão direta dos serviços públicos. Não se discute no âmbito prático sequer constitucionalidade da prestação e gestão pelo Terceiro Setor e sequer o dever de efetivação dos direitos fundamentais por meio do serviço público previsto na Constituição Federal. Além disso, não se conhece quais os reflexos que esse agir provocará, de tal sorte que o procedimento não implique e uma via única de descumprimento dos postulados da Constituição relativamente a forma prestação e controle em nome da economia.

Metodologicamente, para o desenvolvimento da pesquisa será utilizado o método dialético, numa perspectiva histórica e crítica, procurando dar tratamento localizando no tempo à matéria que é objeto do estudo. A utilização da dialética se justifica pela apresentação de campos de vista distintos a respeito do mesmo tema, com doutrina que não segue necessariamente uma ideia. Assim, a fixação das premissas ocorre por meio de argumentos que são fundamentados no decorrer da exposição e não utilizado a partir de uma convicção pessoal. A técnica de pesquisa, por sua vez é a documentação indireta.

A pesquisa, no primeiro capítulo, tem por objetivo caracterizar o Estado como agente fundamental na prestação dos serviços públicos, compreendendo-se qual é a lógica da existência da proteção das insuficiências de acordo com a Constituição. Para tanto será debatida a existência de um novo Direito administrativo ou se é possível falar em uma nova concepção diante das alterações que a formatação de Estado assumiu com o passar dos anos.

Será objeto de análise, também do primeiro capítulo, a controvertida definição de serviço público de acordo com a lógica do regime jurídico de Direito público, que está intimamente ligada ao Direito Administrativo e a própria caracterização do Estado como agente fundamental de prestação. A análise dos serviços públicos sob a ótica do regime jurídico de Direito público se apresenta como fundamental para

compreender a relação simbiótica da necessidade de proteção do Estado às insuficiências.

Para concluir e atingir o objetivo proposto do primeiro capítulo, à luz do Direito administrativo e das conclusões dos itens anteriores, será analisada criticamente a execução dos serviços públicos passíveis de execução direta e indireta, apresentando-se as implicações jurídicas decorrentes na lógica protetiva pretendida pela Constituição.

O segundo capítulo buscará analisar a prestação dos serviços públicos pelas Organizações Sociais da Sociedade Civil que compõem o Terceiro Setor a partir do instituto da subsidiariedade, atentando-se principalmente para as diretrizes do marco regulatório inserido legislativamente em 2014 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923.

O capítulo inicia pela tentativa de definição do que é a sociedade civil organizada, demonstrando que se trata de uma questão complexa, porque existe uma relação entre Estado, sociedade e mercado, de modo que é praticamente impossível compreender a sociedade se afastando da sua ligação com o mercado e o próprio Estado.

Embora demonstrada essa dificuldade de definição da sociedade civil a sequência do capítulo diz com a tentativa de evidenciar quais são as entidades que compõem esse setor no Brasil a partir do exame da Lei nº 13.019/2014 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923.

O encerramento do capítulo que busca analisar a prestação dos serviços públicos pelas Organizações da Sociedade Civil e caracteriza o Terceiro Setor como prestador de serviços ocorre pelo estudo do acesso às informações da gestão e prestação pelas entidades por meio de um exemplo prático. Ou seja, quando existe a prestação de serviços públicos pelas entidades do Terceiro Setor como se desdobram os deveres de informação que são inerentes a Administração Pública e as relações que são circundadas por recursos públicos.

Por fim, o terceiro e último capítulo, a partir das premissas fixadas anteriormente, pretende verificar como tem ocorrido, no caso dos Municípios brasileiros, a implementação do serviço público de educação básica pelas entidades

do Terceiro Setor, principalmente a partir da discricionariedade que é utilizada a partir das premissas equivocadas de subsidiariedade.

O capítulo inicia pela discussão e compreensão da subsidiariedade, muitas vezes utilizada equivocadamente pela Administração Pública, encarregando a sociedade civil de papel que naturalmente possui obrigação estatal. Se demonstra que há uma inversão de valores na tentativa de atribuir à sociedade a obrigação e responsabilidade pela prestação de serviços públicos, quando o Estado é o agente fundamental da relação para proteger as insuficiências.

Se desenvolve o capítulo por meio da verificação dos limites a discricionariedade do gestor público em se tratando de serviço público de educação básica de acordo com a Constituição Federal e o Direito administrativo social. Demonstra-se que a margem de discricionariedade do gestor público no caso das parcerias com o Terceiro Setor é pequena dada a necessidade de planejamento e fundamentação do ato. Porém ainda assim, o princípio da subsidiariedade é utilizado como argumento para alinhar a pretensão resolutiva do serviço público preponderantemente pelo Terceiro Setor.

O encerramento do capítulo terceiro reproduz uma crítica a preponderância do Terceiro Setor na prestação dos serviços públicos no caso brasileiro a partir do Direito administrativo social, evidenciando que a subsidiariedade, por conta da discricionariedade do gestor público, tem sido utilizada de modo distorcido desde a reforma administrativa do Estado.

2 A CARACTERIZAÇÃO DO ESTADO COMO AGENTE FUNDAMENTAL NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS

A análise dos momentos de crise é imprescindível para a compreensão do Estado como agente fundamental na prestação dos serviços públicos, sendo que eles foram oferecidos como alternativa estatal para contrapor momentos de crise e equilibrar as relações.

Neste capítulo se pretende caracterizar o Estado como agente fundamental na prestação dos serviços públicos no Estado Democrático de Direito, a partir da contextualização de alguns momentos históricos, mesmo sem a pretensão de esgotar o tema.

Em um primeiro momento será abordada a concepção de Estado, a partir do Estado liberal até a reforma administrativa do aparelho estatal brasileiro nos anos de 1990 e os reflexos para o Direito administrativo, buscando evidenciar quais as implicações que essa transformação do Estado e em decorrência disso do próprio Direito administrativo são produzidas nos serviços públicos.

Contextualizado o papel a ser desempenhado pelo Estado como prestador/gestor dos serviços, será analisada a definição de serviço público com base na doutrina e na Constituição brasileira e por que ainda é necessário debater o seu conceito sob a ótica do regime jurídico de Direito público.

No terceiro momento, será abordado o dever de proteção de insuficiência a partir da compreensão das novas conotações do Direito administrativo e do próprio serviço público, tendo como corolário o regime jurídico de Direito público, centrando-se a análise na execução direta e indireta como forma de resguardo dos postulados previstos na Constituição.

O capítulo tem por objetivo confirmar ou refutar a hipótese de que o Estado é agente fundamental na prestação dos serviços públicos, compreendendo qual a lógica por detrás das implicações jurídicas de proteção das insuficiências, o que oferecerá substrato para adentrar no estudo das Organizações da Sociedade Civil.

2.1 Direito administrativo gerencial: É possível falar em um novo Direito administrativo?

Para compreender o Estado e, por consequência, o Direito que envolve a máquina administrativa, se mostra necessário e instrumental fazê-lo a partir da análise das crises enfrentadas, assim como do seu caráter interventivo¹.

A modificação da concepção de Estado com relação à economia ocorreu não só em decorrência de conflitos armados, lutas de classes e revoluções políticas, mas sim pela concessão de poder político a todas as classes sociais por meio do sufrágio universal (ARAGÃO, 2017).

Em um período de alta ebulição social, política e econômica se assistiu ao surgimento do Estado Nação, à ascensão da burguesia, ao nascimento e predominância do mercado como principal instituição política e econômica e à progressiva internacionalização da economia e do comércio (POLANYI, 1957). A Revolução Francesa é comumente associada ao início da predominância do ideário liberal e seu respectivo modelo de Estado, já que ela formatou as linhas mestras da política e da ideologia do século XIX (HOBSBAWN, 1979).

Foi com isso, inaugurada uma nova ordem, a liberal, que tem como aspecto central um mercado natural no qual a pauta de atuação de todos os participantes é a realização de seus interesses individuais sem amarras calcado pela segurança (MOREIRA, 1973).

O Direito, neste aspecto, é posto à disposição da liberalização econômica por intermédio da criação de institutos como o negócio jurídico e o contrato e da consequente elevação da liberdade contratual, com igualdade formal, assegurando equilíbrio entre os contratantes, regência pela vontade das partes (GOMES, 2000).

A atividade do Estado limitava-se à segurança, justiça e proteção dos Direitos individuais. O serviço público prestado pelo Estado Liberal tinha como função o desempenho de uma atividade protetora e garantidora dos Direitos individuais considerados valiosos pelos particulares (GROTTI, 2003).

¹ O termo Estado, empregado no decorrer deste item se refere a concepção de organização estatal burocrática e não ao Estado-nação, identificado como um país.

Foram as imperfeições do liberalismo na passagem no século XIX para o século XX, associadas à incapacidade de regulação eficiente do mercado, que conduziram a atribuição de novas funções ao Estado (GRAU, 2018). Dentre elas, os serviços públicos, que estão associados à noção de Estado social como resposta ao individualismo, característica marcante do Estado liberal.

O individualismo e abstencionismo do período do Estado liberal provocaram inúmeras injustiças, ao ponto de os movimentos sociais desvelarem as insuficiências das liberdades burguesas, tomando consciência da necessidade de justiça social para a desenvolvimento do Estado (SILVA, 1988).

Para fazer frente à concepção liberal de Estado, fundada no abstencionismo estatal, com culto ao individualismo, que deu origem a supremacia do poder econômico e, por consequência a desigualdades sociais, surgiu o Estado Social de Direito (POZZO, 2012)².

O acréscimo do “social” ao Estado não afeta a sua estrutura, mas os seus fins, na medida em que não há uma substituição da representação política pela sindical ou corporativa e sim a assunção de novas tarefas, em complementação as já prestadas, com a finalidade de promover a igualdade e proteção aos insuficientes (ARAGÃO, 2017).

Se estabelecem prestações positivas do Estado para os seus cidadãos na tentativa de corrigir desvios promovidos pelo individualismo que é característica do modelo liberal (ZOCKUN, 2009). O aparato estatal está autorizado, nesse particular, a atuar positivamente, promovendo ações afirmativas por meio de intervenções econômicas e sociais, quer seja com o aperfeiçoamento ou instituição de novos serviços públicos (POZZO, 2012).

O Estado assume uma concepção ampla para assegurar a justiça social, com capacidade de atuar em todos os setores da sociedade em nome da sua concretização (DI PIETRO, 2017). Há, portanto, uma nítida força interventiva do Estado.

É nesse período, Estado Social de Direito, que se verifica a diminuição das concessões e o aumento do número de serviços públicos e atividades econômicas

² A opção de estudo a partir do Estado Social decorre da sua preocupação com a justiça social, primado que é mantido, guardadas as devidas proporções, na Constituição de 1988 e que, portanto, empresta significativa contribuição ao papel do Estado com prestador de serviços públicos.

exploradas pelo Estado diretamente, o que é compreensível pela conjuntura social até então vigente, que clamava por melhores serviços que até então eram relegados à iniciativa privada e a um grupo de privilegiados economicamente (ARAGÃO, 2017).

O usuário estava a mercê, até então, das empresas privadas e, se não bastasse isso, na hipótese de ineficiência ou prejuízos do concessionário, quem respondia pela prestação era o próprio Estado, o que justificava a assunção direta da prestação de imediato por ele (ARAGÃO, 2017).

Essa tentativa de alcançar a justiça social, por meio do Estado Social de Direito, por outro lado, conduziu a um agigantamento do próprio Estado já que ele era capaz de atuar nos mais variados segmentos, dada a ampliação do rol de serviços públicos e exploração da atividade econômica, por exemplo. Resultou daí a máxima da ineficácia das prestações (DI PIETRO, 2017). Foi nos anos setenta que o Estado, embora grandioso, tinha se tornado ineficaz por conta de crises fiscais e políticas econômicas falhas e que não dava conta de altas taxas de desemprego e inflação (Bresser Pereira, 1996).

Dado esse fato, o Estado como prestador direto e explorador da atividade econômica, sofreu um grande refluxo a partir da década de oitenta em decorrência dos anos de elevado investimento estatal e déficit fiscal, somado ao desaparecimento do socialismo real como alternativa ao capitalismo, assim como o predomínio de governos de ideologia neoliberal, globalização, novas tecnologias e concorrência entre setores, até então considerados como monopólios naturais (ARAGÃO, 2017).

Por conta disso, se reclamava uma nova concepção de Estado, o que ocorreu pela adição de um novo elemento à ideia de Estado Social de Direito. Trata-se do elemento “democrático”, que não se afasta do Estado de Direito na medida em que continua protegendo as liberdades individuais, nem do Estado Social, resguardando os interesses comuns (DI PIETRO, 2017)³.

A conformação do Estado como Estado democrático de Direito não resultava de uma equação exata da soma dos conceitos de Estado democrático e Estado de Direito, mas em verdade na criação de uma nova configuração que não descarta os

³ Se reconhece a existência de regimes anteriores que erguiam suas bandeiras sob a pecha democrática.

conceitos anteriores, mas os supera na medida em que inclui o componente revolucionário de transformação da realidade vigente (SILVA, 1988).

O adjetivo democrático é empregado como forma de substituição do aspecto formal para o material, com realização da justiça social e que o Estado de Direito não é apenas uma disciplina jurídica que regula a sua atuação, até porque nos próprios exemplos totalitários existe uma sujeição a normas jurídicas. Significa que o Estado estará submetido à supremacia da Constituição (FREIRE, 2014). Essa evolução resulta como no atual Estado Democrático de Direito, ou então também conhecido como Estado Social e Democrático de Direito, inserido como novo na Constituição (SCARTEZZINI 2006).

A inovação trazida pelo conceito de Estado Democrático de Direito consiste precisamente em pautar sua atuação pela “inserção da lei fundamental do Estado Democrático nas estratégias de justiça política” (CANOTILHO, 2001, p. 459).

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior (1989), o Estado Democrático de Direito é uma junção do Estado Liberal com o Estado Social, pois a passagem do primeiro ao segundo modelo de Estado, bastante nítida na história constitucional, não implicou a exclusão do segundo pelo primeiro, mas em sua transformação naquilo que a Constituição denomina Estado Democrático de Direito

No Brasil, essa conjuntura acontece após duas décadas de regime autoritário, nos anos de 1980, com o reflorescimento dos ares da democracia, inicialmente por meio do movimento das “Diretas Já”, e finalmente com a consagração dessa concepção de Estado por meio da Constituição de 1988, também conhecida como Constituição cidadã (NOHARA, 2016)⁴.

A Constituição brasileira de 1988 é fruto da queda de um regime ditatorial e traduz a tomada de consciência e os desejos da maioria excluída da população por profundas mudanças sociais traduzidas nas narrativas constitucionais emancipatórias das normas programáticas e em sua força de transformação da sociedade (CANOTILHO, 2001).

A redemocratização, conforme Bresser Pereira (1996), sustentou uma sólida realidade econômica e social, representando uma vitória da sociedade civil em

⁴ Não se desconhece, entretanto, que a Constituição brasileira de 1934, na era Vargas também significou um ensaio aos Direitos sociais, principalmente àqueles relativos ao trabalho.

oposição ao regime militar, mas ao mesmo tempo não rompeu com algumas ideologias políticas, como o populismo, demandas trabalhistas irrealistas e nacionalismo anacrônico, típicos de países de renda média.

No modelo adotado em 1988, Estado Social e Democrático Direito, permanece a preocupação com a realização da justiça social, postulada do Estado Social, de modo que não se permita extirpar garantias que fundam o Estado brasileiro, como é o caso do Estado Democrático, do Estado Social, assim como do Estado de Direito (ZOCKUN, 2009).

Eros Roberto Grau (2018) destaca que a Constituição de 1988 tem como modelo econômico o bem-estar, o qual é desenhado desde os primeiros artigos (art. 1º e 3º), mas principalmente pelo art. 170, o que faz que independente do gestor - político que assume o poder, seja impedido de desviar-se das suas premissas, devendo, inclusive, adaptar seu projeto de governo a essa realidade.

Essa consagração ocorre por meio da inserção, como fundamentos do Estado, a soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais, livre iniciativa e pluralismo político, confirmando como primados desse modelo a justiça social (FREIRE, 2014).

A concretização desses postulados da Constituição passa então pela verificação de quais são as atividades ou conjunto de ações que serão executadas pelo Estado para atingir tais finalidades – serviços públicos⁵.

A delimitação do papel do Estado, entretanto, apenas pela sua adjetivação como “Social e Democrático de Direito”, não permite uma compreensão efetiva dos limites de atuação. Essa conformação perpassa pelo sistema de valores eleito pela Constituição, é ela que erige os limites do exercício do poder estatal⁶ (SCARTEZZINI, 2006).

Neste sentido, a Constituição de 1988 promoveu uma distinção fundamental para a compreensão da vida em sociedade, separando atribuições ou tarefas

⁵ Objeto do estudo no próximo capítulo.

⁶ É de acordo com a Constituição de cada Estado-nação que se define o rol de atividades estatais. A abordagem sob esse enfoque ganhará maior relevância no decorrer do capítulo com a construção da noção de serviço público.

reservadas ao Estado e deixando um outro tanto de atividades para as pessoas privadas (mercado e sociedade) (FREIRE, 2014)⁷.

Não se limitou a estabelecer a distinção e atribuir responsabilidades, contudo, foi além na medida em que adotou a forma de Estado que alcança a participação popular nos mais variados segmentos da administração pública, especialmente na ordem social (DI PIETRO, 2017). Ou seja, ainda que tenha reservado atividades passíveis de execução pelo Estado, as distinguindo-as do segmento privado, ao mesmo tempo preocupou-se em garantir, no setor público, a participação popular.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 buscou, em verdade, a partir da inserção de princípios assegurar a justiça social e ao mesmo tempo cercar a administração pública de valores e características para dotar a máquina administrativa de processos democráticos, promovendo uma verdadeira democratização da máquina, que há muito vinha sendo exigida, inclusive por conta do regime autoritário até então vigente (SCHIER, 2016).

Essa tentativa de dotar a máquina administrativa de processos democráticos foi utilizada como justificativa para criar o ideário da sua burocratização, já que a movimentação dela exigiria, por força Constitucional, a participação popular (MONTAÑO, 2010). O referido autor salienta que no exemplo brasileiro, “a crise da forma burocrática de administrar o Estado emergiu com toda a força no final dos anos 80, em função do retrocesso burocrático representado pela Constituição de 1988” (MONTAÑO, 2010, p. 39)⁸.

Nesse particular, Bresser Pereira (1996) lembra que existem diferentes interpretações sobre qual a forma de administrar o Estado e qual o seu papel enquanto prestador de serviços públicos e ator no campo econômico. Tanto é verdade que recebe críticas tanto da esquerda como da direita. Neoliberais entendem que o protecionismo desencoraja o trabalho, devendo se manter um “Estado mínimo” e, por outro lado e esquerda sustenta que a atuação estatal é ineficiente porque favorece um grupo econômico, por exemplo. Apesar dessas críticas a Constituição de 1988, assegura estruturalmente e na função administrativa, mecanismos para uma

⁷ O próprio autor citado recorda que essa separação rígida entre esfera estatal e privada não corresponde a realidade atual, como aliás, será debatido no segundo capítulo.

⁸ Expressão utilizada como sinônimo de mecanismo democrático.

sociedade democrática, fundadas na dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e justiça social (SCHIER, 2016).

Não foi apenas o suposto retrocesso burocrático representado pela Constituição de 1988, mencionado anteriormente, entretanto, que levou a crise na forma da administrar o Estado, mas sim um processo econômico mundial pelo qual se passava, a globalização.

Se tratou de uma crise fiscal, não reconhecida no processo de redemocratização, que partiu para políticas expansionistas e distributivas, assim como uma crise na forma pela qual o Estado era administrado, completamente diverso do regime militar, com uma burocracia sem precedentes (BRESSER PEREIRA 1996).

Entretanto, o argumento de crise fiscal não está ligado necessariamente a perda de arrecadação do Estado, aumento da informalidade do trabalho e o elevado custo da máquina pública. O fundamento de crise, segundo o autor diz respeito com renúncia fiscal, superfaturamento de obras, corrupção, pagamento da dívida interna e externa, entre outros (MONTAÑO 2010).

Por outro lado, essa alteração tem como pano de fundo a visão neoliberal que está por detrás dos projetos de reforma do Estado característicos do momento (GABARDO 2009). Eros Roberto Grau (2018) acrescenta, ainda, que neoliberalismo e globalização não estabelecem uma relação necessária, já que o primeiro é uma ideologia e o segundo um fato histórico decorrente da terceira revolução industrial. A globalização poderia conviver perfeitamente com outras condições político-sociais.

O então Ministro Bresser Pereira nega a ideologia neoliberal da proposta da reforma administrativa do Estado, inclusive classificando-a como social-democrática ou social-liberal. O faz a partir da argumentação de que a globalização trouxe como imperativa a redefinição do Estado, principalmente com relação a proteção da própria economia. Argumenta que as concepções neoliberais têm como enfoque a retirada do Estado com relação à economia e a proposta não se dispõe a tanto. Afirma que a reforma tem como enfoque o aumento da governança e interferência quando o mercado não for capaz de estimular a competitividade das empresas nacionais e coordenar a economia (BRESSER PEREIRA, 1996)

É preciso esclarecer, todavia, que a ideologia neoliberal busca a redução do tamanho do Estado e a sua ingerência na economia, mas não obrigatoriamente com

retirada completa da interferência econômica, conforme argumentava o então Ministro. A proposta de reforma se enquadra perfeitamente na concepção neoliberal, porque propõe ajuste fiscal, redução do tamanho da máquina estatal e alteração do regime jurídico dos profissionais, típico das propostas por organismos internacionais de financiamento à América Latina (NOHARA, 2012).

Verdade é que o processo de liberalização econômica mundial não passou imune ao Brasil e não se restringiu tão somente a esse campo, trazendo reflexos ao próprio Direito e ao Direito administrativo e constitucional. Logo, como as relações sociais foram modificadas, também teve origem aí a necessidade, para dar conta dessas mutações, de alterar-se a concepção do Estado como prestador de serviços (BITENCOURT; RECK, 2018).

Todavia, se por um lado havia a necessidade de diminuir os gastos do Estado com a atuação direta e deficitária produzida nos anos anteriores, por outro, seria inconcebível retroceder ao ponto das concepções abstencionistas do Estado liberal, principalmente porque com o sufrágio universal há uma irreversibilidade na atuação do Estado sobre a vida social e econômica, já que substancial camada de eleitores reclama que a sua vida não fique relegada ao mercado (ARAGÃO, 2017).

Irene Nohara (2016), nesse particular, adverte que é preciso ter cautela da porque o mundo globalizado traz como exigência de sobrevivência resultados a qualquer custo, o que compromete a solidariedade social, postulado da Constituição de 1988.

A despeito dessas ponderações, o modelo de Administração Pública instituído pela Constituição de 1988, portanto, entrou em crise devido a conjunturas políticas, econômicas e sociais do país. Tal modelo não conseguiu se sustentar devido aos problemas inerentes a sua própria sistemática, quais sejam, morosidade no atendimento, entraves às demandas sociais, prestação cara de serviços públicos, dentre outros. Com isso, entra em cena um novo modelo para a gestão do Estado, ou seja, um novo modelo administração pública com o intuito de resolver essas falhas.

Em meados da década de 1990 foi possível perceber uma guinada na ideia de gestão administrativa. No governo do então Presidente Fernando Henrique Cardoso, com a nítida intenção e justificativa de dotar o serviço público de maior eficiência e desburocratizar os seus processos, a gestão enfrentou significativas alterações.

Estabelecendo comparações com as empresas privadas e verificando a sua eficiência se comparado com a hipotética inadequação do modelo até então vigente do Estado, implementou-se o que fora denominado de reforma administrativa do Estado (LEAL; FONTANA, 2010)⁹.

Não há uma negação relativa a importância de maior eficiência nos serviços públicos prestados pelo Estado, mas sim a que custos e como ele é realizado e embora tenha sido utilizado o argumento de comparação, não se pode confundir empresas privadas com administração pública, o que ficou evidente, inclusive nos discursos oficiais de implementação do plano, na medida em que as empresas visam o lucro e a administração pública gerencial está voltada ao interesse público (NOHARA 2016). Foi dentro de uma perspectiva mundial de desestatização, privatizações e liberalização e com a contribuição do alto déficit fiscal e da ineficiência da máquina pública para a prestação dos serviços que a alteração foi sugerida (ARAGÃO, 2017).

Como alternativa surge, diante do modelo burocrático na forma de administrar o Estado, o modelo gerencial, adotado inicialmente em países como Estados Unidos, Nova Zelândia e depois gradativamente na Europa e Canadá. A proposta questionava a forma de atuação do Estado na economia adotada até então como forma de estabilização, sustentando que seria necessário transferir para a iniciativa privada/sociedade aquilo que poderia ser controlado pelo mercado (NOHARA, 2016).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017), faz uma distinção fundamental entre Reforma do Estado e Reforma no aparelho do Estado. A primeira diz com uma alteração estrutural em várias áreas do governo e na própria sociedade. A segunda está voltada à máquina estatal e a sua reformulação de modo a torná-la mais eficiente.

Eros Roberto Grau (2018) argumenta, entretanto, que sem a alteração dos arts. 1º, 3º e 170 da Constituição de 1988 seria no mínimo passível de exame a implementação de uma ideologia neoliberal como a proposta nessa época, já que ela poderia levar ao rompimento da justiça social, consagrada na redação original dos dispositivos.

⁹ Se verificou, por essa análise que o desenvolvimento nacional não poderia ser impulsionado apenas pela máquina do Estado como principal fonte, ainda que ela guardasse importância nesse processo.

Essas alterações ocorreram no Brasil inicialmente por meio do Plano Diretor da Reforma do Aparelho Estatal, elaborado pelo então Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado – MARE (DI PIETRO, 2017).

Como exemplo dessa proposta é possível destacar alguns instrumentos normativos, dentre eles as Emendas Constitucionais nº 19 e nº 20, a Medida Provisória nº 1.648/1998, convertida na Lei nº 9.637/1998, da Lei nº 9.790/1999, regulamentada pelo Decreto nº 3.100/1999, as quais instituíram as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs e Organizações Sociais – OS (RECK, 2006).

Independente dos instrumentos utilizados nesse processo de transformação, o que interessa é que se buscou por meio da reforma, desestatizar, desregulamentar a gestão pública na intenção de modernizá-lo, já que o seu funcionamento estava, em tese, obsoleto.

Se iniciou, com isso, um processo de maior liberdade para as corporações econômicas com relação a geração de emprego e renda, diminuindo por consequência a importância do Estado e o seu caráter interventivo, assim como aumentando o protagonismo dos entes privados e da própria sociedade civil organizada.

Essa guinada na forma de administração e intervenção do Estado, merece uma observação no que diz com seus reais motivos: benefício a um grupo econômico internacional de ideologia neoliberal que almejava conquista de novas fronteiras e para tanto se utilizava de argumentos de descontrole das economias locais (NOHARA, 2016).

O que se viu foi uma verdadeira intenção, a partir deste fenômeno, de substituição do Estado na prestação dos serviços públicos por parte de entidades privadas e sociedade civil organizada. Esse processo resultou em uma substituição do papel do Estado com relação à prestação dos serviços públicos, diferente daquele modelo inicial.

A ideia era transformar a administração burocrática, voltada ao autocontrole, para uma administração gerencial, flexível, eficiente e determinada a atender o cidadão com maior qualidade na prestação dos serviços públicos (DI PIETRO, 2017).

O modelo gerencial proposto na reforma administrativa não foi devidamente exposto, já que o modelo gerencial da administração privada pode assumir várias formas. Lembra que a proposta não se preocupou com o controle dos procedimentos, mas apenas em dar linhas gerais relativas à criatividade e inovação do processo (NOHARA, 2012).

A despeito disso, enquanto o modelo de gestão administrativa até então tinha uma especial preocupação com os processos, a modelo sugerido se orientava pela obtenção de resultados, sendo marcada pela descentralização das atividades e por avaliação de desempenho (OLIVEIRA, 2015).

A reforma, contudo, é contraditória sob o ponto de vista de suas próprias perspectivas porque de um lado há ajuste fiscal, pressupondo, para sua concretização, maior controle com relação a prestação de contas e orçamento e, por outro, prima pela descentralização, com nítido caráter de autonomia. Usa argumentos que são opostos quando analisados em conjunto, ora primando pelo controle e ora admitindo a necessidade de autonomia dos organismos (NOHARA, 2012).

Dentre os objetivos do plano de Reforma Administrativa do Estado é possível citar a limitação das ações estatais, aumento da governança, transferência de responsabilidades para os Estados e Municípios das ações de interesse local, assim como para o Estado aquelas de caráter regional, com margem para maior número de parcerias entre União, Estados e Municípios (BRESSER PEREIRA, 1996)¹⁰.

No modelo adotado pela reforma administrativa do estado, foram definidos quatro setores fundamentais: a) núcleo estratégico, responsável pela elaboração de políticas públicas e ser exercício, assim como proposições legais; b) atividades exclusivas, onde a presença do Estado é fundamental; c) serviços não exclusivos, sendo aqueles que não se exige a presença direta do Estado; d) setor de produção de bens e serviços para o mercado por meio de atividades estatais lucrativas (OLIVEIRA, 2015).

Há nesse modelo uma tentativa de definir metas e objetivos precisos a serem perseguidos pelos órgãos públicos, com maior autonomia na gestão administrativa, material e de recursos com controle a partir dos resultados produzidos (DI PIETRO, 2017).

¹⁰ O termo Estado é aqui utilizado como ente público. Estado-membro.

O discurso fundado na crise fiscal do Estado serviu de base para a adoção de um novo modelo de administrar o Estado, construído sob os pilares da administração privada, o que resultou na transformação da feição do Direito administrativo no Brasil (NOHARA, 2016).

Em razão desse novo perfil do Estado, como gestor e não simplesmente como prestador de serviços públicos, dadas as novas figuras que surgem dessa transformação, também há um (re) olhar sob o Direito administrativo (SCARTEZZINI, 2006). Em verdade, a evolução do Estado conduziu a reformulações na ótica administrativa, com a diminuição do aparato estatal e reflexos transformadores no Direito administrativo (OLIVEIRA, 2015).

Como bem ressalta Carlos Ari Sundfled (2017), ao tratar do conceito de regulação, o apego as tradições não pode servir de empecilho para inovações em matéria de noções que forma o eixo tradicional de um disciplina. Não há, pois, um novo Direito administrativo, mas a necessidade de analisar as alterações do Estado e suas concepções sob outras óticas, muitas delas inéditas para o Direito administrativo nacional.

Por mais que tenha se alterado o viés do Direito administrativo frente as transformações do Estado, por outro lado, a Constituição de 1988 não foi modificada com relação a sua proposta inicial de bem-estar, razão pela qual os deveres de proteção e justiça social restaram garantidos após a reforma administrativa, ao menos no plano formal.

2.2 A controvertida definição do serviço público: Um debate ainda necessário sob a lógica do regime jurídico de Direito público

A tentativa de estabelecer uma definição de serviço público também passa pelo exame do contexto histórico e econômico do Estado, até porque é inconcebível não analisar tais parâmetros quando a sua definição está intimamente ligada à essa concepção e a ideia de oferecer respostas as crises¹¹.

¹¹ A proposta do estudo não é aprofundar a noção de serviço público, entrando em todos os seus pormenores, mas apresentar algumas concepções para compreensão da importância do regime jurídico público a partir da definição do que ou não serviço de caráter público.

Não há um conceito universal de serviço público, mas existem características básicas comuns que permitem a constatação do que seja por meio de uma definição lógico jurídica (RODRIGUES, 1981). A definição depende da conformação de cada Estado, de como ele é pensado e quais suas atribuições. Em verdade é a concepção de Estado e seu papel para com aqueles que se inserem no seu território (SCHIER, 2016).

Rogério Gesta Leal (2006) ao afirmar que o Estado não pode ser concebido como uma entidade monolítica, mas sim, como complexo e em permanente fluxo onde repercutem diferentes demandas e contradições da sociedade civil, reforça ainda mais a dificuldade de caracterização não só do Estado, mas também daquelas atividades que são de sua responsabilidade, como é o caso do serviço público.

O que é ou não serviço público e se sua responsabilidade é ou não do Estado, fazem parte, portanto, de um debate que caminha paralelamente com a história do próprio Estado.

Forçoso é reconhecer que a noção de serviço público é essencialmente evolutiva, condicionada pela época e pelo meio social e, como todo instituto, só pode ser compreendido pelo estudo de sua história e das tendências sociais da nossa época. E é indubitável que a concepção tradicional dessa noção foi atingida, e o regime de alguns serviços públicos passou a assumir uma nova postura diante das inovações trazidas com a reforma do Estado, em especial diante da compatibilidade ou não das políticas que levam à fragilização na prestação do serviço público pelo Estado com o texto constitucional brasileiro (GROTTI, 2003, p. 148).

Segundo Eros Roberto Grau (2003) não há como se estabelecer um conceito para serviço público, visto que esse é atemporal. Na medida em que se admite o influxo do tempo, admite-se também a mudança desse conceito. É possível estabelecer, por outro lado, uma noção de serviço público. Alexandre Aragão (2017) compartilha do mesmo entendimento, sustentando que não é possível conformar em um conceito um fenômeno multifacetado e dinâmico como serviço público.

O berço do Direito administrativo – França, é que inicialmente oferece inúmeras contribuições a noção de serviço público e em nenhum outro país o tema alcançou relevo como lá. O serviço público no Brasil possui grande influência da noção francesa, razão pela qual as discussões travadas aqui são originalmente as mesmas de lá (ARAGÃO, 2017).

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2017), a noção de serviço público retoma a França, porque lá o tema foi debatido tanto no âmbito da doutrina quanto da jurisprudência, com o fito de delimitar a competência da jurisdição administrativa e responsabilidade do Estado. Na França existem duas jurisdições, uma integrante da estrutura do Poder Judiciário, responsável pela solução dos conflitos comuns, sob o regime de Direito privado, e outra, não afeta ao Poder Judiciário e responsável pelas questões administrativas, aplicando o regime jurídico de Direito público¹².

A teoria dos serviços públicos como instituto do Direito administrativo tem suas origens ainda sob a égide do Estado liberal e é normalmente atribuída ao Conselho de Estado Francês. A partir dos julgados do Caso Blanco e do Caso Terrier foi que, basicamente, se desenvolveu na França o entendimento de que serviço público é o instituto capaz de identificar a atuação do Estado para com o interesse geral (SCHIER, 2016). É a partir desse momento histórico que se desenvolve a chamada Escola de Serviço Público ou Escola de Bordeaux (ARAGÃO, 2017)¹³¹⁴.

Foi no início do século passado que Léon Duguit se encarregou de transpor a realidade social da alteração do Estado monoclasse para o Estado pluriclases e das consequências dessa transformação produzidas no Direito e no Estado para a obra Teoria Geral do Estado e do Direito (ARAGÃO, 2017).

É preciso lembrar que outro expoente trilha o mesmo percurso de Duguit. Trata-se de Roger Bonnard, que defende serviços públicos em um sentido orgânico, com um conjunto de órgãos com funções administrativas e legislativas. Estas últimas não coincidem com serviço público (MELLO, 2017).

Para Duguit o serviço público se insere dentre um dos elementos do Estado, colocando limite a atuação dos governantes. Para ele o serviço público se apresenta como uma obrigação para atingir o liame social, característica da alteração histórica e econômica vivenciada na França da época. O serviço público seria toda a atividade realizada, mesmo que forçosamente pelo Estado, para assegurar o desenvolvimento da interdependência social (FREIRE, 2014).

¹² Não se trata de um resgate histórico pormenorizado.

¹³ Se estabeleceu a diferenciação de regime jurídico aplicado a particulares e atividades prestadas pelo Estado.

¹⁴ Se estabeleceu a diferenciação de regime jurídico aplicado a particulares e atividades prestadas pelo Estado.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2017) a noção oferecida por Duguit é antes de tudo sociológica e não jurídica, já que não oferece elementos que o caracterizam dentro do Direito. São elementos que não se exteriorizam frente ao Direito, mas apenas oferece condições para nortear o legislador, o que é reconhecido pelo próprio Duguit.

Na definição proposta por Duguit, dois elementos para a sua compreensão são fundamentais, quais sejam, que o serviço público deve influir sobre a interdependência social e que o mercado deve se mostrar ineficiente para gerir esse interesse (ARAGÃO, 2017).

Em verdade, a proposição apresentada pelo autor tem um elemento central, o atendimento das necessidades dos cidadãos que não podem ficar relegadas ao mercado, já que este último não garante a justiça social (SCHIER, 2016). Mesmo que não seja objeto do estudo (Teoria do Estado), é preciso referir que a proposição de Duguit acaba por criar uma teoria do Estado, não alterando apenas as relações do Estado para com o Direito, mas sim a concepção de tarefas estatais (FREIRE, 2014).

O Estado, sob essa ótica, modifica suas funções na medida em que deixa de ser instância de obrigação e dominação para se legitimar como obrigado a gerir, a servir, a atuar ativamente em nome da justiça social (FREIRE, 2014). Neste cenário não importa a prestação por privado ou público, desde que ela seja assegurada pelo Estado em nome da relevância social (ARAGÃO, 2017).

A noção de serviços públicos oferecida por Duguit, por outro lado, é objeto de acirradas críticas na medida em que se compreende que o Estado, por meio dessa acepção, estaria resumido ao conjunto de serviços públicos e que o seu conceito, dada a abrangência, perderia o sentido (ARAGÃO, 2017).

Adriana Schier (2016) recorda que foi a partir da concepção formulada por Duguit e das críticas direcionadas a ela que se desenvolveram novas obras sobre os serviços públicos. Cita a referida autora que Geston Jèze é um dos exemplos.

Geston Jèze, embora também tenha integrado a Escola de Serviço Público, da qual um dos principais expoentes foi Duguit, contrapôs a noção sociológica ofertada por este, atribuindo conotações jurídicas a serviço público (ARAGÃO, 2017).

De acordo com este expoente, a realização de interesses gerais que sejam realizados por meio de procedimentos de Direito público consiste em serviço público.

Haverá serviço público quando para a satisfação dos interesses coletivos for necessário aplicar um regime jurídico distinto daquele inerente as atividades privadas, ou seja, um regime especial – público (FREIRE, 2014).

A noção de serviço público sustentada por ele não se restringe a um conjunto de ações para o atendimento das necessidades sociais, como fez Duguit. Deve, em verdade, ser acrescida de um outro elemento, o qual se convencionou chamar de regime jurídico específico do serviço público (SCHIER, 2016).

Para Jèze, a presença do serviço público está intimamente ligada a um conjunto de regras especiais, de teorias especiais que buscam facilitar a execução da atividade. Há uma superioridade conferida pelo sistema porque os interesses coletivos devem sempre se sobrepor aos interesses individuais (MELLO, 2017).

Acrescenta-se a isso o fato de que a teoria formulada por Jèze sustenta, e neste ponto divergindo de Duguit, que a definição de uma determinada atividade como serviço público passa pelo seu reconhecimento jurídico como tal, por meio do que prevê a ordem jurídica. Só é serviço público aquele que possui um regime jurídico público e está assim reconhecido por força de lei (FREIRE, 2014). Celso Antônio Bandeira de Mello (2017) sustenta que o debate, ora formulado possui vantagem para Jèze na medida em que Duguit incorreu em uma confusão entre visão técnico jurídica e visão sociológica¹⁵.

Para se reconhecer a existência de um serviço público se mostra necessário percorrer a vontade do legislador, ou seja, a sua vontade com relação àquela atividade administrativa, procurando atribuir-lhe um sentido substancial ou material (MELLO, 2017).

A teoria formulada por Jèze também não passou imune às críticas, sobretudo pelo seu distanciamento da teoria de Duguit e por fixar a noção de serviço público pelo critério do regime jurídico especial. A crítica neste particular se sustenta em decorrência da ausência de separação completa entre atividades exclusivamente pública e exclusivamente privadas (ARAGÃO, 2017).

A escola francesa clássica de serviço público, que o utilizava como critério central do Direito administrativo, perdurou até meados do século XX e foi responsável

¹⁵ O autor utiliza a expressão “intenção dos governantes”.

por evidenciar que a função pública se prestava a executar fins públicos, sendo esta a sua principal contribuição (SCHIER, 2016).

Não foi apenas essa concepção da escola francesa clássica, entretanto, que se preocupou com o tema. Maurice Hauriou centrou sua visão no poder de império exercido pelo Estado sob os particulares, e assim se distinguindo da teoria clássica adotada. Na verdade, se trata muito mais de uma discussão ideológica, política e jurídica sobre as funções do Estado, que permeia debates até os dias atuais (ARAGÃO, 2017).

Já se percebe a dificuldade em estabelecer uma noção de serviço público, principalmente com relação à obtenção de um denominador comum na doutrina em dado momento histórico, econômico e político.

Portanto, por mais paradoxal que possa parecer, há, ainda, uma grande dificuldade em estabelecer uma noção do que é serviço público e ela nunca recebeu um tratamento preciso e uniforme. Emerson Gabardo (2009) atribui como característica dessa dificuldade a interdisciplinaridade da matéria com outros ramos, a exemplo da economia, e destaca ainda que o conceito depende de uma escolha de caráter político.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017) reforça o argumento na medida em que destaca que a sua noção foi alvo de grandes transformações, quer seja com relação aos seus elementos constitutivos, quer seja a respeito da sua própria abrangência. Referida autora lembra que parte da doutrina faz uma abordagem conceitual ampla, enquanto outra boa parte apenas busca conceitua-lo restritivamente.

Essa dificuldade não desaparece quando se evidencia, por exemplo, no caso brasileiro, que a Constituição de 1988 se reporta a ele (serviço público) literal e diretamente em 18 (dezoito) oportunidades e o Ato das Disposição Constitucionais Transitórias em outras 5 (cinco) vezes, mesmo sem tê-lo definido (MELLO, 2017). A Constituição se utiliza do termo serviço público para definir realidades distintas, o que contribui para a adoção de expressões equivocadas (SCARTEZZINI, 2006).

No texto constitucional é possível encontrar a utilização da expressão em sentido amplo, para se referir a toda e qualquer atividade desempenhada pelo Estado, 16 como em sentido estrito, com referência a uma determinada modalidade de atividade administrativa prestacional em relação à qual o Estado assume a responsabilidade por sua oferta (MÂNICA, 2014, p. 6)

Adriana Schier (2016) lembra que ele, serviço público, consta expressamente desde a Constituição de 1934, e mesmo assim o constituinte não teve a preocupação de definir o instituto na Constituição de 1988. Apesar dessa ausência de definição, não se pode utilizar a realidade econômica e social de outros países nessa tentativa, sendo a única solução possível a Constituição e os princípios que nela estão consagrados (JUSTEN FILHO, 2003).

No Brasil, com a redemocratização institucionalizada, a Constituição de 1988 apenas atribuiu a leitura do serviço público como um conjunto de responsabilidades assumidas pelo Estado que se reputam como imprescindíveis para a concretização da dignidade da pessoa humana (SCHIER, 2016)¹⁶.

Por outro lado, a Constituição de 1988, no que diz respeito especificamente aos serviços públicos, não abandonou por completo a tradição das Constituições anteriores no que se refere à atribuição do poder público de prestação dos serviços públicos, em algumas vezes até com caráter de exclusividade¹⁷ (DI PIETRO, 2017).

Por conta dessa amplitude é preciso reconhecer que ele pode assumir vários sentidos, dada a pluralidade de entendimentos, quer sejam como relação a noção, abrangência, regime jurídico, entre outros.

A doutrina, ciente dessa problemática, tem apontado três sentidos como fundamentais para compreender serviços públicos: subjetivo, material e formal. Pelo critério subjetivo, também conhecido como orgânico, os serviços públicos são um conjunto de agentes, órgãos e entes. São a estrutura ampla que forma o Estado, bastando que a atividade seja prestada pelo Poder Público para ser considerada como serviço público (FREIRE, 2014). Nessa proposta, o serviço público compõe a própria estrutura do Estado, integrando-a como uma célula que faz parte do corpo humano (MELLO, 2017).

Dinorá Grotti (2003) destaca que em seu sentido subjetivo o serviço público foi alterado com o tempo, principalmente porque inicialmente era prestado diretamente pelo ente estatal e gradativamente se abriu espaço para pessoas privadas¹⁸. Celso

¹⁶ O termo é empregado não a título de demérito, mas sim em oposição a ausência de conceituação.

¹⁷ A razão de atribuição ao Poder Público será abordada no próximo subcapítulo, evidenciando as razões de tal mister.

¹⁸ Essa afirmação inaugura a crítica ao sentido subjetivo de serviços públicos, já que se não integra a própria estrutura do órgão encarregado, não se está diante de serviço público. As críticas a esse sentido de serviço público também são resultantes da percepção de que tudo seria serviço público, desde um

Antônio Bandeira de Mello (2017) destaca que o sentido subjetivo de serviço público não se esteira em premissas jurídicas, criticando essa acepção na medida em que o fato de a atividade estar nas mãos do Estado não significa exatamente a sua realização por mecanismos de Direito público.

No seu sentido material, ele se apresenta como atividade voltada a satisfação de interesses e necessidades coletivas, não interessando quem é responsável pela sua prestação, se este integra ou não a estrutura estatal (FREIRE, 2014). O oferecimento desse sentido a serviço público, guardadas as devidas proporções, encontra respaldo em Duguit, citado anteriormente, já que para a concepção atribuída por ele a serviço público não interessa o prestador, mas sim a satisfação de necessidades gerais. Essa concepção de serviço público, como todas as atividades exercidas pelo Estado, é classificada por Alexandre Aragão (2017) como amplíssima de serviço público.

Diferente do sentido subjetivo, no sentido material não há uma preocupação com o prestador, já que algumas atividades que são do interesse da coletividade não são necessariamente desempenhadas diretamente pelo ente público, mas por particulares, como no caso de concessões (MELLO, 2017). Pouco importa para o sentido material quem executa a atividade, desde que ela esteja voltada para a satisfação de interesses gerais, coletivos ou utilidade pública será considerada como serviço público (FREIRE, 2014).

Assim uma atividade é considerada como serviço público não pelo simples fato de ser executada por um conjunto de órgãos públicos, mas sim em razão de que o serviço público se utilizada deles, não necessariamente como meio de execução da sua finalidade. Aspecto relevante no sentido material diz respeito à consequência da sua atribuição como serviço público, que é o regime jurídico aplicado a partir dessa conformação. Decorre da caracterização da tarefa como serviço público o seu regime jurídico de Direito público e em sua maioria de titularidade do poder público.

O critério material é mais lógico ao se perceber que a definição do que é serviço público está associada a satisfação direta e imediata de Direitos fundamentais e que

mero ato de impressão de documento até uma prestação afirmativa ao cidadão. A transformação do sentido será abordada na sequência, quando da análise da primeira crise da noção de serviço público.

por conta disso é submetida ao regime jurídico público e prestado pelo Estado em sua maioria (JUSTEN FILHO, 2012).

Referido autor vai além, explicando que um serviço público não é assim considerado em razão da sua titularidade ou do regime jurídico aplicado, já que estes são meras consequências, decorrências da existência de um serviço público. Não há regime jurídico de Direito público e titularidade prestacional por parte do Estado sem o reconhecimento como serviço público (JUSTEN FILHO, 2012).

A questão de reconhecimento como serviço público, segundo o autor, antecede o debate de quem é o titular, bem como qual o regime jurídico deve ser aplicado. Essas premissas se sobressaem pela lógica utilizada, já que não se parte do problema para encerrar a discussão, mas sim da conformação preliminar que delimita, a partir daí, o regime jurídico e a titularidade (JUSTEN FILHO, 2012).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2017) tece críticas ao sentido material atribuído a serviço público, por se tratar de um conceito extrajurídico. Explica que o fato de serem necessidades coletivas não correspondem necessariamente a sua submissão a um regime jurídico especial e tampouco afetadas ao Poder Público. Lembra que é tarefa dos operadores do Direito examinar o que a lei determina e não o que ela deveria determinar.

O último sentido utilizado pela doutrina é o sentido formal, o qual tem suas bases, guardadas às proporções, na teoria desenvolvida por Jèze na França e que entende o serviço público como aquele que está protegido por um regime jurídico especial, o qual se denominou de regime jurídico de Direito público. Se reconhece o serviço público ao verificar que ele é submetido ao regime jurídico de Direito público

A inspiração está assentada na doutrina de Jèze e possui uma versão um pouco mais restrita daquela oferecida pelo sentido subjetivo, na medida em que compreende o serviço público como uma atividade exercida pelo Estado sob um regime jurídico especial (ARAGÃO, 2017).

Dada a imprecisão dos conceitos, segundo André Freire (2014), uma parte da doutrina brasileira reputa como necessário para estabelecer uma noção de serviço público utilizar os três sentidos apresentados, podendo destacar Lúcia do Valle Figueiredo, Luís Roberto Barroso, José dos Santos Carvalho Filho e Augusto Dal Pozzo.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2017) lembra que existem dois grupos conceituais de serviço público, o primeiro que se utiliza de elementos extrajurídicos (subjetivo e material) e o segundo que leva em consideração a conotação jurídica, o sistema de normas e regras que o define como tal pelo seu regime (sentido formal).

Para o desenvolvimento e sequência do trabalho, por critério metodológico, parte-se da noção de serviço público em seu sentido material, entendido como uma atividade desenvolvida para a satisfação dos interesses coletivos e que, por decorrência disso, possui um regime jurídico de Direito público, podendo ser prestada tanto diretamente pelo Estado ou por quem faça suas vezes.

Justifica-se a não adoção do sentido subjetivo, já que este não é útil, porque confunde os sujeitos com a atividade que é desempenhada. No sentido subjetivo se trata coisas como iguais quando elas não são (FREIRE, 2014).

Da mesma forma, reputa-se menos adequada a utilização do sentido formal porque é pressuposto para dizer o regime jurídico aplicado o seu reconhecimento como serviço público. É uma questão lógica. Necessário dizer o que é serviço público para então cercá-lo do regime jurídico e da autoridade encarregada da atividade (JUSTEN FILHO, 2012).

Adotar o sentido formal conduziria ao entendimento de que as entidades do Terceiro Setor, encarregadas da gestão e prestação de serviço público, já que não estão albergadas pela prática jurídica pelo regime jurídico de Direito público, não estariam prestando serviço público¹⁹. Augusto Neves Dal Pozzo (2012) reconhece que parte da doutrina entende que o regime jurídico não é suficiente para estabelecer uma noção de serviço público diante das necessidades atuais.

Entretanto, é de se admitir a amplitude do sentido material e a capacidade de carga valorativa do intérprete para a construção do sentido que pretende atribuir a serviço público e que isso não o torna imune a críticas. Ao mesmo tempo, há uma tentativa de afastá-las a partir da leitura do que dispõe a Constituição de 1988, a qual oferece um sentido.

Ao romper com a estrutura autoritária e implementar os valores do Estado Democrático de Direito, ou Estado Social e Democrático de Direito, a Constituição

¹⁹ A afirmação é realizada a guisa de justificativa e não com o fito de discutir o regime jurídico de Direito a ser aplicado. Não ao menos neste estágio do estudo.

fornece elementos para a leitura do serviço público a partir da consagração da dignidade dos cidadãos (SCHIER, 2016).

Esses sentidos atribuídos a serviço público, entretanto, enfrentaram no mínimo duas crises, o que não significa dizer a ausência de outras²⁰. A primeira delas é desenvolvida a partir da própria reformulação do Estado, mencionada no subcapítulo anterior. No Estado liberal, conforme visto, se prezava pela ausência interventiva do Estado, ou então, pelo exercício de atividades indispensáveis à liberdade, diretamente ou mediante concessão. O fato de sua prestação ser direta ou por concessão fazia com que na essência estivessem ligadas ao Poder Público e submetidas, por decorrência, ao seu regime jurídico, conforme era a noção ofertada pela escola francesa clássica de serviço público.

Com a ampliação da perspectiva de Estado – transformação do Estado liberal em Estado de bem-estar social, que passou a interferir mais ativamente no campo econômico, visando a justiça social –, se invadiu esferas de interesse geral. Logo, atividades que antes eram reservadas estritamente aos particulares começaram a ser desenvolvidas pelo Estado (MELLO, 2017).

Diante do expressivo número de atividades de caráter privado que passaram a ser exercidas pelo Estado, pôs-se em xeque a noção de serviço público inaugurada pela escola francesa clássica, já que suas atividades não estavam relegadas apenas aos interesses gerais, mas igualando-se a particulares (ARAGÃO, 2017).

Consequência da transformação da concepção do Estado, com a intervenção na ordem econômica, inclusive para fins competitivos no mercado, levou ao afastamento do regime jurídico especial aplicado para as atividades estatais. Atividades de natureza econômica exercidas pelo Estado passaram a ser regidas pelo regime jurídico de Direito privado (MELLO, 2017).

Há com isso um declínio não só do Estado liberal, mas da própria teoria clássica dos serviços públicos desenvolvida na França, já que o rol de atividades desempenhadas pelo Estado atingiu o campo econômico, exigindo, pela própria ideia de sobrevivência no mercado (competitividade) que o regime jurídico lhe desse condições para tanto.

²⁰ O estudo das crises de serviço público é fundamental para debater a questão do regime jurídico, principalmente a partir da alteração da concepção do Estado.

A noção francesa clássica entra em crise porque o campo exploratório do Estado é ampliado, assim como em razão da ausência de aplicação de um regime jurídico especial. Registra-se, dessa forma, a primeira crise na noção de serviço público.

A segunda crise na noção de serviço público, por outro lado, não está representada no aumento da atuação do Estado, mas ao contrário disso, em avanços da iniciativa privada na economia, devolvendo atividades que eram reservadas inicialmente ao próprio mercado (ARAGÃO, 2017).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2017) destaca que a segunda crise na noção de serviço público está associada ao neoliberalismo²¹ trazido pela globalização e também pelo advento da União Europeia.

Alexandre Aragão (2017) recorda que as atividades continuam tendo como características o interesse público, mas que ele seria melhor atendido por meio do regime privado, através do mercado, com maior concorrência possível, preservada a capacidade de controle por meio do Estado.

O conceito foi adaptado aos novos tempos de liberdade econômica e concorrência de mercado, sofrendo drástica redução pela assunção de atividades pelo setor privado (MELLO, 2017).

A segunda crise na noção de serviço público se assentada no fato de considerar como tal os serviços, já que ele se mantém com características de interesse público, mas é prestado por privados. Para Augusto Neves Dal Pozzo (2012), falar em crise pressupõe duas situações, uma com o desaparecimento do instituto e outra com a sua alteração conceitual.

Diante de tais premissas, sustenta que no Brasil a chamada crise na noção do serviço público – segunda crise –, não subsiste, primeiro porque eles não foram extintos e segundo porque não é possível confundir transformações sociais e políticas com a noção jurídica do instituto. Argumenta que a ideologia neoliberal que permeou a reforma administrativa do Estado e tentou transferir para a iniciativa privada os serviços públicos, mesmo que fosse levada aos extremos, não alteraria a sua noção

²¹ Essa ideologia é responsável pela Reforma Administrativa do Estado, mencionada no subcapítulo anterior.

jurídica, porque não restaria alterado o regime jurídico a que se submete o serviço público no país de acordo com a Constituição.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2017) concorda com o entendimento no caso brasileiro, afirmando que o contrário significaria absurdo, já que a Constituição se refere a serviço público diversas vezes e não modifica seu regime jurídico.

Há que se alertar, entretanto, que Augusto Neves Dal Pozzo atribui a noção de serviço público com base nos seus três sentidos (subjetivo, material e formal), enquanto Celso Antônio Bandeira de Mello o faz por meio do sentido formal. Portanto, com bases em tais sentidos é que referidos autores entendem que a segunda crise na noção de serviço público brasileiro não ocorreu. Isto porque norteiam a noção, cada um em sua medida, utilizando o regime jurídico para tanto, que de fato não é alterado pela reforma administrativa do Estado, proposta no governo do então Presidente Fernando Henrique Cardoso.

Ainda que o termo mais adequado a ser utilizado não seja, talvez, crise para definir a alteração promovida na noção de serviço público pela reforma administrativa do Estado brasileiro, o que certo é que se trataram de alteração histórica na condução de políticas públicas e na forma de intervenção estatal (GABARDO, 2009).

A noção de serviço público pela sua tradição pode ter restado inalterada, mas os responsáveis pela atividade, ao contrário, passaram a ser outros, a exemplo das entidades do denominado Terceiro Setor. Com isso há reflexos indiscutíveis no seu reconhecimento como serviço público e na aplicação do regime jurídico de Direito público.

Feitos esses apontamentos necessários, a noção que se pretende atribuir a serviço é a mesma proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello (2017, p. 81):

Serviço público é a atividade material que o Estado assume como pertinente a seus deveres em face da coletividade para a satisfação de necessidade ou utilidades públicas singularmente fruíveis pelos administrados cujo desempenho entende que deva se efetuar sob a égide de um regime jurídico outorgado de prerrogativas capazes de assegurar a preponderância do interesse residente no serviço e de imposições necessárias para protegê-lo contra condutas comissivas ou omissivas de terceiros ou dele próprio gravosas a direitos ou interesses dos administrados em geral e dos usuários do serviço em particular.

Da noção atribuída pelo autor é possível extrair três elementos, afirma Adriana Schier (2016): material – prestação de uma atividade que possui utilidade pública; e

formal – atividade sujeita a um regime jurídico de Direito público. Refere a autora que embora Celso Antônio não tenha destacado, há um terceiro elemento, de caráter subjetivo, que é a sua prestação pelo Estado ou quem desenvolva a sua atividade.

Eros Roberto Grau (1988) lembra que existem dois elementos indispensáveis para caracterizar o serviço público e que muitas vezes são esquecidos pela doutrina administrativa. Diz ele que se trata do substrato material que está envolvido (serviço público é uma prestação fornecida aos administrados) e do substrato formal (os traços que consubstanciam o chamado regime de Direito público ou de Direito administrativo).

Desses elementos, para o objeto momentâneo de estudo, interessa o regime jurídico, fundamental na prestação do serviço público. Ele visa assegurar a supremacia da situação jurídica em análise, aplicando regras que não estão limitadas a igualdade, justamente em decorrência dos superiores interesses envolvidos – interesse público (MELLO, 2017).

André Freire (2014) lembra que o regime jurídico de Direito público é decorrência de princípios que conferem a ele características e unidade, citando aqueles que estão expressos no art. 1º da Constituição de 1988, Estado Democrático (e Social) de Direito, República e Federação. Segundo o autor, esses princípios dão, no sistema jurídico nacional, supremacia do interesse público e sua indisponibilidade, frente os interesses privados.

São princípios que no sistema jurídico nacional ganham *status* de normas jurídicas e que informam o regime jurídico, indicando valores que devem ser perseguidos quando da prestação da atividade (POZZO, 2012).

Porém, na atualidade, em consequência da pluralidade na organização administrativa, cresce no número de formas e instrumentos privados dos quais o Estado se vale para a prestação de suas atividades (OLIVEIRA, 2015). É o que se viu com a reforma administrativa do Estado e a capacidade de utilização de mecanismos privados por meio da sociedade civil organizada para a prestação de serviços públicos.

Consequência disso, é que o debate sobre o conceito/definição de serviço sob a ótica do regime jurídico de Direito público é ainda fundamental, porque ele é um dos elementos necessários ou decorrência do seu reconhecimento como tal.

Ricardo Martins (2011) recorda que considerar uma atividade como serviço público segue a lógica de aplicação do regime jurídico de Direito público, de tal forma que a Constituição seja ela federal ou estadual, assim como a Lei Orgânica Municipal não podem admitir a submissão a regime jurídico de Direito privado a atividade própria e de titularidade do Estado.

É necessário debater sob esse viés, porque os critérios jurídicos científicos e da Constituição de 1988 não estão sendo utilizados para a delimitação, mas sim as convenções sociais.

Se afasta da concepção de serviço público prevista na Constituição Federal, como se o seu texto, principalmente com relação à proteção dos insuficientes por meio dos Direitos fundamentais fosse suprimido pelo que a ideologia política e econômica entende como adequada. Como se os primados fundamentais da concepção de serviço público tivessem sido alterados, quando o próprio texto constitucional, neste aspecto protetivo não foi.

Significaria uma tentativa de desviar a verdadeira intenção da atividade do Estado para com os serviços públicos, que é o interesse público, consagração da justiça social e preservação de Direitos fundamentais dos cidadãos. As regras de Direito público aplicada a essas relações decorrem da necessidade de proteger e concretizar os interesses públicos.

Ofertadas essas reflexões iniciais, parte-se para o seu aprofundamento na lógica de quais serviços públicos são passíveis de execução indireta, no Estado Democrático e Social de Direito, tendo em conta a proteção dos insuficientes, perseguido pela Constituição de 1988. A análise terá por base o viés crítico a partir do Direito administrativo social que impõe ao Estado a necessidade de concretizar Direitos fundamentais.

2.3 Uma análise crítica sobre os serviços públicos passíveis de execução direta e indireta na lógica dos deveres do estado e proteção da insuficiência

Compreender a lógica dos serviços públicos passíveis de execução direta e indireta na Constituição brasileira é fundamental para o desenvolvimento da pesquisa que tem por objetivo analisar a discricionariedade da administração pública no

tratamento da educação básica. A lógica da execução direta e indireta está intimamente ligada à proteção de insuficiências, que se desenvolve naturalmente como alinhamento da subsidiariedade.

As diversas concepções de Estado e a necessidade de oferecer respostas as crises fez com que ao longo da história fossem criadas novas formas para a prestação dos serviços públicos, mas sempre com a vinculação ao ente estatal. Modificaram-se os meios de execução das atividades, a exemplo do que ocorreu com a Reforma Administrativa do Estado brasileiro.

O reconhecimento de uma atividade como serviço público pelo sentido metodológico utilizado para o desenvolvimento do trabalho – sentido formal da noção pretendida, traz por decorrência a aplicação do regime jurídico de Direito público e sua titularidade estatal.

Esse reconhecimento tem fundamental importância para compreender que prestado diretamente ou não pelo seu titular – Estado –, há um dever de proteção das insuficiências. O não reconhecimento nesse sentido leva à admissão de que os primados protetivos da Constituição de 1988, com relação ao serviço público, não subsistem.

A Constituição de 1988 trouxe uma série de Direitos voltados aos ser humano, os quais têm sido interpretado como Direito público subjetivo, ou seja, capaz de ser exigido do Estado. Os serviços que dependem da materialização de Direitos fundamentais, após esse marco jurídico, devem ser assumidos pelo Estado como sua responsabilidade. Essa é uma noção de serviço público social, onde ele tem a responsabilidade pela sua garantia. A Administração Pública neste sentido, não é aquela que apenas fomenta os serviços sociais voltados ao desenvolvimento humano, mas sim é aquela que os presta, direta ou indiretamente, sob o regime jurídico dos serviços públicos (MÂNICA, 2014).

É preciso compreender, entretanto, que o serviço público é incumbência do Poder Público, mas não em todos os casos de forma exclusiva dele. Segundo a Constituição de 1988, alguns serviços públicos não estão reservados estritamente ao Estado, como é o caso de saúde, educação, previdência social, assistência social e radiodifusão (MELLO, 2017).

Fernando Borges Mânica (2018, p. 257), argumenta que seria a esfera de titularidade compartilhada:

[...] formada pelas atividades sociais objeto de dupla outorga de competência – tanto ao Estado quanto à iniciativa privada. Esse grupo é formado pelos serviços públicos sociais e dos serviços de relevância pública, como a saúde (art. 196 e 199, caput da CF/88), a previdência (art. 201 e 202 da CF/88), a assistência social (art. 204 da CF/88), a educação (art. 205 e 209 da CF/88) e a cultura (art. 215 e 216 da CF/88).

Nestes casos, ainda que a Constituição os tenha atribuído como um dever do Estado, abriu espaço para que a iniciativa privada, em paralelo, também executá-los. Essa execução pela iniciativa privada, entretanto, como se trata de serviços públicos, essenciais a formatação do Estado, não acontece sem balizas. A iniciativa privada deve respeitar as regras impostas na regulamentação do serviço, porque ele é elemento substancial para o desenvolvimento do Estado.

Os serviços públicos não exclusivos, por outro lado, não podem ser confundidos com a titularidade prestacional não exclusiva. No primeiro caso os serviços têm margem de execução pela iniciativa privada, enquanto no segundo a titularidade é do Estado, mas a iniciativa privada pode executá-lo sob alguma das formas indiretas.

Com relação aos serviços exclusivos, o art. 175 da Constituição estabelece que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, direta ou sob regime de concessão ou permissão, a prestação dos serviços públicos. Neste sentido, Fernando Mânica (2018, p. 257) explica que se trata da esfera de titularidade estatal, que é:

[...] composta por dois grupos de atividades expressamente previstos pela Constituição: (i) as atividades políticas, que envolvem a tomada de decisões e a possibilidade do uso da coação material, como a jurisdição, a legislação e o governo; o exercício do poder de polícia, a segurança pública e a regulação; e (ii) o conjunto de atividades econômicas assumidas pela Constituição como responsabilidade do Estado, como a prestação dos serviços públicos econômicos (art. 175, caput da Constituição) e a exploração de atividades econômicas em sentido estrito (art. 173, caput, da Constituição).

Sérgio Ferraz (2018) explica, entretanto, que existem três modalidades de execução do serviço público: concessão, permissão e autorização e que a ausência de menção no artigo em referência à autorização não implica a sua impossibilidade

de utilização, sob pena de não se considerar, no exemplo brasileiro, como serviço público, correios, telecomunicações e radiodifusão²².

Significa dizer que tradicionalmente o serviço público é tido como uma atividade que é inerente ao Estado, ou seja, o Estado que possui o dever de prestá-lo (SCHIER, 2016). Essa é uma concepção da própria formatação do Estado de bem-estar, onde cabe ao Poder Público equilibrar a equação mercadológica desnivelada, intervindo positivamente nas relações sociais.

Em outras palavras, o Estado reservou para si algumas atividades fundamentais para a concretização dos seus fundamentos, subtraindo das mãos da atividade econômica a possibilidade de titularidade. Adriana Schier (2016) contrapõe essa assertiva, destacando que somente devem ser considerados como exclusivos aqueles que a Constituição ou a lei definirem como tal. Que a reserva de competência dos entes federativos, a exemplo do art. 21 da Constituição de 1988, não tem o condão de afastar a exploração pela iniciativa privada, mas apenas legitimar a atuação do Estado naqueles segmentos, criando uma espécie de Direito subjetivo à coletividade.

Adriana Schier (2016) destaca que tradicionalmente se entende e atribui a responsabilidade pela prestação dos serviços públicos aos entes públicos, como União, Estados, Distrito Federal e Municípios diretamente, mas isso não inviabiliza a outorga da capacidade prestacional outros entes e entidades. Todavia, o catálogo de atividades prestacionais não está relegado ao Estado diretamente, completamente excluído do segmento privado, como se isso impedisse que os serviços públicos também sejam prestados pelos particulares.

Historicamente, a titularidade esteve ligada à ideia de imposição. Isso porque, no percurso de consagração constitucional de tarefas estatais, originariamente constavam apenas aquelas ligadas ao exercício do poder. Esse quadro mudou a partir do momento em que passaram a ser outorgadas ao Estado, além de competências políticas, voltadas à ordenação da sociedade, também competências prestacionais e promocionais, voltadas à satisfação de necessidades sociais e humanas. Essa ampliação das tarefas estatais implicou mudança na forma de se compreender a própria estrutura do Poder Executivo do Estado, que deixou de ser referida como *puissance publique* (potestade pública), passando a ser reconhecida como uma Administração Pública voltada à prestação de serviços públicos (MÂNICA, 2018, p. 255).

²² Não é objeto de estudo aprofundado a concessão e permissão de serviço público. São citadas como formas permitidas pelo ordenamento jurídico.

A titularidade dos serviços públicos é do Estado, o qual, na concepção adotada pela Constituição tem o dever de garantir a justiça social, mas isso não veda o seu poder delegatório prestacional. A titularidade da prestação dos serviços não é sinônimo da titularidade do serviço (MELLO, 2017). A titularidade pode ser transferida quando a entidade que será a responsável pela prestação possuir natureza jurídica de Direito público (ARAGÃO, 2017).

É importante ressaltar que a titularidade estatal dos serviços públicos implica sua responsabilidade pela garantia da respectiva prestação, a ser conformada nos termos da lei que regulamenta o setor de atividades. Trata-se da 'garantia pública' pela prestação de determinadas atividades (MÂNICA, 2014, p. 8).

O titular do serviço público será do Estado, porque se trata de uma atividade que foi, por força constitucional, reservada a ele como forma de concretizar os primados da Constituição. O Estado é que possui a obrigação de alcançar o desenvolvimento, com justiça social, dignidade da pessoa humana e etc. e, por esta razão, possui a titularidade. O oferecimento dessa utilidade aos administrados, por outro lado, não é necessariamente do Estado (FREIRE, 2014).

Considerando a previsão constitucional de uma série de missões e deveres a serem cumpridos pelo Poder Público, a exegese correta da titularidade na esfera pública exige a compreensão de que, ao atribuir ao Estado a titularidade sobre dado bem ou atividade, está o ordenamento prevendo uma competência, e, por isso mesmo, uma responsabilidade ao ente estatal (MÂNICA, 2018, p. 256).

Há uma diferença fundamental entre o que é titularidade do serviço propriamente dito, que é do Estado, com a titularidade do agente capaz de executar a atividade, prestando aquele serviço público em nome do Estado. O grande desafio a ser superado pelo Estado, atualmente, consiste em aproveitar esse espaço de atuação, mas ao mesmo tempo garantir a eficiência e a ausência de desvios. Significa a superação do modelo procedimental-formalista e a inevitabilidade de parcerias com a iniciativa privada (MÂNICA, 2014).

No formato constitucional existem serviços públicos que não carregam a exclusividade prestacional, ou seja, o serviço continua sendo público, mas a

titularidade da execução pode ser delegada, concedida ou autorizada a entidades que se encarregarão da função de prestá-lo.

O problema, entretanto, segundo Fernando Mânica (2014) é encontrar mecanismos adequados para cada atividade e que proporcionem o atendimento com eficiência em cada área de atuação do Estado, porque o ser humano depende da garantia dos Direitos sociais para o seu desenvolvimento. Logo, demanda-se, muitas vezes, a prestação de serviços de modo contínuo e adequado.

Há exclusividade na prestação, nos termos da Constituição, para o serviço público postal e o correio aéreo nacional, por exemplo, já que a norma, ao tempo que legitimou a um outro rol de serviços a possibilidade de autorização, permissão ou concessão, não o fez com relação a estes (MELLO, 2017).

Diante dessa perspectiva já é possível notar que existem ao menos duas formas de prestação das atividades – serviços considerados como públicos, uma delas diretamente e outra indireta. Quando há uma execução direta por seus próprios órgãos, ou seja, pela administração direta, a titularidade do serviço corresponde à titularidade da execução do serviço. Neste caso existe uma prestação centralizada diretamente no Estado e seus órgãos (ARAGÃO, 2017). Por ser diretamente prestado pelo Estado os atributos que norteiam a relação jurídico-administrativa restam inalterados.

O regime jurídico aplicado ao serviço público quando da prestação direta pelo Poder Público é o regime jurídico de Direito público, que se orienta pela gama de princípios previstos no art. 37 da Constituição da República, exigindo legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A descentralização ocorre, por outro lado, quando o Estado transfere a execução do serviço a órgão que integra a Administração indireta ou então para ente privado. Na descentralização existe a prestação da atividade por um intermediário, que não integra a estrutura direta da Administração, quer seja particular ou integrante do organograma estrutural administrativo indiretamente (OLIVEIRA, 2015).

Exemplo de descentralização é a transferência (gestão e execução) de serviços públicos por entidades do Terceiro Setor, tal como preconizado pela reforma administrativa nos anos noventa. Essas entidades se “revestem de um papel estatal”

para prestar aquela atividade que é de responsabilidade do Estado de acordo com a Constituição.

O titular do serviço permanece sendo o Estado, mas a prestação da atividade fica sob o encargo de uma organização da sociedade civil, fundada sob a égide do Direito privado. Emerson Gabardo (2009), neste sentido, explica que essa formatação da organização civil, com regime de Direito privado, entretanto, implica em alguns questionamentos, como se é possível falar em prestação de serviço público sob o regime jurídico de Direito privado ou então se isso não resulta em uma inconstitucionalidade.

Esclarecidos esses pontos cruciais relativos à atividade prestacional dos serviços públicos, o debate que se aproxima diz respeito à proteção dos deveres de insuficiência quando o Estado transfere a execução da atividade.

Neste caso, o serviço continua sendo público, mas o seu prestador final, aquele que oferece a utilidade a coletividade não está subordinado ao regime jurídico de Direito público, que assegura a supremacia do interesse público. Emerson Gabardo (2009) questiona a viabilidade constitucional de prestação de serviços públicos sob o regime jurídico de Direito privado.

O serviço público se constitui como elemento central para equacionar as relações, propiciando um mínimo de dignidade para viabilização da vida das pessoas. Se trata de um processo demorado e delicado por meio do qual se busca a coesão social com a utilização da atividade estatal. Dadas essas características do serviço público, instituto naturalmente reconhecido como de Direito administrativo, tem assumido o plano de Direito constitucional, porque visa equacionar a vida em sociedade, não se restringindo à esfera administrativa (ARAGÃO, 2017).

O plano normativo da Constituição de 1988, por meio do art. 170, fornece o elemento material da noção de serviço público no sentido utilizado no decorrer do estudo, ou seja, para assegurar a vida digna de acordo com a justiça social (GRAU, 2018).

É bem verdade que o serviço público não se constitui como um Direito fundamental do cidadão, mas é o elemento indispensável a assegurar o exercício deste. O instituto em si não é Direito fundamental, mas mecanismo para a sua concretização (ARAGÃO, 2017).

Com a prestação direta da atividade pelo Estado, mediante processo centralizado, e até indireto no caso de entidades com natureza jurídica de Direito público, é inquestionável que esses postulados são garantidos, inclusive com a imposição de um regime jurídico especial – regime jurídico de Direito público. A proteção aos insuficientes, nesse particular, é assegurada pelo plano Constitucional da própria essência do instituto.

Weida Zancaner (2006) recorda que os princípios que informam o serviço público, fixando os deveres para a Administração Pública, são os mesmos que estabelecem os contornos que o cidadão, usuário do serviço tem.

Em contraponto, se esta mesma atividade, por não ser de caráter obrigatório do Estado e, portanto, concedida ou delegada a particular, guarda o mesmo sentido, assegurando Direitos fundamentais? Não se está abordando a questão sob o enfoque da responsabilidade do titular do serviço, Estado, mas sim do efetivo prestador, aquele que recebeu a titularidade de prestação dos serviços mediante concessão ou permissão do Estado.

Em se tratando de ente com personalidade jurídica de Direito privado, de imediato a resposta é negativa, porque a responsabilidade do prestador (quem detém a titularidade da prestação da atividade) se restringe ao campo da sua relação jurídica firmada com o ente que outorgou tal prerrogativa a ele (ARAGÃO, 2017). É uma relação jurídica contratual, na qual o titular do serviço só pode exigir o cumprimento das obrigações previamente assumidas e estipuladas na pactuação. Entretanto:

Em caso de essencialidade e insuficiência na prestação de serviços sociais pela própria sociedade, não se admite que a intervenção do Estado não traga as mínimas garantias de adequação e continuidade para o prestador privado e, conseqüentemente, para o cidadão. Note-se que tais garantias constam da legislação e dos ajustes celebrados para a concessão de serviços públicos liberais a empresas privadas, que recebem recursos diretamente dos usuários (concessão comum) ou mesmo do Estado (concessão patrocinada e concessão administrativa) (MÂNICA, 2014, p. 13).

Há evidente discordância desse posicionamento sob a ótica da Constituição de 1988, a qual visou albergar o serviço público com o regime jurídico de Direito público dada a sua função: assegurar a dignidade da pessoa humana e concretizar a justiça social.

O Direito dos usuários do serviço público na prestação indireta por entidades privadas, portanto, ficariam relegados à existência protetiva no marco jurídico estabelecido entre o Estado e o prestador, já que este último, dada a natureza jurídica, não está obrigado, exceto por força do contrato e da Lei, a garantir os postulados da Constituição inerentes ao serviço público. Significaria dizer que o usuário não possui a proteção frente ao titular da prestação do serviço, se o instrumento jurídico ou a Lei não o assegurou.

3 CARACTERIZANDO O TERCEIRO SETOR COMO PRESTADOR DE SERVIÇO PÚBLICO

O Estado, conforme anunciado no capítulo anterior, tem o dever de proteção das insuficiências, sendo agente fundamental na prestação dos serviços públicos universalmente. Porém, ele não possui o monopólio de determinados serviços, podendo, inclusive, nos termos da Constituição permitir, conceder e autorizar a sua execução por entes e entidades privadas, assim como existe um rol de serviços públicos que é passível de exploração pela atividade econômica em paralelo aos serviços que são executados e prestados diretamente.

Não há, por outro lado, nas linhas que persegue o trabalho, a possibilidade de relegar exclusivamente a atividade privada a exploração dos serviços públicos essenciais, porque o formato de Estado e os preceitos constitucionais vigentes não cedem espaço neste sentido. A centralidade do desenvolvimento e progresso preceituados na Constituição Federal são reservados principalmente ao Estado e não só a sociedade.

Este capítulo tem por objetivo analisar a prestação do serviço público pelo Terceiro Setor a partir do instituto da subsidiariedade, com atenção especial ao marco regulatório estabelecido pela Lei Federal nº 13.019/14 e a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 1.923.

Para tanto será analisado, inicialmente, como é possível caracterizar algo da sociedade civil, demonstrando-se que essa definição é complexa dada a interdisciplinaridade entre institutos de Direito privado e Direito público que se encarregam da matéria.

Colocar-se-á em evidência que a separação precisa entre Estado, mercado e sociedade não corresponde a uma realidade fática, mas reside, atualmente no plano teórico, porque, conforme será visto na sequência, os cenários estão interligados de alguma maneira para que possam atingir as suas finalidades.

Em um segundo momento, atenção especial será dedicada a Lei nº 13.019/2014, considerada como novo marco regulatório da sociedade civil, verificando quais são as novidades e contribuições da norma, assim como eventuais críticas que podem ser tecidas ao instrumento normativo e sua aplicabilidade com relação ao tema

objeto de estudo do trabalho. Embora o novo marco regulatório seja fundamental e tenha empregado significativa relevância, também será abordada a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923 que estabeleceu o cenário da prestação dos serviços públicos por Organizações da Sociedade Civil.

Por fim, se evidenciará quais são as entidades que compõe o Terceiro Setor no Brasil e suas particularidades para então serem tecidas críticas pela sua preponderância na prestação dos serviços públicos, especialmente a partir da Reforma Administrativa do Estado para a educação básica, apresentada e discutida no capítulo anterior.

3.1 O Terceiro Setor a partir de uma definição complexa: De que forma caracterizar algo como sociedade civil?

As origens do Terceiro Setor são elemento necessário para compreender como ele vem se incorporando no ordenamento jurídico e na engenharia social e conseqüentemente como pode ser caracterizado em dado contexto. As transformações históricas, desde o surgimento do Estado moderno, colaboram para entender a centralidade da relação, Estado *versus* sociedade.

A utilização do termo Terceiro Setor, na perspectiva de análise hegemônica, carrega alto grau de isolamento, como se fosse possível setorizar, separá-lo de outros elementos da integralidade social, ou seja, o estudando sem considerar os processos de reestruturação e reforma do Estado, ou então, dissociados de outros elementos (MONTAÑO, 2010).

As primeiras concepções do Terceiro Setor feitas por economistas, justamente seguiam essa linha, de distanciamento e exclusão do Estado e do mercado, por meio da utilização de conceitos básicos como a incapacidade do governo e do mercado, da falta de confiança e das próprias contradições que foram encartadas pelo Estado de Bem-Estar Social (CABRAL, 2015).

Essa separação objetiva entre Estado e sociedade civil, público e privado, conforme Carlos Montaña (2010) tem uma clara inspiração liberal. Emerson Gabardo (2003) refere, por sua vez, que o liberalismo que ao mesmo tempo setorizou e propiciou instituições populares de governo, promove a exclusão social, dada a

separação entre a política governamental e aquelas ações que são realizadas no seio da sociedade, assim como o seu descomprometimento com o bem-estar social, haja vista a ideia de autorregulação pelo mercado.

Como se fosse possível, diante desse conceito, concluir que a sociedade possui um enfoque exclusivamente nos interesses privados e que o Estado atua apenas em nome dos interesses gerais, esquecendo que ele muitas vezes atua e defende interesses privados, assim como ela luta por interesses gerais (BARBIERI, 2011).

Exemplo ilustrativo para esse contexto diz com a própria ideia de subsidiariedade abordada no capítulo anterior, como se fosse possível diante do contexto de abstenção do Estado na prestação dos serviços à sociedade, apregoado pelo Estado subsidiário, que ele perdesse sua função fiscalizatória sobre a execução e prestação. Ou seja, ainda que sob os postulados de atuação subsidiária, haverá a ação interventiva do Estado, no mínimo como regulador e fiscalizador da atividade, inexistindo uma separação precisa.

A setorização tripartite, ou seja, a divisão entre Estado-coerção, estruturas econômicas e sociedade civil, cada qual com sua autonomia e vida própria, é atribuída a Gramsci. Porém, a separação tripartite, em verdade, proposta por Gramsci e utilizada pela doutrina para abordar a temática do Terceiro Setor não possui uma tripartição, mas sim uma dualidade, na medida em que Gramsci reconhece uma visão do Estado em sua totalidade, visão ampla, a qual é composta pela sociedade civil, assim como pela sociedade política. Logo, não haveria a setorização tripartite, já que essa compreensão forma o Estado (sociedade civil e sociedade política) e pela estrutura econômica (BARBIERI, 2011).

Para o desenvolvimento do trabalho, por questões metodológicas parte-se do pressuposto de uma divisão tripartite, não sem reconhecer que existe uma discussão em torno dessa divisão em três estruturas proposta por Gramsci. A perspectiva literal de separação será questionada, entretanto, por se acreditar que o ponto de partida para a compreensão do que se caracteriza, ou se é que é possível, como algo da sociedade civil, exige observância da totalidade, da oposição entre reestruturação do capital, conectada a ideologia política (MONTAÑO, 2010).

Comprovação de que essa verificação passa por um contexto se dá a partir do próprio exemplo brasileiro e dos Estados latino-americanos que viveram sob a égide de regimes militares que propiciaram um cenário favorável a satanização do Estado e santificação da sociedade civil em oposição ao regime ditatorial (BARBIERI, 2011).

Quando ainda imperavam as formas pré-capitalistas de produção, é bem verdade, a distinção entre esfera pública e privada, assim como o papel do Estado perante a sociedade não se colocava com proeminência. Por outro lado, com o fortalecimento do capitalismo, nasceu a necessidade para fazer frente a sociedade fragmentada e oligárquica de lutas de classes, onde inicialmente destaca-se a luta da burguesia liberal contra a aristocracia e na sequência da burocracia socialista contra a burguesia (BARBIERI, 2011).

Neste contexto de lutas surge no âmbito da sociedade, uma sociedade civil que passa a se impor frente ao Estado, provocando mudanças de regime que passam de autoritários para democráticos e exigem a transformação do papel do Estado com o passar dos anos, afinal de contas os indivíduos que a integram é que provocam esse processo (BARBIERI, 2011). Castells (2001, p. 313) afirma que “[...] a incapacidade cada vez maior de os Estados tratarem de problemas globais leva as sociedades civis a assumirem gradativamente as responsabilidades da cidadania global”.

Se trata da concepção desenhada por Aristóteles (2002), na qual a *pólis* é uma comunidade formada por cidadão que desejam participar ativamente da sua administração e não simplesmente correspondam a meros moradores ou ocupantes de um território geográfico. São os processos civilizatórios e as diferentes revoluções em torno de Direitos que explicam a sociedade em si (CHAHAIRA, 2018).

O surgimento do termo Terceiro Setor ocorre nesse contexto de transformações sociais, com a nítida intenção de fragmentar a sociedade em instância distintas e desarticuladas entre si, criando uma ideia de autonomia e homogeneidade (MONTAÑO, 2014).

É fruto da observação de que nas sociedades capitalistas modernas existe a utilização de setores produtivos de bens que não necessariamente são fornecidos pelo Estado ou disponibilizados pelo mercado (CABRAL, 2015). Surge como um conceito nos Estados Unidos, em 1978, onde o associativismo e o voluntariado fazem parte da cultura do país que é baseada no individualismo liberal (MONTAÑO, 2010).

As organizações sociais, as quais atualmente se conhece como aquelas que integram o denominado Terceiro Setor, não são uma criação deste século ou do século XX. Em verdade, esses movimentos associativos tiveram origem na Europa, na América do Norte e até mesmo na América Latina nos séculos XVI e XVII (ALBUQUERQUE, 2006).

Contrariando essa perspectiva, o Terceiro Setor surgiu no século XIX, nos países centrais, especialmente na Europa, indicando uma alternativa ao capitalismo, com raízes ideológicas heterogêneas, do socialismo e do liberalismo, mas que prematuramente abandonaram os objetivos e propósitos da economia social em favor de outras propostas mais avançadas para a construção de alternativas ao capitalismo (VIOLIN, 2015).

Não há, como se vê, um consenso quanto ao surgimento do Terceiro Setor e sequer há intenção de esgotar a matéria com a finalidade de fixar o marco inicial. Porém, assim como não poderia deixar de fazer essa referência, também não se pode esquecer de mencionar que o termo “Terceiro Setor” deixa de receber um tratamento uniforme por parte da doutrina.

A ausência de unidade em torno do termo pode ser questionada, tendo como ponto de partida a existência ou não dessa setorização (separação exata entre sociedade, Estado e mercado), qual seria realmente a ordem e quem seria o primeiro, o segundo e o Terceiro Setor e, por fim, que essa designação é simplista de modo que não se pode, por meio dela, compreender quais são os atores que o compõe (VIOLIN, 2015).

Ainda que não se desconheça as inconsistências, contradições e discussões apontadas para a utilização da expressão Terceiro Setor, metodologicamente, para o desenvolvimento do trabalho, ela será mantida, especialmente em decorrência da assimilação que o termo encarta e do viés crítico a ideologia neoliberal que o apresenta como prestador de serviços públicos.

Feitas referências, de se mencionar que distintamente dos movimentos sociais que faziam da política o seu eixo de identidade e articulação, lutando por Direitos sociais, culturais, cidadania e políticos, com bases em partidos de esquerda, a organização do Terceiro Setor não diz respeito a matrizes partidárias, mas integrando questões econômicas neoliberais (CHAHAIRA, 2018).

Registre-se, todavia, que a doutrina, especialmente nos Estados latino-americanos refere que o fortalecimento do Terceiro Setor significa um reforço a democratização da sociedade, porque ele seria o espaço de atuação da sociedade civil (BARBIERI, 2011). Contudo, na medida em que se reconhece essa fundamentação, é inquestionável que há uma ideologia não só econômica, mas também política por detrás do Terceiro Setor.

Ideologia essa de um projeto político que visa atribuir maior responsabilidade a sociedade, a colocando na centralidade das relações e relegando ao Estado como sinônimo de ente administrativo, apenas as atividades que não puderem ser executadas pelos entes privados ou então executados por ela de forma deficitária.

As matizes que cercam o Terceiro Setor não são apenas neoliberais, mas também fruto de um projeto social. Para explicitar as razões que o levam a concluir que o projeto denominado sob a alcunha de Terceiro Setor possui raízes não só em políticas neoliberais, do interesse do grande capital, esclarece que na atualidade existem ao menos quatro projetos sociais (projeto revolucionário, reformista, neoliberal e esquerda possibilista), os quais sinteticamente serão apresentados a seguir (MONTAÑO, 2014).

Sustenta que o projeto revolucionário tem como finalidade a superação da ordem capitalista, orientado por uma sociedade sem classes, com erradicação do comando do capital, com formação de associações produtoras livres.

Quanto ao projeto reformista, por sua vez, centra-se na nacionalização, estatização, publicização de modo a proteger a industrialização com recursos públicos, se for o caso, mas ao mesmo tempo ciente das demandas e necessidades do setor trabalhista (MONTAÑO, 2014).

O projeto neoliberal é concebido sob o comando do capital financeiro e fundado sob as premissas da desregulamentação do mercado e das relações de trabalho, defendendo a livre concorrência que culmina na desresponsabilização do Estado e uma autorresponsabilização do indivíduo. Busca a privatização, desnacionalização e desestatização, porque os indivíduos que fracassam no mercado serão resguardados por ações solidárias e voluntárias da sociedade civil (MONTAÑO, 2014).

A ideologia neoliberal pode ser definida com um conjunto de ideias e ações econômicas e políticas capitalistas e que sustentam a não atuação do Estado na

economia, com completa liberdade de comércio para assegurar o desenvolvimento social e econômico donde está sendo aplicado (CHAHAIRA, 2018).

Como bandeiras do neoliberalismo é possível destacar a minimização do governo, que cede espaço para a autonomia da sociedade civil, proeminência do mercado, autoritarismo moral e individualismo econômico, que cria um cenário favorável a aceitação da desigualdade, nacionalismo e afirmação de que o aparelho estatal se presta à garantia da segurança (GABARDO, 2003).

Já o projeto esquerda possibilista é pensado com fundamento em microrrealidades, que não existiria uma realidade estrutural, mas sim realidades que se apresentam para cada indivíduo, de modo que os projetos macrossociais são levados ao insucesso. Demonstra-se a necessidade de projetos locais e singulares, de acordo com indivíduos ou pequenos grupos e suas particularidades indenitárias (MONTAÑO, 2014).

Nesse contexto, observa-se, que os projetos sociais neoliberais e de esquerda possibilista, em dado ângulo de observação, são essencialmente distintos entre si, já que o primeiro tem como ator principal o mercado enquanto o segundo fixa o protagonismo na sociedade civil. Além disso, há, no projeto neoliberal, a visão de lucro e no projeto da esquerda possibilista a mudança de condições de vida dos indivíduos. Porém, sob outra perspectiva, são semelhantes e complementares, já que se fixam em noções que compreendem a autorresponsabilização dos indivíduos e da ausência de responsabilidade do Estado (MONTAÑO, 2014).

Portanto, a partir dessa constatação, Carlos Montaña (2014, p. 37) afirma que a “ideologia e os projetos do Terceiro Setor são marcados pela confluência e funcionalidade com os projetos neoliberal e da esquerda possibilista”. Sustenta que se trata de uma articulação dos projetos do grande capital (neoliberal) e as marcas ideológicas do projeto da esquerda possibilista.

Tarso Cabral Violin (2015), comentando a obra de Montaña, destaca que o debate em torno do Terceiro Setor é ligado aos interesses neoliberais do capital e/ou da esquerda resignada, mas com eventuais intenções progressistas, porque se presta ao projeto do capital, projeto neoliberal, e ao mesmo tempo se insere no contexto de desmonte da atividade social do Estado a partir da reformulação das responsabilidades sociais.

Essa linha de raciocínio tem por base a ideia de que é necessário que o projeto seja aceito por todos, seja desejável pela sociedade e, por consequência, passível de concretização. Logo, nada mais razoável que unir os interesses do capital e da ideologia política em torno de conceitos, interesses e valores de forma mistificada para dar novos ares a sociedade civil, contraditória e conflitiva (MONTAÑO, 2014).

A despeito de todas essas discussões, das contradições do termo Terceiro Setor, do seu surgimento e das raízes políticas e do capital que o mantém, a sua definição é complexa, como se vê, porque a divisão entre sociedade civil, mercado e Estado não se apresenta clarividente. Isso, em decorrência da existência de demandas que se situam em áreas não exclusivas de um ou outro ator específico. Existem espaços de intersecção, de relação comum, em que há confluência entre o Estado, sociedade e mercado, assim como alternativas que não são ofertadas nem pelo conceito público exclusivamente e da mesma forma pelo setor privado.

Essas intersecções são fruto dos sustentáculos ideológicos do Terceiro Setor, que não se prestam uniformemente a delimitar as fronteiras entre um ou outro ator envolvido (Estado, mercado e sociedade), até porque elas não existem diante de uma análise mais aprofundada. Eloisa Helena de Souza Cabral (2015, p. 91) refere que é enganoso procurar “fronteiras distintivas entre os três setores, uma vez que os bens que esses setores produzem são construções sociais, evidentemente históricas e temporais”. Mas não só isso, porque há uma conexão de valores e bens que vão além das tentativas racionais do Estado e do mercado, que se situam em zonas cuja ligação se dá tanto pela esfera pública quanto pela privada e não isoladamente por uma delas.

Eliane Fontana (2017), nesse particular, lembra, denominando como zonas cinzentas, que as intersecções entre esfera pública e privada são oriundas da evolução da sociedade e dos conceitos jurídicos que foram criados para atender demandas que não são resolvidas pelas pessoas privadas e tampouco pelo Estado de forma exclusiva.

Essa complexidade em definir o Terceiro Setor, resta ainda mais clara com a Reforma Administrativa do Estado, no caso brasileiro, principalmente porque se apresenta, com base nos pilares reformistas, desburocratização e eficiência, que os serviços públicos não exclusivos, inicialmente pensados para uma prestação pelo ente estatal, também possam ser prestados pelas entidades que passam a compô-lo.

Há capacidade de resolução dos problemas sociais pela própria sociedade por meio das entidades que passam a compor o denominado Terceiro Setor. O exercício da atividade prestacional seria tarefa reservada a sociedade civil organizada na tentativa de concretizar o Estado subsidiário, analisado anteriormente. A sociedade civil restaria organizada por meio das entidades do denominado Terceiro Setor para assumir o papel de prestadora e executora de serviços públicos sociais.

Há o entendimento de que o Estado deixa de atuar nas áreas de interesse público-coletivo, encarregando a sociedade por meio do Terceiro Setor pela prestação dos serviços ligados ao atendimento da esfera social. Mas as estruturas que compõem o Terceiro Setor, embora prestem serviços públicos, tem cunho privado, podendo receber subsídios e, desta forma, sujeitas a controle administrativo (CHAHAIRA, 2018).

A justificativa é que, no momento de crise do Estado, se exige que as relações entre Estado e sociedade sejam reexaminadas, já que a concepção é que os serviços sociais ou não exclusivos são de propriedade pública não estatal. Público no sentido de satisfação de interesse público e para legitimar os subsídios oriundos da coletividade e não estatal por não envolverem o uso do poder do Estado (BRESSER PEREIRA, 1999).

Bruno Valverde Chahaira (2018) sustenta que se a Constituição Federal foi formatada pela vontade do povo, conseqüentemente a descentralização das atividades para a sociedade seria algo natural na organização do Estado. E, por consequência disso, o Terceiro Setor estaria autorizado a exercer os serviços públicos de acordo com o art. 170 da Constituição, já que sendo o povo o responsável pela elaboração e discussão da Constituição, significaria sua vontade participar no processo de prestação dos serviços.

A despeito dessa conclusão, se entende que ela é bastante simplória, não que seja adequada ou equivocada, mas apenas simplória, porque deixa de envolver a vontade de Constituição, entendida nesse caso, erroneamente como sinônimo de vontade popular ou de uma maioria.

O fundamental, entretanto, é compreender que não há uma delimitação, uma separação exata entre a esfera pública e privada, assim como a responsabilidade que é atribuída a cada uma delas, mas ao contrário disso, uma ligação entre esfera pública

que é titular do serviço e esfera privada, já que pode ser encarregada pela prestação. Ou ainda, no sentido de que o prestador, aquele que assume os serviços públicos não exclusivos, é estruturado e regido sob o prisma do Direito privado para prestar um serviço que é de interesse público.

Portanto, conforme visto, não existe uma separação perfeita entre esfera pública e privada na formulação do Terceiro Setor, razão pela qual a definição é complexa. Todavia a complexidade não se resume apenas na ausência dessa clara divisão ou setorização, que sequer existe como dito alhures, mas também por conta da dificuldade de caracterizar a sociedade civil organizada que seria a personagem por detrás do Terceiro Setor, responsável pela prestação dos serviços públicos.

Bruno Valverde Chahaira (2018) entende que a sociedade civil organizada que é o ponto de partida da Reforma Administrativa do Estado e que posteriormente se caracteriza como o denominado Terceiro Setor, nos termos da Constituição de 1988. Referido autor, se utilizando dos postulados da definição proposta durante o IV Encontro Ibero-Americano do Terceiro Setor, em uma conceituação jurídica, o define como toda ação desenvolvida sem fins lucrativos por pessoa física ou jurídica de natureza privada que tenha expressão de participação popular e que possua entre seus objetivos e finalidades a promoção de um Direito social e seus princípios.

Logo, a partir dessas características a sociedade civil a que se referem os discursos de justificação da Reforma Administrativa dizem respeito não só a organizações com personalidade jurídica, mas também a pessoas físicas que se proponham, sem finalidade lucrativa e com participação popular, desenvolver Direitos sociais.

Há nessa assertiva anterior um problema de razão lógica, assim como na própria proposição de Bruno Valverde Chahaira, porque é difícil conceber que pessoas físicas tenham “expressão de participação popular”. São pessoas físicas, com atuação individual e, portanto, como garantir uma participação popular nas atividades?

Por evidente que o indivíduo isoladamente e sem o cunho lucrativo pode desenvolver atividades de cunho social não só como ato de caridade, mas com fundo no princípio da solidariedade que está previsto na Constituição Federal. Mas o que se pretende ressaltar é a dificuldade em, a partir da caracterização proposta por Bruno

Chahaira, garantir a participação popular, porque se trata de um indivíduo, o qual age isoladamente.

A partir dessa advertência, contudo, surge um outro questionamento: seria então necessário estar constituído juridicamente para integrar o Terceiro Setor? Os movimentos sociais sem personalidade jurídica, mas que atendam a todos os demais postulados, não integram o Terceiro Setor?

Responder a essa formulação não é fácil, porque definir algo como da sociedade civil também não o é. A esse respeito a própria doutrina não possui um entendimento uniforme, ora entendendo que há necessidade de estruturação para integrar o Terceiro Setor e, em outros momentos, pela classificação que toma por base, entendendo que não integrando o mercado ou o Estado, comporá o Terceiro Setor, ainda que inexista a personalidade jurídica.

A questão das entidades que compõe evidentemente o Terceiro Setor e a discussão que as cerca será abordada posteriormente com maior detalhamento quando do estudo das entidades que compõem o Terceiro Setor.

Retomando a definição proposta por Bruno Valverde Chahaira (2018), a despeito das contradições levantadas anteriormente, traz relevantes contribuições na medida em que exige que essa sociedade civil organizada, denominada de Terceiro Setor não possua finalidade lucrativa. Não significa, nesses termos, que recursos não possam ser auferidos pela organização, mas, em verdade, que o seu objetivo não seja a distribuição de lucro. Ao contrário, que a existência de recursos, que são, por evidente, necessários à sua manutenção, sejam utilizados nesta finalidade ou para a promoção de Direitos sociais.

Outra contribuição importante na definição proposta pelo autor diz com a natureza jurídica de Direito privado, de modo que as estruturas que integram o Estado e possuem natureza jurídica de Direito público, como é caso das fundações, não integram a sociedade civil e, portanto, distanciam-se do Terceiro Setor.

Por fim, mesmo que sem a finalidade de esgotar a matéria, o objetivo do subcapítulo foi cumprido de tal sorte que restou evidente a complexidade em definir algo como da sociedade civil para fins de caracterização do Terceiro Setor, quer seja para ausência de separação precisa entre os institutos de Direito privado e Direito público, como também pela dificuldade em dizer qual é a sociedade civil a que se

referia a Reforma Administrativa do Estado, tema que a propósito será retomado adiante.

3.2 As entidades do Terceiro Setor a partir do marco regulatório da Lei da Lei nº 13.019/2014 e da decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923

A Lei Federal nº 13.019, de 31 de julho de 2014, substancialmente alterada pela Lei Federal nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015, estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as 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, dentre outras providências.

Thiago Marrara e Natália de Aquino Cesário (2018), fazendo uma retrospectiva histórica, lembram que a Lei nº 13.019 encontra suas raízes no fortalecimento do Terceiro Setor já desejado na Reforma Administrativa do Estado que se iniciou em meados da década de 90. Porém de 1990 até a edição da Lei considerada como o novo marco regulatório, a União havia concentrado seus esforços em editar normas apenas na esfera federal, o que é alterado significativamente ao tempo do novo instrumento normativo.

A abertura do marco jurídico para as parcerias entre o Estado e a sociedade civil organizada e que contou estímulo ao desenvolvimento do setor público não estatal, do ponto de vista da Administração Pública, foi a Reforma Administrativa do Estado, apesar de pontos negativos sob o ponto de vista do Direito administrativo (NOHARA, 2018).

Existiram duas ondas de transformação nas parcerias com o Terceiro Setor. A primeira delas que chegou em 1990, quando surgiu no exemplo brasileiro novos modelos de ajuste para a execução de tarefas estatais de cunho social em parceria com o Terceiro Setor. A segunda quando se discutiu a disciplina jurídica em torno dos convênios. Porém, Fernando Mânica destaca que ambas partiram do mesmo suposto, a inadequação da normatização dos convênios para parcerias com o Terceiro Setor (MÂNICA, 2018).

Ainda não considerada como uma terceira onda por Fernando Borges Mânica, a Lei nº 13.019 reforça esse quadro de inadequação dos convênios, tanto é que veda a utilização de convênios com o Terceiro Setor²³, tendo por objetivo estabelecer um novo regime jurídico para a celebração de parcerias entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil (OSC).

De acordo com o art. 1º da Lei nº 13.019 o objetivo foi de instituir normas gerais para as parcerias que são firmadas entre a Administração Pública e as entidades da sociedade civil que compõe o denominado Terceiro Setor em mútua colaboração com a finalidade de interesses públicos (ARAGÃO, 2017).

A referida Lei trouxe como objetivo principal a fixação, em âmbito nacional, de um regime jurídico para as parcerias voluntárias, tanto para aquelas em que envolvem a transferência ou não de recursos públicos como para aquelas que são firmadas entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil que não possuem fins lucrativos. Refere ainda que até esse novo marco normativo as situações eram regidas por normas esparsas e muitas vezes recheadas de lacunas que conduziam a insegurança jurídica para ambos os lados (OLIVEIRA, 2015).

Com isso, o campo de discricionariedade de decisão do gestor público, antes bastante amplo, na sistemática dos convênios regidos pelo art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passou a ficar adstrito a um procedimento formal que visa a legitimar as decisões administrativas acerca da alocação de recursos públicos, sejam ou não financeiros, em parcerias de interesse público, realizadas em regime de mútua colaboração, formalizadas com tais entidades.

A Lei nº 13.019 representa um avanço, de acordo com Rafael Carvalho Rezende de Oliveira (2015) em matéria de segurança jurídica, eficiência, democratização, assim como eficiência na sistemática de atuação consensual entre a Administração Pública e as entidades com personalidade jurídica de Direito privado, ou seja, os particulares.

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 366), “a Lei nº 13.019, de 31-7-2014, alterada pela Lei nº 13.204, de 14-12-2015, veio a disciplinar de forma mais

²³ A vedação prevista diz respeito a convênios entre o Poder Público e entidades privadas e não os convênios realizados entre Poder Público e entidades públicas.

rigorosa as parcerias entre o Poder Público e as entidades do Terceiro Setor, chamadas genericamente de organizações da sociedade civil”.

Ademais, a Lei nº 13.019/2014 também define diretrizes para a política de fomento e de colaboração com as Organizações da Sociedade Civil, assim como restringe a figura do convênio administrativo, cria o Termo de Colaboração, o Termo de Fomento e o Acordo de Cooperação, a serem empregados nas parcerias entre Administração Pública e OSC.

Os avanços da Lei, entretanto, não a deixam completamente imune a críticas, sendo que a primeira delas diz respeito a sua abrangência, na medida em que o art. 1º refere as que as normas são aplicadas a Municípios, Estados, Distrito Federal e União. Rafael Carvalho Rezende de Oliveira (2015), menciona que a literalidade do dispositivo considera a Lei como nacional e não Lei Federal, na medida em que se aplica a todos os entes federativos.

Essa aplicabilidade geral decorre da premissa utilizada pelo legislador que parte do pressuposto de que os ajustes sem a finalidade econômica entre a Administração Pública e a sociedade civil organizada são modalidades contratuais, de modo que a União teria competência para legislar e consequentemente criar regras gerais (FORTINI, CUNHA e PIRES, 2018).

Porém, a fundamentação utilizada pelo legislador, ressaltando que as parcerias são firmadas por meio de convênios e contratos, razão pela qual a redação do art. 22, XXVII da Constituição Federal não autoriza a União a legislar com normas gerais sobre a matéria (convênios) (OLIVEIRA, 2015).

Nesse mesmo sentido a própria justificativa do projeto de Lei que deu origem à Lei nº 13.019/2014, trata convênios e contratos como figuras distintas, como de fato são. Logo, ao passo em que a justificativa da proposição se esteira em uma distinção necessárias, não faz sentido o legislador apoiar sua pretensão em dispositivo constitucional que é dirigido a contratos, como é o caso do art. 22, XXVII da Constituição Federal (FORTINI, CUNHA e PIRES, 2018).

Existem situações fáticas em que os convênios são denominados como contratos e verdadeiramente são contratos de prestação de serviço. Isso ocorre para escapar das regras inerentes aos contratos. Essa premissa, entretanto, não dá

guardada para que instrumentos distintos sejam considerados idênticos pelo legislador para propor normais gerais sobre convênios (FORTINI, CUNHA e PIRES, 2018).

No cenário em que há a distinção evidente entre contratos e convênios, portanto, é forçoso concluir que inexistente autorização para que a União possa legislar a respeito dos convênios de modo geral, estando reservada a autonomia dos demais entes federativos nesse particular (OLIVEIRA, 2015). Há falta sustentação constitucional para União ditar aos demais entes federativos regras sobre matéria que está fora da sua alçada, principalmente quando se percebe que algumas das disposições da Lei nº 13.019/2014 são réplicas do que é instituído em nível federal por meio de outros instrumentos normativos, em evidente imposição de práticas consumadas do nível federal aos demais entes federativos (FORTINI, CUNHA e PIRES, 2018).

Muitos convênios, a exemplo daqueles baseados no art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, possuem normas de Direito financeiro, os quais a competência, por força do art. 24, I da Constituição Federal, é da União. Logo, ainda que se entenda que existe uma distinção necessária entre convênios e contratos para fins de iniciativa de proposição legislativa, se mostra necessário também analisar a questão sob o prisma de normas gerais sobre Direito financeiro, as quais tem abrangência a todas as esferas federativas e, por consequência daria guarida ao legislador para propor a norma (ARAGÃO, 2017).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017) acrescenta, entretanto, que a justificativa utilizada, art. 22, XXVII da Constituição Federal ocorre em razão da matéria, contratação e licitação, inseridas no campo privativo da União para fixar normas gerais. Sem adentrar na discussão da legitimidade para legislador no caso específico, refere que as normas fixadas têm caráter geral, mas isso não impede que Estados e Municípios venham a legislador no mesmo sentido, desde que observem as normas gerais.

Thiago Marrara e Natália de Aquino Cesário (2018) citam, a título exemplificativo, que Estados e Municípios poderiam estabelecer normas de detalhamento ou complementação, ampliando a transparência e o controle social, naquelas situações que envolvem o Capítulo II – Termo de Colaboração e Termo de Fomento, da Lei nº 13.019/2014.

Nesse sentido, é possível afirmar que o novo marco regulatório deve ser interpretado de acordo com a Constituição e, sendo assim, considerado em princípio como lei federal e não lei nacional, de sorte que sua aplicabilidade se restringe ao âmbito federal, devendo a legislação dos demais entes respeitarem os princípios e diretrizes dessa (OLIVEIRA, 2015).

Embora não se desconheça e haja concordância com as críticas alinhadas anteriormente, o objetivo do trabalho não é discorrer sobre a constitucionalidade ou não da norma, mas sim apresentar suas contradições relativas à aplicabilidade de forma geral. Portanto, a despeito das críticas e diante da inexistência de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal – STF, parte-se do suposto de aplicabilidade da Lei nº 13.019/2014 a todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), sem ao mesmo tempo, deixar de reconhecer a capacidade legislativa em âmbito estadual e Município de matéria idêntica, respeitados os princípios gerais previstos no novo marco regulatório.

Relevante destacar também que a Lei nº 13.019/2014 não trouxe a pretensão de extirpar do mundo jurídico outras normas que regulam situações similares celebradas entre a Administração Pública e os particulares, a exemplo dos contratos de gestão celebrados com OSs, que permanecem submetidos a Lei nº 9.637/1998 e dos termos de parceria celebrados com as OSCIPs, que continuam vinculadas aos preceitos da Lei nº 9.790/1999 (ARAGÃO, 2017).

Rafael Carvalho Rezende de Oliveira (2015) compartilha desse mesmo entendimento, destacando que o legislador reconhece que, paralelamente a Lei nº 13.019/2014, coexistem outros instrumentos normativos para regular modalidades específicas de parcerias, tal como àquelas que dizem respeito ao Sistema Único de Saúde – SUS, Lei nº 8.080/1990 e aos contratos de gestão com as organizações sociais, Lei nº 9.637/1998. Porém, ressalta que existe, por força do art. 4º da Lei nº 13.019/2014, a revogação da Lei nº 9.790/1999, porque com ela seria incompatível, já que possuem características gerais semelhantes, consideradas entidades privadas sem fins lucrativos que desempenham atividades de caráter social por meio de vínculos jurídicos com a Administração Pública.

A despeito dessas considerações, metodologicamente para o desenvolvimento do trabalho, não será considerada retirada do mundo jurídico a Lei nº 9.790/1999,

visto que mesmo reconhecido o alto grau de semelhança entre os institutos, na sua essência possuem características distintas, o que não a torna incompatível com o novo regime jurídico das parcerias instituído pela lei de 2014.

Muitas são as modificações introduzidas pela nova Lei, como, por exemplo, a substituição do termo de convênio pelos termos de colaboração, de fomento e pelo acordo de cooperação. Há uma restrição, na realidade, da figura do convênio entre particulares e Poder Público, porque somente poderá ser adotada uma das formas de parceria prevista na Lei (termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação (ARAGÃO, 2017).

A Lei nº 13.019/2014 avança: define responsabilidades operacionais para diferentes agentes públicos; determina regras de transparência e controle das parcerias; institucionaliza as formas de participação social neste processo; modifica as normas relativas aos planos de trabalho destes ajustes, aperfeiçoando-os, do ponto de vista técnico; institui a necessidade de realização de chamamento público para a seleção da OSC parceira da Administração, mediante publicação de edital, com critérios de julgamento objetivos das propostas apresentadas pelas entidades interessadas; normatiza os requisitos para celebração das parcerias, estabelecendo quais os documentos que as OSC deverão apresentar; prevê expressamente os casos de impedimento da OSC para celebração de qualquer modalidade de parceria, bem como os tipos de objetos vedados no âmbito destas; determina as cláusulas obrigatórias dos Termos de Colaboração e de Fomento; prevê despesas vedadas; estabelece exigências para a movimentação e aplicação financeira dos recursos; limita as alterações das parcerias; institui a comissão de monitoramento e avaliação, responsável por fiscalizar e homologar os relatórios técnicos de acompanhamento da parceria, elaborados pela Administração; também institui o gestor, com poderes de controle e fiscalização; prevê normas gerais e prazos para prestação de contas e seu julgamento pela Administração Pública; estabelece sanções a serem aplicadas às OSC no caso de descumprimento da Lei ou da parceria, e define as responsabilidades dos agentes públicos no âmbito destes ajustes.

Note-se que a lei estabelece as parcerias e seu regime jurídico, fixando procedimentos desde a celebração até a avaliação, mas ao mesmo tempo não destaca quais são as vantagens e desvantagens pormenorizadamente de cada um

dos modelos previstos, o que abre espaço para a discricionariedade do administrador em optar de acordo com a concretude e formato da parceria (NOHARA, 2018).

Irene Nohara (2018) destaca como relevante novidade incorporada pela Lei, a possibilidade de as Organizações Sociais atuarem em rede, que é, segundo a autora, mecanismo incorporado da participação de empresas em consórcios nas licitações. Assim, a lei autoriza que duas ou mais Organizações Sociais celebrem termo de fomento ou de colaboração, atendidos os requisitos mínimos de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ e capacidade técnica e operacional para supervisionar e orientar a atuação da organização em rede.

Rafael Carvalho Rezende de Oliveira (2015) destaca que uma das inovações trazidas pela Lei nº 13.019/2014 diz respeito ao procedimento de manifestação de interesse social. Cita que o art. 18 da Lei nº 13.019/2014 estabeleceu como procedimento a manifestação por meio do qual a Organização Social, cidadãos ou movimentos sociais podem apresentar propostas a Administração Pública, para que essa avalie a realização de chamamento público objetivando a formação de parceria. Porém, não se trata de uma obrigação da Lei, conforme seu art. 21, estando na esfera de discricionariedade do administrador.

Por outro lado, a Lei exige a realização de procedimento impessoal, com regras objetivas para a seleção de organizações da sociedade civil para a celebração de parcerias. Se trata da previsão dos arts. 23 a 32 da Lei nº 13.019/2014, que disciplina o chamamento público como condição para a parceria.

Essa previsão põe fim a discussão acalorada no âmbito doutrinário que diz respeito ou não a realização de procedimento licitatório para a celebração dos convênios entre a Administração Pública e as entidades privadas. Isso em razão da predominância doutrinária no sentido de que a parte final do art. 166 da Lei nº 8.666/1993 – no que couber, não exigia a aplicação do regime administrativo para a contratação e dessa forma não alcaçaria obrigatoriamente os convênios (FORTINI, CUNHA e PIRES, 2018).

A exigência trazida pela Lei encerra a possibilidade de preterição de uma organização em favor de outra, porque há um procedimento administrativo lícito e idôneo para selecionar a organização privada que melhor atenderá os fins da parceria com a Administração Pública. Se trata de uma tendência do Tribunal de Contas da

União e transposta para a legislação no sentido de exigir um processo objetivo para a seleção dos interessados em firmar parcerias (OLIVEIRA, 2015).

O novo marco regulatório, trata, pois, de reconhecer que nas relações entre o Poder Público e a sociedade civil organizada não podem existir privilégios, aplicando-se o princípio da isonomia, impondo regras objetivas para a seleção dos interessados em associar-se com a Administração Pública (FORTINI, CUNHA e PIRES, 2018).

No acordo de cooperação, entretanto, por força dos art. 2º, XII, 24 e 25 da Lei nº 13.019/2014, não há obrigação de realização do chamamento público. Igualmente, a Lei, no art. 30 refere outras hipóteses de dispensa do chamamento público, como é o caso de urgência decorrente da paralisação ou iminência de paralisação de atividade de interesse público (inciso I), no caso de guerra, calamidade pública ou grave perturbação da ordem pública ou ameaça à paz (inciso II), quando se tratar de situação que envolva a realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança (inciso III) e finalmente o inciso IV, o qual interessa mais detidamente pelo objetivo do trabalho.

A Lei nº 13.204/2015, no que diz respeito ao chamamento público, alterou a Lei nº 13.019/2014 não só para permitir a dispensa nos casos acima referidos, mas também para que as entidades que executam serviços na área de saúde, educação e assistência social possam celebrar a parceria independente de realização de chamamento público. É necessário, neste caso, apenas o credenciamento de Organização Social apta a executar a atividade ou projeto em regime de mútua cooperação com finalidade público e recíproco.

Esse último ponto é fundamental para o desenvolvimento do trabalho, visto que haverá análise objetiva da realização do chamamento público para a realização da parceria com a finalidade educacional. Ou seja, de modo a evidenciar se o administrador, embora dispensado juridicamente da realização do chamamento, mas ciente da necessidade de satisfação do princípio da isonomia, tem adotado regras objetivas para a seleção da entidade.

A resposta da observação evidenciará a preocupação do Administrador em utilizar critérios paritários para a seleção da entidade parceira como forma de denotar indícios de beneficiamento à entidade que possa ainda que indiretamente beneficiar os seus próprios interesses e não exatamente o interesse público, já que, conforme

anunciado acima, o Tribunal de Contas da União tem se manifestado no sentido de que ainda que não seja exigida formalmente a realização de seleção objetiva para a celebração de convênios e instrumentos similares, por força do princípio da impessoalidade, previsto no art. 37 da Constituição Federal a orientação deve ser nesse sentido.

Isso porque as relações jurídicas entre a Administração Pública e as entidades do Terceiro Setor tem sido terreno fértil para desvios dos objetivos que justificam a celebração de parcerias entre o setor público e setor privado para o fomento de atividades sociais de interesse público, assim sido palco de desrespeito as finalidade institucionais das entidades parceiras, com desvio significativo de recursos para finalidades que não dizem com o interesse público (DI PIETRO, 2017).

Esses fatos deram margem para a adoção de medidas moralizadoras e instrumentos para viabilizar o monitoramento dos órgãos de controle, não só como forma de inibir atos ilegais ou abusos e alcançar a pretensão punitiva, mas também para que haja sua correção diante da existência de mecanismos que possibilitam a análise.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015) aponta que esses mecanismos moralizadores são: a) medidas garantidoras da transparência (art. 10 e 11), meios de apresentação de denúncias sobre a aplicação de irregularidades na aplicação dos recursos transferidos; b) exigência do chamamento público, já referido anteriormente; c) maiores requisitos para o que a sociedade civil possa realizar parcerias (art. 33, V) e ficha limpa dos dirigentes das entidades (art. 39); d) previsão de plano de trabalho como documento anexo ao termo de colaboração ou fomento (art. 42) e previsão da aplicação dos recursos vinculados a parceria (art. 46); e) restrições para a liberação de recursos públicos (arts. 48 e 49), bem como movimentações e aplicações de recursos financeiros (arts. 51 a 53); f) previsão de monitoramento e avaliação pela Administração Pública; g) previsão do gestor, como pessoa responsável inclusive pela fiscalização (art. 61); g) possibilidade de retomada de bens públicos e assunção de responsabilidade que estava a cargo da entidade (art. 62); h) exigência de prestação de contas (arts. 63 a 72) e, i) previsão de penalidades.

Além dessas medidas, de cunho sancionatório, também necessário frisar que Lei nº 13.019/2014 o seu art. 77 modificou a redação do art. 10 da Lei nº 8.429/1992,

a Lei de Improbidade Administrativa, passando a configurar como ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres da Administração, decorrente da (a) frustração da licitude do processo licitatório ou seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou a sua dispensa indevida; (b) a facilitação ou o concurso, sob qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos mediante parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis; (c) a permissão ou o concurso para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos no âmbito de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis; (d) a celebração de parcerias da Administração Pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis; (e) a ação negligente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; (f) a liberação de recursos de parcerias firmadas com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou a influência, de qualquer forma, para a sua aplicação irregular; e (g) a liberação de recursos de parcerias sem a estrita observância das normas pertinentes ou a influência para a sua aplicação irregular.

Já o art. 78 da Lei nº 13.019/2014 incluiu, no art. 11 da Lei nº 8.429/1992, o inciso VIII, que passa a considerar ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública “descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela Administração Pública com entidades privadas”.

Por fim, a Lei nº 13.204/2015 incluiu o art. 78-A na Lei nº 13.019/2014, para o fim específico de acrescentar o inciso III ao art. 23 da Lei nº 8.429/1992, para o fim de determinar que as ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas podem ser propostas em até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades abrangidas pela Lei de Improbidade Administrativa.

Relativo as entidades que compõem o Terceiro Setor e portanto, são capazes de atender as regras trazidas pelo novo marco regulatório, entretanto, não há, um consenso no que diz respeito às instituições que compõem o Terceiro Setor. Segundo Albuquerque (2006), em decorrência de diversas transformações políticas, a formatação das ONGs também foi alterada pelo decurso dos anos.

Quem integra o Terceiro Setor é uma questão que sempre permeia o debate relativo ao tema, se seriam apenas as entidades devidamente constituídas juridicamente ou basta que haja o benefício público e/ou coletivo, dos quais se incluiria os movimentos sociais. Ou, ainda, se as cooperativas compõem o Terceiro Setor ou até mesmo se a responsabilidade social das empresas também é componente da sociedade civil que está atrelada ao Terceiro Setor (VIOLIN, 2015).

A expressão organização social é expressão ambígua no Direito brasileiro, podendo, em sentido *lato* denotar estruturação e organização de determinada comunidade social, assim como qualquer entidade privada que não possua finalidade lucrativa dirigida a prestação de atividade de interesse coletivo ou de solidariedade social (MODESTO, 2017).

Em sentido *estricto*, entende que é um título jurídico instituído pela União ou por legislação estadual e municipal para qualificar entidades privadas sem finalidade lucrativa e com finalidade social, que atendem aos requisitos previstos para a sua obtenção (MODESTO, 2017).

Se trata de qualificação jurídica, que possui várias nomenclaturas e fontes normativas, conferida pelo Estado para valorizar a sociedade civil organizada que não possui finalidade lucrativa pra viabilizar benefícios públicos e formalização de parcerias com objetivo de atender demandas sociais (OLIVEIRA, 2015).

Nenhuma das entidades que integram o Terceiro Setor sobreviveria sem os demais setores da sociedade, propondo nessa esteira que podem existir subtipos de Terceiro Setor. O primeiro, mais puro, seria composto pelas entidades que sobrevivem apenas dos esforços das próprias organizações, sem influência do mercado e do Estado, o qual é mais raro (BARBIERI, 2011).

O segundo, diferente do primeiro, depende para a sua sobrevivência de contratos, termos e parceria e até mesmo subsídios e subvenções do poder público ou recebimento de aporte financeiro do mercado. Não conseguem manter-se

sozinhos, não sobrevivem da própria atividade. São os exemplos mais comuns no caso brasileiro, que dependem de qualificação do governo e que serão estudados posteriormente. Já o terceiro subtipo dependeria integralmente dos demais setores, sendo criado justamente para atingir uma finalidade pública, mas atrelado a necessidade de aporte de recursos do mercado e do Estado (BARBIERI, 2011).

O Terceiro Setor, em uma visão sociológica abrangeria todas as organizações sociais, estejam elas constituídas ou registradas formalmente como pessoas jurídicas, tais como as organizações religiosas, associações de classes e bairro e mesmo o mero agrupamento de pessoas com finalidade social que não dizem respeito à estrutura do mercado nem o do Estado (DIAS e TORCHIA, 2018).

A partir da visão sociológica, os movimentos sociais sem personalidade jurídica seriam parte integrante do Terceiro Setor, tendo em conta que não fazem parte nem do Estado e muito menos do mercado. Sua localização está distante da estrutura estatal e não possuem, na essência, uma finalidade lucrativa que corresponderia ao mercado. Logo, partindo da ideia de setorização entre Estado, mercado e sociedade civil, da qual se discorda, mas entende-se como aceita doutrinariamente, os movimentos sociais se alinham a sociedade civil organizada (VIOLIN, 2015).

O mesmo raciocínio serve para as entidades de benefício mútuo e de benefício público. As primeiras reconhecidas como àquelas que se dirigem apenas aos seus associados, de interesses coletivos, mas não públicos e as segundas que alcançam o público em geral. Por não disporem de estruturação e personalidade jurídica há o debate sobre integrarem ou não o Terceiro Setor. Na visão sociológica desimporta a personalidade jurídica, mas sim o fato de estarem desvinculadas do mercado e do Estado.

As entidades paraestatais, por sua vez, não possuem uma definição ou conceituação precisa na legislação e doutrina. Porém como o nome paraestatal sugere, que são pessoas jurídicas que não integram a estrutura do Estado, seria possível conceber que o Terceiro Setor corresponderia como o local para aloca-las, visto que também se distanciam do mercado. Restaria como única alternativa direcioná-las para o Terceiro Setor.

Maria Tereza Fonseca Dias e Bruno Martins Torchia (2018) entendem, porém que devido as particularidades e diversos regimes que envolvem as entidades do

campo paraestatal, não é possível, por definição, admitir que elas integrem o Terceiro Setor.

Outra dúvida frequente diz respeito às cooperativas, se elas têm fins lucrativos ou não e, por consequência dessa conclusão se integram ou não o Terceiro Setor. Na perspectiva do trabalho, abordar-se-á apenas as cooperativas de que aplicam seus recursos integralmente em seus fins, embora se reconheça que parcela doutrinária defenda que sua finalidade é o alcance do lucro.

Tomado por base o que foi referido alhures, partindo do pressuposto de que as cooperativas são entidades devidamente registradas, com personalidade jurídica própria e, inexistindo a finalidade lucrativa, haveria conclusão de que atendem os requisitos macros para incorporarem-se ao Terceiro Setor, pois de um lado estão excluídas do mercado e de outro também não fazem parte da estrutura estatal.

Porém, essa definição não é tão simples quanto referido no parágrafo anterior, visto que as cooperativas que são organizações de auxílio mútuo não deixam de ter fins econômicos, mas o objetivo de filiação dos cooperados não é a busca pelo lucro e sim alcançar os serviços que a organização pode lhe proporcionar. Não existe um lucro a ser distribuído entre os cooperados, mas apenas sobras ou resultados que podem ser revertidos aos seus associados (VIOLIN, 2015).

O ponto para compreensão é tratar como distinta a possibilidade de divisão de sobras e resultados oriundo de uma cooperativa com a finalidade de criação de uma entidade para a obtenção de recursos financeiros em proveito próprio. Na cooperativa, a razão de existir não é entregar ao associado o lucro proveniente da atuação, mas lhe oferecer condições para o progresso, sendo mera consequência a eventual distribuição de sobras e resultados.

Realmente as cooperativas não têm uma finalidade lucrativa e com ele há concordância para o desenvolvimento do trabalho, já que ainda que exista a distribuição de valores entre associados, estes dizem respeito a sobras e resultados e não típico lucro que é produto das empresas que possuem características econômicas de finalidade lucrativa. O lucro é a remuneração do empresário pelos resultados positivos do seu empreendimento econômico, enquanto as sobras e os resultados são valores obtidos pela cooperativa e que o associado tem o Direito de receber de volta (VIOLIN, 2015).

Mesmo para quem parte de um pressuposto diverso, que as cooperativas de um modo geral possuem finalidade lucrativa, como é o caso de Fernando Borges Mânica (2018), aduzem que as cooperativas de cunho social integram o Terceiro Setor, porque estas foram criadas sem a finalidade econômica. As cooperativas de cunho social são aquelas que também se regem pela Lei nº 5.764/1971 e tem a função de inserir pessoas em desvantagem no mercado econômico.

Com o advento da Lei nº 13.204/2015, que alterou a Lei nº 13.019/2014, houve um alargamento do conceito de Organização da Sociedade Civil para abranger, além das entidades privadas sem fins lucrativos, as sociedades cooperativas ditas “solidárias” e as organizações religiosas que se dediquem a atividade ou a projetos de interesse público ou social, ponto, em certa medida, pondo final com relação integrarem o Terceiro Setor.

Paulo Modesto (2017) menciona que a introdução no novo marco regulatório coroa a fórmula abrangente de compreender o Terceiro Setor e por consequência superar a o debate de que as cooperativas fazem parte dele, isso porque as alterações já não tão recentes, viabilizam, expressamente, considerar cooperativas como Organizações da Sociedade Civil.

Porém, com a edição da Lei nº 13.019/2014, o que passou a ser entendido como entidades do Terceiro Setor foi apresentado pelo art. 2º, inciso I da referida norma. Dito artigo define entidade do Terceiro Setor como aquela pessoa jurídica que não possui fins lucrativos e que não distribui entre seus pares eventuais resultados, sobras, dividendos bonificações, entre outros. Além disso, o dispositivo destaca que existe a necessidade de aplicar integralmente na consecução de seu objeto social, de forma imediata ou por meio de constituição de fundo de reserva ou de patrimônio os recursos que são auferidos mediante o exercício da sua atividade.

Independente da necessidade de personalidade jurídica constituída ou não para integrar o Terceiro Setor, o fundamental para o objetivo do trabalho é reconhecer que as parcerias com o Poder Público somente podem ser firmadas com aquelas entidades que compõem o Terceiro Setor, que estejam devidamente constituídas e que atendam os requisitos para firmá-la (VIOLIN, 2015).

Dando nova redação ao inciso I do art. 2º Lei nº 13.019/2014 a Lei nº 13.204/2015 conceitua essas pessoas jurídicas de Direito privado, para fins do regime

de parceria, da seguinte forma: a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva; b) sociedades cooperativas previstas na Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social e, c) organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos.

Na tentativa de aclarar essa situação, já que até o ano de 2015 muita controvérsia girava em torno da compatibilidade de parcerias com as Organizações Sociais no modelo da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal – STF, concluiu o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 1.923, que foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores – PT e Partido Democrático Trabalhista – PDT em 1998. A ação questionava inúmeros dispositivos da Lei nº 9.637/1998 e também o inciso XXIV do art. 24 da Lei de Licitações, Lei nº 8.666/1993.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi proposta em um cenário de resistência ideológica a respeito do novo modelo colaborativo das organizações sociais, considerados por muitos como formas de privatização, ruptura com a organização administrativa e expressão do neoliberalismo (MODESTO, 2017). Era a própria resistência ao novo modelo de gestão instituído pela Reforma Administrativa do Estado que estava sendo aperfeiçoado paulatinamente.

Existem decisões que transcendem o caso concreto em análise para alterar toda a compreensão de segmentos da ordem jurídica, e esse foi o caso da decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 1.923, já que empregou sentido a todo

o conjunto normativo que esteirava a atuação do Terceiro Setor em colaboração com o Poder Público para execução de atividades de interesse coletivo (MODESTO, 2017).

A decisão do Supremo Tribunal Federal – STF assentou que os setores como saúde, educação cultura, desporto e lazer, ciência e tecnologia e meio ambiente caracterizam-se como serviços públicos sociais e que como tal, não dependem de delegação para que os particulares possam atuar. Ou seja, não incide a previsão do art. 175 da Constituição Federal nesses setores de modo que os particulares possam atuar em paralelo com o Poder Público (MOTTA, 2018).

Inexiste inconstitucionalidade no modelo de organização social pois o Poder Público não tem obrigação de intervenção no domínio social exclusivamente direta. A intervenção que diz respeito ao Estado pode ocorrer tanto direta quanto indiretamente, por indução, regulação e pelo incentivo a particulares (MODESTO, 2017).

A posição adotada também se expressou como intervenção indireta no domínio social e econômico, constituindo-se como fomento público aos serviços sociais. Esse fomento seria atingido pela cessão de recursos, bens e/ou pessoal para entidades privadas por meio da celebração de contratos de gestão para que as entidades pudessem atuar de acordo com o interesse público, sem que isso significasse uma renúncia do Poder Público nos seus deveres de atuação de promoção social.

A questão, diante desse contexto, apresentada por Tarso Cabral Violin (2015), em tom provocativo diz respeito à autorização para extinguir a universidade pública e repassar a obrigação para uma entidade qualificada como Organização Social? Ou então, se seria possível repassar a gestão de todos os hospitais ou unidades de saúde para as Organizações Sociais sem manter nenhuma estrutura estatal. Afirma o jurista que a resposta constitucional seria evidentemente negativa, mas que a situação sequer foi apreciada no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade.

Os artigos da lei que foram impugnados receberam chancela do Poder Judiciário, conferindo legitimidade para que o Poder Público pudesse se afastar da atuação direta de modo a privilegiar a escolha e alcance dos mesmos fins pretendidos através do fomento a entidades privadas. Não tão evidente como deveria ser, a resposta do Supremo Tribunal Federal – STF deveria ter sido no sentido de que não se concedeu autorização irrestrita para que o Poder Público pudesse deixar de atuar, sobretudo nessas camadas sensíveis, mas ao mesmo tempo reconheceu que a

finalidade da atuação direta da Administração Pública poderia ser alcançada pelo fomento a entidades privadas, inclusive com preferência dessas para a execução das atividades.

A decisão não foi clara e objetiva nesse aspecto, porque não mensurou qual o limite dessa transferência de responsabilidades, quando o texto Constitucional do Estado de Bem-Estar Social exige uma atuação direta do Poder Público como forma de proteção das insuficiências.

Tarso Cabral Violin (2015) se utilizando da fundamentação do Ministro Marco Aurélio em seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 1.923, refere o espírito combativo do Ministro, ao passo que a Constituição impõe ao Estado o dever de atuar de forma direta, sem escolhas discricionárias do legislador e do administrador para áreas como saúde, educação, cultura, desenvolvimento científico, pesquisa, capacitação tecnológica e no meio ambiente.

Paulo Modesto (2017), comentando sobre o voto do Ministro Relator da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, menciona que ocorreu o enfretamento de uma questão sensível que é a ausência de amarras a um modelo de Estado estático, que não cede espaço para as manifestações da vontade do povo, seus representantes e provoca a ausência de evolução com o passar dos anos. Lembra, na esteira do voto do Relator, que é constitucionalmente necessário compreender que a Constituição deixa a escolha das maiorias políticas o molde da intervenção do Estado nos domínios sociais à luz da vontade coletiva.

Nesse particular, para o desenvolvimento do trabalho, há discordância relativa da visão de Paulo Modesto e por consequência do voto do Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade em sua fundamentação. Significa que o voto está equivocado na sua fundamentação nessa questão específica, porque não é adequado para o Estado Democrático de Direito e à finalidade do Supremo Tribunal Federal – STF, atender aos anseios do povo.

Se compreende que o papel do Supremo Tribunal Federal está limitado a interpretar a vontade da Constituição e não ao que ecoa das ruas ou da vontade popular mediante manifestação dos seus representantes. Esse não é um papel reservado a Corte Constitucional do País, sendo função típica do Poder Legislativo

acatar e propor legislação que está orientada de acordo com a vontade dos representados.

A fundamentação peca por desconsiderar que a interpretação da Constituição de acordo com seus postulados é essencial para evitar rupturas no sistema, tal como o aniquilamento de Direitos em nome da vontade da maioria ou então para pressupor que há necessidade de avanço da matéria.

Não se está por negar a necessidade da evolução do Estado em decorrência dos influxos sociais, mas que ela deve ocorrer de acordo com a Constituição ou então por meio de propostas legislativas, dentro de um conjunto de legalidade, mas distante da Corte Constitucional, a quem caberia julgar fundamentadamente de acordo com os primados da Constituição e não em nome da vontade da maioria.

Ponto importante da decisão da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade diz com a qualificação da entidade como organização social que não é contrato administrativo. Segundo a decisão está ausente a contraposição de interesses, intuito lucrativo ou qualquer outro elemento associado ao núcleo do contrato administrativo na formulação entre organização social e Poder Público. Por consequência disso, é inaplicável o dever do art. 37 da Constituição Federal de licitar.

A pactuação entre a organização social e o Poder Público, segundo a decisão do Supremo Tribunal Federal – STF, significa uma comunhão de esforços entre os atores para atingir objetivos que são comuns aos interessados. Por tal razão não há incidência do dever constitucional de licitar, porque não há competição (MOTTA, 2018).

Também vale destacar que a decisão ora em exame exigiu que o procedimento de qualificação das organizações sociais seja formalizado de acordo com os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, cumprindo com requisitos objetivos em decorrência da aplicabilidade dos princípios que constitucionais inerentes a Administração Pública.

A decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 1.923 também reconheceu a legalidade da dispensa de licitação prevista no art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/1993 e do art. 12 § 3º Lei nº 9.637/1998, porque ao tempo da contratação as entidades já ostentam o título de qualificação e por isso são reconhecidas como colaboradoras com o Poder Público no campo dos serviços sociais. Embora tenha sido

afastado o dever de licitar, a decisão, por outro lado, reforçou a necessidade de satisfação e observância dos princípios constitucionais.

O último ponto a ser destacado da decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal – STF a respeito das Organizações Sociais é que elas não integram a estrutura da Administração, o que parece bastante lógico por sua alocação no Terceiro Setor, mas em decorrência disso, nas contratações com terceiros, as Organizações Sociais não tem o dever de licitar. Porém ao tempo em que se autorizou a contratação das Organizações diretamente, por receberem recursos, pessoal e bens públicos, o seu regime jurídico deve ser orientado pelo núcleo essencial dos princípios da Administração Pública, dentre os quais o da impessoalidade. Logo, ainda que seja inexigível a licitação, as contratações das Organizações Sociais devem ocorrer de forma objetiva, cujas premissas precisam estar fixadas em regulamento próprio.

A fundamentação da ausência de licitação para as compras e aquisições das Organizações Sociais decorre da sua personalidade jurídica de Direito privado e da concepção em torno do Terceiro Setor, que é a capacidade de competição no mercado. Assim, se lhes fosse exigido o dever de licitar, argumenta-se o poder de competitividade no mercado, que é um dos seus sustentáveis, restaria comprometido.

A título exemplificativo, Paulo Modesto (2017) refere que também seria descabido entender que as Organizações Sociais tem a necessidade de selecionar os seus empregados por meio de concurso público ou que sua remuneração tenha base fundada na Lei, porque isso, segundo o autor, engessaria as entidades e seria impróprio a sua condição de particulares²⁴.

Da mesma forma que em outros pontos analisados da decisão, quando da autorização para compras e aquisições diretas das Organizações Sociais, a mesma não foi suficientemente clara para fixar limites, antes pelo contrário, é confusa, porque não exige a licitação como procedimento formal e objetivo, mas ao mesmo tempo requer a satisfação do princípio da impessoalidade, que é base da existência das licitações.

²⁴ É preciso referir, por outro lado, que a ausência de concurso público ou seleção de empregados por meio de sistema objetivo pode conduzir a desvio de finalidades e atos de corrupção, tal como a indicação de apadrinhados políticos, parentes e pessoas que estão impedidas de assumir cargos públicos junto a Administração, mas, por conta da ausência de objeção normativa, podem integrar os quadros funcionais das Organizações Sociais.

Igualmente, a decisão aponta a necessidade de obediência aos primados da Administração Pública, mas não reconhece como haveria a sua realização no plano fático. A insegurança nesse aspecto é sem precedentes, porque a quem caberia dizer se o procedimento adotado satisfaz ou não os princípios da Administração já que não existe uma base sólida com permissivos e vedações. Há margem para discricionariedade do administrador e até espaço para sustentar que práticas lícitas, mas imorais, devem ser toleradas dada a ausência de previsão específica em sentido contrário.

A despeito de todas essas considerações, é importante lembrar que as Organizações Sociais, portanto, podem assumir várias feições, mas recebem uma qualificação jurídica por ato administrativo para serem assim consideradas. São pessoas jurídicas de Direito privado sem finalidade lucrativa e que buscam o desenvolvimento de atividades de caráter social.

É a qualificação jurídica atribuída por ato administrativo discricionário do Poder Público que a considera como Organização Social. A entidade não nasce como Organização Social, mas busca essa titulação, satisfazendo requisitos objetivos do art. 2º da Lei nº 9.637/1998.

Rafael Carvalho Rezende de Oliveira (2015), caracteriza como Organizações Sociais as entidades privadas, qualificadas nos termos da Lei, que celebram contrato de gestão para o cumprimento de metas e recebimento de recursos públicos, sejam eles financeiros, de pessoal ou até mesmo de bens.

Esse contrato de gestão, por sua vez, deve obediência aos princípios da Administração Pública, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade, além dos preceitos fixados na Lei nº 9.637/1998, art. 7º:

Art. 7º Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:

I - especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;

II - a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.

Parágrafo único. Os Ministros de Estado ou autoridades supervisoras da área de atuação da entidade devem definir as demais cláusulas dos contratos de gestão de que sejam signatários.

Já as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs tiveram a sua concepção alterada pela Lei nº 13.019/2014, que alterou a Lei nº 9.790/1999, exigindo que para a qualificação como tal se mostra necessário ser entidade privada, constituída e em regular funcionamento há no mínimo 3 (três) anos, que não exerça atividade lucrativa e que desempenhe atividades que estão arroladas no próprio texto da Lei.

Portanto, assim como as Organizações Sociais, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, também reclamam uma qualificação, mas neste caso o ato administrativo é vinculado. Significa dizer que satisfeitos os requisitos, não há discricionariedade em conceder o título, se torna obrigatório.

Pode a organização assumir as mais variadas feições, mas para alcançar o título deve atender aos postulados previstos no art. 1º da Lei nº 9.790/1999, com redação dada pela Lei nº 13.019/2014.

Diferente das primeiras, a qualificação das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público exigem também que os objetivos da sua estruturação seja algum daqueles previstos no art. 3º da Lei nº 9.790/1999:

Art. 3º 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

Parágrafo único. Para os fins deste artigo, a dedicação às atividades nele previstas configura-se mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins.

O instrumento normativo para vincular as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público ao Poder Público não é o contrato de gestão, mas sim termo de parceria, que estabelecerá o programa de trabalho, contendo metas de desempenho a serem atingidas pela entidade parceira.

Por fim, como se vê, as entidades que compõem o Terceiro Setor podem assumir inúmeras características específicas e a premissa utilizada pelo intérprete, muitas vezes direciona para uma dada conclusão, já que a matéria não possui um entendimento preciso e uniforme no âmbito doutrinário.

Essa compreensão dá substrato para verificar quais as entidades, suas características e por consequência a quais preceitos devem obediência quando assume a prestação do serviço público de educação básica em nome dos Municípios.

3.3 A dificuldade de acesso às informações da prestação do serviço público: Terceiro Setor como um elemento quase oculto

Diante da elucidação da complexidade de definição da sociedade civil organizada e da referência ao marco regulatório e a Ação Direta de Inconstitucionalidade que fixam diretrizes para o estudo do Terceiro Setor no Brasil, se mostra importante para o desenvolvimento da pesquisa a demonstração de que o cenário do Terceiro Setor ainda que tenha a capacidade de prestar serviços públicos, a exemplo do que acontece com a Administração Pública possui grande entrave no acesso às informações, mesmo após marcos jurídicos que evidenciam essa necessidade.

A transparência mundialmente tem sido abordada com enfoque em suas diferentes interfaces e não se limitando somente à administração pública, mas

também enfatizando a transparência nos processos de gestão das organizações da sociedade civil (COULE, 2015).

Foi a partir da década de 80 que as agências financiadoras das organizações sociais se tornaram mais exigentes para o incentivo financeiro, trazendo à tona a necessidade de transparência e prestação de contas das atividades desenvolvidas como condição a captação de recursos. A prestação das informações lhes dava, em uma concepção de mercado, maior credibilidade e por consequência capacidade de alcançar novas conquistas no seu cenário de atuação. Cresceu a preocupação de gestores e financiadora, assim como pela pressão social diante de escândalos envolvendo organizações sociais (SILVA, 2010).

No Brasil o acesso à informação e a necessidade de transparência dos órgãos públicos está conectada com outros Direitos, porque é fundamental que os cidadãos conheçam as ações e a partir delas possa externar sua posição nas decisões de interesse coletivo (HACHEM, 2014).

Conforme Leonel Pires Ohlweiler (2018) há uma concretização da superação dos segredos que envolvem a Administração, garantindo-se ao cidadão, por meio de acesso a informações e ao mesmo tempo impondo um dever ao Estado de tornar os atos administrativos acessíveis.

Antes mesmo da edição da Lei nº 12.527/2011, Lei de Acesso à Informação, o Supremo Tribunal Federal – STF já reconhecia o acesso à informação como Direito fundamental com base no art. 5º, XXXIII da Constituição Federal, inclusive na perspectiva de Direito do cidadão e dever jurídico do Estado em prestar os esclarecimentos necessários.

A Lei nº 12.527/2011, contribuiu, entretanto, para implementar uma despatrimonialização da informação, direcionando um conjunto de indicações normativas a Administração Pública, direta e Indireta, ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas.

Em seu art. 1º, a Lei de Acesso à Informação estabelece que os procedimentos nela previstos serão observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, como fim de garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do artigo 5º, no inciso II do §3º do artigo 37 e no §2º do artigo 216, todos da Constituição Federal. O parágrafo único do mesmo artigo menciona a submissão ao regime da lei aos órgãos

públicos da Administração Direta, no âmbito do Poder Executivo, bem como aos demais poderes, Legislativo e Judiciário, além do Ministério Público e Tribunais de Contas.

Por muito tempo as organizações sociais lutaram para que fossem mais autônomas e não precisassem seguir a mesma legislação que a administração pública, prestando informações ou cumprindo deveres de transparência. Porém o art. 2º a Lei de Acesso à Informação estabelece a sua aplicabilidade, no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para a realização de ação de interesse público, recursos do orçamento, mediante subvenções, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos similares. O parágrafo único do mesmo artigo menciona que a publicidade a que estão submetidas as entidades privadas diz respeito aos recursos financeiros que receberam dos cofres públicos.

Embora a Lei não tenha mencionado expressamente, o que foi disciplinado no art. 2º, ela se destina ao Terceiro Setor na perspectiva analisada anteriormente, sobretudo porque se enquadra como entidade privada, sem fins lucrativo e que destina sua atividade ao interesse público, podendo receber recursos do Poder Público para tanto. Ou seja, ao menos na parcela dos recursos que recebe da Administração Pública, por conta de termo de gestão ou parceria, fica obrigada a viabilizar o acesso a informação relativa à aplicabilidade dos recursos.

O ponto problemático da redação do artigo, entretanto, dizia respeito a expressão “no que couber”, pois abriu espaço para justificativas no sentido de que a entidade não precisava criar e manter site específico para a divulgação dos dados da parceria, por exemplo, ou então que elas não poderiam receber requerimentos formulados com base na Lei de Acesso à Informação, já que o preceito do art. 10 se destina a órgãos públicos (MÂNICA, 2017).

Com o advento da Lei nº 13.019/2014 a controvérsia foi superada na medida em que restou clara a necessidade de divulgação das informações relativas à parceria, inclusive com apresentação do objeto, valores, repasses e prestação de contas de acordo com o art. 11.

Assim, a observância da Lei de Acesso à Informação não se destina apenas ao Estado quando presta serviços públicos, mas também as entidades do Terceiro Setor

que recebem recursos públicos, que são a maioria que se encontra sob o amparo da União. Logo, essas entidades não têm só a necessidade de viabilizar o acesso às informações de aplicabilidade de recursos para atender o controle social, mas também o dever jurídico de transparência.

Contudo no que tange às organizações do Terceiro Setor, a questão transparência não é vista com a devida importância, sendo que apenas um número limitado de organizações divulga os resultados e demonstrativos contábeis (ZITTEL; POLITELO; SCAPIN, 2016). Pesquisas indicam que as organizações não estão preocupadas em divulgar seus demonstrativos financeiros e não financeiros, bem como as atividades desenvolvidas e a gestão de seus recursos (CRUZ, 2010; CARNEIRO; OLIVEIRA; TORRES, 2011).

Caroline Muller Bitencourt (2019), em sua tese de pós doutoramento, explica, entretanto, que a transparência permite ao cidadão o acompanhamento e controle da gestão administrativa, mas ao mesmo tempo, lembra que a concretização desse postulado não depende apenas da existência de legislação que exija a apresentação de dados e documentos, mas antes disso, que o conteúdo disponibilizado seja acessível de maneira fácil e compreendido pela sociedade.

Weida Zancaner (2015), explica que não basta atingir os pressupostos formais previstos na legislação para a concretização do Direito à informação e à transparência, porque se mostra imprescindível a compreensão das informações que são divulgadas. Denota-se, com isso, que não basta examinar o cumprimento da legislação em seus aspectos formais que vinculam o administrador, mas sim o conteúdo do que é repassado aos interessados por meio dos mecanismos de transparência e acesso à informação.

O conteúdo é o elemento central para a configuração do atendimento dos postulados da Constituição. De nada adianta disponibilizar dados que são incompreendidos pela sociedade, porque a simples disponibilização não é sinônimo de compreensão, sobretudo para aqueles cidadãos que não integram o corpo da Administração e por conta disso não estão conectados diariamente com a linguagem que lhe é particular. É preciso que seja garantido o acesso, assim como que as informações disponibilizadas sejam compreendidas pela sociedade, o que se faz quando a preocupação se estende ao campo da qualidade do conteúdo.

A Lei nº 12.527/2011, denominada de Lei de Acesso à Informação, atendeu, no seu aspecto formal a essa necessidade, estabelecendo por meio do art. 5º que a linguagem das informações prestadas deve ser clara e de fácil compreensão. O problema não reside em estabelecer legalmente a previsão, mas no fato de inexistirem medidas para o que seja considerado como compreensível e clara. Essa concepção varia de acordo com as perspectivas do cidadão, que muitas vezes não está afeito as designações próprias que são utilizadas pelo Poder Público.

A despeito dessas ponderações, a Lei de Acesso à Informação, segundo Caroline Muller Bitencourt (2019), não é uma conquista exclusiva do Brasil, antes pelo contrário, se analisados os aspectos históricos se chegará à conclusão de que o país regulou tardiamente a cultura e o fomento a transparência. Porém, significa a concretização de postulados da Constituição que ganham força por meio da normatização.

Nesse sentido, é importante destacar que Lei de Acesso à Informação, assume, nas palavras de Leonel Pires Ohlweiler (2018), um triplice sentido constitucional, indicando os seus propósitos de acordo com a Constituição. Cita o autor que a garantia de acesso às informações pelo cidadão, institucionalizar a obrigação dos órgãos públicos que compõem a estrutura estatal de possibilitar o acesso a registros e informações administrativas e de governo.

O Direito à informação e à transparência decorrem do princípio da publicidade, previsto no art. 37 da Constituição Federal. Este se constitui como um dever da Administração Pública, mas a transparência, embora dependa dele, não está limitada aos seus termos, já que ele diz com a exteriorização dos atos administrativos, enquanto ela guarda sentido com os fundamentos que são utilizados para os atos que são publicizados (BITENCOURT, 2019).

A Lei nº 12.527/2011, já mencionada anteriormente e denominada como Lei de Acesso à Informação, que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências, estabelece no seu art. 4º, para efeitos jurídicos, o que se considera informação:

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - informação: dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato;

II - documento: unidade de registro de informações, qualquer que seja o suporte ou formato;

III - informação sigilosa: aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado;

IV - informação pessoal: aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável;

V - tratamento da informação: conjunto de ações referentes à produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transporte, transmissão, distribuição, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação, destinação ou controle da informação;

VI - disponibilidade: qualidade da informação que pode ser conhecida e utilizada por indivíduos, equipamentos ou sistemas autorizados;

VII - autenticidade: qualidade da informação que tenha sido produzida, expedida, recebida ou modificada por determinado indivíduo, equipamento ou sistema;

VIII - integridade: qualidade da informação não modificada, inclusive quanto à origem, trânsito e destino;

IX - primariedade: qualidade da informação coletada na fonte, com o máximo de detalhamento possível, sem modificações.

Essa previsão no próprio texto da lei, do que se considera informação para a finalidade em que ela se presta, tem por objetivo reduzir a margem de interpretação, pois sabe-se que eliminar por completo a possibilidade interpretativa é impossível no atual contexto (BITENCOURT, 2019).

No caso brasileiro, entretanto, não é apenas a Lei de Acesso à Informação que visa fomentar e consolidar os deveres de transparência e informação da Administração Pública. No tema que é afeto a presente pesquisa, a Lei nº 13.019/2014, conhecida como o novo marco regulatório da sociedade civil, introduz no seu art. 5º uma relação de transparência entre as relações do Terceiro Setor, sociedade civil organizada e o Estado:

Art. 5º O regime jurídico de que trata esta Lei tem como fundamentos a gestão pública democrática, a participação social, o fortalecimento da sociedade civil, a transparência na aplicação dos recursos públicos, os princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia, destinando-se a assegurar: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

I - o reconhecimento da participação social como direito do cidadão;

II - a solidariedade, a cooperação e o respeito à diversidade para a construção de valores de cidadania e de inclusão social e produtiva;

III - a promoção do desenvolvimento local, regional e nacional, inclusivo e sustentável;

- IV - o direito à informação, à transparência e ao controle social das ações públicas;
- V - a integração e a transversalidade dos procedimentos, mecanismos e instâncias de participação social;
- VI - a valorização da diversidade cultural e da educação para a cidadania ativa;
- VII - a promoção e a defesa dos direitos humanos;
- VIII - a preservação, a conservação e a proteção dos recursos hídricos e do meio ambiente;
- IX - a valorização dos direitos dos povos indígenas e das comunidades tradicionais;
- X - a preservação e a valorização do patrimônio cultural brasileiro, em suas dimensões material e imaterial.

Portanto, de acordo com o exposto, não é falta de institucionalização ou normatização que impera como empecilho para a transparência no Brasil, já que, de acordo com os instrumentos normativos, se trata de um Direito do cidadão que almeja alcançar dados públicos e um dever jurídico do Poder Público em alcançá-los, não só no seu aspecto formal, mas material, com conteúdo claro e de fácil compreensão. Essa obrigação também se estende as entidades do Terceiro Setor, objeto de estudo do trabalho, que recebe recursos públicos e por tal razão também deve sujeitar-se às regras de transparência e informação.

Em todas as hipóteses de parcerias impõe-se a necessidade de publicidade e transparência, mas naquelas em que há destinação de recursos públicos esses deveres são mais incisivos. O Legislador estabeleceu expressamente no art. 5º quando existe repasses públicos a necessidade de transparência, mas isso não significa dizer que em qualquer tipo de acordos de cooperação, mesmo sem a existência de recursos públicos, que está legitimado o segredo (MARTINS, 2018).

Caroline Muller Bitencourt (2019), em estudo a partir de inúmeras fontes de pesquisa, destaca que os portais de transparência são ferramentas de suma importância para a promoção da transparência, mas o mesmo tempo ressalta que:

[...] apesar dos órgãos de controle atuarem e da existência de portais de transparência, o fato é que o cumprimento dos requisitos formais ainda não tem sido suficiente para proporcionar a transparência tão almejada para o exercício do controle social no Brasil. A busca, nos portais de transparência, das informações ali dispostas tem demonstrado que há, sim, a sua publicização, contudo, ainda existem inúmeras falhas em sua formatação, considerando que o objetivo é o de propiciar a informação e transparência (BITENCOURT, 2019, p. 142)

A realidade apresentada é constatada sob duas perspectivas, a primeira que diz com a dificuldade de acesso a informações de caráter público e que estão disponíveis nos portais de transparência e a segunda relativa a ausência de resposta a questionamentos formulados com base na Lei de Acesso à Informação, sendo que a mera previsão normativa não é sinônimo de alcance das informações.

Essa realidade pode ser exemplificada a partir de dados disponíveis junto ao Portal de Transparência de dois Municípios do Estado do Rio Grande do Sul, sendo o Município de Canoas e Município de Taquara. A escolha desses dois Municípios decorre da implementação de parcerias significativas e exemplos consolidados com o Terceiro Setor relativo à educação básica, a qual é o objeto do estudo. Porém, mesmo sendo de conhecimento que as parcerias existem no Município, a exemplo de reportagens e até mesmo situações que envolvem o desvio de recursos financeiros a partir da transferência para o Terceiro Setor de forma objetiva, não foi possível extrair dos Portais de Transparência, informações precisas quanto aos recursos financeiros disponibilizados, instrumentos de controle e até mesmo comprovação da aplicação dos recursos públicos de acordo com a finalidade da parceria.

A execução da pesquisa perante esses dois órgãos públicos da administração direta visou verificar exemplificativamente como seria a sistemática institucionalizada de parcerias entre os Municípios e as entidades que são ligadas ao Terceiro Setor e que executam o serviço de educação básica. Se buscou conhecer o número de parcerias firmadas entre o Terceiro Setor e administração municipal para o atendimento da educação, da mesma forma a expressão numérica de gastos com pessoal ligado a educação básica, quantidade de cargos vinculados a execução do serviço, gastos com alimentação e transporte escolar, compras e aquisições no mesmo período, pela administração direta.

Porém, diante da pesquisa junto aos Portais de Transparência, inúmeros problemas surgiram como empecilho à concretização. Inicialmente a problemática diz com a ausência de informações claras quanto as formas de pesquisa. Cada órgão público institui um provedor e dessa forma adota uma sistemática para a atuação, o que dificulta de sobremaneira a obtenção e alcance dos dados. Não bastasse, a forma de disponibilização dos dados também é diferente, ora apresentando informações que levam em consideração aspectos temporais, de acordo com a ordem

cronológica, ora referindo por meio de ordem alfabética pela razão social das entidades que recebem os recursos públicos, sem muitas vezes obedecer a ordem cronológica.

Sem contar que as informações que estão disponíveis não seguem a ideia perene de transparência, com objetividade e clareza, exigindo a confirmação do que está disposto por meio de outros elementos, como é o caso da aferição da entidade como Organização Social.

A segunda perspectiva frustrada da presente pesquisa foi a tentativa de alcançar os dados por meio de solicitação *online* e física junto aos Municípios de acordo com a Lei de Acesso à Informação. Nesse sentido, foram protocolados pedidos em site específico com a finalidade de obter resposta ao que fora questionado, assim como envio de documentos necessários ao desenvolvimento do trabalho.

Nesse caso a previsão de acesso à informação por meio da Lei nº 12.527/2011 foi frustrada também por mecanismos de ordem técnica, mas não jurídica. No modelo *online* de formulário disponibilizado pelos Município de Canoas e Taquara havia um limite de caracteres para o envio da solicitação, inviabilizando de sobremaneira a intenção do cidadão em obter dados completos a respeito de determinado ato administrativo ou situação posta junto a Administração.

Figura 3: Limite de caracteres para envio de solicitação no Município de Taquara

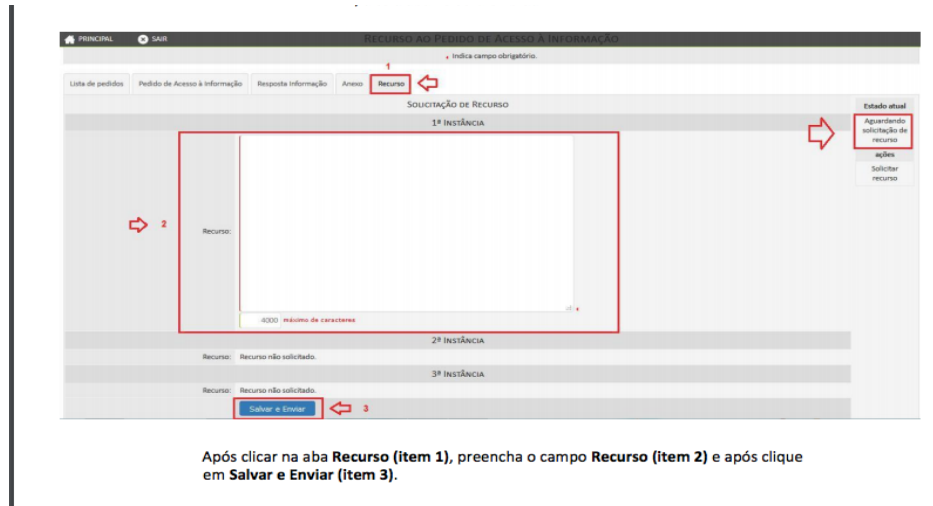
The image shows a screenshot of the SIC (Serviço de Informações ao Cidadão) form on the website of Taquara. The header includes the logo of Taquara and the slogan "A CIDADÃO QUE A GENTE QUER. GESTÃO 2017/2020". The navigation menu includes: Portal da Transparência, Acesso à Informação, Demonstrativos Contábeis, Prestação de Contas, SIC, Publicações, and Repasses e Transferências. The main content area is titled "SIC - Serviço de Informações ao Cidadão" and contains a form with the following fields:

- Tipo: SIC - Serviço de Inf. ao Contribuinte
- Grupo: Nenhum
- Assunto: Nenhum
- Síntese: (empty text area)
- Solicitante: (text input)
- Email: (text input)
- CPF: (text input)
- Telefone: (text input)

At the bottom right of the form, there is a label "Caracteres restantes: 2000".

Fonte: Site do Município de Taquara²⁵

Figura 4: Limite de caracteres para envio de solicitação no Município de Canoas



Fonte: Site do Município de Canoas²⁶

No Município de Canoas, entretanto, ainda que existam dificuldades operacionais de acesso, está disponível no Sistema de Informações ao Cidadão – SIC, um manual²⁷ detalhado de como o cidadão deve proceder com o pedido, o que vai desde o seu cadastro no sistema, até as possibilidades recursais. Isso contribui para que o cidadão interessado em alcançar os dados tenha condições fazê-lo a partir do passo a passo estabelecido pelo próprio órgão público. O mesmo não existe no Município de Taquara, sendo disponibilizado apenas contato telefônico para atendimento.

²⁵ Município de Taquara, Disponível em: <http://www.taquara.rs.gov.br/?titulo=SIC%20-%20Abertura&template=servico&categoria=887&codigoCategoria=887&servico=68000&idConteudo=3392>. Acesso em 10 de outubro de 2019.

²⁶ Município de Canoas, Disponível em: <http://sistemas.canoas.rs.gov.br/transparencia/servlet/home>. Acesso em 10 de outubro de 2019.

²⁷ Município de Canoas. Disponível em: http://oldsite.canoas.rs.gov.br/uploads/paginadinamica/383017/Manual_SIMEC__SIC__Solicitao_de_Acesso_a_Informaes__V_10.pdf. Acesso em 10 de outubro de 2019.

Diante desse cenário, a alternativa foi protocolar diretamente junto aos órgãos públicos os formulários com os questionamentos e informações que seriam necessárias para o desenvolvimento da pesquisa, o que ocorreu em 19/07/2019. Porém, ainda que a solicitação contasse com a previsão legal da Lei de Acesso à Informação e questionamentos objetivos, assim como solicitação de cópia de documentos não revestidos de sigilo, não ocorreu a concretização do Direito fundamental à informação postulado da Constituição Federal e previsto no ordenamento jurídico vigente. As solicitações não só não foram atendidas, mas sequer repassadas aos órgãos públicos que seriam responsáveis pela análise da solicitação em resposta aos questionamentos.

Evidencia-se com isso, que o Administrador Público, ainda que esteja submetido ao ordenamento jurídico, dele não se vale para apresentar dados do Poder Público, contrariando a perspectiva constitucional de acesso a atos e dados públicos. Cria-se um cenário de dúvidas e incertezas e a própria organização não se reveste da clareza necessária a confiabilidade da transferência de recursos financeiros.

Diante desse contexto a prestação de serviços pelas entidades que compõem o Terceiro Setor acompanha a perspectiva da Administração Pública no geral, ao passo que a existência de disposições normativas não é sinônimo de transparência para os gestores públicos. Significa ao contrário disso, meio de justificativa para o processo burocrático que muitas vezes move a administração em geral.

A situação quando revelada para o Terceiro Setor é ainda pior, porque a concepção de ausência de responsabilidade, dada a personalidade jurídica de Direito privado das entidades ainda é utilizada como argumento para afastar-se das regras previstas no art. 37 da Constituição Federal, principalmente com relação à publicidade.

Denota-se a partir disso que os serviços públicos em geral, quando prestados pelo Terceiro Setor, embora com previsão legal, não são informados por princípios que são basilares do Estado Democrático de Direito e, por conta disso, podem conduzir a não satisfação dos interesses coletivos, contrariando a lógica do Direito administrativo social.

A assertiva de que os serviços públicos prestados pelo Terceiro Setor são encobertos por uma nuvem que limita a transparência, conciliado à aplicação

distorcida da subsidiariedade, tendo em conta a margem de discricionariedade, é terreno fértil para um olhar apenas econômico do caso e não de acordo com o Direito administrativo social.

4 O SERVIÇO DE EDUCAÇÃO BÁSICA PELAS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR: LIMITES À DISCRICIONARIEDADE E À SUBSIDIARIEDADE NA LÓGICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO SOCIAL

Tanto o serviço público quanto o Terceiro Setor, examinados no capítulo 01 (um) e 02 (dois) do presente trabalho, respectivamente, são matérias sobre as quais não existe consenso doutrinário e jurisprudencial, dadas as suas inúmeras particularidades e a sua evolução no decorrer do tempo.

Para o desenvolvimento do trabalho, porém, se admite a constitucionalidade da prestação de serviços pelo Terceiro Setor, não sem reforçar as críticas que são necessárias diante do entendimento que o Estado, na visão do Direito administrativo social, é o primeiro responsável pela prestação dos serviços públicos e não distorcidamente se deve chamar a sociedade civil organizada para agir.

As críticas já mencionadas nos capítulos anteriores, nesse ponto em particular, são postas em evidência, visto que o objetiva-se discutir criticamente a prestação do serviço público de educação básica pelo Terceiro Setor indicando os limites da discricionariedade e subsidiariedade na lógica do Direito administrativo social.

Em um primeiro momento será abordada a subsidiariedade prevista na Constituição de 1988 e o que ainda não se compreende sobre o tema, principalmente a partir da concepção de Estado formatada pela ordem jurídica de 1988.

No segundo momento, entrará em cena a discussão da discricionariedade do gestor público na gestão e prestação da educação básica pelo Terceiro Setor. A questão da educação básica será situada na ordem constitucional para que sequencialmente seja possível entender os limites da discricionariedade do gestor diante do Direito administrativo social.

Por fim, no último momento de debate, serão reveladas as críticas direcionadas a preponderância da prestação do serviço de educação básica pelo Terceiro Setor, demonstrando que à subsidiariedade prevista na Constituição é aplicada distorcidamente no exemplo brasileiro. Será demonstrado a partir das últimas pretensões do governo federal que a transferência de responsabilidades do Estado para a sociedade e entidades privadas é a regra, contrariando flagrantemente a ordem

constitucional e afastando os postulados do regime jurídico de Direito público que é fundamental no Estado social.

4.1 A subsidiariedade na prestação dos serviços públicos: O que não compreendemos sobre o tema?

A Constituição de 1988 fixou como modelo de Estado o de bem-estar, destacando que as prestações de caráter essencial para a vida humana têm como núcleo o atendimento por meio da prestação dos serviços públicos (ARAGÃO, 2017). O instituto do serviço públicos é meio disponível para que as necessidades coletivas sejam atendidas. São as ferramentas adequadas para a construção de uma sociedade com justiça social tal como previsto na Constituição. Sem os serviços público, com ação interventiva do Estado, as relações desequilibram-se, a exemplo da experiência não bem-sucedida que foi experimentada no Estado liberal e que resultou na necessidade de “transformação” no formato de bem-estar.

Tradicionalmente o serviço público é tido como uma atividade que é inerente ao Estado, ou seja, o Estado que possui o dever de prestá-lo, ainda que, em muitos casos, conforme visto, não exclusivamente, podendo delegar, autorizar e conceder ou até mesmo, a depender da concepção de Estado, permitir que os entes privados também possam executá-lo paralelamente. Porém é o Estado o responsável pela propulsão do desenvolvimento da sociedade como um todo, daí porque a necessidade de intervenção em matéria de serviços públicos (SCHIER, 2016).

O maior desafio relativo ao princípio da subsidiariedade no ordenamento jurídico brasileiro é a falta de uma menção expressa de seu conteúdo na Constituição Federal de 1988. Entretanto, é possível compreendê-lo como princípio implícito, dada a dinâmica da ordem econômica constitucional.

José Alfredo de Oliveira Baracho (1997, p. 28), antes de iniciar a sua análise sobre a subsidiariedade, explica que “os princípios são uma espécie de fronteira do Direito, eles orientam e guiam os que realizam as tarefas da interpretação, pois permitem a compreensão das normas jurídicas” e, assim, aduz que o princípio da subsidiariedade é expressão jurídica da subsidiariedade, ou seja, não é propriamente uma noção do Direito, mas foi por ele recepcionada.

A análise jurídica da subsidiariedade, entretanto, deve levar em conta que o termo não tem significação precisa no Direito, pelo menos no Direito Público brasileiro. Para José Alfredo Baracho (1997, p. 24) a subsidiariedade apresenta diferentes significados, e essas diferenças repercutem na definição jurídica do termo. Aponta, dessa forma, duas formas diferentes de interpretação e compreensão:

[...] na primeira interpretação, ela é representada pela ideia de secundária. Para outra compreensão, considerada como mais significativa, ela se refere à ideia de supletividade. Absorve, simultaneamente, dois significados: complementariedade e complementariedade. A complementariedade é o que se acrescenta, entende-se que ela representa a questão subsidiária. A subsidiariedade implica, neste aspecto, em conservar a repartição entre duas categorias de atribuições, meios, órgãos que se distinguem uns dos outros por suas relações entre si. A ideia de complementariedade explica, de maneira ampla, a utilização feita em Direito, da noção da subsidiariedade. As organizações são o fruto dos compromissos de exigências diferentes, desde que a pluralidade de direitos aplicáveis são resultados de reivindicações opostas. De um lado está o poder público [...] Do outro lado, estão as pessoas privadas que, em uma democracia, podem agir livremente, sob certas reservas, em todos os domínios. O Direito Público explica a intensidade de suas regras, ao passo que o Direito Privado aparece como complementar um do outro. A Subsidiariedade é aplicável à dualidade dos regimes jurídicos (BARACHO, 1997, p. 24).

No Brasil, a partir da reforma administrativa do Estado, aprovada nos anos noventa, fundada principalmente no discurso de desburocratização da máquina administrativa, o que se viu, a exemplo do que ocorria na América Latina como um todo, entretanto, foi a ideia de transferir para a sociedade a obrigação de desenvolvimento. Como se a figura do Estado pudesse desenvolver um papel gerencial das questões e relegar a sociedade civil organizada a tarefa de executar todas àquelas atividades que eram necessárias ao seu progresso em efeito subsidiário.

O discurso não residia em uma abstenção estatal e primazia do mercado como no Estado liberal, mas em verdade a outorga para a sociedade civil da prestação e gestão dos serviços públicos, relegando ao Poder Público somente aquelas atividades ligadas as liberdades. O Estado atuaria de forma subsidiária, onde a sociedade civil organizada não fosse elemento suficiente para suprir as carências (OLIVEIRA, 2015).

A ideia de Estado subsidiário não se confunde com o Estado mínimo, no qual ao Estado incumbia promover a exercer apenas as atividades essenciais. No ideário subsidiário o Estado exerce e promove atividade essenciais, mas também atua na

área social e econômica em que a sociedade civil não desempenhe a contento (DI PIETRO, 2017).

Na visão da subsidiariedade o Estado estaria limitado negativamente pela iniciativa privada, porque o setor privado teria protagonismo pela busca do desenvolvimento e produção de riquezas, cabendo a ele apenas atuar para suprir as deficiências e carências não atendidas pelos particulares (NOHARA, 2018).

Por trás da reforma administrativa do Estado embora se reconheça que não significaria um retorno ao liberalismo, ao mesmo tempo reforçava que a ideia de atuação da sociedade para a sociedade se fundava como contraponto ao poder absoluto nas mãos do Estado, e um retorno ao “absolutismo”. Se tratava de um discurso tentador, e que, em primeira análise, parecia lógico que a sociedade fosse responsável direta pelo seu próprio desenvolvimento, afinal de contas a quem mais poderia interessar o seu progresso se não aos seus membros?

A sociedade, nesta concepção, seria o elemento central para o desenvolvimento da nação, colocando o homem como o responsável, legítimo e competente para alcançar os valores constitucionais. Ao Estado caberia a atuação subsidiária, somente quando existir um clamor social pela sua intervenção.

Essa perspectiva vem ao encontro daquilo que é considerado consensualmente como o surgimento do conceito de subsidiariedade. Enquanto conceito surgiu na carta encíclica *Quadragesimo Anno*, do Papa Pio XI, pois nela se propôs a subsidiariedade, enquanto filosofia social, como forma de resistência à ameaça do poder público autoritário²⁸:

[...] assim como é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efectuar com a própria iniciativa e indústria, para o confiar à colectividade, do mesmo modo passar para uma sociedade maior e mais elevada o que sociedades menores e inferiores podiam conseguir, é uma injustiça, um grave dano e perturbação da boa ordem social. O fim natural da sociedade e da sua acção é coadjuvar os seus membros, não destruí-los nem absorvê-los. Deixe, pois, a autoridade pública ao cuidado de associações inferiores aqueles negócios de menor importância, que a absorveriam demasiado; poderá então desempenhar mais livre, enérgica e eficazmente o que só a ela compete, porque só ela o pode fazer: dirigir, vigiar, urgir e reprimir, conforme os casos e a necessidade requeiram.

²⁸ O conceito não emprega relevância significativa para a abordagem jurídica do princípio da subsidiariedade.

A subsidiariedade, em termos jurídicos, também não significaria uma desvalorização da Administração Pública, mas apenas um novo desenho das atividades administrativas que devem ser desempenhadas pelo próprio Estado, como àquelas que podem ser prestadas pela sociedade civil (OLIVEIRA, 2015).

Não se trata de um novo modelo de Estado, mas sim uma designação utilizada para dotá-lo de uma característica específica, a subsidiariedade. Em verdade, esse modelo decorre da aplicação do princípio da subsidiariedade, que foi formulado no final do século XIX e início do século XX dentro da doutrina social da igreja, conforme dito anteriormente (DI PIETRO, 2017).

O princípio da subsidiariedade tem ao menos três ideias centrais: a primeira diz com o respeito aos Direitos individuais, reconhecendo a iniciativa privada tanto no segmento individual quanto coletivo, por meio de associações, devendo o Estado se abster de exercer determinadas atividades que os particulares têm condições de executar (DI PIETRO, 2017).

A segunda ideia por detrás do princípio da subsidiariedade está ligada à primeira, na medida em que se requer a ausência de intervenção estatal, ao mesmo tempo se exige que o Estado fiscalize, fomente e coordene a iniciativa privada, para que os objetivos dos particulares (iniciativa privada) sejam alcançados.

Por fim, a terceira ideia que decorre do princípio da subsidiariedade é o fortalecimento de parcerias entre o poder público, no caso o Estado, e a iniciativa privada, tema que será estudado no próximo capítulo (DI PIETRO, 2017).

A tese da subsidiariedade está encartada no entendimento de que a solução para os problemas sociais está na conscientização da sociedade em seus pequenos grupos e de que a resposta não deve vir diretamente do Estado. Este tem o papel apenas de assegurar as liberdades para que a sociedade seja autônoma e concretizadora dos seus objetivos (GABARDO, 2009).

O Estado subsidiário surge como uma alternativa ao Estado de bem-estar social, restringindo a atuação estatal a viabilizar o exercício das liberdades e que a sociedade, ou cidadãos a partir desse postulado garantido – liberdade, é que deveria alcançar os objetivos perquiridos no texto constitucional (HACHEM, 2013).

Nessa perspectiva o Estado deve respeitar os Direitos individuais, reconhecendo que a iniciativa privada, seja por meio das associações ou dos próprios

indivíduos, deve se sobrepor as iniciativas do Estado. Por outro lado, o Estado deve atuar em caráter subsidiário, abstendo-se de executar aquelas atividades que a sociedade, por seus meios e recursos, tem condições de fazê-lo, mas ao mesmo tempo estimular o seu fortalecimento, coordenando e fiscalizando as ações para que os particulares tenham sucesso, inclusive sob formas de parcerias (DI PIETRO, 2017).

Atualmente, o princípio da subsidiariedade considera a origem e o fundamento do poder e da organização social o indivíduo, o tombando por base. Entende-se todo ordenamento visa à proteção da autonomia da pessoa humana, em face das estruturas sociais. Deve, assim, ser interpretado como inerente à preservação das individualidades, dentro dos vários agrupamentos sociais (MOREIRA NETO, 2000).

Isso não significa um retorno ao Estado liberal clássico, já que o Estado não abre mão da intervenção no campo econômico e social, mas agora deixa de fazê-lo diretamente, passando a atuar de forma indireta, através da regulação e do fomento (OLIVEIRA, 2015).

Os pressupostos constitucionais que vinculam as ideias de subsidiariedade, como a própria democracia e a liberdade, permite duas abordagens, um no sentido de repartição de competências entre os entes federativos e outra ligada a instrumentos que são utilizados para a democratização da máquina pública (HERMANY, 2012)²⁹. Assim, a partir da reforma administrativa do Estado há uma reaproximação da sociedade civil e do Estado, rompendo com uma divisão absoluta entre o Direito privado e Direito público (OLIVEIRA, 2015).

A subsidiariedade, nestes termos, tem encontrado defensores na doutrina nacional, inclusive, sustentando que a atuação do Estado é derivada do princípio da eficiência, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/1998. A eficiência foi um dos postulados para a reforma administrativa do Estado frente a suposta crise na forma burocrática de administrá-lo e, portanto, seria decorrência lógica essa necessidade de atuação restrita.

A despeito dessas posições na formatação constitucional não há espaço para a atuação do Estado de forma subsidiária, ao menos não na conformação de Estado de bem-estar estabelecido pela Constituição de 1988. Emerson Gabardo (2009), nesse sentido, defende que não há como aceitar esta visão restritiva de atuação do

²⁹ Para o estudo, interessa essa segunda abordagem.

Estado, ao menos em um Estado cujas raízes estão fixadas no modelo de bem-estar e com princípios republicanos.

O presente estudo se identifica com essa percepção, principalmente porque recebendo o Estado uma conformação de bem-estar não deve relegar a sociedade civil ou aos entes privados uma competência que funda a República, como é o caso da justiça social e interesses coletivos. Não há espaço para a primazia do interesse privado quando as bases do Estado brasileiro estão enterradas na justiça social e dignidade da pessoa humana, que fundamentalmente devem ser asseguradas pelo ente público.

A sociedade não possui o dever jurídico constitucional de assegurar sozinha ou inicialmente que as bases da República sejam sustentadas, mas sim o próprio Estado mediante atuação interventiva direta ou indireta.

Nesse sentido, inexistente no Direito público brasileiro um princípio jurídico que determine a atuação subsidiária do Estado, antes pelo contrário, compete ao Poder Público criar condições reais e efetivas para a consecução dos objetivos fundamentais da República (HACHEM, 2013).

Emerson Gabardo (2009) destaca que a mentalidade pós-moderna cria no ideário comum uma representação falaciosa da sociedade a partir do conceito de bem e ao contrário disso, o Estado é considerado como o mal, como se a sociedade estivesse afastada ou fora do Estado, com uma mentalidade independente. Cria-se a ilusão representativa, a partir dessas premissas de que a sociedade é boa prestadora dos serviços, vivenciando um mito relativo ao Terceiro Setor.

Entretanto, a Constituição brasileira não estabelece que a subsidiariedade é princípio de atribuição de competência ao Estado e tampouco como critério para promoção do desenvolvimento. A subsidiariedade tem como corolário a autonomia privada ao contrário do que dispões o regime jurídico do Estado social, fundado sob o prisma da supremacia do interesse público. A ideia de subsidiariedade está fundamentada na noção mínima de dignidade, em contraponto ao Estado social, cuja base é a noção máxima, ou seja, a felicidade (GABARDO, 2009).

Significa dizer que assegurar o bem-estar e a justiça social, postulados da Constituição de 1988 não é tarefa que deve ser desempenhada pelo Estado de forma subsidiária, mas ao contrário disso, tem o dever de fazê-lo, inclusive com o aparato

do regime jurídico de Direito público, sobrepondo os interesses públicos frente os privados.

Não se pode admitir que a imagem negativa do Estado com relação as prestações estatais como as utilizadas para justificar a reforma administrativa (máquina burocrática ineficiente) possam impulsionar uma autorização para que a sociedade assuma o papel que é, por força da concepção de Estado e do texto Constitucional, dele.

Em verdade, a Constituição não limitou a atuação do Estado de forma subsidiária nos exatos termos do que foi proposta. É até incompatível com a ideia de uma Constituição reconhecida como cidadã por inúmeros fatos e que busca a implementação de processos democráticos, mas que por outro lado admitiria uma atuação subsidiária naquilo que é o elemento central da sua existência (GABARDO, 2009).

Dito de outra forma, a subsidiariedade do Estado se aplicada de forma absoluta é incompatível com o ordenamento constitucional brasileiro, que revela sua preocupação com Direitos e garantias fundamentais que devem ser asseguradas pelo Estado em nível elevado se comparado com os interesses privados.

A Constituição Federal de 1988, por exigência da segurança nacional e de relevante interesse coletivo, não envolve, na sua base, uma conduta meramente subsidiária ou suplementar do Estado à iniciativa privada. É legítima a participação do Estado na atividade econômica, independente de preferência ou suficiência da iniciativa privada (GABARDO, 2009).

Para comprovar que a concepção de subsidiariedade não foi acolhida pela Constituição de 1988, Irene Nohara (2019) se utiliza do conteúdo do art. 219, para dizer que o fato do Estado ser um articulador e promotor do desenvolvimento cultural e socioeconômico não implica menos importância à iniciativa privada e aos movimentos que surgem da sociedade civil organizada, mas tão somente ressaltando um dos papéis do Estado.

Confrontando a ideia de subsidiariedade com a previsão do art. 173 da Constituição de 1988 ela já não subsiste, visto que o texto da norma preconiza a atuação estatal, ainda que tenha restringido com relação ao campo econômico e mesmo assim autorizando no caso de segurança nacional e interesses coletivos.

Embora inúmeros administrativistas repitam, como a finalidade de tornar verdadeira a assertiva, que há o princípio da subsidiariedade na Constituição da República de 1988, diferente da carta que a antecedeu, ela não o possui, implícita ou expressamente essa previsão. Destaca, ainda, que a Constituição de 1988 repeliu a previsão do princípio da subsidiariedade, pois não a repetiu propositadamente (NOHARA, 2019).

Com relação ao serviço público, partindo-se do pressuposto de que o ordenamento jurídico brasileiro não contempla uma atuação subsidiária do Estado, a prestação dos serviços públicos sob um regime jurídico de Direito privado, embora possível, exige que o Estado também o faça. Ou seja:

É realmente paradoxal imaginar a prestação de um serviço público no regime jurídico de Direito privado. Ocorre que por intermédio do processo de reformas gerenciais da década de 1990 romperam-se os limites estabelecidos originalmente entre o público e o privado, tornando-se comum a promoção de alternativas jurídicas até então inexistentes (GABARDO, 2009, p. 121).

A aplicação de um regime jurídico privado na prestação de serviços públicos é refutada em parte junto com a tese de subsidiariedade do Estado, porque a concretização dos postulados da justiça social, de acordo com a Constituição de 1988, ocorrem por meio de serviços prestados pelo Estado, ou no mínimo de forma equânime com a sociedade. Não há uma inversão de papéis, onde a sociedade assume a prevalência e sobretudo quando existe aplicação de regime jurídico de Direito privado, o qual se amolda a regra de mercado e não as protetivas de Direitos fundamentais e do interesse público.

Tal entendimento parte dos próprios postulados incorporados pela Constituição de 1988, que institui um modelo de bem-estar atribuindo expressamente ao Estado, em diversas áreas, o dever de atuação direta em prol da realização de direitos fundamentais econômicos e sociais, tais como educação, moradia, alimentação, saúde, assistência e previdência social. Não competiria ao Poder Público, portanto, apenas a garantia de um auxílio social mínimo, capaz de propiciar a fruição das liberdades individuais. Essa concepção reflete uma tendência diversa, pautada na promoção da igualdade material pelo Estado e na ideia de redistribuição por meio da intervenção, à qual se poderia chamar de Direito Administrativo social (HACHEM, 2013, p. 64)

Portanto, atualmente no Brasil há uma distorção do princípio da subsidiariedade, admitindo-se a ideia de que os serviços públicos e as mazelas do povo devem ser resolvidos pelo próprio povo por meio da sociedade organizada, o que não corresponde à realidade jurídica da Constituição de 1988.

4.2 Limites à escolha discricionária do gestor na perspectiva do Direito administrativo social da prestação do serviço público de educação básica pelo Terceiro Setor

A gestão da educação está ligada a discussão entre público e privado, sendo público aquele que é sinônimo de prestação direta pelo Estado e privado quando a sociedade ou as entidades privadas possuem a competência de gestar a prestar a educação.

O Direito à educação, entretanto, é assegurado na Constituição Federal de 1988 e tem por bases centrais a inclusão do cidadão na sociedade, atrelando-se como Direito fundamental por estar intimamente coligado aos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, principalmente com a dignidade da pessoa humana. Tessmann (2006) destaca que o ensino priorizaria um pleno desenvolvimento da personalidade humana construindo assim uma das maiores características da própria cidadania.

A educação traria o esclarecimento necessário para ser um cidadão ativo não só na capacidade de escolher seus representantes, mas também de selecionar aquilo que nos seus critérios estabelecidos inconscientemente é concebido como o rumo acertado, além é claro de poder desenvolver as atividades de participação no processo democrático que não se resume ao voto.

Para Clève (2014) a educação além de ser uma forma de constituir a cidadania ainda é o instrumento que possui o pleno desenvolvimento para o indivíduo e a qualificação para o trabalho, o autor ressalta o vínculo que existe entre as premissas do desenvolvimento, da educação e do trabalho.

A educação recebe uma garantia tão importante como Direito fundamental e Direito social inerente ao ser humano, porque está integralmente relacionada ao quadro da dignidade da pessoa humana. Tessmann (2006) elucida que a educação é um dos princípios basilares para que possa ser erigido uma sociedade justa, livre e

solidária. Além disso, é requisito essencial para que se possa cogitar a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e a diminuição da marginalidade.

A educação consiste em um direito fundamental social que possui estreita relação com o desenvolvimento econômico e principalmente social dos Estados, pois sua promoção fomenta o avanço científico e tecnológico, além de permitir aos indivíduos uma maior mobilidade social, o que conseqüentemente contribui com a redução das desigualdades sociais (HACHEM e KALIL, 2016, p. 154).

A conjuntura da educação como Direito fundamental é defendida por José Afonso da Silva (2005) no conjunto do artigo 6º, que elenca a saúde, alimentação, trabalho e a moradia como Direitos sociais e no art. 205, que transcreve a educação como Direito de todos e dever do Estado e da família, ambos da Constituição Federal, o que evidencia a importância que se pretendeu dar ao tema da educação no Brasil.

A universalidade da educação, por sua vez, necessita determinada escolha quanto aos alvos ou grupos a serem atingidos, já que a busca por educação é um Direito social e desta forma possui o intuito de corrigir desigualdades que existem na sociedade, aproximando os grupos que são marginalizados (DUARTE, 2007).

José Afonso da Silva (2005) compreende que o Estado precisa estar apto a fornecer a todos, serviços de ensino em concordância com os preceitos estipulados na Constituição, no sentido de que as normas e as ações sejam pautadas pela completa eficiência, de tal forma que se o Estado não possuir o comprometimento necessário e este Direito for realizado de forma insuficiente, poderá ser exigido judicialmente.

Na tentativa de dar essa concretude necessária para o Direito fundamental à educação foi editada a Lei 9.934/96, denominada de Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), a qual, em seu art. 5º, traz o preceito citado, ou seja, que não havendo a prestação da educação qualquer membro da comunidade poderá acionar o Poder Judiciário para exigir o cumprimento da demanda, uma vez que o acesso à educação encontra-se como Direito público subjetivo do indivíduo.

Reforçando essa importância do Direito à educação, o legislador também achou por bem designar um mínimo de verba para os dispêndios com educação. No art. 212 da Constituição Federal é estabelecido patamares mínimos a serem observados pelos entes públicos quando do atendimento do Direito à educação se

implementando um regime de colaboração nas seguintes condições: nunca menos que 18% para a União e 25% para os Estados, Distrito Federal e Municípios da receita resultante de impostos que deverão ser alocados na Manutenção e Desenvolvimento do Ensino (MDE). O atendimento desses postulados financeiros pelos entes federativos assume tamanha relevância que não sendo cumpridos, poderá resultar na suspensão do repasse de recursos federais.

No entanto consoante enaltece Piovesan (2014, p. 120), o efetivo Direito à educação é uma construção que depende da atuação de forma “responsável dos Poderes Executivos, Legislativo e da fiscalização e intervenção do Poder Judiciário, tornando esse Direito acessível para toda a sociedade”. Da parceria social que seria o conjunto dos poderes com os entes da Administração Pública e a família é que deve advir a efetiva construção da educação que é necessária ao Brasil para que se alcance uma sociedade plural e justa tal qual é disciplinado na Constituição.

Para o alcance deste Direito fundamental à educação, portanto, se faz necessária uma série de mecanismos e instrumentos e uma força conjunta da sociedade, família e estado para a execução de políticas públicas voltadas ao seu atendimento.

A palavra educação, quer seja como Direito ou garantida, assim como obrigação por parte do estado, aparece 74 (setenta e quatro) vezes na Constituição Federal de 1988. Esse volume expressivo da palavra educação demonstra a preocupação já do legislador originário com relação ao tema. De acordo com o legislador constitucional buscou-se não apenas estabelecer o Direito a educação, mas impor meios para a concretização, como é o caso, por exemplo, da aplicação mínima de recursos.

A educação enquanto Direito não está prevista apenas no texto da Constituição Federal de 1988. Tendo em conta que o Brasil é signatário do Pacto de San José da Costa Rica, conforme o Decreto nº 678/1992, que promulga a Convenção Americana sobre Direitos do homem, cujo conteúdo é de cumprimento obrigatório por parte da federação, conforme o seu art. 1º, o Direito à educação também está presente nele, especialmente nos artigos 26 e 42.

O Pacto, de cujo conteúdo o país é signatário, estabelece a necessidade de garantir a plena efetividade dos direitos básicos como é o caso da educação.

Entretanto, ainda que o Brasil não fosse signatário da convenção, o que se afirma apenas a título exemplificativo, dada a exposição acima que evidenciou a ratificação, o Direito a educação está encartado na Constituição de 1988, como Direito social no seu art. 6º, “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

A responsabilidade para com este Direito social está, por sua vez, estabelecida no art. 205, também da Constituição, que destaca expressamente que a “educação, Direito de todos e dever do Estado e da família, será 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”.

O Direito à educação, entretanto, não está atrelado a uma responsabilidade exclusiva do estado, mas pelo texto da Constituição é compartilhada tanto pelos entes federativos, pela sociedade e pela família.

A educação básica, sob a competência do estado, matéria sobre a qual se debruça o presente estudo é àquela, nos termos do texto da Constituição – art. 208, que é efetivada mediante a educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, sendo assegurado o acesso para aqueles que não tiverem a oportunidade na idade adequada, mediante a progressividade da universalização do ensino médio gratuito, atendimento especializado para portadores de necessidades especiais, educação infantil, em creches e pré-escolas para crianças de até 5 (cinco) anos de idade, acesso a níveis elevados de pesquisa e criação artística, oferecimento de ensino regular noturno, além de atendimento ao educando por meio de programas como alimentação, assistência à saúde, transporte escolar e material didático.

Do dispositivo mencionado, com relação à educação básica é importante lembrar que se trata de um dever do estado, que deve ser assegurado a todos de forma obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos, assim como para aqueles que não tiveram acesso na idade própria.

Logo, a educação básica não é apenas um Direito do cidadão perante o estado, mas uma obrigação do estado para com aqueles que habitam o seu território na

medida em que essa etapa de ensino é obrigatória. Ou seja, não basta que o ente federativo ofereça o ensino para cumprir com o que está exposto na Constituição, antes pelo contrário, para dotar de efetividade a norma também se mostra imprescindível que obrigue o cidadão a obter essa formação.

A educação como Direito do cidadão e obrigação do estado foi regulamentada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996. Em seu art. 5º, a norma ordinária estabelece que a educação básica é Direito subjetivo que pode ser invocado por inúmeros segmentos da sociedade, Ministério Público, assim como por qualquer cidadão, sendo, inclusive, dever do ente federativo responsável pela etapa de ensino zelar juntos a pais ou responsáveis pela frequência à escola.

O que se interpreta da Constituição foi confirmado a partir da edição da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, especialmente naquilo que se refere à obrigação do estado em ofertar o ensino e, acima de tudo, obrigar a cumprir a etapa da educação básica.

Superada essa discussão e fixada a premissa, o que se considera como educação básica propriamente dita, deve ser debatido a luz da norma ordinária, Lei nº 9.394/1996, que no art. 4º, a organiza em três etapas, quais sejam: pré-escola, ensino fundamental e ensino médio.

A pré-escola é aquela oferecida, nos termos do art. 30 da mesma Lei para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos o ensino fundamental, por sua vez, conforme o art. 32, inicia-se aos 6 (seis) anos de idade e tem duração de 9 (nove) anos, e; por fim o ensino médio, por força do art. 35 é a etapa final da educação básica com duração mínima de 3 (três) anos.

A partir dessa definição, outro cenário de discussão que se apresenta diz respeito a responsabilidade de cada ente da federação para com essas etapas de ensino. Isso vem estampado no art. 211 da Constituição de 1988.

O artigo em referência denota que a educação básica é de responsabilidade tanto dos Municípios como dos Estados e do Distrito Federal, sendo afastada em primeira análise a responsabilidade da União com relação a essa etapa de ensino.

Ao Município enquanto ente da federação cabe atuar prioritariamente na educação infantil e no ensino fundamental, que significa dizer que não possui a

possibilidade de responsabilizar-se de pronto pelas demais etapas, exceto se eventualmente já esteja cumprindo com aquilo que lhe foi atribuído pela Constituição. Essa afirmação é ratificada pelo que está exposto no art. 11 da Lei nº 9.394/1996, na medida em que o Município até pode atuar na etapa do ensino médio, desde atenda plenamente as necessidades das etapas sob sua competência constitucional e com aplicação de recursos em percentuais acima dos que são exigidos.

Estabelecendo dessa forma um recorte para melhor compreensão a partir do que já restou apresentado, ao Município cabe inicialmente prestar e assegurar a educação básica, assim entendido o ensino fundamental dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade e educação infantil.

Já o Estado, assim entendido como ente da federação, por outro lado, ainda que tenha responsabilidade sobre todas as etapas que compõem a educação básica, deve, em obediência ao art. 10 da Lei nº 9.394/1996, dar prioridade ao atendimento do ensino médio.

Isso não significa, por outro lado, que a regra é a mesma aplicada aos Municípios com relação à necessidade de primeiro prestar os serviços relativos a uma determinada etapa de ensino para só e tão somente após ter cumprido satisfatoriamente este papel possa atuar sobre as demais. A diretriz fixada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação, neste sentido, apenas indicou que o Estado deve atender prioritariamente o ensino médio, ou seja, a etapa final da educação básica, mas mesmo que não o tenha feito por meio de aplicação de recursos mínimos ainda assim poderá responder pelo ensino fundamental. Essa afirmativa é corroborada pelo próprio texto da Lei nº 9.394/1996, especialmente no art. 10, II, na medida em que estabelece que o estado deverá definir conjuntamente com os Municípios, por meio de colaboração, a forma de prestar e ofertar o ensino fundamental, de acordo, inclusive, com os recursos financeiros disponíveis a cada um dos entes.

Superado esse panorama, cumprindo com a proposta do trabalho é preciso destacar que embora a competência seja dos entes federativos com relação a educação básica, o próprio texto da Constituição de 1988 abre espaço na dicção do art. 205, *caput* para atuação da sociedade, na medida em que estabelece a sua promoção e incentivo em colaboração com a sociedade.

Tarso Cabral Violin (2015), destaca, entretanto que a Constituição Federal faz uma divisão entre a ordem econômica e social, ressaltando que no primeiro caso existe a compreensão de atuação subsidiária do Estado, mas na segunda hipótese, quando se adentra na ordem social a responsabilidade do Estado é clara, tanto como ator principal como coadjuvante, principalmente na educação, saúde e assistência social.

O papel da sociedade em colaborar com a educação não pode, inclusive a partir da Reforma Administrativa do Estado, transformar a sociedade civil ou entidades do Terceiro Setor como principais atores ou mesmo únicas responsáveis pela prestação do serviço público de educação (VIOLIN, 2015).

O que se propõe é que, diante das ideias de igualdade e desenvolvimento agasalhadas pela Lei Fundamental de 1988, a tendência atual – de um Direito Administrativo social – reclama a instituição de uma Administração Pública inclusiva, que proporcione de ofício, mediante políticas públicas universalistas e voltadas ao alcance de todos, a realização integral dos direitos fundamentais sociais. Com isso, serão reduzidas as desigualdades entre as posições existentes na sociedade brasileira, sem a necessidade de intervenções excessivas e desmesuradas do Poder Judiciário em benefício de alguns poucos jurisdicionados que a ele têm acesso (HACHEM, 2013, p. 65)

Maria Sylvia Zanella Di Pierto (2017) destaca que a previsão da Constituição de participação da sociedade no serviço de educação diz respeito a sua gestão, o que é distinto da transferência de responsabilidade para as Organizações Sociais, ou seja, para sociedade executar, com preponderância, a educação.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, no estudo intitulado “Mapa das Organizações da Sociedade Civil”, dados de 2019, aponta, entretanto, que educação e pesquisa concentram 2,8% (dois virgula oito por cento) das Organizações da Sociedade Civil criadas, o que representa 33.052 (trinta e três mil e cinquenta e duas) entidades.

Figura 5: Número de Organizações da Sociedade Civil por atividade econômica

Distribuição de OSCs por área de atuação, Brasil, 2019 ✖

Atividade Econômica	Número de OSC
Assistência social	50.831
Associações patronais, profissionais e de produtores rurais	36.148
Cultura e recreação	139.679
Desenvolvimento e defesa de direitos	556.228
Educação e pesquisa	33.052
Habitação	3
Meio ambiente e proteção animal	678
Outras atividades associativas	74.834
Outros	22.094
Religião	230.074
Saúde	10.907
Sem informação	18.860

Fonte: Representante de OSC, LIE/MESP 2017, RAIS/MTE, CNEAS/MDS, CNPJ/SRF/MF 2018, CADSOL/MTE, CNPJ/SRF/MF 2016, CEBAS/MS 09/2019, CEBAS/MDS 2017, CNES/MS 2017, CADSOL/MTE 2017, CEBAS/MS 2017, CEBAS/MEC 10/2017, CNEA/MMA 08/2019, OSCIP/MJ, Censo SUAS 08/2019, CNEAS/MDS 2017, Censo SUAS 08/2017.

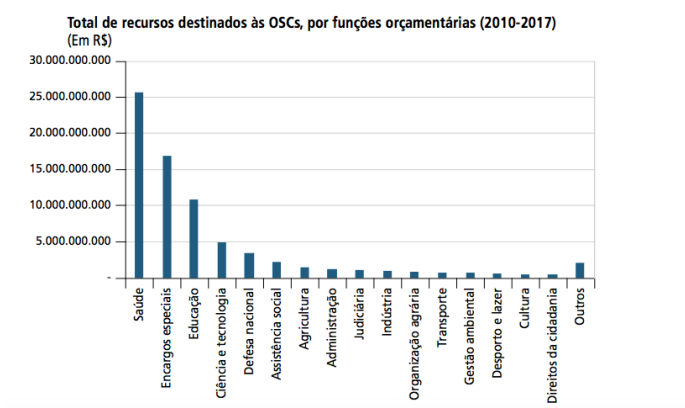
Fonte: Site do Mapa das Organizações da Sociedade Civil³⁰

É bem verdade que o número de entidades, segundo o estudo, que atendem à educação e à pesquisa se traçado um comparativo com a área da saúde, por exemplo, é baixo. Porém isso não é sinônimo de que o Terceiro Setor não se encarrega de prestar serviços de educação, sobretudo desempenhando o papel de gestor e prestador dos serviços como se Estado fosse.

Segundo estudo divulgado pelo Instituto de Pesquisas Aplicadas -IPEA, em 2018, de acordo com as funções orçamentárias é possível perceber que as áreas em que há maior destinação de recursos públicos para as Organizações da Sociedade Civil, são saúde e educação, abrangendo quase que 50% (cinquenta por cento do total de recursos destinados entre os anos de 2010-2017).

³⁰ Mapa das Organizações da Sociedade Civil. Disponível em: <https://mapaosoc.ipea.gov.br/index.html>. Acesso em 10 de outubro de 2019.

Figura 6: Total de recursos federais destinados às OSCs por função orçamentária.



Fonte: Perfil das Organizações da Sociedade Civil³¹

Diante desse contexto, existe uma contradição por detrás do discurso de Reforma Administrativa do Estado e da própria ideia de subsidiariedade. Seu fundamento era calcado na crise fiscal e por consequência na escassez de recursos públicos. Ao mesmo tempo, sustentava-se a necessidade de maior eficiência dos serviços prestados pela iniciativa privada, se comparado com aqueles que eram executados diretamente pelo Estado.

Luiz Carlos Bresser-Pereira (1999) sustentava as vantagens do repasse de serviços públicos ao Terceiro Setor. Lembra que a primeira delas, seria de ordem fiscal (inclusive porque se vivia em tempos de crise financeira), e que a prestação de serviços por meio de entidades do Terceiro Setor seria mais econômica.

Em uma análise preliminar, de fato, havendo o repasse para as entidades privadas, sai do Estado a obrigação de manter estruturas de prestação de serviços. Deixa o Poder Público de admitir servidores e custear remuneração, assim como aposentadorias; não se preocupa em manter estruturas administrativas de gerenciamento dos servidores; não se encarrega de todos os encargos necessários à

³¹ Perfil das Organizações da Sociedade Civil. Disponível em: <http://plataformamaisbrasil.gov.br/images/docs/CGCAT/manuais/publicacao-IPEA-perfil-osc-Brasil.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2019.

sua prestação e passa exclusivamente a manter uma estrutura menor para controlar os resultados da prestação pretendida.

Entretanto, o que se evidencia a partir dos estudos apresentados neste, trabalho é que a manutenção das Organizações da Sociedade Civil tem sido baseada na transferência de recursos públicos e que estas cresceram significativamente ao longo do tempo. Logo, o argumento da crise fiscal do Estado, utilizado como legitimador da Reforma Administrativa do Estado resta afastado em parte.

Existindo recursos para a transferência para as Organizações da Sociedade Civil o argumento que legitima a crise fiscal desaparece, porque se a crise fiscal realmente assolava o Estado, isso afetaria inclusive a possibilidade de transferência de recursos para as entidades do Terceiro Setor.

É contraditório o argumento de crise quando ao mesmo tempo o Estado e no caso específico examinado a União, tem mantido as Organizações da Sociedade Civil por meio da transferência de recursos. Quem mantém, em verdade, a prestação dos serviços públicos continua sendo o Estado, só que se utiliza de instrumentos legais, parcerias e contratos de gestão, para que as entidades do Terceiro Setor possam gestar e executar.

Além disso, o discurso girava em torno de uma melhor prestação dos serviços pelas entidades, porque havendo uma boa escolha da entidade parceira, que detenha conhecimento na área de atuação, a lógica seria de que detém mais condições se executar e prestar, porque possui expertise não afeta a Administração Pública. O Poder Público não teria em seu quadro de pessoal equipe técnica suficiente para prestar os serviços de forma eficiente que uma entidade criada com tal finalidade.

Entretanto, isso quer dizer que seja sinônimo de eficiência comprovada, de que os serviços prestados pelas entidades sejam mais eficientes, sobretudo diante de critérios objetivos que atentam para a satisfação dos princípios que estão sujeitos a Administração Pública como um todo.

Em outras palavras, se as entidades do Terceiro Setor forem submetidas as regras públicas, não há como se comprovar que os serviços prestados e gestados por elas possuem grau diferente daqueles prestados diretamente pelo Estado.

A não submissão às regras públicas lhes viabilizam o atingimento de metas de eficiência mais facilmente porque cumprem regras de mercado e não de regime

jurídico de Direito público, embora estejam se valendo de recursos públicos em tal finalidade. Porém, nesse aspecto, o serviço é atendido universalmente, com observância ao princípio da impessoalidade, entre outros? Como se faz essa comprovação se as regras fossem as mesmas?

Por fim não basta isso, o argumento de existência de maior conhecimento na área para prestação do serviço é contraditório, porque muitas das entidades que integram o Terceiro Setor, conforme já se discorreu ao longo deste trabalho, são criadas com a finalidade específica de prestar um serviço público. Logo, como haveria de se comprovar a existência de maior conhecimento quando em verdade nunca prestaram serviço público?

De mais a mais, não há incidência, no caso das entidades do Terceiro Setor, de instrumentos de controle, o que propicia terreno fértil para desvio de foco, apropriações e utilização de recursos públicos para manutenção de interesses privados.

A despeito dessa discussão e tomando por base a realidade consolidada de gestão e prestação do serviço público de educação pelo Terceiro Setor, é preciso compreender que essa opção pela parceria com as Organizações da Sociedade Civil não pode ser utilizada discricionariamente pelo gestor público, porque se está diante de Direito fundamental – a educação, que impõe tutela efetiva igualitária aos cidadãos. A limitação nesse aspecto diz respeito ao planejamento, corolário do Estado Social e Democrático de Direito.

O planejamento no Estado de Direito é fator limitador da autonomia do administrador, que deve observar os objetivos e limitações impostas pelo ordenamento, restringindo a discricionariedade. A democracia também é fator de atribuição de maior legitimidade ao planejamento, especialmente quando há participação direta dos cidadãos, ou mediante representantes, na tomada da decisão. Da mesma forma, o princípio republicano impõe que as decisões sejam tomadas em prol da coletividade e para o desenvolvimento de forma planejada e não simplesmente de acordo com a vontade do gestor público (MARRARA, 2011). De acordo com Juliana Sberze Pacheco Silva (2008, p. 1-6), “o planejamento pode ser definido como um processo organizado que expressa uma série de diretrizes e metas a serem

realizadas dentro de determinado prazo, pelo Estado ou por este em parceria com a iniciativa privada”.

Nesse contexto, percebe-se que há limites impostos à discricionariedade do gestor público, não sendo possível apenas a aplicação da sua autonomia de vontade ou então da conveniência e oportunidade na tomada de decisão. Assim, a presença da discricionariedade no ato administrativo vai além do arbítrio e opinião do gestor e é comumente encontrada no motivo do ato, motivo este entendido como o pressuposto de fato que antecede a prática do ato (JUSTEN FILHO, 2014).

No caso de os administradores decidirem parceria social com a entidades do Terceiro Setor, é forçoso que a Administração exponha as razões de fato e de Direito que subsidiaram a sua opção, demonstrando a sua legalidade e conveniência (FRANÇA, 2005). O contrato de gestão deve ser utilizado com o objetivo de maior eficiência da prestação do serviço público e, nesse sentido, não há óbice à participação das organizações sociais nas atividades complementares ao Estado, desde que se mostrem economicamente mais interessantes, sem ofensa aos postulados do Estado social, demonstrado através do planejamento realizado pela Administração Pública (FERNANDES, 2007).

Não basta ao gestor justificar o motivo da escolha pela nova alternativa de gestão. É importante que haja planejamento e certa previsibilidade técnica que demonstre a viabilidade do modelo perante os princípios da eficiência e da economicidade, mitigando, assim, os riscos do arbítrio (GUERRA, 2008)

Logo a decisão administrativa de firmar a parceria com a entidade do Terceiro Setor para a gestão e prestação do serviço público não está relegada a autonomia de vontade do gestor público. Ao contrário, é preciso demonstrar mediante o planejamento que o ato administrativo se reveste de maior eficiência que a prestação direta, bem como que restam garantidos os postulados necessários à concretização do Direito social.

Diversas são as opções legais que o administrador pode se valer para a prestação dos serviços sociais como de educação, saúde e assistência social, por exemplo. Porém é preciso fazer um diagnóstico da realidade local, apresentando motivos que a sua atuação se constitui como um processo de planejamento para a tomada da melhor decisão para atender ao interesse coletivo com os recursos que

estão a sua disposição, seja mediante prestação direta de serviços públicos com profissionais selecionados por concurso público, concessão ou parcerias com o Terceiro Setor.

4.3 Uma crítica a preponderância do Terceiro Setor na prestação dos serviços públicos no Brasil a partir do Direito administrativo social: a subsidiariedade distorcida na educação básica

A ausência de uma definição precisa para o que vem a ser serviço público, conforme demonstrado no capítulo 1 (um), é de longa data. Por conta disso, a complexidade atual é ainda maior, porque foram somatizados os questionamentos de outras épocas às novas perspectivas.

Os serviços públicos durante o século XX foram o principal instrumento utilizado pelo Poder Público para garantir o progresso da sociedade, sendo eles um reflexo da atuação estatal em prol dos interesses da comunidade. Nesse sentido, houve uma tendência em aumentar significativamente a quantidade de serviços público, que levou a uma crise fiscal, dado o agigantamento da máquina estatal e a série de obrigações assumidas pelo Estado na década de 80, início da década de 90.

Essa crise, entretanto, conforme já anotado no capítulo 1 (um), não diz respeito exclusivamente ao tamanho da máquina administrativa e à quantidade de serviços públicos ofertados pelo Estado, mas também a uma crise mundial sem precedentes que chegou ao país, conciliado a um projeto político neoliberal que buscava fixar suas raízes em todos os países, assim como não poderia ser diferente no Brasil.

Porém, nesse contexto de crises ocorreu a transformação de funções do Estado no tocante aos serviços públicos, havendo a necessidade de repensar até que ponto o Estado como ente político obrigado a fazê-lo, teria condições de financiar as necessidades da sociedade ou então quais seriam os serviços considerados como mais sensíveis ao ponto de receber atenção da máquina administrativa.

Por conta da crise fiscal, o Estado que apresentava déficit nas contas públicas não poderia atender a coletividade igualmente ocorrera em épocas pretéritas, porque os recursos públicos são necessários para a satisfação dos interesses por meio dos serviços públicos. Sem recursos não existe serviços públicos.

Nessa sistemática, a opção foi eleger um grupo de comodidades sociais para atender diretamente e relegar a sociedade civil organizada um tanto de outras comodidades igualmente sociais, sob pena de comprometimento, segundo o discurso da época, de todo o sistema de prestação de serviços públicos.

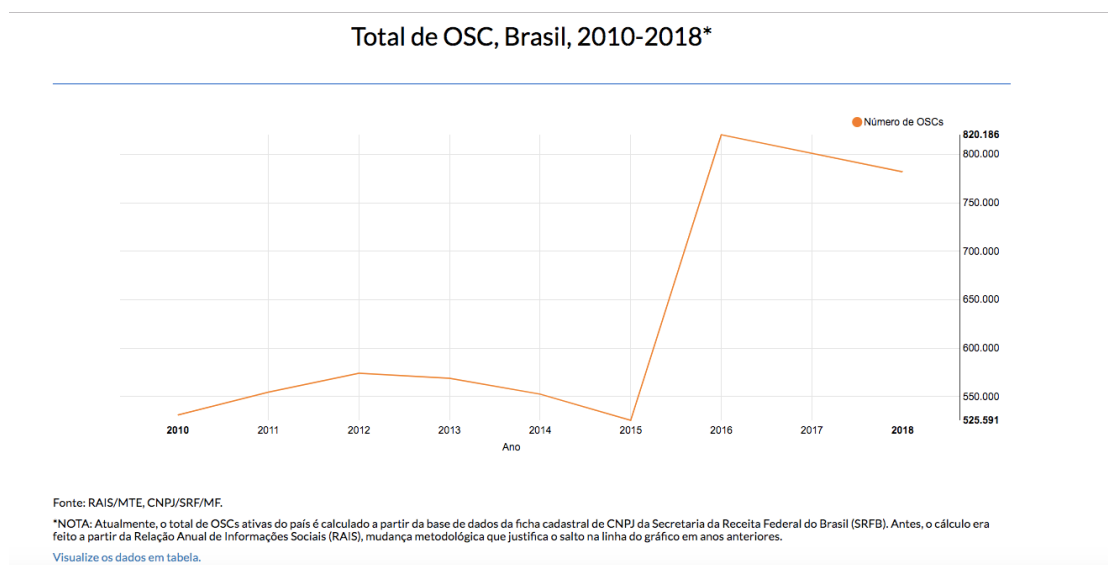
Ocorreu uma aproximação do Estado e da sociedade civil, onde ambos precisam ser independentes, mas ao mesmo tempo necessitam manter uma relação compreensível da participação da sociedade nos rumos da administração, já que ela define, direta ou indiretamente o seu destino.

É a concepção de Estado regulador, que abre espaço para a prestação dos serviços pela iniciativa privada, deixando ao encargo do então responsável a tarefa de regular, incentivar e fiscalizar a prestação. A prestação dos serviços, por sua vez, passa do manto de uma proteção de execução direta para a finalidade de incentivo, regulação e fiscalização das iniciativas da sociedade civil organizada.

Eliane Fontana (2017), menciona que não há registro sobre a totalidade de organizações da sociedade civil no Brasil, porque parte delas não está formalizada, mas que dados das organizações formais que constam do Cadastro Central de Empresas – CEMPRE, do IBGE revela que 49,7 milhões de pessoas ocupadas com as organizações da sociedade civil, sendo 43 milhões na condição de assalariados e 6,7 milhões na condição de sócios ou proprietários, cujo conjunto importa no pagamento de salários e outras remunerações na ordem de R\$ 908 bilhões.

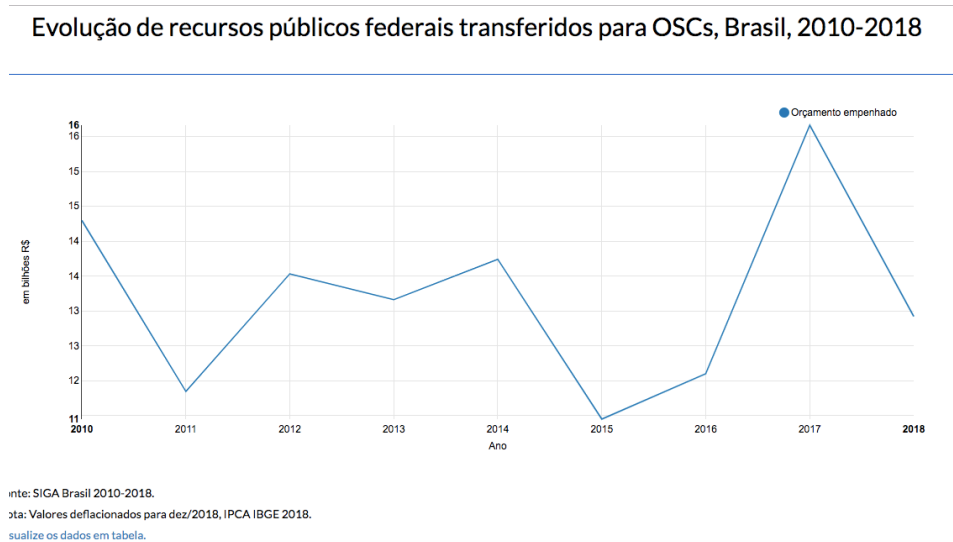
A participação das organizações da sociedade civil na consecução dos serviços públicos, entretanto, não é apenas uma realidade brasileira, mas sim mundial. O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, no estudo intitulado “Mapa das Organizações da Sociedade Civil”, dados de 2018, apresentou que no Brasil existem mais de 750 mil Organizações da Sociedade Civil, sendo que o governo federal, empenhou mais de 16 bilhões de reais em favor delas.

Figura 1: Escala de crescimento das Organizações da Sociedade Civil no Brasil



Fonte: Site do Mapa das Organizações da Sociedade Civil³²

Figura 2: Escala de evolução de recursos públicos federais destinados as Organizações da Sociedade Civil



³² Mapa das Organizações da Sociedade Civil. Disponível em: <https://mapaosoc.ipea.gov.br/index.html>. Acesso em 10 de outubro de 2019.

Fonte: Site do Mapa das Organizações da Sociedade Civil³³

O mesmo instituto, em estudo sobre interfaces socioestatais, refere que cerca de 90% dos programas federais do Brasil contam alguma interface entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil e quase o mesmo percentual de órgãos públicos realizam a coordenação de programas executados por alguma das entidades que se inserem no contexto de Organização da Sociedade Civil.

Segundo Irene Nohara (2018), desde o século XVI as organizações se ocupam de atividades em mútua colaboração, mas no cenário nacional o processo se intensificou a partir da Constituição de 1988, quando foi resgatada a importância das Organizações Não-Governamentais.

Eliane Fontana (2017), acrescenta que o papel das Organizações da Sociais vem de longa data, já que entidades como hospitais e escolas comunitárias são exemplos de organizações que existem desde o período colonial na história brasileira, mas que ganham força com o passar dos anos e especialmente a partir da Reforma Administrativa do Estado nos anos 90.

É comum encontrar respaldo na doutrina nacional, inclusive em caráter majoritário que o Terceiro Setor assume um lugar de preponderância na prestação dos serviços públicos no Brasil após a Reforma Administrativa, falando-se equivocadamente em subsidiariedade da atuação estatal (NOHARA, 2018).

Esse ideário de subsidiariedade dá margem a preponderância do Terceiro Setor na prestação dos serviços públicos, pois a crença de que àqueles que não são privativos nos termos da Constituição Federal, devem ser prestados primeiro por entidades privadas associadas ao Terceiro Setor e não diretamente pelo Estado.

Haveria uma escala de preferências, de acordo com essa premissa, a qual desde já se discorda, que o setor privado, a sociedade civil organizada teria seria privilegiada para prestar essas comodidades ou utilidades públicas e somente, acaso não fosse suficiente e adequada, é que haveria intervenção do Estado.

Porém, conforme já visto, quando abordado o tema da subsidiariedade, existem argumentos técnicos em sentido contrário, sobretudo aqueles utilizados por Emerson

³³ Mapa das Organizações da Sociedade Civil. Disponível em: <https://mapaosoc.ipea.gov.br/index.html>. Acesso em 10 de outubro de 2019.

Gabardo (2009), que a atuação do Estado no domínio econômico, por questão de segurança nacional e relevante interesse coletivo não o habilita para um agir passivo, subsidiário e supletivo nos termos da Constituição Federal de 1988.

Significa que o Estado tem legitimidade para atuar no campo econômico do mercado e estatal e não de forma supletiva ou complementar às iniciativas dos entes privados, dada a sua ineficiência. A atuação do Estado não é meramente subsidiária, naquilo que estabelece a Constituição no seu art. 173, por razões de segurança nacional e perseguição ao relevante interesse coletivo.

A preponderância da prestação dos serviços públicos pelas entidades do Terceiro Setor, nesse sentido, já poderia ser criticada a partir da contextualização, porque parte-se da premissa equivocada que os serviços públicos não privatizados no contexto de pós Reforma Administrativa do Estado, estariam direcionados ao Terceiro Setor e não vinculados ao Estado.

Assim, a preponderância estaria equivocada, porque o Estado, nos termos da Constituição Federal de 1988, mesmo após a Reforma Administrativa de 1990, tem primazia na prestação dos serviços público e não o contrário (que as entidades privadas possuem).

A título exemplificativo, vale enfatizar que há uma visão distorcida da subsidiariedade, inclusive ao ponto de sustentar-se as ideias de Friedman (1955, 1962), relativa aos vouchers educacionais que seriam um meio de atenuar os efeitos do monopólio estatal sobre a educação pública. Nessa ótica ocorreria a distribuição de fundos públicos para educação diretamente aos pais sob a forma de um voucher, que poderiam ser usados tanto em escolas públicas quanto privadas, dando uma maior liberdade de escolha aos pais e estudantes, principalmente para as famílias de baixa renda, que supostamente não teriam a oportunidade de enviar os filhos a uma escola privada, além de diminuir a burocracia estatal.

Na concepção defendida por ele, para que haja uma demanda suficiente para fazer os empresários entrarem no sistema educacional, entretanto, os vouchers devem ser disponíveis para todos os indivíduos que possuem o Direito de ir para escolas públicas, e que seu valor, embora menor que o custo do governo por estudante, seja suficientemente alto para cobrir os custos de uma educação privada de qualidade (Friedman, 1995).

Essa visão distorcida da realidade jurídica brasileira foi referida pelo atual Ministro da Economia do Brasil, Paulo Guedes, em Davos, quando anunciou que o governo deve apoiar um grande programa de vouchers para educação na primeira infância como parte da agenda para o combate à desigualdade. Como se fosse possível atribuir exclusivamente à iniciativa privada, à sociedade a gestão e prestação do serviço público de educação básica em um país cujas raízes estão fixadas no Estado social.

A despeito dessa visão equivocada no Ministro da Economia, ainda que juridicamente fosse admitida a transferência da gestão e prestação pelas entidades privadas, com ou sem fins lucrativo, o que se faz apenas a título ilustrativo, ainda assim a argumentação estaria desprovida de razoabilidade, porque ao contrário do argumento utilizado – combate às desigualdades, o sistema aumenta os níveis de desigualdade. Isso porque, há uma forte segregação econômica e racial nas escolas, sendo terreno fértil para o aumento da desigualdade, comprometendo os resultados e a trajetória escolar pretendida em um Estado social e democrático.

Retomando o tema central, Emerson Gabardo (2013) ressalta, porém, que no Brasil, o Terceiro Setor não se desenvolveu espontaneamente como ocorreu nos Estados Unidos ou em outros países cujo marco solidário é significativo. Por aqui, o Estado criou um Terceiro Setor artificial, onde ele é estatizado. Gabardo (2013) menciona que o Terceiro Setor não nasce da sociedade civil organizada, mas é fruto da intenção do administrador que a sociedade se encarregue de prestar serviços públicos não privatizados em uma concepção de Estado mínimo. Neste sentido, explica que a maioria dos recursos que são empregados no Terceiro Setor no Brasil são recursos públicos.

Essa crítica é fundamental, porque põe em discussão qual seria a verdadeira razão da criação do Terceiro Setor, no caso brasileiro. Se a justificativa utilizada, por exemplo, para a Reforma Administrativa do Estado, onde desponta a sociedade civil organizada como executora dos serviços sociais, foi a crise fiscal, ou seja, a ausência de recursos públicos para as providências necessárias a coletividade por meio dos serviços públicos, como explicar os números do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, apresentados acima?

É no mínimo contraditório o discurso reformista baseado na economicidade ao transferir a execução de serviços públicos para o Terceiro Setor, quando na verdade, com o passar dos anos, o que se evidencia é que a manutenção das entidades, quase que em sua totalidade, decorre de recursos públicos.

A escassez de recursos da época deveria significar que a sociedade civil pudesse se organizar por conta própria para então prestar os serviços públicos de caráter social, não se valendo do Poder Público para que sejam mantidas e em muitos casos, só subsistindo em decorrência de alocação de recursos públicos.

Carla Bertucci Barbieri (2011) divide as entidades do Terceiro Setor em três subtipos, conforme visto anteriormente e já deu indicativos da conclusão que ora se chega, pois ao explicar o segundo subtipo, deixou claro que as entidades que compõem o Terceiro Setor no Brasil com mais frequência são aquelas que se utilizam de pessoal, recursos e bens do Poder Público para a sua manutenção. Não preponderam no exemplo brasileiro, as entidades do Terceiro Setor que estão conectadas com outros atores, distintos do Estado, como é o caso dos Estados Unidos, mencionado por Emerson Gabardo (2013). A maioria delas nasce para o Estado e sobrevive do aporte de recursos públicos.

O estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA também demonstra conclusivamente o expressivo número de recursos financeiros que são empregados a nível federal para as entidades que compõem afastando facilmente o argumento de crise que é a origem argumentativa da proposta concretizada de Reforma Administrativa do Estado.

A crítica que se assenta, nesse sentido, no exemplo brasileiro, é que as entidades que compõem o Terceiro Setor, na sua atuação, dependem do incentivo do Poder Público quer seja com recursos financeiros, pessoal ou bens. Muitas delas, sequer subsistem diante da ausência do cenário de distribuição de incentivos pelo Poder Público para o atingimento de finalidades públicas.

Por outro lado, não se está negando a capacidade de incentivo por parte do Poder Público, mas questionando o motivo do vulto de recursos para a manutenção das entidades do Terceiro Setor, quando o próprio Estado poderia prestar diretamente os serviços com seu quadro de pessoal, instalações e demais elementos de que dispõe?

Concluir que o Estado poderia prestar diretamente os serviços dá azo a outras reflexões necessárias e que o tomam por premissa. Se o Estado mantém quase que em sua totalidade as entidades do Terceiro Setor prestadoras de serviços públicos no Brasil, por que o ingresso nos quadros dessas entidades continua sendo de esfera discricionária e não por meio de processo seletivo público ou então concurso público, ou ainda com vedação ao nepotismo?

O argumento da decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 1.923, embora se reconheça a sua tecnicidade, quando apresenta que as entidades do Terceiro Setor não integram a Administração Pública e, portanto, não estão sujeitas as regras de pessoal, deixa de observar a complexidade que se insere a realidade brasileira quando praticamente a totalidade de recursos públicos são utilizados para a manutenção da entidade.

Se a entidade se mantém com recursos públicos, ainda que não esteja inserida no contexto da Administração Pública, por conta do princípio da moralidade, é preciso reconhecer que a ausência de concurso público ou processo seletivo pode resultar em benefícios e apadrinhamentos políticos, favorecendo atos de corrupção ou de imoralidades como é o caso do nepotismo. O cidadão que não pode ingressar na Administração Pública, por exemplo, por conta de grau de parentesco, dada a vedação ao nepotismo, ao passo em que verifica a inaplicabilidade dessa regra junto às entidades do Terceiro Setor, pode, por orientação, inclusive do próprio Administrador Público, ingressar nos quadros de pessoal da entidade.

Por sua vez, a corrupção estaria assumindo um caráter dúplice na medida em que não só está se permitindo o ingresso de cidadão com apadrinhamento político, mas ao mesmo tempo, que o Administrador Público, dentro da sua discricionariedade possa direcionar recursos públicos para que a entidade então acate os seus desejos.

Poderiam ser direcionados recursos públicos para uma determinada atividades para que ao seu tempo ela contrate empregados que são a base de sustentação política de partido político ou candidato, em flagrante ofensa à impessoalidade e à moralidade que deve nortear as relações que envolvem recursos públicos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017), a respeito do quadro de pessoal das entidades do Terceiro Setor, destaca que embora eles não acumulem cargos, empregos ou funções públicas, porque enquadram-se como particulares, na realidade

a remuneração que recebem, é, em última análise recurso público. E, acrescenta-se a isso a situação agravada quando a sobrevivência da entidade é decorrente de recursos financeiros públicos.

O mesmo pode ocorrer com a ausência de licitação para compras e aquisições da entidade, quando o direcionamento de recursos públicos tem por finalidade o favorecimento de sociedade empresária que é alinhada a interesses políticos do ordenador da despesa pública, ou então do próprio dirigente da entidade, por exemplo.

Inexiste a negativa de reconhecimento, por outro lado, que a entidade do Terceiro Setor possui personalidade jurídica de Direito privado justamente para se afastar do plexo de normas jurídicas do regime jurídico de Direito público, mais rigorosas e morosas em certa medida. Mas sim, que naquelas situações, as quais são maioria no exemplo brasileiro, conforme demonstrado, em que os recursos públicos se destacam na sua manutenção, o argumento de necessidade de concorrência no mercado não pode ser utilizado como válvula de escape para situações que podem levar a imoralidades e até mesmo atos de corrupção.

O argumento da necessidade de concorrência no mercado perde espaço quando do reconhecimento da subsistência da entidade com recursos de pessoal, financeiro e até de bens do Poder Público. Isso porque não há concorrência da qual a entidade participe, visto a origem dos recursos que lhe garante a subsistência é o Poder Público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017) menciona outro argumento que é utilizado não só contra a aplicação das regras públicas pelas entidades do Terceiro Setor, mas também como fundamento para a sua manutenção no cenário, que é a eficiência dos serviços prestados. A autora lembra ainda que é em razão da eficiência que muitas vezes os olhos são fechados para situações esdruxulas de irregularidade junto a entidades do Terceiro Setor.

Porém a eficiência, muitas vezes não é demonstrada, ou então, quando existe, deixa de indicar quem seriam os beneficiários dela. Usuários dos serviços públicos sociais do Estado ou clientes particulares? Tampouco se reconhece quais são os mecanismos utilizados para medir a eficiência e seus traços comparativos com os

serviços que são prestados diretamente pelo Estado. Em situação idêntica a do Estado, a entidade privada prestaria serviços adequados tal como o setor público.

Tomando por base a distinta situação jurídica que envolve o Estado e as entidades privadas que integram o Terceiro Setor, a eficiência das segundas pode ser admitida, isso porque as regras que lhe são afeta traduzem um cenário de competitividade e, portanto, muito mais brandas que àquelas atinentes aos órgãos públicos.

Para problematizar ainda mais, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017), cita um exemplo bastante emblemático, que é o caso de prestação de serviços públicos por entidades do Terceiro Setor que se valem do quadro de pessoal que é cedido pelo Poder Público, assim como da sua sede que é patrimônio público cedido e ainda recebe subsídios públicos. Haveria prestação de serviço público por servidores públicos, com bens e recursos públicos, mas quem arrecada e administra a receita é a entidade que integra o Terceiro Setor.

O faz sob as regras de entidade privada, sem realização de concurso público, licitação para compras e aquisições, o que é uma grande vantagem para essas entidades, porque todo ônus é público, mas a personalidade jurídica é privada, o que lhe afasta das normas do regime jurídico de Direito público (DI PIETRO, 2017).

As críticas também podem centrar-se sob outro aspecto, ou seja, a respeito da inviabilidade de acesso de dados concretos das parcerias firmadas com o Poder Público, porque são inócuas as tentativas de alcance das informações por meio da Lei de Acesso à Informação, conforme referido a título exemplificativo anteriormente, embora se constitua como um Direito fundamental do cidadão assegurado pelo Supremo Tribunal e positivado na legislação.

Essa frustração corresponde a uma realidade brasileira de sombreamento das informações que são públicas na sua essência. Se trata de uma cultura ainda presente no ambiente público, como se a própria acepção da palavra público não demonstrasse na necessidade de transparência dos dados, visto que não se trata de dinheiro privado, mas proveniente de toda a sociedade.

O ambiente de sombreamento é terreno fértil para desconfiança nas instituições, porque ainda que os atos administrativos sejam revestidos de legalidades, a ausência de alcance dos elementos necessários à sua compreensão

favorece a incerteza da sociedade que torna suas tentativas de esclarecimento frustradas, gerando um sentimento de que a coisa pública é obscura justamente para favorecer a corrupção. Ainda que o ato seja legal em sua completude, a inexistência de acesso aos dados propicia ao cidadão o sentimento de distanciamento daquele meio e contribui para a sua mistificação, o que leva muitas vezes a compreender equivocadamente e direcionar julgamentos pejorativos inadequados.

A simplificação dos procedimentos de acesso, assim como conteúdo claro e objetivo é a saída para elidir da sociedade o sentimento de não pertencimento junto a Administração Pública. O cidadão que possui a capacidade de alcançar os dados que entende por necessários é o mesmo cidadão consciente do seu papel junto à sociedade.

Não basta que a norma estabeleça a necessidade de publicidade e transparência, antes disso é preciso a consciência da sociedade em cobrar as providências e ao mesmo tempo dos gestores públicos em explicitar todos os procedimentos que são afetos à Administração e não resguardados por sigilo.

Portanto, cenário para críticas à preponderância do Terceiro Setor na prestação de serviços públicos, como se vê, não falta. Quer seja pela concepção errônea da subsidiariedade ou pela aposição da realidade de utilização de recursos públicos para a manutenção dessas respectivas entidades.

É, entretanto, uma realidade para a qual caminha o Brasil, como dito anteriormente, com discursos como a do atual Ministro da Economia, Paulo Guedes durante do Fórum Econômico Mundial, que se vale da visão distorcida da subsidiariedade para propor *vouchers* para a educação básica sob o argumento de combater desigualdades. Esquece que a primazia da educação é do Estado como forma de justamente proteger as hipossuficiências e desigualdades que são marcas de períodos liberais, onde a iniciativa privada e a sociedade preponderam.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conclusão talvez seja uma das partes mais delicadas do trabalho acadêmico por diversos motivos, mas principalmente pela sensação de que o tema não foi aprofundado como deveria, ainda que se compreenda a impossibilidade de abordar todos os aspectos necessários à completeza da matéria, tendo em conta a sua complexidade. É delicado em vista de que se percebe a ausência de respostas concretas as proposições lançadas, surgindo a partir do desenvolvimento, muito mais questionamentos do que conclusões irrefutáveis. É difícil concluir porque as respostas dependem das premissas utilizadas para a observação e a menor alteração possível pode desvelar um novo panorama e uma nova saída para o questionamento.

A finalização do trabalho é frustrante ao pesquisador porque existe uma capacidade de alteração do cenário pelo influxo do tempo e conseqüentemente o trabalho tornar-se arcaico e obsoleto diante de novas conjunturas jurídicas e sociais em curto espaço de tempo. Todo o tempo dedicado a pesquisa pode ser inutilizado por uma mera alteração legislativa, por exemplo.

Embora essa seja uma realidade imutável que assola o pesquisador, principalmente em se tratando de ciências humanas, é preciso apresentar as conclusões do trabalho, expondo a partir dos objetivos propostos quais foram as conclusões, refutando-se ou não a hipótese lançada inicialmente.

Esta dissertação abordou o tema do serviço público de educação básica nos Municípios a partir da gestão pelas entidades que compõem o Terceiro Setor. A análise foi realizada considerando os postulados históricos do serviço público e, mais detidamente, após a Reforma Administrativa do Estado no exemplo brasileiro. O problema enfrentado foi se a gestão e prestação do serviço público de educação pelo Terceiro Setor nos Municípios tem adquirido contornos de discricionariedade e subsidiariedade em sentidos contrários aos preceitos do Direito administrativo social.

Partiu-se da hipótese de que o Estado é agente fundamental na prestação dos serviços público, sendo constitucional, no atual estágio da democracia, a sua prestação pelo Terceiro Setor. Porém, a prestação dos serviços pelas Organizações da Sociedade Civil se afasta do regime jurídico de Direito público e dessa forma os mecanismos de controle previstos legalmente são utilizados apenas no âmbito

técnico, o que contribui para atos que embora legais são via de entrada para fraudes e imoralidades.

No primeiro capítulo do trabalho, o ponto de realce foi a compreensão do Estado como agente fundamental na prestação dos serviços públicos, se evidenciando que as comodidades oferecidas à sociedade por meio dos serviços públicos é uma realidade que varia de acordo com o tempo e a conformação de Estado para aquela realidade. A análise se desenvolveu da concepção de Estado, a partir do Estado liberal, até a Reforma Administrativa do Estado brasileiro nos anos de 1990, demonstrando as implicações dessa transformação na realidade dos serviços públicos e do próprio Direito administrativo e constitucional.

Não há que se falar em um novo Direito administrativo, mas sim em uma nova forma de olhar o Direito administrativo a partir das novas concepções jurídicas. Mudou-se a forma de olhar para o Estado e conseqüentemente como o cidadão se vê inserido no Estado e o próprio ente o concebe.

Com base na doutrina se discutiu a dificuldade de caracterizar e conceituar os serviços públicos, debatendo a complexidade da abordagem diante da discussão do regime jurídico de Direito público, sobretudo quando a prestação ou gestão ocorre por entidades privadas como formas de execução indireta. Se percebeu a ausência e unanimidade em definir o serviço público diante das mais variadas nuances e recortes metodológicos utilizados com tal finalidade e ao mesmo tempo se aclarou o postulado da defesa das insuficiências por meio do serviço público corolário lógico do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, se verificou que o Estado deve assumir de acordo com os postulados da Constituição o papel de preponderância na prestação dos serviços, ainda que eles não sejam exclusivos, porque não há concepção de subsidiariedade a ser compreendida a partir dos fundamentos da República.

No segundo capítulo, a centralidade se voltou para a discussão da constitucionalidade da prestação dos serviços públicos pelas entidades do Terceiro Setor. Com esse escopo restou demonstrada a dificuldade fazer uma separação entre Estado, sociedade e mercado de forma estanque, o que contribui significativamente para a problemática de definir algo como integrante da categoria da sociedade civil.

Atenção especial foi dedicada à Lei nº 13.019/2014, considerada como novo marco regulatório da sociedade civil e à decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923, verificando quais são as novidades e contribuições da norma e da decisão, assim como eventuais críticas que podem ser tecidas ao instrumento normativo e sua aplicabilidade com relação ao tema objeto de estudo do trabalho.

Buscou-se evidenciar quais são as entidades que compõe o Terceiro Setor no Brasil e suas particularidades para então serem tecidas críticas pela sua preponderância na prestação dos serviços públicos, especialmente a partir da Reforma Administrativa do Estado. Restou configurada, também, a dificuldade de alcançar informações relativas à prestação do serviço público, quer seja por meio da Lei de Acesso à Informação e até mesmo pelo Portal de Transparência para o objeto a que se propõe a pesquisa.

Caracterizou-se o Terceiro Setor como gestor e prestador de serviços públicos, mas ao mesmo tempo desvelou-se que essa atividade não é atribuição preponderante da sociedade civil de acordo com os postulados da Constituição. Confirmou-se que o Estado é agente fundamental na prestação dos serviços públicos e que atualmente as obrigações impostas ao Terceiro Setor legalmente ainda permanece encoberta por nuvens que não favorecem a transparência dos atos.

No terceiro capítulo as evidências colhidas nos capítulos anteriores foram traduzidas do campo teórico para uma análise crítica. Observou-se que a subsidiariedade é matéria não compreendida na atualidade, sendo que a sua aplicação é distorcida no Brasil. Se discutiu a respeito da eficiência na prestação do serviço público de educação básica pelas entidades do Terceiro Setor, posta em cheque a partir das evidências da alocação de recursos públicos suficientes, muitas vezes, para prestar diretamente os serviços.

Restou compreendido que o gestor público não possui autonomia de vontade para decidir a respeito das parcerias com o Terceiro Setor, restando limitada a sua discricionariedade à demonstração por meio do planejamento de que os interesses coletivos serão atendidos de forma eficiente se comparado, de acordo com àquela realidade, aos serviços prestados diretamente.

Nesse sentido, foi respondido o problema de pesquisa, confirmando-se a hipótese lançada no sentido de que a gestão e a prestação dos serviços públicos, embora haja autorização constitucional, por conta de afastar-se do regime jurídico de Direito público, é porta de entrada para dificuldade e até mesmo burla aos mecanismos juridicamente previstos. A sua implementação, no caso brasileiro, tem assumido contornos de discricionariedade em nome da aplicação distorcida da subsidiariedade.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Antônio Carlos Carneiro de. **Terceiro setor: história e gestão de organizações**. São Paulo: Summus, 2006.

ANDRADE, Letícia Queiroz. **Teoria das relações jurídicas da prestação do serviço público sob o regime de concessão**. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BARBIERI, Carla Bertucci. **Terceiro setor: desafios e perspectivas constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2011.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade: Conceito e evolução**. Editora Forense: Rio de Janeiro, 1997.

BITENCOURT, Caroline Muller. **ACESSO À INFORMAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE SOCIAL: desafios à construção da cultura de transparência no Brasil e diretrizes operacionais e legais para os portais no âmbito municipal**. Curitiba, PR. Relatório de Pós Doutorado. Pontifícia Universidade do Paraná, 2019.

BITENCOURT, C.M.; RECK, J. R. **Políticas públicas e matriz pragmático-sistêmica: os novos caminhos científicos do direito administrativo no Brasil**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Lei 9.394/1996. **Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional**. Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 dez. 1996. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Lei 13.019, de 31 de julho de 2014. **Estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público; define diretrizes para a política de fomento e de colaboração com organizações da sociedade civil; institui o termo de colaboração e o termo de fomento; e altera as Leis nos 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 01 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2019.

_____. Lei 9.790, de 23 de março de 1999. **Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 mar. 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2019.

_____. Lei 9.637, de 15 de maio de 1998. **Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 18 maio 1998. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2019.

_____. Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011. **Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **ADI nº 1.923.** Rel. Min. Eros Grau. Julg. 05.05.2015. DJ, 19 out. 2016.

BRESSER – PEREIRA, Luiz Carlos. **Trabalho apresentado ao seminário sobre Reforma do Estado na América Latina organizado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e patrocinado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento.** Revista do Serviço Público, 1996. Disponível em:
<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.admpublicaburocraticaagerencial.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Da administração pública burocrática à gerencial.** In: Bresser Pereira, Luiz Carlos; Spink, Peter Kevin (Org.). Reforma do Estado e administração pública gerencial. 3 ed. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

CABRAL, Eloisa Helena de Souza. **Terceiro setor: gestão e controle social.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.** 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

Carneiro, A. F.; Oliveira, D. L.; Torres, L. C. **Accountability e a prestação de contas das organizações do terceiro setor: uma abordagem à relevância da contabilidade**. Sociedade, contabilidade e gestão. v. 6, n. 2, pp. 90-105, 2011.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

CHAHAIRA, Bruno Valverde. **Terceiro setor, direitos fundamentais e as políticas públicas no Brasil em crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **Direito Constitucional Brasileiro: Teoria das Constituições e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

COULE, T. M. **Nonprofit Governance and Accountability: Broadening the Theoretical Perspective**. Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly, v. 44, n. 1, p. 75-97, 2015.

Cruz, C. V. O. A. **A relevância da informação contábil para os investidores sociais privados de entidades do terceiro setor no Brasil: Uma investigação empírica**, 2010. Tese (Doutorado em Contabilidade) – Departamento de Contabilidade e Atuária da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo. São Paulo.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; TORCHIA, Bruno Martins. **Lei anticorrupção e terceiro setor; reflexões sobre o compliance aplicado ao setor sem fins lucrativos**. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coord.). Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/2014. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parceiras na administração pública**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DUARTE, Clarice Seixas. In: **“A educação como um direito fundamental de natureza social”**. Educ. Soc., Campinas, vol. 28, n. 100 – Especial. P. 691-713, out. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/es/v28n100/a0428100.pdf>. Acesso em 10 Jul. 2018.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Terceirização: restrições e cautelas na aplicação no serviço público**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 5, n. 58, out. 2006.

_____. Jorge Ulisses Jacoby. **Contrato de gestão com organizações sociais – Observações a sua implementação**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 6, n. 66, jun. 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Legitimidade na Constituição de 1988**. In: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio et al. Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia. São Paulo: Atlas, 1989.

FERRAZ, Sérgio; SAAD, Amauri Feres. *Autorização de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2018.

FONTANA, Eliane. **Terceiro setor e cooperação pública: proposições para um marco conceitual das organizações da sociedade civil na perspectiva comunitarista**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, 2017.

FORTINI, Cristina; CUNHA, Luana Magalhães de Araújo; PIRES, Priscila Giannetti Campos. **O regime jurídico das parcerias voluntárias com as organizações da sociedade civil: inovações da Lei nº 13.019/2014**. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coord.). *Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/2014*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Reflexões Sobre a Prestação de Serviços Públicos por Entidades do Terceiro Setor**. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, n. 34, ano 7, Novembro/Dezembro 2005.

FREIRE, André Luiz. **O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

FRIEDMAN, Milton. **The Role of Government in Education**. *Economics and the Public Interest*, University of Rutgers Press, 1955.

_____. Milton. **Capitalism and Freedom**. Chicago, IL: University of Chicago Press, 1962.

_____. Milton. **Public Schools: Make Them Private**. *Washington Post*, 1995.

FUX, Luiz; MODESTO, Paulo; MARTINS, Humberto F. **Organizações sociais pós decisão do STF na ADI 1923/2015**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político**. Barueri: Manole, 2003.

_____. Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. Emerson. **Papel do Estado e o mito da subsidiariedade**. In Nohara, Irene Patrícia (Coord.). *Gestão Pública dos entes federativos: desafios jurídicos para a inovação e desenvolvimento*. São Paulo: Clássica, 2013.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **Empresas Estatais ou Estado Empresário?** In *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. Eros Roberto. **Constituição e serviço público**. In: Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA, Sérgio. **Redução da Discricionariedade Administrativa por meio de Previsibilidade Técnica**. RDA, Revista de Direito Administrativo, N. 248, Belo Horizonte, 2008.

HACHEM, Daniel Wunder. **A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do direito Público brasileiro**. A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional | Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

_____. Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**. Curitiba, PR. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2014. 614 p. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35104/R%20-%20T%20-%20DANIEL%20WUNDER%20HACHEM.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 de julho 2019.

_____. Daniel Wunder; KALIL, Gilberto Alexandre de Abreu. **O direito fundamental social à educação e sua maximização por meio da função extrafiscal dos tributos: o exemplo do Programa Universidade para Todos (Prouni)**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 153- 177, out./dez. 2016.

HOBSBAWN, Eric J. **A era das revoluções**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

IPEA. Instituto nacional de Pesquisa Aplicada. **Mapa das organizações da sociedade civil**. Disponível em: <<https://mapaosc.ipea.gov.br/resultado-consulta.html>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, 10. ed: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEAL, R.G.; FONTANA, E. **Considerações acerca de uma maior eficiência na realização dos serviços públicos na administração pública brasileira pós-reforma: relação qualitativa entre Estado e Sociedade no que tange a teoria habermasiana acerca da participação social na prestação do serviço público no Brasil**. In: SCORTEGAGNA, Fernando; COSTA, Marli da; HERMANY, Ricardo

(organizadores). Espaço Local, Cidadania e Políticas Públicas. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010. v. II.

MÂNICA, Fernando Borges. **Objeto e natureza das parcerias sociais: limites para a execução privada de tarefas estatais e o novo Direito do Terceiro Setor.** In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coord.). Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/2014. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. Fernando B. **Serviços públicos e desenvolvimento: uma crítica ao modelo de Parcerias Público-Privadas no setor social.** In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). (Org.). Estado, direito e políticas públicas – Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: Anais do Seminário de Integração do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: Íthala, 2014, p. 63-82.

_____. Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. **Serviços Públicos no Brasil: uma análise a partir das esferas de titularidade.** Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 14, n. 1, (Jan.-Abr., 2018), p. 253-274.

_____. Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. In: **Transparência nas parcerias com o terceiro setor: inovações da Lei n. 13.019/14 e deveres decorrentes da Lei n. 13.460/17.** LIBÓRIO, Daniela; GUIMARÃES, Edgar; GABARDO, Emerson (Org.) Eficiência e Ética no Direito Administrativo. Curitiba: Íthala, 2017.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal.** São Paulo, Malheiro Editores, 2011.

_____. Ricardo Marcondes. **Acesso à informação nas parcerias voluntárias.** In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coord.). Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/2014. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natália de Aquino. **O que sobrou da autonomia dos Estados e Municípios para legislar sobre parcerias com o terceiro setor?** In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coord.). Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/2014. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. Thiago. **A atividade de planejamento na administração pública: o papel e o conteúdo das normas previstas no anteprojeto da nova lei de organização administrativa.** Revista Eletrônica de Direito do Estado. n. 27, jul.-ago., 2011.

_____. Thiago. **Identificação de convênios administrativos no Direito brasileiro.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 100, p. 551- 571. 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

MONTAÑO, Carlos (org.). **O canto da sereia: crítica à ideologia e aos projetos do “terceiro setor”**. São Paulo: Cortez, 2014.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1973.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueredo. **A desmonopolização do poder**. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, v. 6, 2000.

MOTTA, Fabrício. **Organizações Sociais e a Lei nº 13.019/2014**. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coord.). **Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/2014**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NETTO, José Paulo. **FHC e a política social: um desastre para as massas trabalhadoras**. In: LESBAUPIN, Ivo (Org.). **O desmonte da Nação – Balanço do governo FCH**. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Irene Patrícia. **Regime jurídico das Organizações da Sociedade Civil (OSC): benefícios, exigências e vedações**. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coord.). **Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/2014**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

OHLWEILER, Leonel Pires. **Do segredo à transparência na administração pública: os arcana imperii e o direito de acesso à informação**. Canoas: Ed. Unilasalle, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3. ed. São Paulo: MÉTODO, 2015.

PIOVESAN, Fúlvio Machado. **As patologias corruptivas e seu tratamento na perspectiva sistêmica da contratação de serviço público de transporte escolar: uma análise da realidade no estado do Rio Grande do Sul**. 2016, fl. 120. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Santa Cruz do Sul, 2014.

POLANYI, Karl. **The Great Transformation**. Boston: Beacon Press, 1957.

POZZO, Augusto Neves Dal. **Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012.

RECK, Janriê Rodrigues. **Aspectos teórico-constitutivos de uma gestão pública compartilhada: O uso da proposição habermasiana da ação comunicativa na definição e execução compartilhada do interesse público**. 2006. 320 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2006.

RODRIGUES, C. R. M.; **A Crise e a Evolução do Conceito de Serviço Público**. Revista de Direito Público, Rio de Janeiro, v. 57/58, p. 130-146, 1981.

SALGADO, Eneida Desiree. **Lei de acesso à informação (LAI): comentários à Lei nº 12.527/2011 e ao Decreto nº 7.724/2012**. Vol.33 - Coleção Direito Administrativo Positivo. São Paulo, Atlas, 2015.p. 9-36.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. **O princípio da continuidade do serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SCHIER, Adriana Costa Ricardo. **Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social**. Curitiba: Íthala, 2016.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. José Afonso. O Estado Democrático de Direito. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 173:15-34, jul./set. 1988.

SILVA, C. E. G. **Gestão, legislação e fontes de recursos no terceiro setor brasileiro: uma perspectiva histórica**. RAP - Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 44, n. 6, p. 1301-1325, nov./dez, 2010.

SILVA, Juliana Sberze Pacheco. **Planejamento econômico e fomento público: instrumentos para o desenvolvimento nacional**. Curitiba, 2008. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

SOUZA, Celina. **Modernização do Estado e construção** de capacidades burocráticas para a implementação de políticas federalizadas. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 51, n. 1, p. 27-45, jan./fev. 2017.

SUNDFLED, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

TESSMANN, Erotides Kniphoff. **O direito à educação e suas perspectivas de efetividade frente às normas constitucionais vigentes no Brasil**. In: Clovis

Gorczevski. Direito e Educação: a questão da educação com enfoque jurídico. Porto Alegre: UFRGS gráfica, 2006.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ZANCANER, Weida. **Responsabilidade do Estado, serviço público e os direitos do usuário**. In Juarez Freitas (org), Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo. Malheiros Editores. 2006.

_____. Weida. Lineamentos sobre a Lei de Acesso à informação. P.25-25. In: VALIM, Rafael; Antonio Carlos; MALHEIROS, BACARIÇA, Josephina. Acesso à informação pública. Belo Horizonte: Fórum 2015.

ZITTEI, M. V. M.; POLITELO, L.; SCAPIN, J. E. **Nível de Evidenciação Contábil de Organizações do Terceiro Setor**. Administração Pública e Gestão Social, v. 8, n. 2, p. 85-94, 2016.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da terceirização na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2014.