

O TERCEIRO SETOR COMO PRESTADOR DO SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL: A VISÃO DISTORCIDA DA SUBSIDIARIEDADE FRENTE OS DEVERES DE PROTEÇÃO DAS INSUFICIÊNCIAS

THE THIRD SECTOR AS PUBLIC SERVICE PROVIDER IN BRAZIL: THE DISTORTED VIEW OF SUBSIDIARITY VERSUS THE DUTIES OF PROTECTION OF INSUFFICIENCIES

João Felipe Lehmen¹
Caroline Müller Bitencourt

146

RESUMO: O artigo se propõe a abordar a prestação dos serviços públicos pelo terceiro setor e a sua preponderância a partir de uma compreensão distorcida da subsidiariedade frente aos deveres de proteção do estado. O problema de pesquisa consiste no seguinte questionamento: a visão distorcida da subsidiariedade frente aos deveres de proteção estatal leva a preponderância do terceiro setor na prestação dos serviços? O objetivo do trabalho é analisar criticamente, à luz do direito constitucional e administrativo, se a compreensão distorcida da subsidiariedade tem conduzido a preponderância do terceiro setor na prestação do serviço público. A verificação dar-se-á por meio do método hipotético-dedutivo, iniciando-se pelas notas introdutória e críticas sobre os serviços passíveis de execução direta e indireta na lógica da proteção das insuficiências, perpassando pela verificação do que ainda não se compreende sobre a subsidiariedade para finalmente estabelecer críticas sobre a tentativa de tornar preponderante o terceiro setor no Brasil, considerando os primados da Constituição Federal. Como resultado da pesquisa, evidencia-se que existe uma tentativa de tornar o Terceiro Setor como protagonista na prestação dos serviços públicos e isto decorre da visão distorcida da subsidiariedade em afronta a proteção das insuficiências.

Palavras-chave: Serviço público; Subsidiariedade; Terceiro setor.

ABSTRACT: The article aims to address the provision of public services by the third sector and its preponderance from a distorted understanding of subsidiarity in the face of the state's protection duties. The research problem consists in the following question: does the distorted view of subsidiarity versus the state protection duties lead to the preponderance of the third sector in the provision of services? The objective of this work is to critically analyze, in the light of constitutional and administrative law, if the distorted understanding of subsidiarity has led to the preponderance of the third sector in the provision of public service. The verification will be done through the hypothetical-deductive method, starting with the introductory notes and criticisms on

¹ Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Advogado e consultor jurídico. Ex- assessor jurídico Municipal. Membro do Instituto Gaúcho de Direito Eleitoral – IGADE e da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/RS. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET e pós-graduando em Direito Público. E-mail: felipelehmen12@hotmail.com

the services that can be directly and indirectly implemented in the logic of the protection of insufficiencies, Going through the verification of what is not yet understood about subsidiarity to finally establish criticism on the attempt to make the third sector preponderant in Brazil, considering the primacy of the Federal Constitution. As a result of the research, it is evident that there is an attempt to make the Third Sector as a protagonist in the provision of public services and this stems from the distorted view of subsidiarity in defiance of the protection of inadequacies.

Keywords: Public service; Subsidiarity; Third sector.

1. INTRODUÇÃO

A prestação dos serviços públicos com a reforma administrativa do estado passou por significativas alterações. O que era pautado inicialmente pela prestação direta dos serviços, por meio de delegação ou concessão, com o novo cenário abriu espaço para a prestação pelas “entidades privadas” daqueles serviços não exclusivos.

Acontece que na prestação direta dos serviços pelo estado resta garantida a aplicação do regime de direito público e por consequência asseguradas as garantias previstas no art. 37 da Constituição.

Essas garantias asseguram inúmeros instrumentos de controle, quer seja para os cidadãos ou para os próprios órgãos de fiscalização, tudo e sempre como forma de limitar os interesses do estado e, por consequência, daqueles que possuem o comando dos entes.

Trata-se, em verdade, dos instrumentos de controle e no caso da sociedade de controle social, como é por exemplo a vedação ao nepotismo, o controle orçamentário e financeiro, as audiências públicas, o ingresso por meio de concurso ou processo seletivo público, a estabilidade garantida aos servidores e tantos outros que se poderia citar.

Por outro lado, quando o regime jurídico não é de direito público, os instrumentos de controle que o cercam ou atrelados a ele, tendem a perder força, tendo em conta especialmente que as relações passam a ser regidas pelo instituto do regime de direito privado.

Diante desta contextualização, o objetivo geral do presente estudo é analisar criticamente, a luz do direito constitucional e administrativo se a compreensão distorcida da subsidiariedade tem conduzido a preponderância do terceiro setor na prestação do serviço público. Tudo isso será feito a partir do seguinte questionamento: a visão distorcida da subsidiariedade frente aos deveres de proteção estatal leva a preponderância do terceiro setor na prestação dos serviços? Parte-se de uma resposta afirmativa, mas visando confirmá-la ou refutá-la, por meio do método de abordagem hipotético-dedutivo percorrer-se-á um caminho que se inicia pelas notas introdutória e críticas sobre os serviços passíveis de execução direta e indireta na lógica da proteção das insuficiências, perpassando pela verificação do que ainda não se compreende sobre a subsidiariedade para finalmente estabelecer críticas sobre a tentativa de tornar preponderante o terceiro setor no Brasil, considerando os primados da Constituição Federal.

A justificativa e relevância social do estudo ficam evidenciadas a partir do momento em que se percebe que os argumentos de ordem financeiro-orçamentários e a própria desburocratização tem sido a bandeira levantada pelos



gestores públicos sem analisar as consequências que podem surgir a partir dessa tomada de decisão

2. OS SERVIÇOS PÚBLICOS PASSÍVEIS DE EXECUÇÃO DIRETA E INDIRETA NA LÓGICA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO DO ESTADO: UMA VISÃO CRÍTICA

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 interpretados 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 (art. 175 da Constituição) à autorização não implica a sua impossibilidade de utilização, sob pena de não se considerar, no exemplo brasileiro, como serviço público, correios, telecomunicações e radiodifusão².

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-

² Não é objeto de estudo aprofundado a concessão e permissão de serviço público. São citadas como formas permitidas pelo ordenamento jurídico.



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.

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 delegatário 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).

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).

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).

O regime jurídico aplicado ao serviço público quando da prestação direta pelo Poder Público, por sua vez, 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 ente 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.

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. A SUBSIDIARIEDADE NA CONSTITUIÇÃO: O QUE AINDA 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 subsidiária. 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 autoritário³:

[...] 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.

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).

³ O conceito não emprega relevância significativa para a abordagem jurídica do princípio da subsidiariedade.



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, fomenta 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. (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 sobrepôr 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 tomando por base. Entende-se que 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. 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 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 sub-sidiária 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 dispõe 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.

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. A PREPONDERÂNCIA DO TERCEIRO SETOR NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL: UMA CRÍTICA A SUBSIDIARIEDADE DISTORCIDA.

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, 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 ocorreria 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.

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, como mencionado no capítulo anterior (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 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 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 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 privativos 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 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 privativos 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.

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, deixando claro ao explicar o segundo subtipo, 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.

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 vultoso 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 já dito, 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 esdrúxulas 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).

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 respetivas 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 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. CONCLUSÃO

Pelo que restou evidenciado no trabalho, no formato de Estado desenhado na Constituição, a subsidiariedade não tem espaço significativo e relevante ao ponto de atribuir-se a sociedade a primazia na prestação dos serviços públicos.

Verificou-se, que a subsidiariedade tem sido aplicada distorcidamente, sobretudo quando se evidencia que as entidades do Terceiro Setor que prestam serviços públicos vivem, no caso do Brasil, quase que em sua totalidade com recursos, materiais e pessoal dispensados pelo Poder Público.



Assim, respondendo ao problema de pesquisa, cumpridos os objetivos, confirmou-se a hipótese na medida em que se evidenciou a aplicação destorcida da subsidiariedade o que leva a ideia de preponderância do Terceiro Setor na prestação dos serviços públicos.



REFERÊNCIAS

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

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.

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.

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

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor.** 3. ed. São Paulo: MÉTODO, 2015.



SCHIER, Adriana Costa Ricardo. **Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social.** Curitiba: Íthala, 2016.

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.

