

Capítulo 5

FORMAS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

SUMÁRIO: 1. Formas de prestação do serviço público; 1.1 Desconcentração; 1.2 Descentralização; 1.3 Concessão: 1.3.1 Concessão comum; 1.3.2 Parcerias Público-Privadas - PPP; 1.4 Permissão; 1.5 Autorização; 1.6 Consórcio público; 1.7 Contratos de gestão; 1.8 Termos de parceria com OSCIP; 1.9 Formas *sui generis* - 2. Bibliografia.

1. FORMAS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Na concepção tradicional de *serviço público*, o ente público com competência para avocar determinada atividade como serviço público goza da *prerrogativa de disciplinar o modo de prestação desse serviço*. No que tange ao direito de acesso à atividade, o Poder Público pode definir se o acesso se promoverá de modo mais ou menos interno à estrutura do aparelho burocrático do Estado. Também pode estabelecer o nível de liberdade que se quer admitir na atividade. Trata-se de decisões abrangidas na dimensão política e, assim, podem ser tomadas discricionariamente pelo Poder Público titular do serviço público. Vejamos ambos os tipos de deliberação pública.

1.1 Desconcentração

A *prestação interna* de serviços públicos se caracteriza pela presença organizacional do Poder Público por meio de seus órgãos ou entes administrativos. No âmbito interno, a atividade pode ser prestada de forma concentrada, por meio de órgãos que compõem a Administração direta, com ou sem exclusividade. De modo *desconcentrado*, a prestação se procede por intermédio de um ente estatal, geralmente uma empresa estatal, ou, ainda, em cooperação federativa pelos consórcios públicos.

1.2 Descentralização

A *prestação externa* da atividade pode ser viabilizada por meio de outorga (delegação) única ou de múltiplas outorgas, com ou sem assimetria regulatória. Nestes

casos, os outorgados (concessionários, permissionários) atuam em nome do Poder Público (descentralização), mas este remanesce responsável pela prestação do serviço. O principal aspecto de diferenciação entre prestações interna e externa corresponde à natureza do vínculo habilitante, pois enquanto na prestação interna o título habilitante se aproxima da figura do ato administrativo, na prestação externa ou descentralizada, o título há de ser contratual.¹

Mais recentemente tem-se verificado a participação de entes estatais na disputa de título habilitante para prestação externa de serviços, equiparando-se aos demais competidores em concorrência. É o que se verifica, por exemplo, em setores que antes eram caracterizados como monopólio estatal e hoje se abriam a processos competitivos, como o setor de energia elétrica, no qual empresas estatais federais e estaduais disputam, isoladamente ou reunidas em consórcios com particulares, licitações para outorga de concessões para prestação dos serviços como concessionárias. O mesmo passou a ocorrer, mais recentemente, no setor de saneamento básico com companhias estatais estaduais disputando licitações para outorga de serviços públicos municipais.

Nos segmentos de serviço público que seguem sob a *publicatio* estrita, a atuação dos particulares depende do estabelecimento de vínculo, de natureza contratual, entre Poder Público e os particulares, que passam a atuar na qualidade de delegados para a prestação de um serviço público. Nestes serviços públicos há necessidade de um título habilitante *a priori*, do qual emerge uma relação de sujeição especial entre Poder Público e o particular que o recebeu. Tem-se, portanto, uma relação diferente daquela estabelecida nos moldes do poder de polícia ou pela regulação econômica, apoiada na sujeição geral, como ocorre nas atividades objeto de *despublicatio*.

A atribuição da condição de serviço público faz com que o acesso se condicione à conferência estatal de *título habilitante*. Esta outorga determina uma relação de sujeição especial, portanto. Concomitantemente, faz surgir aos destinatários da atividade uma relação especial de titularidade de direitos.

No âmbito de um serviço público delegado emergem duas ordens distintas de direitos subjetivos aos particulares. A assunção de uma atividade como serviço público implica o (i) reconhecimento a todos os indivíduos de um direito subjetivo de fruição, pois se a ordem jurídica identifica uma atividade como passível de ser assim considerada, está a dizer também que a sua relevância e imprescindibilidade dão a todos e a cada um o direito de a ela ter acesso e fruição. De outro lado, a partir do momento em que o Poder Público delega a um (ou a vários) particular a prestação deste serviço público, (ii) faz emergir na esfera de direitos deste delegatário um plexo de

1. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os serviços de interesse econômico geral e as recentes transformações dos serviços públicos. *Fórum Administrativo - FA*. ano 13. n. 154. Belo Horizonte, dez. 2013. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=98579>>. Acesso em: 12 ago. 2014.

direitos subjetivos próprios e exclusivos: o delegatário terá, para além do seu direito comum, como cidadão, de fruir do serviço, um direito de explorá-lo economicamente e o direito de manejar um conjunto de prerrogativas associadas ao serviço, em caráter especial e privativo (por exemplo, o uso especial de bens públicos, eventual manejo do poder expropriatório, direitos à servidão, alguma capacidade para ordenar o acesso ou a fruição pelos usuários, entre outras tantas).

Sendo o instrumento de outorga mecanismo de delegação para exercício de atividade em nome do Poder Público, esta deve ser necessariamente *aprazada*. No caso específico das concessões, o regime geral admite a extensão dos contratos de concessão, pode ter dois sentidos bastante diversos: (i) ato de prorrogação da concessão ou (ii) extensão do prazo para permitir que sejam atingidas as condições inicialmente estabelecidas que, por fatores externos ao contrato, tornaram impossível o atingimento dos objetivos originais da concessão. A extensão de prazo mostra-se, assim, como uma interessante alternativa à indenização por recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

A partir do momento em que o ente público descentraliza a prestação e delega a particular a prestação, o delegatário passa a se submeter a uma série de *restrições e condicionantes* não presentes na atuação econômica privada em geral. Isso não aproxima a empresa privada delegatária do regime jurídico próprio aos entes da Administração. Contudo, restrições que não são percebidas no âmbito privado se colocam ao particular delegatário. Pode-se dizer que a condição de delegatário reduz a liberdade privada e limita as decisões de investimentos e de ofertas comerciais, por exemplo. Porém, a regulação não submete a empresa a um regime público de gestão.

Por fim, cumpre esclarecer que a delegação acarreta um *híbrido entre políticas públicas e exploração de atividade econômica*. Mesmo nos regimes em que é prevista a prestação do serviço público pelo concessionário por sua “conta e risco”, a assertiva é relativa. Certo é que o insucesso da prestação de serviço público pelo concessionário não é suportado exclusivamente por ele: toda uma coletividade de utentes deixa de se beneficiar com o serviço e, na ponta, a política pública atrelada à concessão se esvazia. Os riscos da concessão são, assim, compartilhados mesmo nos regimes que asseguram maiores prerrogativas ao Poder Público.

1.3 Concessão

Já salientamos, em outra oportunidade, que “o instituto da concessão remete a um instrumento de delegação de cometimentos públicos, que compreende a concessão de serviços públicos, sem dúvida, mas é muito mais amplo do que esta modalidade. A concessão, na acepção aqui tratada (concessão-delegação), é o instituto jurídico pelo qual o Poder Público pactua transferir a um particular um plexo de direitos (prerrogativas) e obrigações que lhes são originalmente atribuídas, não se despojando, porém, nem da obrigação concernente, nem das prerrogativas relacionadas com

essa utilidade (bem, serviço, atividade) pública. Podem ser objeto de concessões, nesse sentido, utilidades muito mais amplas do que os chamados serviços públicos”²

Embora houvesse quem sentenciasse que tudo o que havia para ser dito a respeito da concessão parecia já tê-lo sido,³ não se duvida que o instituto apresenta-se, tanto do ponto de vista teórico quanto da sua aplicação prática, ainda bastante atual e prenhe de desafios. Tanto é assim que, em estudo recente sobre o tema, Marçal Justen Filho assinalou justamente a impossibilidade de se interpretar a concessão “tal como se fosse a mesma figura adotada anteriormente”, uma vez que “a alteração radical das concepções políticas, sociais, econômicas e jurídicas refletiu-se sobre o instituto da concessão”, fazendo sentido se referir, portanto, a uma “nova concessão para indicar os efeitos da constitucionalização e da democratização do Estado e do Direito brasileiros”⁴

O autor quer se referir justamente às transformações assistidas na estrutura e na forma de atuação do Estado nas últimas décadas, cuja postura passa agora a exigir a participação efetiva da chamada *sociedade civil* como forma de afirmação da superação das antigas concepções políticas baseadas na contraposição dos cidadãos ao Estado, assumindo este agora a função de “parceiro social”, ou melhor, de tutor dos particulares sem que estes (particulares) sejam privados da colaboração na gestão política. Para o autor, a República significa a instrumentalidade do Estado para realização de fins coletivos e individuais, com o absoluto predomínio da dignidade da pessoa humana, sendo nesta medida que a concessão assume a importante função de instrumento de que “dispõe o Estado para formalizar essa comunhão entre os diversos segmentos da sociedade, especificamente no tocante à prestação de utilidades necessárias à satisfação imediata da dignidade humana”⁵

Nesta perspectiva, assiste-se a uma *pluralidade de configurações* da concessão nos tempos recentes, que passa a englobar, muito além da delegação de serviços ou utilidades públicos mais usuais – concessão de serviço, de obra pública, de direito real de uso de bens públicos etc. –, uma verdadeira comunhão de esforços para a superação de desafios em diversos campos em que a atividade estatal se mostra insuficiente (ou ineficiente). Isto inclui as mais recentes modalidades de concessão reconhecidas como de *nova geração*, como a concessão urbanística (positivada no Município de São Paulo pela Lei 14.917/2009),⁶ a concessão florestal (disciplinada pela Lei

2. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A concessão como instituto do direito administrativo*. Tese. São Paulo, USP, 2013. p. 227.

3. Como lembra Marçal Justen Filho, a expressão é de Georges Vedel, em 1978, especificamente em relação às concessões de serviços públicos (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 51).

4. JUSTEN FILHO, Marçal. As diversas configurações da concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*. ano 1. n. 1. p. 95-135. Belo Horizonte, jan.-mar. 2003.

5. Idem, *ibidem*.

6. Quanto à figura da *concessão urbanística*, a sua novidade dificulta a tarefa de sua classificação como concessão de serviço ou concessão de uso de bem público, sendo mais adequado tratá-la

11.284/2006),⁷ a concessão relativa a hidrocarbonetos (disciplinada pela Lei 9.478/1997); a concessão de uso especial para fins de moradia (prevista no art. 4.º, V, h, da Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade); ou ainda as modalidades de concessão patrocinada e administrativa designadas como parcerias público-privadas na Lei Federal 11.079/2004; todas elas submetidas a um regime jurídico próprio e não necessariamente predador das mesmas prerrogativas públicas.

Além desta multiplicidade de configurações, as transformações do instituto da concessão revelam-se também no movimento – relativamente recente entre nós – de setorização dos serviços públicos, como resultado da maior complexidade e da abertura de muitos serviços públicos à competição,⁸ bem como da concentração da regulação em agências reguladoras independentes.⁹ Como vimos, as transformações

como uma nova modalidade de concessão. Segundo Adilson Dallari, a concessão urbanística “não configura, exatamente, uma modalidade de concessão de obra pública, mas, sim, consiste num instituto específico do Direito Urbanístico, que, conforme foi salientado, vem ganhando corpo e autonomia, tendo, agora, após a edição da Lei 10.257, de 10.07.2001 (Estatuto da Cidade) um início de unidade normativa, apresentando institutos e princípios próprios” (DALLARI, Adilson de Abreu. *Concessões urbanísticas. Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*. n. 37. São Paulo: Malheiros, 2002). De modo semelhante conclui Mariana Novis: “A concessão urbanística não equivale perfeitamente a uma concessão de serviço público, nem a uma concessão de obra pública e muito menos a alguma das duas subespécies de parcerias público-privadas aventadas na lei competente, seja a concessão administrativa ou a patrocinada, nem mesmo exercendo o papel de uma possível releitura ou variação dos mesmos conceitos”. Para a autora, a concessão urbanística pertence ao gênero concessão, mas possui um regime próprio que não se identifica plenamente com nenhuma das espécies de concessão previstas na legislação federal (NOVIS, Mariana. *O regime jurídico da concessão urbanística*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 146). Vale mencionar que, no Município de São Paulo, o instituto foi positivado por meio da Lei 14.917/2009, a qual define a concessão urbanística em seu art. 2.º como “o contrato administrativo por meio do qual o poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência, delega a pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de obras urbanísticas de interesse público, por conta e risco da empresa concessionária, de modo que o investimento desta seja remunerado e amortizado mediante a exploração dos imóveis resultantes destinados a usos privados nos termos do contrato de concessão, com base em prévio projeto urbanístico específico e em cumprimento de objetivos, diretrizes e prioridades da lei do plano diretor estratégico”.

7. O art. 3.º, VII desta Lei define a Concessão Florestal como a “delegação onerosa, feita pelo poder concedente, do direito de praticar manejo florestal sustentável para exploração de produtos e serviços numa unidade de manejo, mediante licitação, à pessoa jurídica, em consórcio ou não, que atenda às exigências do respectivo edital de licitação e demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.
8. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. n. 223. São Paulo: Renovar, jan.-mar. 2001.
9. Como instrumentos fundamentais da redefinição da atuação estatal são criadas as chamadas Agências Reguladoras Independentes, resultado de um modelo regulatório fundado no princípio da subsidiariedade, priorizador da livre-iniciativa, e cujo principal desafio consiste em disciplinar a atuação dos particulares a fim de emprestar maior efetividade e representatividade à pluralidade de interesses coexistentes no corpo social, mantendo o controle da atividade por meio do exercício da função de regulação (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras – Instrumentos do fortalecimento do Estado*. São Paulo: ABAR, 2003. p. 73). O surgimento das Agências Regulado-

sofridas nas últimas décadas em torno dos *serviços públicos* produziu como resultado uma maior complexização da matéria a partir da abertura de muitas atividades que antes eram monopolizadas pelo Estado para o regime de competição, forçando a criação de normas melhor adaptadas às especificidades das concessões em cada diferente setor – é o que se verifica, p. ex., nos setores de telecomunicações (Lei 9.472/1997) e distribuição de gás canalizado (Lei 9.478/1997).

Além disso, a setorização permitiu uma regulação mais intensa e especializada, na medida em que a concessão, em muitos casos, deixa de ser controlada pelo próprio poder concedente para sofrer a regulação por uma entidade reguladora independente. Tais aspectos foram ressaltados por ocasião de comentários às transformações sofridas pelo instituto da concessão de serviços públicos nas últimas décadas:

“O primeiro traço é que não mais se faz concessão de todo um pacote de serviços, mas se admite hoje a concessão de atividades dentro de um pacote maior de serviços. A segunda transformação, que é importante destacar, é que tradicionalmente se associava a concessão à ideia de exploração exclusiva de um serviço; a regra da concessão era a regra da exclusividade. Hoje, até por força de lei, a exclusividade passou a ser exceção. (...) Outro traço (...) é sobre a reformulação ou o fortalecimento da ideia de regulação do Poder Público sobre os serviços. Essa ideia de regulação também se apresenta com uma feição um pouco diferente, porque deixa de ser interna ao Poder Público, meramente contratual, e passa a ser exercida de maneira separada, de maneira, muitas vezes, alocada num órgão específico para exercer (...)”¹⁰

Com isso, a normatização setorial específica e a presença de um agente regulador externo ao contrato possibilitam a regulação mais equânime e tecnicamente adequada dos serviços, impedindo a adoção de soluções unilaterais pelo poder concedente que eventualmente não encontrem justificativa ou razoabilidade à luz das normas setoriais e das cláusulas contratuais. O efeito prático é o distanciamento da atividade de regulação dos serviços públicos de uma direção puramente política, aproximando-a

ras Independentes é assim sintetizado nas palavras de Alexandre Santos de Aragão: “(...) o Estado, diante de uma sociedade crescentemente complexa e dinâmica, verificou a impotência dos seus instrumentos tradicionais de atuação, o que impôs a adoção de mecanismos administrativos mais ágeis e tecnicamente especializados. A tecnologia jurídica até então predominante, com suas regulamentações genéricas para todos os setores sociais, começou a se transformar para enfrentar os novos desafios. Surgiram órgãos e entidades dotadas de independências frente ao aparelho central do Estado, com especialização técnica e autonomia normativa, capazes de direcionar as novas atividades sociais na senda do interesse público juridicamente definido” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras. *Revista Trimestral de Direito Público*. vol. 36. p. 88-113. São Paulo: Malheiros, 2001). As Agências Reguladoras Independentes surgem, assim, com o objetivo declarado de diminuir os entraves burocráticos da atuação estatal em setores estratégicos da economia, de forma a dotar o Estado de órgãos que apresentassem maior agilidade, capacitação técnica, permeabilidade à sociedade, processualidade e, em especial, independência. Para mais, ver: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 59-67.

10. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões de serviços públicos. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*. ano 22. n. 6. p. 645-654. São Paulo: NDJ, jun. 2006.

de uma direção mais técnica, com a conseqüente atenuação dos riscos políticos atrelados a estas espécies de contratos.

Em resumo, devido à impossibilidade de tentar produzir uma solução única para todas (e diferentes) espécies de concessões, como se fosse possível definir-se um conceito *único e padronizado* do instituto, aplicável a todas as manifestações concessórias presentes – ou não – nos regramentos jurídicos cada vez mais especializados, fica claro que o instituto da *concessão* não pode ficar reduzido a uma “figura de perfil único”. Apesar da tendência da doutrina nacional de buscar a simplificação e categorização dos institutos em grandes blocos, a complexidade e a diversidade do mundo real conduzem à necessidade de explorar todas as potencialidades do instituto da concessão, para reconhecê-la como meio juridicamente capaz de amoldar-se às circunstâncias e necessidades dos casos concretos e assim permitir o desempenho satisfatório das tarefas públicas com a participação colaborativa dos agentes privados.¹¹

Em termos de regime jurídico, a conseqüência direta desta nova orientação é o reconhecimento da impossibilidade de sustentar-se uma concepção teórica que pretenda considerar a aplicação de um único conjunto de regras padronizado para abarcar todas as modalidades de concessão de serviços ou outras utilidades públicas.¹² Ainda que os princípios gerais possam ser coincidentes (no Brasil, p. ex., a Lei 8.987/1995 é considerada a Lei Geral das Concessões), a pluralidade de formas reclama também uma pluralidade de regimes jurídicos para cada modalidade de concessão, fenômeno que força o reconhecimento da transformação da figura simplificada do tradicional *contrato de concessão* em um modo contratual dinâmico, marcado pela maior importância atribuída às regras negociais do que às chamadas “cláusulas regulamentares” ou “cláusulas de serviço”, conforme preditava o seu tratamento clássico nas obras dos teóricos franceses do início do século XX.¹³

11. Para um estudo aprofundado do instituto da concessão e de suas inúmeras configurações e utilidades, ver: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A concessão...* cit.

12. Confira-se, nesse sentido, a lição de Floriano de Azevedo Marques Neto: “São várias as modalidades de concessão previstas no direito positivo e tendo objeto distinto dos tais serviços públicos em sentido restritíssimo, cada qual sujeita a um regime jurídico próprio. (...) Dada a diversidade de objetos passíveis de serem concedidos, já se põe inviável imaginar um regime único e completo, aplicável a todas as espécies. Certo é que, tratando-se de um mesmo instituto, há traços comuns que servem para configurá-lo enquanto tal. Mas não se pode, por exemplo, adotar como necessário (ou único) o critério de remuneração ou a divisão de riscos própria à delegação de serviços públicos em sentido restritíssimo. E tanto assim é que o direito positivo contém várias leis disciplinando regimes específicos de concessão, os quais, embora tendo eixo comum os elementos configuradores do instituto, amoldam-no às especificidades da utilidade pública cuja implantação ou cuja oferta é delegada aos particulares. (...) E exatamente por essa pluralidade de objetos é que não parece fazer sentido nem a preconização de um único regime para todas as possíveis concessões, nem, muito menos, o critério de identificação da concessão com base na verificação dos caracteres de uma dada sua espécie”. Idem, p. 225-227.

13. Por todos, ver: LAUBARDÈRE, André de; MODERNE, Frank; DEVOLVÈ Pierre. *Traité des contrats administratifs*. Paris: LGDJ, 1983. p. 44 e 100.

1.3.1 Concessão comum

A concessão dita comum é aquela regulada pela Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/1995), e caracteriza-se por consistir no cometimento de uma atividade considerada serviço público por conta e risco do particular, mediante a cobrança de tarifas dos usuários. A lei que rege a concessão de serviço público a define como “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”. Ainda diferencia a concessão comum precedida da execução de obra pública da concessão comum anteriormente mencionada; ao que acrescentamos serem diferentes das concessões administrativas e patrocinadas trazidas pela Lei 11.079/2004 (PPP).

A concessão nos moldes tradicionais, tal qual nós a conhecemos, envolve posição de singular desigualdade entre os contratantes. É contrato típico de direito administrativo, nos quais as prerrogativas da Administração em relação ao contratado lhe permitem o exercício de poderes exorbitantes aos privados, que decorrem da primazia do interesse público sobre o interesse particular e a existência de uma relação de sujeição/soberania entre as partes. Do ponto de vista constitucional, a concessão é instrumento jurídico para a delegação da prestação de serviço público, que se consubstancia em contrato administrativo. Trata-se de contrato tripartite que engloba também os direitos e deveres dos cidadãos-usuários, cuja remuneração deve ser compatível com uma política tarifária prevista em lei. A atividade deve ser explorada dentro de parâmetros de suficiência e de adequação e a extinção do contrato deve atender a um regime especial.

Sobre o estatuto geral das concessões, há entre nós quem defenda – não sem um profundo embasamento teórico –, uma interpretação mais equilibrada do art. 2.º, II, da Lei 8.987/1995 sobre o verdadeiro sentido da expressão “por sua conta e risco”, atribuindo-lhe o sentido renovado segundo o qual, na verdade, a Lei “não transfere normativamente *todos* os riscos da concessão ao concessionário, mas tão somente aqueles que o negócio (o contrato), em função de suas condicionantes econômico-financeiras, estabelecer”.¹⁴

Ora, tal interpretação nada mais faz do que afirmar a importância das cláusulas contratuais para a formatação dos direitos e obrigações assumidos pelas partes no âmbito do contrato de concessão, atribuindo maior força às normas convencionais do que à interpretação redutora da consensualidade ainda prevalecente. É com esse mesmo sentido, aliás, que Vera Monteiro defende a possibilidade de aplicação “emprestada” dos dispositivos inovadores da Lei de PPP (Lei 11.079/2004) no âmbito das

14. PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviços públicos*. Tese de Doutorado. São Paulo, USP, 2005. p. 143.

concessões comuns,¹⁵ mormente porque a própria Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/1995) já carrega consigo o espírito de *parceria* – que viria a ser consagrado anos depois com a Lei de PPP.

A completa compreensão das transformações do instituto da concessão, contudo, só pode ser melhor evidenciada, a nosso ver, a partir da análise de duas novas modalidades surgidas com o propósito declarado de oferecer respostas mais incisivas e claras em relação às mudanças acima anunciadas: as concessões patrocinada e administrativa trazidas pela Lei 11.079/2004, denominadas em nosso ordenamento de Parcerias Público-Privadas (PPP), as quais representam, para alguns, verdadeira atualização do regime jurídico das concessões no Direito brasileiro.¹⁶

1.3.2 Parcerias Público-Privadas – PPP

Uma grande parte das tendências percebidas com timidez nas concessões “comuns” de serviços públicos e nas concessões ditas de “nova geração” acima tratadas, como resultado da mudança da forma de atuar do Estado contemporâneo, foram em certa medida contempladas e positivadas no estatuto das Parcerias Público-Privadas (Lei 11.079/2004), de modo complementar e atualizado em relação a tudo o que existia até então em termos de normatização das concessões no Brasil. Tanto é assim que, justamente por reconhecer na Lei de PPP uma atualização importante das contratações públicas, não falta quem afirme até mesmo a permeabilidade entre as suas regras e as demais espécies de contratos de administrativos que cumpram a mesma função.¹⁷

15. MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. *A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei 11.079/2004*. Tese de Doutorado. São Paulo, USP, 2009. p. 188.

16. *Idem*, p. 186.

17. Para Vera Monteiro: “(...) ao tratar das espécies de concessão patrocinada e administrativa, a Lei 11.079/2004 positivou novos mecanismos que podem ser aplicados a outras espécies de concessão, haja vista a função comum presente no gênero ‘concessão’. É possível, portanto, que as regras da referida lei sejam associadas a quaisquer outros contratos administrativos que cumpram a mesma função (de viabilizar investimentos privados na disponibilização de bens e serviços à sociedade), seja qual for a sua específica lei de regência. (...) Trata-se do reconhecimento de verdadeira permeabilidade entre as espécies de concessão a partir do pressuposto de que são instrumentos que desempenham a mesma função”. *Idem*, p. 187-188. No mesmo sentido, Mario Engler Pinto Junior afirma que: “(...) muitas disposições da Lei das PPP são perfeitamente compatíveis com a concessão comum e não haveria nenhuma razão lógica para afastar a sua aplicação. A título ilustrativo, pode-se citar as normas relativas ao contrato de parceria público-privada previstas no art. 5.º, quais sejam: (i) penalidades aplicáveis às partes público e privada; (ii) repartição de riscos; (iii) formas de remuneração variável; (iv) mecanismos para preservação da atualidade da prestação dos serviços; (v) critérios objetivos de avaliação de desempenho do concessionário; (vi) compartilhamento de ganhos econômicos do parceiro privado pela redução do risco de crédito; (viii) transferência do controle acionário da sociedade de propósito específico para os financiadores do projeto (*step in rights*) e legitimidade para recebimento direto de indenizações pela extinção antecipada da concessão. O mesmo se diga em relação à prestação de garantia prevista no art. 8.º, para obrigações de conteúdo econômico assumidas pela parte pública, ainda que não sob a forma de complementação tarifária” (PINTO JR., Mario Engler. *Parceria público-privada. Antigas e novas modalidades contratuais*. *Revista de Direito Público da Economia*. vol. 13. p. 175-198. Belo Horizonte: Fórum, jan.-mar. 2006).

Consoante relato de Sundfeld, o tema das Parcerias Público-Privadas “surgiu com o programa de Reforma do Estado desenvolvido no Brasil a partir do início da década de 90”, e teve seu ápice “com a privatização de grandes empresas federais, a flexibilização de monopólios de serviços públicos e o estímulo ao terceiro setor”.¹⁸ Ao analisar o momento histórico da incursão das PPP no Brasil, Coutinho nota a semelhança de nossa trajetória de reforma do Estado em comparação com o Reino Unido nas décadas de 80 e 90:

“O contexto mais amplo no qual florescem as PPP é dado pela transformação dos governos e pelas cambiantes relações entre o Estado e o setor privado (...). No Reino Unido, (...) adotadas em paralelo às privatizações e terceirizações e em meio à hegemonia do paradigma do *new public management*, as PPP são produto da ideologia, retórica e da prática segundo a qual o Governo, em todos os níveis, passou a ver no setor privado um parceiro imprescindível e a ser atraído”.¹⁹

Em meio a este cenário, a Lei das PPP (Lei Federal 11.079/2004) foi introduzida, entre nós, basicamente com três grandes propósitos principais: (i) sacramentar a possibilidade de realização de pagamentos de subsídios pela Administração Pública aos concessionários de serviços públicos (o que, apesar de já estar previsto no art. 17 da Lei 8.987/1995, era visto como hipótese excepcional e dependente de lei); (ii) viabilizar o oferecimento de garantia do adimplemento da obrigação pecuniária assumida pelo poder concedente nessas novas modalidades; e (iii) ampliar o leque de serviços sujeitos à concessão à iniciativa privada, permitindo a aplicação da lógica contratual da concessão para outros objetos, inclusive serviços administrativos em geral (concessão administrativa).

Para atingir tais desideratos, a nova lei criou duas novas modalidades de concessão no ordenamento jurídico brasileiro: a concessão patrocinada, descrita pelo § 1.º do art. 2.º como “a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata

18. SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 16.

19. COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias público-privadas: relatos de algumas experiências internacionais. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 50. No mesmo sentido, ver Mauricio Portugal ribeiro e Lucas Navarro Prado: “O processo de desestatização brasileiro foi, certamente, um dos mais amplos havidos nos últimos 20 anos, podendo possivelmente ser comparado ao que ocorreu na Inglaterra na era Thatcher. Privatizou-se ou foram celebradas outras formas de relação de longo prazo entre Poder Público e iniciativa privada (concessões, permissões, autorizações etc.) em setores como o petróleo, gás, água e saneamento, transportes etc. A despeito dos embates ideológicos sobre as desestatizações e da adoção recente, por governos e governantes com origem em movimentos de esquerda, das parcerias público-privadas (PPP) como instrumento para cooperação da iniciativa privada na realização de investimentos de interesse público, é forçoso admitir que as PPP, nos seus diversos desenhos, sofisticam e aperfeiçoam os processos de desestatização, em busca de estender o alcance das externalidades positivas que tais processos podem gerar, quando adequadamente implementados” (RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 16).

a Lei 8
usuári
conces
a Admi
de obra
a conc
-privac
de obra
trapres

En
para di
tando d
e aperf
model
nal acu
Indepe

Pa
inovaçõ
rísticas
tes em t
de man
cular, e
de risco
mento d
de de pr
8.º); e (d
descum

To
PPP há ‘
especial
conferiu
de parce
público

20. RIB
21. Sob
um
adr
baix
isso
mai
Ferr

a Lei 8.987, de 13.02.1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”; e a concessão administrativa, definida como “o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens” (art. 2.º, § 2.º), sem eliminar, por certo, a concessão “comum” regida pela Lei 8.987/1995, “não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987, de 13.02.1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.” (art. 2.º, § 3.º).

Em termos de regime jurídico, a Lei representou a criação de um novo estatuto para disciplinar, especificamente, estas duas novas modalidades de concessão, tratando de incorporar ao arcabouço já conhecido das concessões inúmeras inovações e aperfeiçoamentos inspirados tanto no Direito Comparado (especialmente nos modelos de PFI – *Private Finance Initiative* britânicos), quanto da experiência nacional acumulada no âmbito dos serviços públicos regulados (Agências Reguladoras Independentes).²⁰

Para os fins aqui visados, é relevante destacar, em breves linhas, as principais inovações trazidas pelo regime jurídico próprio da Lei de PPP. Quatro notas características do regime jurídico das PPP apresentam-se, a nosso ver, como as mais relevantes em termos de evolução do instituto das concessões no Brasil, capazes de expressar de maneira mais evidente o espírito de colaboração entre a Administração e o particular, e dando razão ao vocábulo “parceria”. São elas: (a) a possibilidade de alocações de riscos mais adequadas ao princípio da eficiência (art. 5.º, III);²¹ (b) o compartilhamento de ganhos entre o setor público e o setor privado (art. 5.º, IX); (c) a possibilidade de prestação de garantias pelo Poder Público em favor do parceiro privado (art. 8.º); e (d) a possibilidade de aplicação de penalidades à Administração Pública pelo descumprimento de obrigações contratuais assumidas, já citada (art. 5.º, II e VI).

Todo esse conjunto de inovações nos leva a assentar que por trás da nova lei de PPP há “uma mudança de paradigma no tratamento dos contratos administrativos”, especialmente nos seguintes aspectos: (i) *autonomia da vontade*: pois o novo regime conferiu “uma maior margem de liberdade para, em relação a cada objeto específico de parceria, ajustar o plexo de direitos e obrigações mais condizente com o interesse público (traduzido em maior eficiência e economicidade)”; e (ii) *contrato como fonte*

20. RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Op. cit., p. 47.

21. Sobre o tema, Fernando Vernalha Guimarães traz didática síntese, ao expor que “[d]iz-se que um contrato será eficiente quando cada parte arcar com os riscos que melhor condição tem de administrar. Busca-se atribuir os riscos, de acordo com a sua natureza, à parte apta a custos mais baixos, reduzir as chances de que os prejuízos subjacentes venham a se materializar, ou, não sendo isso possível, mitigar os prejuízos resultantes. Trata-se de associar certos riscos à parte que detém maior controle sobre sua gestão ou sobre as consequências de sua materialização” (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *PPP – Parceria público-privada*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 296).

de obrigações: na medida em que, segundo o autor, é preciso “reconhecer que o contrato de PPP poderá imputar à Administração obrigações que tradicionalmente não lhe são atribuídas no contrato administrativo, nem vem expressamente previstas na Lei Geral de Contratos (Lei 8.666/1993)”.²²

A verdade é que a regulamentação das parcerias público-privadas no Direito brasileiro trouxe como marca principal a incidência de um regime jurídico mais equilibrado entre as partes contratantes, em nítida *atenuação* da exorbitância própria dos contratos administrativos típicos (e também dos clássicos contratos de concessão de serviços públicos), a partir do reconhecimento de uma convergência de interesses e de objetivos manifestada sob o signo da *parceria*.²³ Trata-se, portanto, de uma expressão da *contratualidade administrativa* nos termos aqui aludidos, na medida em que possibilita a superação das “fronteiras rígidas” do Direito Administrativo oitocentista, para a incorporação de uma lógica da cooperação própria do novo Direito administrativo brasileiro.

1.4 Permissão

A permissão diferencia-se da concessão pelo traço de temporalidade e estabilidade.²⁴ De semelhante com a concessão, a permissão tem o fato de que ela também se presta a trespassar aos particulares direitos especiais atinentes a uma utilidade pública. Durante muito tempo a doutrina traçava a distinção aludindo que, enquanto a concessão tinha caráter contratual, a permissão cuidava de mero ato unilateral. Hoje tal traço distintivo não é mais suficiente. O direito positivo, em várias oportunidades, demarcou o caráter contratual das permissões,²⁵ de tal sorte que, embora siga existindo na doutrina e mesmo na legislação a concepção não contratual de permissão, essa característica não é mais suficiente para distingui-la da concessão.

O que efetivamente demarca a diferença entre permissão e concessão é o fato de que aquela não possui o traço da temporalidade (outorga a termo, por prazo certo) nem a característica de estabilidade. A permissão não carece de ter prazo certo (embora possa tê-lo como prazo máximo), mas, por outro lado, caracteriza-se pela precariedade, vale dizer, pela ausência de garantia estável de duração. Ou seja, na per-

22. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Reajuste e revisão nas parcerias público-privadas: revisitando o risco nos contratos de delegação. In: SOUZA, Mariana Campos de (org.). *Parcerias Público-Privada: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo, Quartier Latin, 2008. p. 53-85.

23. Como afirma Vera Monteiro: “Ao positivar uma série de mecanismos pré-contratuais e contratuais que garantem um ambiente de maior colaboração nas relações entre o poder concedente e os concessionários, tal lei deve ser entendida de modo mais amplo, como verdadeira atualização do modelo concessório no Brasil, não só porque incorpora novos vetores que conduzem a uma *revisão da teoria clássica contratual*, mas porque complementa a legislação sobre a concessão, confirmando que o gênero ‘concessão’ não se confunde com suas espécies” (MONTEIRO, Vera. Op. cit., p. 206).

24. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A concessão...* cit.

25. Por exemplo: art. 175 da CF, parágrafo único, I; Lei 8.987/1995, art. 18, XVI; Lei 10.233/2001, arts. 26, I, 27, V, e 39.

missão não há um compromisso de longo prazo, pactuado entre Poder Público e particular, para que o particular implemente, opere e explore uma utilidade de interesse geral. Há, sim, uma atribuição episódica, no mais das vezes transitória, de uso de um bem ou de prestação de uma atividade, mas em condições que não de mandam um pacto de longo prazo como a concessão.

1.5 Autorização

Em primeiro lugar, lembre-se que, atualmente, a delimitação entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito está cada vez mais tormentosa. Como vimos, a partir do meio da década de 90 do século passado o Estado reduziu seu campo de atuação direta na economia e passou a privilegiar mecanismos de intervenção indireta. Em paralelo, a regulação estatal, sob o fundamento do chamado “poder de polícia”, passou a abarcar campo amplíssimo de atividades, incidindo de forma intensa inclusive sobre atividades estritamente econômicas com relevante interesse público. A algumas dessas atividades econômicas deu-se o nome de “serviço público impróprio”, numa referência à sua relevância para a coletividade. Nesse cenário, são várias, como vimos, as críticas sobre a diferenciação estática entre serviço público e atividade econômica.

Não obstante a dificuldade – e também a pouca utilidade – da delimitação dessas duas esferas distintas de atuação (serviço público e atividade econômica), ela traz uma utilidade didática para a melhor compreensão sobre a diferença tradicional entre os institutos da concessão e da autorização, pois, ao se procurar identificar a natureza de uma dada atividade, esse enquadramento traz algumas consequências em relação ao regime jurídico ao qual a atividade se sujeita e também ao título habilitante para que um particular possa prestá-la/explorá-la. Nesse sentido, o enquadramento de uma atividade como atividade econômica em sentido estrito ou serviço público em sentido estrito torna-se didaticamente útil para entendermos o instituto da autorização e as transformações pelas quais ele atravessa atualmente.²⁶

Com efeito, vimos que a regulação pode recair sobre determinada atividade por diferentes motivos, o que torna a identificação do mote que a enseja essencial, por dois motivos principais. Primeiro, saber qual é o bem jurídico protegido pela regulação permite uma interpretação mais adequada das normas e dos instrumentos a ela relacionadas, compatibilizando-os com a proteção dos interesses públicos que, em última instância, fundamentam a regulação. Segundo, a identificação dessa pauta regulatória possibilita que a regulação estatal seja submetida ao teste de sua adequação em relação aos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade.

26. Essas distinções se mostram hoje insuficientes e vagas, especialmente quando confrontadas com a multiplicidade de espécies de autorização e com o advento da utilização da autorização inclusive para franquear a prestação de serviços públicos em regime de liberdade (e não em regime público).

Tomemos, como exemplo, uma atividade prestada em regime estritamente privado, mas que necessita do uso de um bem público para sua fruição. Nesses casos, poderá haver regulação estatal incidente sobre a atividade, que terá como objetivos principais garantir a adequação do uso do bem público e, por vezes (especialmente em caso de bens escassos), assegurar que a sua utilização ocorra com alguma eficiência. A regulação será direcionada a otimizar o uso do bem, arbitrar entre os diversos usos possíveis ou ainda entre diversos interessados em acessá-lo. Contudo, a regulação não poderá impor condicionantes exclusivamente sobre o exercício em si da atividade que utiliza o bem público, já que não é esse o bem jurídico que justificou a intervenção regulatória – exceto, é claro, se houver interesse público que justifique tal regulação.

Diferentemente é o caso da (em regra intensa) regulação estatal incidente sobre serviços públicos. A regulação incidirá para assegurar a continuidade da fruição, o acesso universal e os critérios de qualidade mínima dos serviços para os usuários. A regulação não poderá impor condicionantes ao particular que sejam ineptas para assegurar esses fins. Queremos dizer, com isso, que *a regulação deve se prender à finalidade à qual se origina e fundamenta*, sob pena de se tornar inadequada, infringir a livre-iniciativa e, pois, contrariar a Constituição Federal. É, então, a partir dos bens jurídicos e interesses públicos que se visa a proteger com a regulação que os condicionamentos que ela enseja para o exercício de atividades econômicas serão testados pelos crivos da subsidiariedade e proporcionalidade.

Originalmente, a doutrina traçava a distinção afirmando que a concessão implicava a inauguração de direitos novos na esfera do privado (concessionário), enquanto a autorização apenas retirava restrição ou condição para exercício de direitos preexistentes do particular, mas sujeitos a um requisito formal para que pudessem ser exercidas. Essas distinções, porém, se mostram hoje insuficientes e vagas, especialmente quando confrontadas com a multiplicidade de espécies de autorização e com o advento da utilização da autorização inclusive para franquear a prestação de serviços públicos em regime de liberdade (e não em regime público).

Ao exigir prévia autorização da Agência responsável pelo setor, busca-se assegurar que o agente econômico detenha condições técnicas e econômico-financeiras mínimas necessárias justamente à proteção dos interesses públicos que se quer tutelar com a regulação estatal. Tais condições deverão ser verificadas para a emissão da autorização, mas também mantidas ao longo da vigência da outorga – manutenção que é verificada por meio da fiscalização exercida pela Agência. Eis o que predica uma *regulação incidente sobre a atividade: são estabelecidas condicionantes que deverão ser observadas pelos agentes econômicos no desempenho desse mister*.

A exigência de autorização corresponderia, assim, a típico instrumento regulatório, por meio do qual o Poder Público estabelece regramentos para uma atividade exercida em regime privado, condicionando o próprio acesso a tal atividade. Referida autorização é exigida com base no poder de polícia estatal, que permite a limitação

(subsidiária e proporcional) da livre-iniciativa para alcançar objetivos regulatórios ou proteger interesses tidos por relevantes para a coletividade.

A exigência de prévia autorização como instrumento para disciplinar determinada atividade econômica é verificada hoje em vários setores. Em cada caso, os interesses públicos visados (e que fundamentam a intervenção estatal) coadunam-se com os requisitos exigidos para a emissão da autorização. No setor de telecomunicações, por exemplo, a autorização da Anatel é demandada para as atividades a serem prestadas em regime privado, de modo a assegurar que a autorizatória detenha as condições subjetivas e objetivas para a execução dos serviços (art. 131 da Lei 9.472/1997). Trata-se, essencialmente, de defender os interesses dos usuários dos serviços, garantindo-lhes a estabilidade, previsibilidade, continuidade e publicidade do atendimento.

No caso das instituições financeiras (bancos, sociedades corretoras, sociedades de crédito etc.), exige-se prévia autorização do Banco Central (conforme o art. 18 da Lei 4.595/1964) e o cumprimento de requisitos rigorosos para a sua obtenção. As instituições financeiras são continuamente reguladas e fiscalizadas pelo Banco Central. Toda essa regulação das entidades financeiras justifica-se pela sua relevância para a estabilidade econômica do País, pelo número de pessoas físicas e jurídicas cuja vida econômica passa e depende da atividade e da saúde dessas instituições financeiras, e, finalmente, pela finalidade pública relevante que exercem e pelo impacto que suas atividades podem causar no sistema financeiro do País.

Também as escolas privadas estão sujeitas à prévia autorização e fiscalização do Ministério da Educação (conforme art. 209 da CF), exigências que visam a assegurar o cumprimento de um currículo básico nacional, a continuidade e a qualidade mínima dos serviços a serem prestados aos alunos. E, ainda, atividades prestadas em regime privado relacionadas aos setores portuário, aeroportuário, transportes terrestres e aquáticos e energia são exemplos de exigência de prévia autorização para o exercício de uma ou mais etapas de suas respectivas cadeias, sempre com vistas a assegurar a qualidade mínima dos serviços prestados, a proteção de seus usuários ou outros fins públicos relevantes. Sua legalidade e legitimidade dependem da aderência a tal pauta teleológica. Também por isso, os requisitos necessários para sua obtenção deverão ser proporcionais aos objetivos visados, sob pena de infringir a livre-iniciativa.²⁷

Em suma, a autorização ora discutida não se confunde com outras situações em que é igualmente prevista a outorga de uma autorização, tais como aquelas na qual se confere o uso privativo de um bem público. Trata-se, sim, de típica hipótese de intervenção estatal incidente sobre a atividade econômica, intervenção essa que tem fun-

27. Para mais, ver: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello; ZAGO, Marina Fontão. Extensão e limites da nova regulação do etanol: a Lei 12.490/11 e a exigência de prévia autorização. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*. ano 10. n. 38. Belo Horizonte, abr.-jun. 2012. Disponível em: [<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=79564>]. Acesso em: 09.08.2014.

damento na relevância da atividade e na proteção de interesses públicos a ela relacionados. Algumas consequências importantes advêm da constatação de que, ainda que haja interesses coletivos relevantes que justificam a intervenção estatal e a exigência de prévia autorização, essas atividades são exercidas sob o regime privado e sua pedra basilar continua sendo a livre-iniciativa, embora sujeitas à intensa regulação estatal.

A primeira delas é que a regulação deverá observar contornos máximos de intervenção, isto é, limites quanto aos ônus que poderão ser impostos para os interessados em obter e manter a autorização para o exercício de atividades. Regra geral, a regulação deverá observar dois limites principais: (i) os requisitos exigidos para a obtenção e permanência da autorização não deverão ser de tal modo excessivos que impeçam a entrada de novos atores interessados no setor e (ii) os requisitos exigidos para a obtenção e permanência da autorização deverão ser tão somente aqueles previstos em lei.

O primeiro limite decorre do fato de que eventuais ônus impostos sobre o exercício de uma atividade econômica deverão ser *excepcionais, requeridos na estrita medida do necessário para o alcance dos fins visados com a intervenção e não poderão obstar o próprio exercício da atividade, sob pena de infração à livre-iniciativa*. É dizer que a regulação não poderá inverter a lógica de que a livre-iniciativa é a regra, o que exige que quaisquer ônus impostos para o exercício de uma atividade econômica sejam amplamente justificados. No mais, tais ônus não poderão representar encargos que obstem, na prática, o exercício da atividade, sob pena, novamente, de infração à livre-iniciativa. Em termos práticos, a autorização não poderá exigir a apresentação de documentos, o cumprimento de procedimentos ou o pagamento de preços ou taxas que inviabilizem a entrada ou permanência dos agentes interessados em desempenhar a atividade econômica.

O segundo limite decorre do princípio da legalidade, segundo o qual cabe à lei estabelecer condições objetivas para a obtenção da autorização, que se esgotam no ditame legal. O termo “lei” aqui é empregado em sentido estrito, pois permitir que a Agência possa estabelecer novas condições para a outorga de autorização corresponderia à intromissão ilegal – sem sustentação em lei – em atividade econômica livre. Não nos cabe, aqui, adentrar a discussão sobre os limites da atuação do regulador diante do princípio da legalidade. Apenas cumpre-nos ressaltar nosso entendimento de que *só há discricionariedade a ser exercida pelo regulador se e na medida estabelecida pela lei*.

De se notar, portanto, a importância das autorizações de serviços públicos no panorama dos serviços de interesse econômico geral, na medida em que a abertura dos serviços à livre competição, somada à maior intensidade da regulação estatal sobre algumas dessas atividades liberalizadas consideradas de relevância pública, conferem ao instituto da autorização de serviços públicos a definição das condições de entrada dos operadores privados na oferta e exploração desses serviços de relevante interesse coletivo, com ou sem assimetria de regimes jurídicos.

Em conclusão, tem-se que a autorização, instrumento típico do direito administrativo do qual se fazem usos diversos, tem sido mais recentemente utilizada para a outorga de atividades econômicas, trazendo consequências para as características da autorização em pauta. Tradicionalmente usadas em situações simples – tal como o comum exemplo de autorização para instalação de bancas de jornal –, nas quais se prescindiam de grandes investimentos por parte do particular autorizado, as autorizações passaram a ser utilizadas como forma de o Estado regular atividades econômicas que demandam vultosos investimentos pelos agentes do setor.

A consequência desse movimento é o paulatino afastamento da concepção administrativista clássica da autorização, ou a diversificação das feições da autorização estatal, que se tornou plúrima e bastante diferenciada. Discricionariedade na outorga e precariedade na sua manutenção, características que foram comumente atribuídas à autorização, já não mais condizem necessariamente com esses novos usos, até mesmo por trazer certo conflito com a liberdade de iniciativa contemplada no *caput* do art. 170 da CF e instabilidade jurídica para setores que demandam vultosos investimentos por parte da iniciativa privada.

Assim, com vistas a assegurar o investimento privado em áreas que dele dependiam para o seu desenvolvimento e para a construção da infraestrutura do país, diversos setores econômicos promoveram a revisão das características tradicionais da autorização, o que culminou em marcos regulatórios que passaram a prever *autorizações vinculadas e estáveis*, de acordo com as especificidades do setor regulado.²⁸ A doutrina já constata tal realidade: apesar de a autorização ainda ser tratada, abstratamente, como um ato discricionário e precário, reconhece-se que cada vez mais as autorizações têm sido emitidas de forma vinculada (uma vez presentes requisitos previamente determinados), com prazos determinados e hipóteses prévias de revogação.²⁹

28. É exemplo desse processo o caso do marco regulatório no setor das telecomunicações, cujo principal diploma é a Lei 9.472/1997. Conforme Floriano de Azevedo Marques Neto, anteriormente, “[a] autorização na Lei Geral de Telecomunicações é muito diferente daquilo que nós vimos na doutrina clássica administrativista. A razão principal para este fato é que o legislador achou por bem tratar a autorização em matéria de serviço de telecomunicações de forma diferenciada, por considerar superada a velha doutrina de classificação” (MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Direito das telecomunicações e Anatel*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 315). Desta forma, o legislador entendeu por bem classificar a autorização no setor das telecomunicações como ato vinculado (art. 131, § 1.º, da Lei 9.472/1997) – na medida em que deverá necessariamente ser emitido pela agência reguladora responsável, caso o requerente cumpra os requisitos exigidos pela lei e regulamentação aplicável – e estável (art. 138 da Lei 9.472/1997) – vez que apenas poderia ser revogado nas situações expressamente previstas. No mesmo sentido caminhou o marco regulatório da energia elétrica, quando a legislação infraconstitucional previu, em diversos dispositivos, a outorga da autorização sem margem de discricionariedade para a agência do setor (Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel) e, em alguns casos, com prazo previamente estabelecido (estabilidade). Nesse sentido, vale destacar o exemplo da Res. Aneel 265/1998 (que estabelece requisitos para a autorização de comercialização de energia elétrica), e que desenhou a autorização como ato vinculado (art. 2.º) e estável (art. 6.º).

29. Por todos, ver: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 708 e ss.; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29.

1.6 Consórcio público

A gestão associada entre entes federados prevista na EC 19/1998 estabelece a possibilidade dos diversos níveis de governo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) instituir entre si parcerias denominadas *convênios de cooperação* ou *consórcios públicos*, mediante a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. A Constituição Federal de 1988 referiu-se expressamente aos convênios de cooperação³⁰ e aos consórcios públicos em seu art. 241 (com redação dada pela referida emenda constitucional): “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”. Conforme anota Luciano Ferraz, referido dispositivo constitucional “fomenta o consensualismo e assume a plasticidade necessária para arregimentar a cooperação das entidades federadas na execução de serviços e atividades de interesse comum em prol da sociedade”³¹.

A lei prevista na Constituição Federal veio a ser promulgada em 2005 (Lei 11.107/2005) e, em seu art. 14, referiu-se à figura dos convênios de cooperação do seguinte modo: “A União poderá celebrar convênios com os consórcios públicos,

ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 186; DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 286-287; ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1093. Aliás, mesmo na doutrina clássica o uso eventual das autorizações em “dissonância” a suas características tradicionais já era identificado. Cite-se, nesse sentido, lição de José Cretella Jr., que na década de 1970 já fazia referência à hipótese da outorga de autorização por prazo determinado, diferenciando entre a autorização administrativa “simples” e autorização “qualificada” (CRETILLA JR., José. Definição da autorização administrativa. *Revista dos Tribunais*. ano 92. vol. 813. p. 763. São Paulo: Ed. RT, jul. 2003).

30. Com relação aos convênios de cooperação, é bem verdade que já a Constituição Federal de 1967 previa, no § 3.º de seu art. 13, que “para a execução, por funcionários federais ou municipais, de suas leis, serviços ou decisões, os Estados poderão celebrar convênios com a União ou os Municípios”. No mesmo sentido, o art. 10 do Dec.-lei 200/1967 também se valeu dos convênios para instituir o plano da descentralização, estabelecendo, por um lado, que “[a] descentralização será posta em prática em três planos principais (...) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio” (§ 1.º, b, do art. 10). Por outro, dizendo que “a execução de programas federais de caráter nitidamente local deverá ser delegada, no todo ou em parte, mediante convênio, aos órgãos estaduais ou municipais incumbidos de serviços correspondentes” (§ 5.º do art. 10).
31. FERRAZ, Luciano. Consórcios públicos: ensaio sobre a constitucionalidade da Lei 11.107/2005. In: PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz (coord.). *Consórcios públicos: instrumento do federalismo cooperativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 64. No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho salienta que “[a] análise do dispositivo não deixa margem a qualquer dúvida: pretende o Constituinte fomentar o regime cooperativo para que os serviços públicos sejam alvos de gestão associada, esta significando o conjunto de ações e estratégias que envolvem todos os entes interessados na execução de alguns serviços públicos comuns” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Consórcios públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 8).

com o objetivo de viabilizar a descentralização e a prestação de políticas públicas em escalas adequadas". Embora a lei não tenha tido maior preocupação em disciplinar ou ao menos conceituar os convênios de cooperação, o seu Decreto regulamentador (Dec. 6.017/2007) tratou da questão de forma praticamente autocompletiva, nos seguintes termos: "Art. 2.º. Para os fins deste Decreto, consideram-se: (...) VIII - convênio de cooperação entre entes federados: pacto firmado exclusivamente por entes da Federação, com o objetivo de autorizar a gestão associada de serviços públicos, desde que ratificado ou previamente disciplinado por lei editada por cada um deles".³²

De igual modo ocorre no caso dos consórcios públicos, os quais, nos termos da Lei 11.107/2005, também podem prever a gestão associada de serviços públicos. A principal diferença entre ambas as figuras (convênios e consórcios públicos) consiste no fato de que, enquanto no convênio as relações jurídicas com terceiros são efetivadas em nome dos partícipes, uma vez que este não pode ser sujeito de direitos e obrigações, no consórcio público este se obriga em nome próprio, vez que adquire personalidade jurídica, respondendo os consorciados apenas subsidiariamente. Outra diferença é que o objeto do consórcio público pode ser mais amplo do que o dos convênios de cooperação, pois enquanto estes têm o objetivo limitado de disciplinar a gestão associada de serviços públicos, aqueles (os consórcios) podem ser firmados para a realização de qualquer um dos objetivos de interesse comum elencados no art. 3.º do Dec. 6.017/2007.³³

32. Pertinente observar, em relação à parte final do dispositivo, que o decreto regulamentador exigiu a prévia disciplina ou a ratificação por lei editada pelos entes convenientes, o que não foi determinado pela Lei 11.107/2005, a qual previu a necessidade de aprovação legislativa apenas para o caso de consórcios públicos (art. 5.º). A nosso ver, o Decreto regulamentador impôs indevidamente uma condição que a própria lei evidentemente não considerou necessária, extrapolando os limites do poder regulamentar.

33. "Art. 3.º Observados os limites constitucionais e legais, os objetivos dos consórcios públicos serão determinados pelos entes que se consorciarem, admitindo-se, entre outros, os seguintes: I - a gestão associada de serviços públicos; II - a prestação de serviços, inclusive de assistência técnica, a execução de obras e o fornecimento de bens à administração direta ou indireta dos entes consorciados; III - o compartilhamento ou o uso em comum de instrumentos e equipamentos, inclusive de gestão, de manutenção, de informática, de pessoal técnico e de procedimentos de licitação e de admissão de pessoal; IV - a produção de informações ou de estudos técnicos; V - a instituição e o funcionamento de escolas de governo ou de estabelecimentos congêneres; VI - a promoção do uso racional dos recursos naturais e a proteção do meio ambiente; VII - o exercício de funções no sistema de gerenciamento de recursos hídricos que lhe tenham sido delegadas ou autorizadas; VIII - o apoio e o fomento do intercâmbio de experiências e de informações entre os entes consorciados; IX - a gestão e a proteção de patrimônio urbanístico, paisagístico ou turístico comum; X - o planejamento, a gestão e a administração dos serviços e recursos da previdência social dos servidores de qualquer dos entes da Federação que integram o consórcio, vedado que os recursos arrecadados em um ente federativo sejam utilizados no pagamento de benefícios de segurados de outro ente, de forma a atender o disposto no art. 1.º, V, da Lei 9.717/1998; XI - o fornecimento de assistência técnica, extensão, treinamento, pesquisa e desenvolvimento urbano, rural e agrário; XII - as ações e políticas de desenvolvimento urbano, socioeconômico local e regional; e XIII - o exercício de competências

Mas veja-se que a gestão associada de serviços públicos (do direito italiano *gestione associata dei servizi pubblici*) é elemento central dessas figuras contratuais, até mesmo à luz do que diz o dispositivo constitucional do art. 241 acima analisado. Segundo a definição dada pelo inc. IX do art. 2.º do Dec. 6.017/2007, a gestão associada de serviços públicos é “exercício das atividades de planejamento, regulação ou fiscalização de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação entre entes federados, acompanhadas ou não da prestação de serviços públicos ou da transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”. Em suma, trata-se do exercício, em regime de cooperação federativa, de quaisquer das atividades de planejamento, regulação, fiscalização ou prestação de um serviço público, constituindo o convênio de cooperação e os consórcios públicos entre entes federados,³⁴ neste particular, uma “importante via para esforços conjugados quanto à prestação de serviços públicos e de intercâmbio dos meios necessários à sua execução”.³⁵

1.7 Contratos de gestão

Ainda no campo dos serviços públicos (não exclusivos do Estado), é possível referir-se ao *contrato de gestão* disciplinado pela Lei Federal 9.637/1998 como manifestação da contratualidade administrativa. De acordo com a definição do art. 5.º da referida lei, o *contrato de gestão* consiste no “instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1.º”, que são: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

Embora o texto da Lei considere estas espécies de ajustes como instrumento de fomento e, portanto, meio de incentivo à iniciativa privada em atividades de interesse público (e não, propriamente, como forma de descentralização), Maria Sylvia Za-

pertencentes aos entes da Federação nos termos de autorização ou delegação. § 1.º Os consórcios públicos poderão ter um ou mais objetivos e os entes consorciados poderão se consorciar em relação a todos ou apenas a parcela deles. § 2.º Os consórcios públicos, ou entidade a ele vinculada, poderão desenvolver as ações e os serviços de saúde, obedecidos os princípios, diretrizes e normas que regulam o Sistema Único de Saúde - SUS.”

34. Com relação ao elemento subjetivo, vale ressaltar que os convênios de cooperação e os consórcios públicos somente podem ser celebrados entre pessoas de direito público e, ainda mais, por especiais pessoas de direito público, pois se trata, como na dicção do art. 241 da CF, de contratos firmados entre *entes federados*, ou seja, de instrumentos subscritos unicamente pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou por Municípios, seja pelo representante legal destes entes, seja por pessoa - física ou jurídica - que nos termos da lei venha a representar. Logo, os convênios de cooperação e os consórcios públicos são mecanismos de alteração do exercício das competências definidas pela Constituição Federal relativas aos serviços públicos.

35. PEREIRA JR., Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 386.

nella Di Pietro bem salienta que “a própria lei, em pelo menos um caso, está prevendo a prestação de serviço público pela organização social, hipótese em que ela exerce atividade delegada do poder público”, e, conseqüentemente, “estará sujeita a todas as normas constitucionais e legais que regem esse serviço”.³⁶

Convém notar que o *contrato de gestão* ora tratado, regido pela Lei 9.637/1998, não se confunde com os também denominados *contratos de gestão* que têm por objetivo promover a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira de órgãos e entidades da Administração, estes previstos no § 8.º do art. 37 da CF – incluído pela EC 19/1998, e que serão tratados em tópico específico no presente texto (contratualidade na desburocratização e na busca pela eficiência administrativa). Apesar da identidade de nomes e de ambos representarem manifestações da contratualidade administrativa, aqui ressaltada, são figuras contratuais distintas que se prestam a finalidades não coincidentes.

Os contratos de gestão disciplinados pela Lei 9.637/1998 são instrumentos para a criação de vínculos entre as Organizações Sociais (definidas pela lei como pessoas jurídicas de Direito Privado, sem fins lucrativos, que devem habilitar-se perante a Administração Pública para obter esta qualificação)³⁷ e a Administração Pública, por meio do qual são estabelecidas as atribuições, responsabilidades e obrigações de cada

36. A autora observa que a inspiração para o projeto das organizações sociais, ao que tudo indica, teria sido os chamados Serviços Sociais Autônomos (Sesi, Sesc, Senai e outros), em especial o Serviço Social Autônomo “Associação das Pioneiras Sociais”, que, por meio da Lei 8.246/1991, substituiu a antiga Fundação das Pioneiras Sociais para o fim de prestar assistência médica qualificada e gratuita a todos os níveis da população e de desenvolver atividades educacionais e de pesquisa no campo da saúde, em cooperação com o Poder Público. Sem a intenção de abrir o debate em torno da legalidade ou constitucionalidade destas espécies de contratos com as Organizações Sociais, vale citar a opinião da autora a este respeito: “Pela forma como a matéria está disciplinada na esfera federal, são inegáveis o conteúdo de imoralidade contido na lei, os riscos para o patrimônio público e para os direitos do cidadão. Em primeiro lugar, fica muito nítida a intenção do legislador de instituir um mecanismo de fugir ao regime jurídico de direito público a que se submete a Administração Pública. O fato de a organização social absorver atividade exercida por ente estatal e utilizar o patrimônio público e os servidores públicos antes a serviço desse mesmo ente, que resulta extinto, não deixa dúvidas de que, sob a roupagem de entidade privada, o real objetivo é o de mascarar uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao direito público” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 274).

37. Nos termos do art. 2.º da referida Lei 9.637/1998, são requisitos específicos para que as entidades privadas habilitem-se à qualificação como organização social:

“I – comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;

b) finalidade não lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;

c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquela composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;

parte, com a especificação do programa de trabalho, as metas a serem atingidas, os prazos de execução e os critérios objetivos de avaliação de desempenho, mediante indicadores de qualidade e produtividade. Em contrapartida ao cumprimento das metas pela Organização Social, o Poder Público incentiva o particular por meio de destinação de recursos públicos, cessão de bens e pessoal, dispensa de licitação,³⁸ entre outras medidas de fomento.

Para o cumprimento de seus objetivos e metas, as organizações sociais passam a ter direito à dotação orçamentária ou outras formas de incentivo público à atividade ou serviço, gerindo os recursos e os bens recebidos com autonomia financeira e administrativa, desde que respeitadas as condições descritas na lei. O controle sobre as organizações sociais se exerce sobre o resultado da gestão, e é realizado pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade delegada ou fomentada, bem como por meio de seus conselhos de administração formados por integrantes da comunidade. Além disso, o órgão de deliberação superior da organização social deve ser constituído por representantes do Poder Público e de membros da comunidade do local onde a atividade será prestada.

Para os fins aqui visados, cabe ressaltar que os contratos de gestão com as organizações sociais foram inseridos no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado brasileiro,³⁹ lançado em 1995, no qual havia expressamente as razões justificadoras de sua criação: “O Projeto das Organizações Sociais tem como objetivo permitir a descentralização de atividades no setor de prestação de serviços não exclusivos, nos quais o exercício do poder de Estado, a partir do pressuposto que esses serviços serão

d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;

e) composição e atribuições da diretoria;

f) obrigatoriedade de publicação anual, no *Diário Oficial da União*, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;

g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;

h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;

i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;

(...)”.

38. Vale lembrar que a Lei 9.648/1998 alterou a Lei 8.666/1993 para dispensar da licitação a “celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo para atividades contempladas no contrato de gestão” (art. 24, XXIV).

39. Disponível em: [www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf]. O Plano Diretor da Reforma do Estado foi elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado e aprovado pela Câmara da Reforma do Estado em reunião ocorrida em 21.09.1995. Em seguida, foi submetido e aprovado pelo Presidente da República.

mais eficientemente realizados se, mantendo o financiamento do Estado, forem realizados pelo setor público não estatal". Trata-se, portanto, de medida voltada a privilegiar a colaboração da iniciativa privada – sem finalidade lucrativa – no desempenho mais satisfatório de atribuições públicas, mediante a transferência de atividades antes desempenhadas por órgãos públicos ou entidades da administração direta às entidades privadas qualificadas como organizações sociais.

1.8 Termos de parceria com OSCIP

Os *termos de parceria* disciplinados pela Lei 9.790/1999 e pelo Dec. 3.100/1999 consistem em parcerias firmadas com entidades pertencentes ao chamado terceiro setor,⁴⁰ especificamente constituídas sob a forma de *Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público* (OSCIP), entidades privadas, sem fins lucrativos, que recebem ou podem receber auxílio governamental para exercer atividades de natureza privada com a ajuda do Estado. A Lei 9.790/1999, alterada pela Lei 10.539/2002, define o termo de parceria como instrumento firmado entre o Poder Público e entidade qualificada como organização da sociedade civil de interesse público, destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes para o fomento e a execução de atividades de interesse público não exclusivas do Estado, em áreas como saúde, educação, assistência social, cultura, patrimônio histórico e artístico, meio ambiente, desenvolvimento sustentável, desenvolvimento econômico e social, combate à pobreza, entre outras (art. 3.º e incisos).

Para se qualificarem como OSCIP, exige-se que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham, basicamente, sobre: (i) a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, mo-

40. Nos últimos anos, o denominado terceiro setor tem avançado sobremaneira, valendo destacar a figura das *fundações de apoio*, que são entes dotados de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que exercem atividades de interesse público mediante a colaboração e o apoio a determinadas instituições. Essas fundações não integram a Administração, mas com ela mantêm convênios, ajustes e contratos, sempre com o objetivo de cooperação com a entidade pública no desempenho mais eficiente das funções que lhe foram atribuídas por lei. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em tom crítico e descortinado, salienta que são vários os tipos de entidades que podem ser enquadradas no terceiro setor: "Algumas desempenham suas atividades por iniciativa própria, sem substituir atividades executadas por entidades públicas, tal como ocorre com as entidades declaradas de utilidade pública, os serviços sociais autônomos e as organizações da sociedade civil de interesse público; outras, no entanto, substituem total ou parcialmente a atuação de entidades públicas, tal como ocorre com as fundações de apoio, que se instalam dentro de órgãos e entidades públicas (em regra, universidades e hospitais públicos), utilizando seus recursos humanos e materiais para realização de atividades privadas sob regime jurídico privado, privatizando parcialmente o serviço público atribuído ao Poder Público, sem qualquer fundamento legal ou constitucional; outras foram idealizadas pelo próprio governo, com o objetivo de absorver atividades realizadas por entidades públicas, mediante também a utilização de bens públicos móveis e imóveis, bem como servidores públicos, para atuar sob regime de direito privado e controle pelo Estado" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração...* cit., p. 282 e ss.).

ralidade, publicidade, economicidade e da eficiência; (ii) a adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação no respectivo processo decisório; (iii) a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade; (iv) a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos da Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta; (v) a previsão de que, na hipótese de a pessoa jurídica perder a qualificação instituída por esta Lei, o respectivo acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que perdurou aquela qualificação, será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos da Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social; (vi) a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos; (vii) as normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade (cf. art. 4.º e incisos da Lei 9.790/1999).

A lei estabelece como cláusulas essenciais do termo de parceria, entre outras: (i) a do objeto, que conterà a especificação do programa de trabalho proposto pela organização da sociedade civil de interesse público; (ii) a de estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma; e (iii) a de previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado (cf. art. 10, § 2.º, I, II e III), e determina que a execução do contrato será acompanhada e fiscalizada por “órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo” (art. 11), sujeitando-se também aos “mecanismos de controle social previstos na legislação” (art. 11, § 3.º).

No aspecto do controle, vale ressaltar a ênfase maior dada pela Lei ao controle de resultado, em contraposição à lógica de controle de meios própria da Lei 8.666/1993. É o que decorre da leitura do art. 12 do Dec. 3.100/1999: “Para efeito do disposto no § 2.º, V, do art. 10 da Lei 9.790, de 1999, entende-se por prestação de contas relativa à execução do termo de parceria a comprovação, perante o órgão estatal parceiro, da correta aplicação dos recursos públicos recebidos e do adimplemento do objeto do termo de parceria, mediante a apresentação dos seguintes documentos: I - relatório sobre a execução do objeto do termo de parceria, contendo comparativo entre as metas propostas e os resultados alcançados; II - demonstrativo integral da receita e despesa realizadas na execução; III - parecer e relatório de auditoria, nos casos previstos no art. 19; e IV - entrega do extrato da execução física e financeira estabelecido no art. 18”.

1.9 Formas *sui generis*

Há ainda outras modalidades contratuais de delegação, tais como as autorizações de natureza contratual, o arrendamento portuário,⁴¹ a franquia pública,⁴² o creden-

41. Em suma: o arrendatário é o titular da exploração de uma dada instalação portuária (um terminal) nos portos organizados por um dado período de tempo. O contrato de arrendamento deve conter cláusulas consideradas essenciais, especificadas no art. 5.º da Lei 12.815/2013 (que revogou a Lei 8.630/1993), entre as quais se destacam as referentes: (i) ao objeto, à área e ao prazo; (ii) ao modo, forma e condições da exploração do porto organizado ou instalação portuária; (iii) aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade da atividade prestada, assim como às metas e prazos para o alcance de determinados níveis de serviço; (iv) ao valor do contrato, às tarifas praticadas e aos critérios e procedimentos de revisão e reajuste; (v) aos investimentos de responsabilidade do contratado; (vi) aos direitos e deveres dos usuários, com as obrigações correlatas do contratado e as sanções respectivas; (vii) às responsabilidades das partes; (viii) à reversão de bens; (ix) aos direitos, garantias e obrigações do contratante e do contratado, inclusive os relacionados a necessidades futuras de suplementação, alteração e expansão da atividade e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação das instalações; entre outras. Ainda sob o regime anterior, o Dec. 4.391/2002, que regulamentava o contrato de arrendamento de instalações portuárias no contexto da Lei 8.630/1993, deixava clara a natureza deste tipo de contrato ao estabelecer que: "Art. 9.º O contrato de arrendamento de que trata este Decreto constitui espécie do gênero contrato administrativo e se regula pelas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhe, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições do direito privado. Parágrafo único. O regime jurídico do contrato de que trata o *caput* deste artigo confere à autoridade portuária, em relação a ele, a prerrogativa de alterá-lo, e bem assim de modificar a prestação dos serviços, para melhor adequá-lo à finalidade de interesse público, respeitados os direitos dos arrendatários, inclusive com relação a indenizações devidas, apuradas em processo administrativo regular". Daí que, à luz da Lei 8.630/1993, ter-se afirmado que: "O arrendamento, portanto, caminha-se a caracterizar, a partir do novo regime estabelecido pela Lei dos Portos, uma subconcessão *sui generis* de serviço público, guardando traços da concessão de uso de bem público que está na sua origem". Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LEITE, Fábio Barbalho. Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário. *Revista de Direito Administrativo*. p. 279. Rio de Janeiro: Renovar, jan.-mar. 2003. Cabe observar que, recentemente, a Lei 12.815/2013 (conversão da MedProv 595) alterou a Lei dos Portos em diversos aspectos, principalmente para (a) reforçar e centralizar os poderes conferidos à Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq; (b) fomentar a eficiência do serviço, por meio da flexibilização das exigências às instalações localizadas fora dos portos organizados; (c) ampliar a malha portuária, mediante maior abertura à exploração de portos privados com atração de novos capitais; (d) impor um maior controle de preços e de tarifas por regulação da Antaq; (e) inserir no âmbito portuário o instituto de compartilhamento de redes; (f) criar critérios para seleção das concessionárias, arrendatárias e autorizatárias; (g) bem como criar um programa de eficiência direcionado às Companhias Docas. No que diz respeito ao contrato de arrendamento, a nova Lei não tratou de nenhuma alteração a ser realizada nos contratos firmados até o momento. As atividades previstas nestes instrumentos continuarão sendo desempenhadas da forma e nas condições como previstas nos contratos, porém os resultados da aplicação da Lei 12.815/2013 poderão dar ensejo à criação de diferentes regimes jurídicos para a exploração das infraestruturas portuárias, que acabarão competindo entre si. Isto porque os arrendatários, concessionários e autorizatários existentes ao momento da entrada em vigor da MedProv 595 permanecem com seus respectivos atos jurídicos válidos e vigentes (havendo apenas previsão de adaptação para o caso de autorizatários) e competirão com os concessionários, arrendatários e autorizatários do novo regime (MedProv 595), o que implicará uma assimetria competitiva.

42. A Lei 8.955/1994 não faz referência à adoção do contrato de franquia no âmbito da Administração Pública, porém a ausência de legislação específica disciplinadora da matéria não tem sido fator

ciamento, a gerência privada de estabelecimentos públicos,⁴³ a locação de ativos,⁴⁴ entre outros, todos eles com regimes jurídicos próprios disciplinados em normas específicas, a demonstrar a hibridade de regime de Direito Público e de Direito Privado e a complexidade da matéria contratual da Administração na atualidade.

2. BIBLIOGRAFIA

ALESSI, Renato. *Le prestazioni amministrative rese ai privati*. Milano: Giuffrè, 1946.

ANDRADE, Odilon C. *Serviços públicos e de utilidade publica*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1937.

impeditivo da utilização desta espécie de contratação pelo Poder Público (especialmente Administração Indireta). No setor elétrico, por exemplo, a Companhia Paranaense de Energia – Copel possui o Sistema de Franquias Copel, que tem por objetivo a prestação de serviços regulamentados pela legislação do setor elétrico – como ligação de unidades consumidoras, desligamento, manutenção de redes de distribuição, leitura de medidores, faturamento, atendimento ao público e outros. A remuneração dos franqueados advém mensalmente da prestação de serviços regulamentados e também de lucros auferidos das vendas de serviços e de materiais elétricos, sobre os quais pagam *royalties* à franqueadora. O Banco do Brasil também possui um sistema de franquias de suas lojas de conveniência, onde são realizadas vendas de produtos financeiros, como seguros, planos de previdência privada, cartões de crédito e até pacotes de viagens da BBTur. A franquia pública mais conhecida no Brasil é, sem dúvida, a dos Correios, cuja disciplina normativa está conformada pela Lei 11.668/2008, que dispõe sobre o exercício da atividade de franquia postal. Para Maria Sylvania Zanella Di Pietro, a “franquia não é inteiramente incompatível com a Administração Pública”, podendo constituir um modo de concessão ou ser forma de terceirização de atividades acessórias ou complementares. No primeiro caso, estará sujeita à Lei 8.987/1995 e alterações posteriores. No segundo caso, será feita nos moldes do direito privado e submetida à Lei 8.666, de 21.06.1993, por força do art. 62, § 3.º, I. Após apontar os traços comuns e as diferenças entre os institutos da concessão de serviço público e da franquia, a autora sustenta que “tão grande é a semelhança entre os dois institutos que é possível colocar a franquia como uma espécie de contrato de concessão; nela há as apontadas características da concessão administrativa: transferência, ao franqueado, de poderes e deveres próprios do concedente, conservando, este último, alguns poderes e deveres, em especial o de controlar e fiscalizar a atuação do franqueado, o de dar-lhe todo o treinamento e assistência técnica indispensáveis à execução do serviço e, se for o caso de franquia de distribuição, como o correio, fornecer-lhe os bens necessários a essa finalidade. A diferença entre a concessão de serviço público, em sua forma tradicional, e a franquia de serviços é apenas de grau, porque nesta última, o franqueado sofre limitações em sua atuação e em sua organização muito maiores do que o concessionário na concessão tradicional”. (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração... cit.*, p. 209-210). O Tribunal de Contas da União, por sua vez, no TC 625.042/1998-0, reconheceu que os contratos de franquia celebrados com a ECT são de natureza jurídica estritamente comercial, regidos pelas normas de direito privado, rejeitando a tese de que tais ajustes constituem concessão de serviço público. Reconheceu aquela Corte que, apesar das semelhanças existentes entre as concessões e as franquias, são institutos inconfundíveis, destacando-se como peculiaridades pertinentes a cada um.

43. Exemplos lembrados por: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 717.

44. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. *Locação de ativos*. *Revista de Contratos Públicos – RCP*. ano 3. n. 3. Belo Horizonte: Fórum, mar.-ago. 2013. Disponível em: [www.bidforum.com.br/bid]. Acesso em: 27.09.2013.

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. O conceito de serviços públicos no Direito Constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. n 17. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. fev.-mar.-abr. 2009. Disponível em: [<http://direitodoestado.com.br/redae.asp>]. Acesso em: 07.08.2014.
- _____. O poder normativo das agências reguladoras. *Revista Trimestral de Direito Público*. vol. 36. p. 88-113. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. O serviço público e as suas crises. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- _____. Os serviços de interesse econômico geral e as recentes transformações dos serviços públicos. *Fórum Administrativo - FA*. ano 13. n. 154. Belo Horizonte, dez. 2013. Disponível em: [<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=98579>]. Acesso em: 03.08.2014.
- ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ARROWSMITH, Sue. *The Law of Public and Utilities Procurement*. London: Sweer & Maxwell, 1996.
- BALCO, Alejandro Vergara. El nuevo servicio público abierto a la competencia. *Revista de Derecho Administrativo Económico*. n. 12. Santiago: Lexis Nexis, jan.-jul. 2004.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Ed. RT, 1968.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. vol. 1.
- BARDUSCO, Aldo. *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni: atti amministrativi e negozio di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1974.
- BARROSO, Luís Roberto. A intervenção do Estado no domínio econômico. *Boletim de Direito Administrativo*. 8. p. 507-515. São Paulo: NDJ, ago. 1997.
- BERNSTEIN, Marver H. *Regulation Business by Independent Commission*. Princeton: Princeton University Press, 1995.
- BERTHÉLEMY, Henry. *Traité élémentaire de droit administratif*. 8. ed. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1916.
- BILAC PINTO, Olavo. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1941.

- _____. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. 2. ed. atual. Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BLACK, Julia. Procedimentalizando a regulação. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.); COUTINHO, Diogo R.; VEIGA DA ROCHA, Jean Paul Cabral; PRADO, Marina Mota; OLIVA, Rafael (org.). *Regulação econômica e democracia. O debate europeu*. São Paulo: Singular, 2006.
- _____. Regulatory Conversations. *Journal of Law and Society*. n. 29. p. 163-196. Oxford, 2002.
- BONNARD, Roger. *Précis de droit administratif*. Paris: Librairie de la Societ è du Recueil J. B. Sirey, 1935.
- BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. Massachusetts: Harvard University Press, 1982.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970. t. I.
- CÂMARA, Jacintho Arruda. A experiência brasileira nas concessões e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias público-privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- CAMPOS, Francisco. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Consórcios públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CASSAGNE, Juan Carlos. El futuro de los servicios públicos. *Jurisprudência Argentina*. n. 9. Buenos Aires: Lex Nexis, 2006.
- _____. El surgimento del servivio público y su adaptación en los sistemas de economia de mercado. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*. vol. 140. p. 95-110. Buenos Aires, 1996.
- CASSESE, Sabino. Dalle regole del gioco al gioco con le regole. *Lo spazio giuridico globale*. Roma: Laterza, 2006.
- _____. *Istituzioni di diritto amministrativo*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006.
- _____. L'arena pública: Nuovi paradigmi per lo Stato. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. n. 3. p. 602-650. Milano, 2001.
- _____. *Le basi del diritto amministrativo*. 6. ed. Milano: Garzanti, 2000.
- _____. Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX ao XXI secolo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. n. 1. p. 35. 2002. Texto traduzido publicado na *Revista Interesse Público - IP*. ano 6. n. 24. Belo Horizonte: Fórum, mar.-abr. 2004.

- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Serviços de utilidade pública e sua regulamentação. *Direito*. ano IV. vol. 19. p. 14-24. jan.-fev., 1943 DASP.
- _____. Serviços de utilidade pública. *Revista do Serviço Público*. ano IV. vol. 1. n. 3. p. 69-73. 1941, DASP e IAP;
- _____. *Tratado de direito administrativo: teoria geral do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. *Livro verde sobre serviços de interesse geral: COM(2003) 270 final*. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/2003/com2003_0270pt01.pdf]. Acesso em: 15.06.2014.
- COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral da Concorrência. Comissão sobre as Concessões em Direito Comunitário. Comunicação interpretativa da Comissão sobre as Concessões em Direito Comunitário (2000/C, 121/02). *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. 29.04.2000. Disponível em: [<http://eur-lex.europa.eu/LexUruServ.do?uri=OJ:-C:2000:121:0002:0013:PT:PDF>]. Acesso em: 15.06.2014.
- COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT. *Impact assessment of an initiative on concessions*, 2011. Disponível em: [<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?!=EN&t=PDF&f=ST+18960+2011+ADD+1>]. Acesso em: 15.06.2014.
- COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias público-privadas: relatos de algumas experiências internacionais. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.
- COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. vol. 27. n. 57 (supl.). p. 181-208. Porto Alegre, 2004.
- CRETILLA JR., José. Definição da autorização administrativa. *Revista dos Tribunais*. ano 92. vol. 813. p. 763. São Paulo: Ed. RT, jul. 2003.
- DALLARI, Adilson de Abreu. Arbitragem nas concessões de serviço público. *Revista de Informação Legislativa*. n. 128. p. 63-67. Brasília: Senado Federal, out.-dez. 1995.
- _____. Concessões urbanísticas. *Revista Trimestral de Direito Público - RTDP*. n. 37. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ainda existem os chamados contratos administrativos? In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- _____. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

- _____. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- _____. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- DUGUIT, León. *Traité de droit constitutionnel*. 3. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1930. t. II.
- EISEMANN, Charles. *Cours de droit administratif*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1983. t. II.
- ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Trad. Arnaldo Setti, colaboração Almudena Marín López e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Ed. RT, 1990.
- ESCOLA, Héctor Jorge. *Compêndio de derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1990. vol. 2.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da administração pública*. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2009.
- _____. *Direito europeu dos contratos públicos*. Coimbra: Almedina, 2006.
- _____. *Réquiem pelo contrato administrativo*. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FERRÃO, Alfredo Mendes de Almeida. *Serviços públicos no direito português*. Coimbra: Coimbra Ed., 1963.
- FERRAZ, Luciano. Consórcios públicos: ensaio sobre a constitucionalidade da Lei 11.107/2005. In: PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz (coord.). *Consórcios públicos: instrumento do federalismo cooperativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- FLEINER, Fritz. *Les principes du droit administratif allemand*. Trad. Charles Eisenmann. Paris: Librairie Delagrave, 1933.
- FONSECA, Tito Prates da. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- FREEMAN, Jody. Extending public law norms through privatization. *Harvard Law Review*. n. 116. p. 1285-1352. Cambridge, USA, 2002-2003.
- _____. The private role in public governance. *New York University Law Review*. vol. 75. 2000. Disponível em: [www.heinonline.org]. Acesso em: 20.07.2013.
- GAROFANO, Rafael Roque. *A consensualidade nos contratos administrativos: do regime estatutário para a parceria contratual*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, USP, 2014.
- GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par contrat: l'action publique en question*. Paris: Presses de Sciences Politiques, 1999.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1988. vol. 1 e 2.

_____. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1981.

GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2005.

GONÇALVES, Pedro António P. Costa. Regulação administrativa e contrato. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. ano 9. n. 35. Belo Horizonte: Fórum, jul.-set. 2011. Disponível em: [www.bidforum.com.br/bid/]. Acesso em: 11.09.2013.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Atividade econômica e regulação. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. vol. 3. 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. n. 6. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, maio-jun.-jul. 2006. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br]. Acesso em: 20.10.2011.

_____. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *PPP – Parceria público-privada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vols. 1 e 2.

HARTER, Philip J. Negotiating Regulations: A cure for malaise. *Georgetown Law Journal*. vol. 71. 1982-1983. Disponível em: [www.heinonline.org]. Acesso em: 23.08.2013.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public general*. Paris: Recueil Sirey, 1921.

_____. *Principios de derecho publico y constitucional*. 2. ed. Madrid: Reus, 1927.

HODGE, Graeme A; GREVE, Carsten; BOARDMAN, Anthony E. (ed.). *International handbook on public-private partnerships*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2010.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Trad. Julio N. San Millan Almargo. Buenos Aires: Depalma, 1948. t. II. 6 volumes.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. As diversas configurações da concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. ano 1. n. 1. p. 95-135. Belo Horizonte, jan.-mar. 2003.

- _____. Empresas estatais e a superação da dicotomia “prestação de serviço público/explo-
ração de atividade econômica”. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir
(org.). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*.
São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. Serviço público no direito brasileiro. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ,
João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org.). *Curso de direito
administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros. 2006. vol. 1.
- _____. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003.
- JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética,
2003.
- _____. O serviço público na perspectiva do direito comunitário europeu. *Revista de Direito
Público da Economia - RDPE*. ano 1. n. 1. Belo Horizonte: Fórum, jan. -mar. 2003. Dis-
ponível em: [<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12714>].
Acesso em: 17.08.2014.
- LAFERRIÈRE, E. *Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux*. 2. ed.
Paris: Berger-Levrault, 1896.
- LAUBARDÈRE, André de. *Manual de derecho administrativo*. Bogotá: Temis Libreria, 1984.
- _____; MODERNE, Frank; DEVOLVÈ Pierre. *Traité des contrats administratifs*. Paris: LGDJ,
1983.
- LIMA, Ruy Cirne. Organização administrativa e serviço público no direito administrativo
brasileiro. *Revista de Direito Público*. n. 59-60. São Paulo: Ed. RT, jul. -dez. 1981.
- _____. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria Sulina,
1954.
- LOBEL, Orly. The Renew Deal: the fall of regulation and the raise of governance in contem-
porary legal thought. *Minnesota Law Review*. n. 89. 2004-2005. Disponível em: [[www.
heinonline.org](http://www.heinonline.org)]. Acesso em: 20.07.2013.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos
e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- _____. *Agências reguladoras - Instrumentos do fortalecimento do Estado*. São Paulo: ABA^R,
2003.
- _____. Algumas notas sobre a concessão de rodovias. *Boletim de Direito Administrativo*.
vol. 4. p. 245-257. 2001.
- _____. *A concessão como instituto do direito administrativo*. Tese. São Paulo, USP, 2013.
- _____. Concessões de serviços públicos. *Boletim de Direito Administrativo - BDA*. ano 22,
n. 6. p. 645-654. São Paulo: NDJ, jun. 2006.

_____. Direito das telecomunicações e Anatel. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. La moderna regulación: entre publico y privado la búsqueda del equilibrio. In: DE LA CUÉTERA, J. M.; LÓPEZ-MUNIZ, José Luiz Martínez; VILLAR ROJAS, Francisco J. *Derecho administrativo y regulación económica: liber amicorum Gaspar Ariño Ortiz*. Madrid: La Ley, 2011b.

_____. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. n. 4. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, jan. 2006. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br]. Acesso em: 13.09.2013.

_____. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. n. 1. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, fev. 2005.

_____. Reajuste e revisão nas parcerias público-privadas: revisitando o risco nos contratos de delegação. In: SOUZA, Mariana Campos de (org.). *Parcerias Público-Privada: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo, Quartier Latin, 2008.

_____. Os serviços de interesse econômico geral e as recentes transformações dos serviços públicos. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATTO, Vitor Rhein (org.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. Os serviços de interesse econômico geral e as recentes transformações dos serviços públicos. *Fórum Administrativo - FA*. ano 13. n. 154. Belo Horizonte, dez. 2013. Disponível em: [http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=98579]. Acesso em: 03.08.2014.

_____. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural. *Revista de Direito Administrativo - RDA*. n. 223. São Paulo: Renovar, jan.-mar. 2001.

_____; CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. Locação de ativos. *Revista de Contratos Públicos - RCP*. ano 3. n. 3. Belo Horizonte: Fórum, mar.-ago. 2013. Disponível em: [www.bidforum.com.br/bid]. Acesso em: 27.09.2013

_____; CYMBALISTA, Tatiana Matiello; ZAGO, Marina Fontão. Extensão e limites da nova regulação do etanol: a Lei 12.490/11 e a exigência de prévia autorização. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*. ano 10. n. 38. Belo Horizonte, abr.-jun. 2012. Disponível em: [http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=79564]. Acesso em: 09.08.2014.

_____; LEITE, Fábio Barbalho. Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário. *Revista de Direito Administrativo*. p. 269-295. Rio de Janeiro: Renovar, jan.-mar. 2003.

- MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 1977.
- MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 15. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2004.
- MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán. Parte General*. Trad. directa del original francês de 1904. Buenos Aires: Depalma, 1982. t. I.
- MEDAUAR, Odete. Ainda existe serviço público? In: TÔRRES, Heleno Taveira. *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- _____. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Ed. RT, 1995.
- _____. *Direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- _____. *Direito administrativo moderno*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999.
- _____. *Direito administrativo moderno*. 14. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Luiz Anhaia. *O problema econômico dos serviços de utilidade pública*. São Paulo: Escolas Profissionais do Liceu Coração de Jesus, 1930.
- MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. 1. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. *A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei 11.079/2004*. Tese de Doutorado. São Paulo, USP, 2009.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1.º a 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1998.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de droit administratif*. 11. ed. Paris: Montchrestien, 2009.
- _____. Poder público, serviço público: crise e conciliação. *RDE: Revista de Direito do Estado*. ano 1. n. 4. p.387-401. out.-dez. 2006.
- MOREIRA, Egon Bockman. *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. n. 19. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, ago.-set.-out. 2009. Disponível em: [www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009-VITAL-MOREIRA.pdf]. Acesso em: 25.03.2014.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- _____. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NOVIS, Mariana. *O regime jurídico da concessão urbanística*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ORTEGA, Ricardo Rivero. *Administraciones públicas y derecho privado*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Empresa pública, empresa privada, empresa interés general*. Navarra: Thompson Aranzadi, 2007.

_____. El retorno a lo privado: ante uma nueva encrucijada histórica. *Tiempo*. In: ORTIZ, Gaspar Ariño (org.). *Privatización y liberalización de servicios*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1999.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, USP, 2010.

PEDERSEN, William F. Contracting with regulated for better regulations. *Administrative Law Review*. vol. 53. 2001.

PEREIRA JR., Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviços públicos*. Tese de Doutorado. São Paulo, USP, 2005.

PINTO JR., Mario Engler. Parceria público-privada. Antigas e novas modalidades contratuais. *Revista de Direito Público da Economia*. vol. 13. p. 175-198. Belo Horizonte: Fórum, jan.-mar. 2006.

RIBAS, Antonio Joaquim. *O direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: F. L. Pinto Ed., 1866.

RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2010. p

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. *A noção de serviço público em regime de competição*. Tese de doutorado. São Paulo, USP, 2011. 309p.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel. Os princípios constitucionais da administração pública. In: MIRANDA, Jorge (coord.). *Estudos sobre a Constituição*. Lisboa: Livraria Petrony, 1979.

- SILVA, João Nuno Calvão da. *Mercado e Estado. Serviços de interesse econômico geral*. Coimbra: Almedina, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. (coord.). *Parcerias público-privadas*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.
- TÁCITO, Caio. *Evolução histórica do direito administrativo. Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. vol. 1.
- _____. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada – exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 202. p. 1-10. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Departamento Jurídico, 1949. vol. 1.
- _____. *O problema das tarifas nos serviços públicos concedidos*. São Paulo: Departamento Jurídico da Prefeitura de São Paulo, 1941.
- UNITED STATES GENERAL ACCOUNTING OFFICE. Public-private partnerships: terms related to building and facility partnerships. 1999. Disponível em: [www.gao.gov/archive/1999/gg99071.pdf]. Acesso em: 15.06.2014.
- URUGUAI, Visconde do (Paulino José Soares de Souza). *Ensaio sobre o direito administrativo*. Rio de Janeiro: Typog. Nacional, 1862.
- VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olympio. *Tratado de ciência da administração e do direito administrativo*. 3 edições, 1906, 1912 e 1914.
- VOJVODIC, Adriana de Moraes. Nos labirintos do STF: em busca do conceito de Serviço Público. Uma visão a partir do caso “ECT”. In: COUTINHO, Diogo Rosenthal; VOJVODIC, Adriana de Moraes (org.). *Jurisprudência constitucional: como decide o STF?*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre. *O direito de parceria e a lei de concessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

1.1 In

1.1.1

No
constitu
os princ
blicos c
serviço
median
de emp
e por pr
gação, a
pelo po
seu des

Er
das Co
Estado