

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

PARCERIAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Concessão, Permissão, Franquia,
Terceirização e outras Formas

4ª Edição

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. - 2002

© 1996 by EDITORA ATLAS S.A.

1. ed. 1996; 2. ed. 1997; 3. ed. 1999; 4. ed. 2002

ISBN 85-224-3043-8

Capa: Roberto de Castro Polisel

Composição: Formato Serviços de Editoração S/C Ltda.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella

Parcerias na administração pública : concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. — 4. ed. — São Paulo : Atlas, 2002.

Bibliografia

ISBN 85-224-3043-8

1. Administração pública – Brasil 2. Parceria – Brasil 3. Privatização – Brasil
I. Título

96-2052

CDU-351.712(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Parcerias : Administração Pública : Direito administrativo 351.712(81)

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Decreto nº 1.825, de 20 de dezembro de 1907.

Cód.: 0512 50 159

Impresso no Brasil/*Printed in Brazil*

ções majoritárias detidas pelo Estado no capital de uma empresa. Privatizar uma empresa nacionalizada. Desnacionalizar, desestatizar”.

Isto não significa, contudo, que o vocábulo deva ficar restrito a esse conceito.

O conceito amplo tem a vantagem de abarcar todas as técnicas possíveis, já aplicadas ou ainda a serem criadas, com o mesmo objetivo já assinalado de reduzir a atuação estatal e prestigiar a iniciativa privada, a liberdade de competição e os modos privados de gestão das atividades sociais e das atividades econômicas a cargo do Estado. Nesse sentido amplo, é correto afirmar que a concessão de serviços e de obras públicas e os vários modos de parceria com o setor privado constituem formas de privatizar; e que a própria desburocratização proposta para algumas atividades da Administração Pública também constitui instrumento de privatização.

O próprio vocábulo **privatização**, ligado a **privado**, evoca as idéias de gestão por pessoas privadas e de gestão pelos métodos do setor privado.

1.2 FUNDAMENTOS

1.2.1 Crescimento desmesurado do Estado: o Estado Social de Direito

Em meados do século XIX, começaram as reações contra o Estado Liberal, por suas conseqüências funestas no âmbito econômico e social; as grandes empresas tinham se transformado em grandes monopólios e aniquilado as de pequeno porte; surgira uma nova classe social – o proletariado – em condições de miséria, doença, ignorância, que tendia a acentuar-se com o não-intervencionismo estatal pregado pelo liberalismo.

Os princípios do liberalismo, voltados para a proteção da liberdade e da igualdade, tinham-se mostrado insuficientes para debelar a profunda desigualdade que geraram.

Consolida-se, após a Segunda Guerra Mundial, o **Estado Social**, também chamado Estado do Bem-Estar, Estado Providência, Estado do Desenvolvimento, Estado Social de Direito. Não mais se pressupõe a igualdade entre os homens, conforme se afirmava no período anterior, quando a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, afirmava, logo no art. 1º, que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos”; a aplicação dessa norma produzira profundas desigualdades sociais. Atribui-se então ao Estado, em sua nova concepção, a missão de buscar essa igualdade; para atingir essa finalidade, o Estado deve intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos; a preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade.

Uma das tendências então verificadas foi a da socialização, que não se confunde com socialismo, mas designa a **preocupação com o bem comum**, com o **interesse público**, em substituição ao individualismo imperante, sob todos os aspectos, no período do Estado Liberal.

Segundo Jean-Jacques Chevalier (1988:313-380), “o princípio democrático, longe de contribuir para frear a expansão estatal, vai, ele mesmo, servir de poder propulsor; é a favor do exercício das liberdades políticas e sob a pressão dos eleitores que vão ser consagrados os direitos novos, no campo social e econômico”. Acrescenta o mesmo autor que “o Estado vai ver erguerem-se as barreiras que entravavam sua atuação; não há mais espaço privado protegido, sociedade civil preservada de suas ingerências; o Estado vê a ele atribuir-se uma função de regulamentação global, que o leva a imiscuir-se nas relações sociais de toda natureza, sem se deixar deter por um princípio de liberdade de comércio e de indústria transformado, no fim dos anos, em uma concha vazia”.

É possível, segundo Alcázar (1985:103), que o fator chave dessa transformação seja a passagem do Estado monoclasse para o Estado **pluriclasse**, com tudo o que isso significa em termos de necessidade de satisfazer às demandas crescentes que se colocam perante o Estado, no terreno econômico e social, pela totalidade da população e não só pelas classes privilegiadas. Já não se fala mais em **interesse público** apenas, mas em vários interesses públicos, representativos dos vários setores da sociedade civil. Este fato teve lugar em todos os países, embora com conseqüências um pouco diversas. Na União Soviética e nas democracias populares, implantou-se o Estado Socialista, com tudo o que ele significa de direção central da economia. Nas democracias ocidentais, está vigente a noção de Estado Social de Direito, à qual é inerente a idéia de prestação de serviços, pelo Estado, à população, em grandes proporções.

Com o crescimento dos chamados direitos sociais e econômicos, postos perante o Estado, este ampliou desmesuradamente o rol de suas atribuições, adotando diferentes atitudes:

- a. algumas atribuições foram assumidas pelo Estado como **serviços públicos**, entrando na categoria de serviços públicos comerciais, industriais e sociais; para desempenhar esses serviços, o Estado passou a criar maior número de empresas estatais e fundações;
- b. outras atividades, também de natureza econômica, o Estado deixou na iniciativa privada, mas passou a exercê-las a título de intervenção no domínio econômico, por meio de sociedades de economia mista, empresas públicas e outras empresas sob controle acionário do Estado;
- c. finalmente, outras atividades, o Estado nem definiu como serviço público nem passou a exercer a título de intervenção no domínio econômico; ele as deixou na iniciativa privada e limitou-se a fomentá-las,

por considerá-las de interesse para a coletividade. Desenvolve-se, então, o **fomento** como uma atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de interesse público. O Estado fomenta a iniciativa privada por diferentes meios, como os **honoríficos** (prêmios, recompensas, títulos e menções honrosas), os **jurídicos** (outorga de privilégios próprios do Poder Público, que outras entidades não têm) e os **econômicos** (auxílios, subvenções, financiamentos, isenções fiscais, desapropriações por interesse social etc.) (ver Hector Jorge Escola, 1990:860-861, e Fernando Andrade de Oliveira, RDA 120:14).

José Roberto Dromi (1991:13-17) faz classificação diversa das formas de fomento, para abranger três modalidades previstas no direito positivo argentino:

1. **promoção industrial:** isenção, redução, suspensão, prorrogação de tributos, por períodos determinados, de forma total ou parcial; isenção ou redução de direitos de importação sobre bens de capital, facilidades para a compra, locação ou comodato de bens do domínio do Estado; estabelecimento de restrições temporárias à importação de bens similares aos que se trata de produzir em país; determinação, modificação ou isenção total ou parcial dos direitos de importação para os insumos dos bens a produzir;
2. **inversões estrangeiras:** regulamentação e promoção da entrada e saída do capital estrangeiro na economia interna, mediante a aquisição de bens ou direitos localizados no território nacional; na atual legislação com vistas à reestruturação do Estado, a matéria está disciplinada na Argentina, de forma a assegurar igualdade de tratamento para o capital nacional e o estrangeiro;
3. **transferência de tecnologia:** cessão, licença, assistência ou ajuda técnica, *know-how*, informação técnica.

O crescimento do Estado também se deu pela **ampliação do poder de polícia**; este, no período do Estado liberal, limitava-se a restringir os direitos individuais em benefício da ordem pública, entendida como sinônimo de segurança pública; já no período do Estado Social de Direito, com o crescimento do Estado e a extensão de suas atividades a todos os setores da vida social, o poder de polícia também experimentou notável ampliação, em dois sentidos: de um lado, passou a atuar em setores não relacionados com a segurança, atingindo as relações entre particulares, anteriormente fora do alcance do Estado; o próprio conceito de ordem pública passou a abranger a ordem econômica e social, com medidas relativas às relações de emprego, ao mercado dos produtos de primeira necessidade, ao exercício das profissões, às comunicações, aos espetáculos públicos, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e artístico nacional, à saúde. De outro lado, o Estado passou a impor obrigações de fazer, como o cultivo da terra, o aproveita-

mento do solo, a venda de produtos, distanciando-se, também sob esse aspecto, da polícia tradicional, que só impunha obrigações de não fazer.

No Brasil, o crescimento da atividade interventiva do Estado fez-se presente, de forma impressionante, pelos sucessivos planos econômicos elaborados pelos sucessivos Presidentes da República, a partir de 1986.

1.2.2 Conseqüências negativas da instauração do Estado Social de Direito

Verificou-se um crescimento desmesurado do Estado, que passou a atuar em todos os setores da vida social, com uma ação interventiva que coloca em risco a própria liberdade individual, afeta o princípio da separação de Poderes e conduz à ineficiência na prestação de serviços.

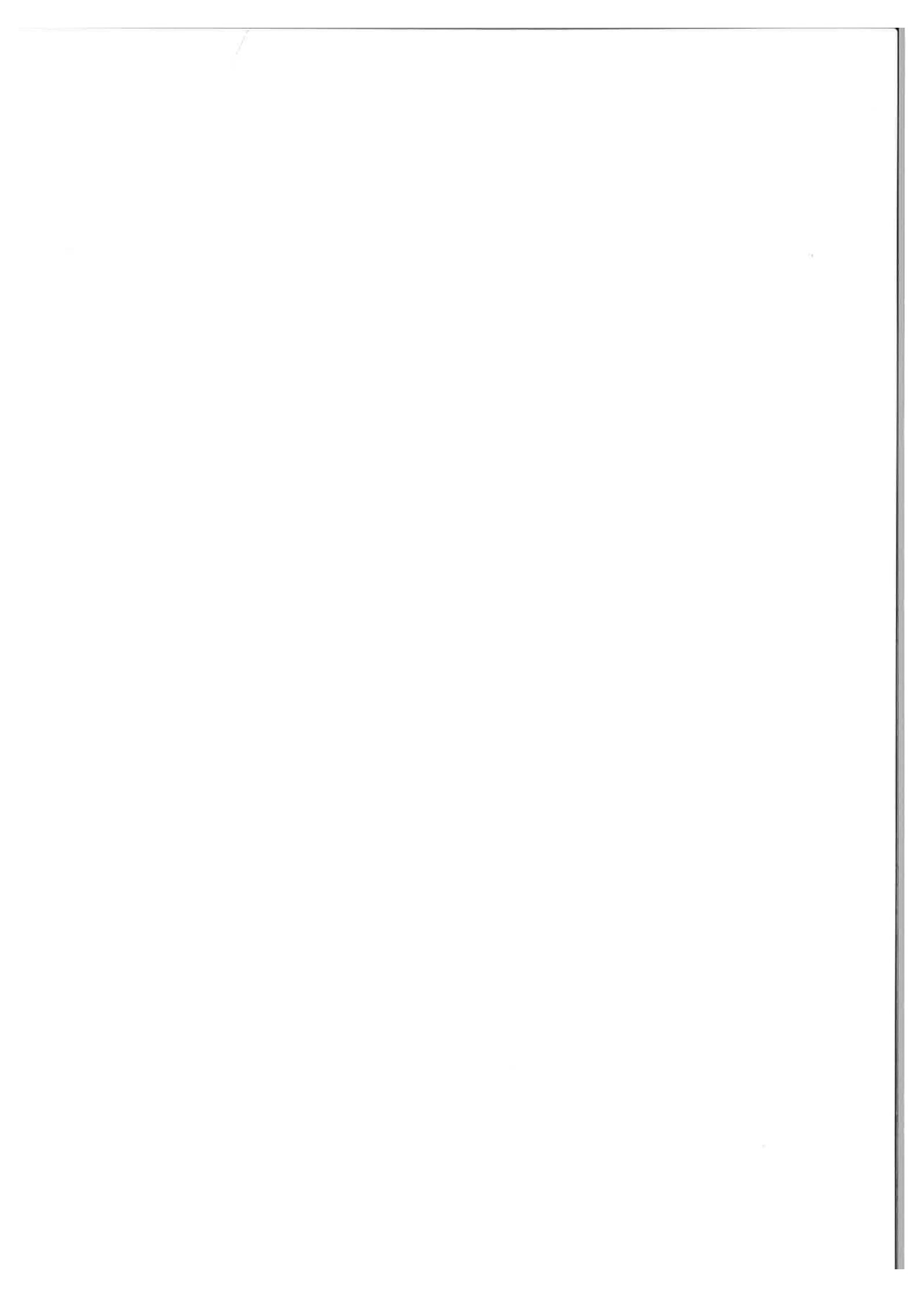
Observa Juan Carlos Cassagne (1992:140-141) que, apesar de haver diferentes níveis de intervenção, verificou-se certa unidade nas distintas medidas interventivas por parte do Estado. Segundo ele, “essa unidade que caracteriza o processo intervencionista reflete-se fundamentalmente nos quatro pilares do estatismo, a saber:

- a. a supradimensão das estruturas administrativas e o conseqüente aumento da burocracia;
- b. as abundantes e excessivas regulações que limitam e afetam as liberdades econômicas e sociais fundamentais;
- c. a configuração de monopólios legais a favor do Estado; e
- d. a participação estatal exclusiva ou majoritária no capital de empresas industriais ou comerciais”.

O acréscimo de funções a cargo do Estado – que se transformou em Estado prestador de serviços, em Estado empresário, em Estado investidor – trouxe como conseqüência o fortalecimento do Poder Executivo e, inevitavelmente, sérios golpes ao princípio da separação de poderes. Já não se vê no Legislativo o único Poder de onde emanam atos de natureza normativa. O grande volume de atribuições assumidas pelo Estado concentrou-se, em sua maioria, em mãos do Poder Executivo que, para atuar, não podia ficar dependendo de lei, a cada vez, já que sua promulgação depende de complexo e demorado procedimento legislativo.

Como conseqüência, passou-se a conferir atribuição normativa ao Executivo, que veio a exercer essa competência por meio de decretos-leis, leis delegadas, regulamentos autônomos, medidas provisórias.

Desse modo, o princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito, passou a abranger também os atos normativos editados pelo Poder Executivo.



verno, pelo Ministério Público e pelos órgãos de assessoramento direto ao chefe do Poder Executivo. É o que consta do Plano Diretor da Reforma do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE (v. item 2.2, adiante).

Quer-se ampliar a discricionariedade da Administração Pública pela outorga de maior autonomia administrativa, financeira e orçamentária aos dirigentes dos órgãos da administração direta e às entidades da administração indireta

Com todas essas alterações, objetiva-se a “reforma do Estado”, com vistas a fazer reverter os males instaurados pelo Estado intervencionista: de um lado, visto do lado do cidadão, quer-se restaurar e prestigiar a liberdade individual e a livre concorrência; isso leva às idéias de **privatização**, **fomento**, **parceria** com o setor privado; visto do lado do Estado, quer-se alcançar a eficiência na prestação dos serviços públicos, o que leva à idéia de **desburocratização**. Na realidade, poder-se-ia falar apenas em “privatização” em sentido amplo, na qual se inserem todos esses objetivos.

1.3 PARCERIA E GESTÃO ASSOCIADA

Parceria, no *Vocabulário jurídico* de José Naufel, significa o mesmo que sociedade. É a “reunião de duas ou mais pessoas que investem capital, ou capital e trabalho, com o fim especulativo em proveito comum”.

Como observa Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1997:75-76), “a palavra **parceria**, do latim *partarius*, participante, vem sendo empregada tradicionalmente em direito para designar uma forma *sui generis* de sociedade em que não se dá a composição de um capital social nem a instituição de uma nova pessoa, mas, apenas, uma relação negocial, em que uma das partes assume obrigações determinadas com vistas a participação de lucros alcançados”.

Pelo fato do vocábulo **parceria** trazer em si a idéia de lucro, alguns resistem a sua utilização no âmbito do direito público. O próprio Diogo de Figueiredo Moreira Neto entende discutível a utilidade de transpor-se esse vocábulo quando na realidade o que se está fazendo é **rebatizar a colaboração econômica** entre o setor público e o setor privado, hipótese em que entidades não estatais participam de atividades estatais de índole econômica, com o objetivo de lucro. É o caso específico da concessão e da permissão de serviço público.

Aliás, é nesse sentido que o vocábulo aparece no livro de Arnaldo Wald e outros (1996), o qual, embora denominado de *Direito de parceria*, cuida especificamente da concessão e da permissão de serviço público.

Neste livro, o vocábulo **parceria** é utilizado para designar todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público. Nela

existe a colaboração entre o poder público e a iniciativa privada nos âmbitos social e econômico, para satisfação de interesses públicos, ainda que, do lado do particular, se objetive o lucro. Todavia, a natureza econômica da atividade não é essencial para caracterizar a parceria, como também não o é a idéia de lucro, já que a parceria pode dar-se com entidades privadas sem fins lucrativos que atuam essencialmente na área social e não econômica.

A parceria pode servir a variados objetivos e formalizar-se por diferentes instrumentos jurídicos.

Ela pode ser utilizada como:

- a. forma de **delegação** da execução de serviços públicos a particulares, pelos instrumentos da concessão e permissão de serviço público;
- b. meio de **fomento** à iniciativa privada de interesse público, efetivando-se por meio de convênio ou contrato de gestão;
- c. forma de **cooperação** do particular na execução de atividades próprias da Administração Pública, pelo instrumento da terceirização (contratos de obras e serviços, por meio de empreitada);
- d. instrumento de **desburocratização** e de instauração da chamada Administração Pública gerencial, por meio dos contratos de gestão.

Com isso, a parceria serve ao objetivo de **diminuição do tamanho do aparelhamento do Estado**, na medida em que delega ao setor privado algumas atividades que hoje são desempenhadas pela Administração, com a conseqüente extinção ou diminuição de órgãos públicos e entidades da administração indireta, e **diminuição do quadro** de servidores; serve também ao objetivo de **fomento** à iniciativa privada, quando seja deficiente, de modo a ajudá-la no desempenho de atividades de interesse público; e serve ao objetivo de **eficiência**, porque introduz, ao lado da forma tradicional de atuação da Administração Pública burocrática, outros procedimentos que, pelo menos teoricamente (segundo os idealizadores da Reforma), seriam mais adequados a esse fim de eficiência.

A expressão parceria tem sentido um pouco diverso da expressão "**gestão associada**", utilizada no art. 241 da Constituição Federal, para designar a atuação conjunta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios nas matérias de competência comum. Essa gestão associada formaliza-se por meio de convênio, quando se trate de entidades de nível governamental diverso, ou por consórcio, quando as entidades sejam do mesmo nível (v. Capítulo 9).

doações. O objetivo expresso é o de aumentar a eficiência e a qualidade dos serviços, atendendo melhor o cidadão-cliente a um custo menor.

Para o setor de **produção para o mercado**, é proposta: continuidade no programa de privatização; reorganização e fortalecimento dos órgãos de regulação dos monopólios naturais privatizados; implantação de contrato de gestão com as empresas que não puderem ser privatizadas.

Grande parte desses objetivos vem sendo concretizada por meio de emendas à Constituição ou por normas infraconstitucionais.

No que diz respeito especificamente às parcerias, cabe lembrar a promulgação das Leis nºs 8.987, de 13-2-95, e 9.074, de 7-7-95, disciplinando a concessão e permissão de serviços e obras públicas; a promulgação da Lei nº 9.737, de 15-5-98, regulamentando as chamadas **organizações sociais** e os seus **contratos de gestão** com o poder público para execução de atividades não exclusivas do Estado; acréscimo do § 8º ao art. 37 da Constituição, pela Emenda Constitucional nº 19/98, dando validade constitucional aos contratos de gestão celebrados entre o poder público e dirigentes de órgãos públicos e de entidades da administração indireta; previsão, na mesma Emenda Constitucional, da gestão associada de serviços públicos entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio de convênios e consórcios, com a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

2.4 MODALIDADES DE PARCERIA EM FUNÇÃO DO TIPO DE ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Pelo exposto no item anterior, já se verifica que a escolha da modalidade de parceria não é arbitrária; ela deve ser feita em função do tipo de atividade.

No que diz respeito à concessão e permissão de serviço público, tem-se que partir do princípio de que se trata de contratos administrativos em que a Administração Pública transfere a outrem a execução de um serviço público, para que o execute por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço. O objeto da concessão é, portanto, a execução de um **serviço público**.

Pelo art. 175 da Constituição, "incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre por meio de licitação, a prestação de serviços públicos". A Constituição não diz quais serviços públicos. Apenas nos arts. 21, incisos XI e XII, 25, § 2º, e 223 elenca alguns serviços que podem ser prestados mediante concessão, permissão ou autorização. Outras hipóteses estão previstas em leis ordinárias, a exemplo da Lei nº 9.074, de 7-7-95, cujo art. 1º sujeita determinados serviços ao regime de concessão ou permissão.

Afora esses casos em que a concessão e a permissão estão expressamente previstas no direito positivo, a possibilidade de utilização desses institutos jurídicos como forma de delegação de serviços públicos tem que ser analisada em face da natureza do serviço e das peculiaridades desse tipo de contrato.

Uma primeira restrição quanto à utilização da concessão ou da permissão diz respeito a certos serviços sociais do Estado, como o ensino e a saúde, que, quando prestados pelo poder público, devem, obrigatoriamente, ser gratuitos. Esses serviços não podem ser objeto de concessão ou permissão, tendo em vista que esse tipo de contrato só pode ter por objeto atividades de natureza econômica, ou seja, os chamados serviços comerciais e industriais do Estado, financiados pelos usuários do serviço público mediante tarifa.

Além disso, os serviços sociais citados não constituem atividade exclusiva do Estado, sendo abertos à iniciativa privada. O particular que queira atuar nessa área não depende de concessão do poder público.

Se fosse dada concessão nas áreas da saúde e educação, por exemplo, faltaria um dos elementos do conceito de concessão, que é a remuneração paga pelos usuários. O próprio poder público teria que remunerar o particular e, aí, haveria outro tipo de contrato que não a concessão ou permissão. Ainda que, teoricamente, fosse possível manter o serviço com outras fontes de receitas **alternativas**, como previsto no art. 11 da Lei de Concessões (Lei nº 8.987, de 13-2-95), na prática essa possibilidade desaparece ante o elevado custo dos serviços dessa natureza, dificilmente passíveis de manutenção, por uma concessionária, por outra forma que não a tarifa paga pelos usuários.

As formas de parceria possíveis na área dos serviços sociais seriam, em princípio, o convênio, agora em parte substituído pelos contratos de gestão, e a terceirização de atividades, em que há a transferência da simples **execução material** e não da gestão operacional do serviço, como ocorre na concessão.

Também não podem ser objeto de concessão os serviços *uti universi*, que são usufruídos apenas indiretamente pelo cidadão, como é o caso da limpeza pública. Embora a expressão "serviço público" seja utilizada, muitas vezes, em sentido amplo, para abranger todas as funções do Estado ou todas as funções exercidas pela Administração Pública, quando se trata de concessão de serviço público, a expressão tem um sentido restrito, que abrange apenas **atividade material prestada pelo Estado ou seus representantes, para oferecimento de utilidades fruíveis diretamente pelo usuário**. É o que ocorre com o fornecimento dos serviços de transportes, navegação aérea, telecomunicações e tantos outros. Trata-se dos serviços públicos *uti singuli*, em que há a satisfação individual e direta das necessidades do cidadão.

Assim, embora a Lei nº 9.074, de 7-7-95, fale, no art. 2º, na limpeza pública como sendo passível de concessão, isso não é possível; o que pode a Administração Pública fazer é terceirizar a atividade, mediante contrato de prestação de

serviço, em que a remuneração é paga pelo poder público, com verbas provenientes de impostos.

Aliás, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que tais serviços não podem ser objeto nem mesmo de taxa, **devendo ser prestados com recursos provenientes dos impostos**. Nesse sentido, julgado do STJ, fundamentado em acórdão do STF, no Recurso Especial nº 124.666/SP, em que ficou decidido que *“taxas... têm por fato gerador prestação de serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte, não tendo de ser custeado senão por meio do produto da arrecadação dos impostos gerais”*.

Tal acórdão foi proferido precisamente a propósito da taxa de limpeza e conservação instituída por lei do Município de São Paulo. Se não pode ser financiado senão com receitas provenientes de impostos, é evidente que não cabe a cobrança de tarifa.

Também não podem ser objeto de concessão as atividades decorrentes do poder de polícia do Estado. A polícia administrativa envolve atividades de regulamentação, fiscalização, repressão das atividades exercidas pelos particulares. Trata-se de atividade típica do Estado, indelegável ao particular, exatamente por envolver restrição ao exercício de direitos.

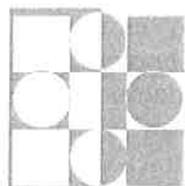
Sempre houve, mesmo no período do liberalismo, em que se pregava um mínimo de atuação estatal e de intervenção no setor privado, uma esfera de atribuições reservada com exclusividade ao Estado, na qual se inclui, evidentemente, o poder de polícia, especialmente no que diz respeito à segurança pública. No Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, em que se dividem as atividades estatais em quatro setores, a atividade de polícia é incluída entre as **atividades exclusivas**, ou seja, aquelas que só o Estado pode prestar. O que é possível, em termos de colaboração do particular, é a terceirização de determinadas atividades-meio que não envolvam qualquer tipo de autoridade sobre o cidadão.

Em resumo, podem ser tiradas algumas conclusões quanto às formas de parceria possíveis em função do tipo de serviço:

- a. para o **serviço público de natureza comercial ou industrial**, o instrumento adequado é a **concessão ou permissão de serviço público**; trata-se de formas de parceria que não podem ser utilizadas para: (1) as atividades exclusivas do Estado, porque são indelegáveis por sua própria natureza; (2) os serviços sociais, porque estes são prestados gratuitamente e, portanto, incompatíveis com a concessão, que se caracteriza pela cobrança de tarifas dos usuários; (3) serviços *uti universi*, não usufruíveis diretamente pelos cidadãos, como a limpeza pública, por exemplo, cuja prestação incumbe ao poder público, com verbas provenientes dos impostos;

- b. para os **serviços sociais**, o plano diretor prevê os **contratos de gestão** com as organizações sociais; mas é evidente que aí pode ser incluída a **gestão associada** por meio de convênios e consórcios, consoante decorre do art. 241 da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98; além disso, está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.690/98, que prevê um "termo de parceria" entre o poder público e entidades qualificadas como **Organizações da Sociedade Civil de Caráter Público**;
- c. para as **atividades exclusivas**, pode ser utilizado também o **contrato de gestão**, não para fazer parceria com o particular, mas para os fins previstos no art. 37, § 8º, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, ou seja, para outorga de maior autonomia aos órgãos públicos e entidades da administração indireta e instituição de controle de resultados;
- d. para o **núcleo estratégico**, a parceria é praticamente impossível, por abranger atividades próprias de governo e, portanto, indelegáveis;
- e. para os **serviços administrativos** (não mencionados no plano diretor), é possível a **terceirização**, seja qual for o setor de atuação do Estado, desde que abranja atividades-meio da Administração Pública, bem como os **contratos de gestão** referidos no art. 37, § 8º, da Constituição.

3



A DESCENTRALIZAÇÃO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

3.1 DESCENTRALIZAÇÃO POLÍTICA E ADMINISTRATIVA

Pode-se falar em centralização e descentralização em sentido **político** e em sentido **administrativo**. Sob o primeiro aspecto, elas designam formas de organização do Estado, em que se contrapõem o Estado unitário (caracterizado pela centralização política) e o Estado federal (caracterizado pela descentralização política); sob o segundo aspecto, indicam formas diversas de organização da Administração Pública, centralizada e descentralizada, ou, para empregar terminologia consagrada no direito positivo brasileiro, administração pública **direta** ou **indireta**.

Do ponto de vista político, a centralização e a descentralização constituem formas diversas de atribuição de funções aos entes locais (comunas, municípios, províncias, regiões etc.). Na centralização política, as atribuições que eles exercem só têm o valor jurídico que lhes empresta o ente central; suas atribuições não decorrem, com força própria, da Constituição, mas do poder central. Segundo Georges Burdeau (1949:320), "o poder político é centralizado quando os agentes do Estado são juridicamente qualificados para fazer prevalecer sua concepção do bem público em todos os lugares e em todas as matérias e monopolizam, com esse fim, todos os processos de criação do direito positivo. Assim, a centralização se percebe pelo fato de que o Estado é o único intérprete do bem comum e que, em consequência, seus órgãos são os únicos competentes para editar a regulamentação jurídica que ele postula e para usar a autoridade necessária para que seja observada. Onde quer que se exerça o poder público, é em nome do Estado e sob sua autoridade".

A descentralização política ocorre quando o ente descentralizado exerce atribuições próprias que não decorrem do ente central; é a situação dos Estados-

membros da federação e, no Brasil, também dos Municípios. Cada um desses entes locais detém competência legislativa própria que não decorre da União nem a ela se subordina, mas encontra seu fundamento na própria Constituição Federal. As atividades jurídicas que exercem não constituem delegação ou concessão do governo central, pois delas são titulares de maneira originária. Nas palavras do mesmo autor, Burdeau (1949:344), “a descentralização política existe quando o ente detém, a par da auto-organização, o direito de participar da vontade estatal e o direito de dar-se normas que não extraem seu valor jurídico de nenhuma outra autoridade. Praticamente, esta forma de descentralização se realiza quando o grupo dispõe, de modo mais ou menos amplo, de poder legislativo. Mas há uma característica fundamental da descentralização política: é o título em virtude do qual o ente exerce suas atividades jurídicas. Este título não é concessão ou delegação do Estado, mas aquele que o próprio ente detém: há uma idéia de direito distinta da que fundamenta o ente central. Esta situação é aquela dos Estados membros de um Estado federal que não somente exercem, por suas próprias fontes, o poder legislativo nos limites fixados pela Constituição Federal, mas ainda participam por seus representantes (Senado) da formação da vontade legislativa do Estado federal no seu conjunto”.

3.2 DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

Independentemente da forma centralizada ou descentralizada de organização do Estado, a atividade da Administração Pública pode ser exercida diretamente, por meio de seus próprios órgãos (**centralização administrativa** ou **Administração direta**) ou indiretamente, por meio da transferência de atribuições a outras pessoas, físicas ou jurídicas, públicas ou privadas (**descentralização administrativa** ou **Administração indireta**). Por outras palavras, quer se trate de centralização política, própria dos Estados unitários, quer se trate de descentralização política, própria dos Estados federais, ambas convivem perfeitamente com a descentralização administrativa.

Tradicionalmente, apontam-se duas modalidades de **descentralização administrativa**: (a) a **territorial** ou **geográfica**; e (b) a **por serviços, funcional** ou **técnica**. Preferimos acompanhar os autores que acrescentam, como modalidade autônoma, a descentralização **por colaboração**, que apresenta características próprias, que justificam sua inclusão em categoria diversa de descentralização.

Em todas essas modalidades, a descentralização caracteriza-se pela transferência de atribuições de uma pessoa jurídica pública (União, Estados ou Municípios) para outra pessoa jurídica. O ente descentralizado goza de **capacidade de auto-administração**, ou seja, de capacidade de gerir os próprios negócios, distinguindo-se, quanto a esse aspecto, dos entes federados, descentralizados política-

mente, que gozam de **autonomia**, ou seja, do poder de editar leis, sem subordinação a outras normas que não as da própria Constituição.

Além disso, a descentralização administrativa supõe a transferência de uma atividade própria da Administração Pública ou, mais especificamente, de um **serviço público**, definido como “**toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público**” (Di Pietro, 1995:84).

Quando o Estado exerce uma atividade que não é definida legalmente como serviço público, não se cogita de descentralização propriamente dita. É o que ocorre quando ele assume uma **atividade econômica** com base no art. 173 da Constituição Federal; ao criar uma empresa estatal para desempenhar essa atividade, o Estado não está transferindo uma atividade sua (pois ninguém transfere mais poderes do que tem) mas saindo de sua órbita própria de ação para atuar no âmbito da atividade privada, a título de **intervenção no domínio econômico**.

Precisa é, a esse respeito, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (1975:10-11): “Como é sabido o Estado tanto pode agir com capacidade de direito público como com capacidade de direito privado. Em outras palavras: o Estado tanto pratica atos de direito público como atos de direito privado. Por isso mesmo, nem todos os atos praticados pelo corpo orgânico da Administração (Executivo) são qualificados como atos administrativos, mas tão-só aqueles tidos como de direito público, portanto, típicos do Estado, expressivos de sua **função administrativa**. Daí se segue, conseqüentemente, e de acordo com exigência de caráter lógico, que só há descentralização administrativa quando a atividade descentralizada reproduza tais caracteres. Se a atividade ou serviço não se qualifica como administrativa, não há descentralização **administrativa**. Outrossim, como só tem sentido o falar-se em descentralização quando o objeto a ser descentralizado compete ao centro, só em face de **atividades públicas e administrativas**, que são inerentes ao Estado, é que se coloca o problema. Logo, é **despropositado cogitar de descentralização administrativa quando se tratar de atividade de direito privado – ainda que desempenhada por uma pessoa governamental.**”

3.2.1 Descentralização territorial ou geográfica

Descentralização territorial ou geográfica é a que se verifica quando uma entidade local, geograficamente delimitada, é dotada de personalidade jurídica própria, de direito público, com capacidade administrativa genérica.

São características desse ente descentralizado:

1. personalidade jurídica de direito público;
2. capacidade de auto-administração;

3. delimitação geográfica;
4. capacidade genérica, ou seja, para exercer a totalidade ou a maior parte dos encargos públicos de interesse da coletividade;
5. sujeição a controle pelo poder central.

Este tipo de descentralização administrativa ocorre nos Estados unitários, como França, Itália, Bélgica, constituídos por Departamentos, Regiões, Províncias, Comunas, e é o que se verificava no Brasil, à época do Império.

No Brasil de hoje, podem ser incluídos nessa modalidade de descentralização os **territórios federais**, que, tal como estão disciplinados pela Constituição (embora não tenham existência fática), não integram a Federação, mas têm personalidade jurídica de direito público, são geograficamente delimitados e possuem capacidade genérica, que abrange serviços de segurança, saúde, justiça etc.

É importante realçar que a descentralização administrativa territorial nem sempre impede a capacidade legislativa; só que esta é exercida **sem autonomia**, porque subordinada a normas emanadas do poder central.

3.2.2 Descentralização por serviços, técnica ou funcional

Descentralização **por serviços, técnica ou funcional** é a que se verifica quando o poder público (União, Estados ou Municípios) cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela atribui a titularidade e a execução de determinado serviço público. No Brasil, essa criação somente pode dar-se por meio de lei e corresponde, basicamente, à figura da **autarquia**, mas abrange também as **fundações governamentais, sociedades de economia mista e empresas públicas**, que exerçam serviços públicos.

Tradicionalmente, os autores indicam apenas a autarquia como forma de descentralização por serviço, definindo-a, por isso mesmo, como **serviço público descentralizado**: trata-se de determinado serviço público que se destaca da pessoa jurídica pública (União, Estados ou Municípios) e ao qual se atribui personalidade jurídica própria, também de natureza pública; entende-se que o ente instituído deve ter a mesma capacidade pública, com todos os privilégios e prerrogativas próprios do ente instituidor. Não é por outra razão que o Decreto-lei nº 200, de 25-2-67, apegado a essa doutrina tradicional, define apenas a autarquia como entidade que presta **serviço público** típico do Estado.

Todavia, o estudo da evolução das formas de descentralização revela que se criaram entes com personalidade de direito privado e a eles se transferiram a **titularidade** e a **execução** de serviço público, com o mesmo processo de descentralização; a diferença está em que os privilégios e prerrogativas são menores,

pois a entidade só usufrui daqueles expressamente conferidos pela lei instituidora e reputados necessários para a consecução de seus fins.

No caso da descentralização por serviço, o ente descentralizado passa a deter a **titularidade** e a **execução** do serviço; em consequência, ele desempenha o serviço com independência em relação à pessoa que lhe deu vida, podendo opor-se a interferências indevidas; estas somente são admissíveis nos limites expressamente estabelecidos em lei e têm por objetivo garantir que a entidade não se desvie dos fins para os quais foi instituída. Essa a razão do **controle** ou **tutela** a que tais entidades se submetem nos limites da lei.

Esse processo de descentralização envolve, portanto:

1. reconhecimento de **personalidade jurídica** ao ente descentralizado;
2. existência de órgãos próprios, com **capacidade de auto-administração** exercida com certa independência em relação ao poder central;
3. **patrimônio próprio**, necessário à consecução de seus fins;
4. **capacidade específica**, ou seja, limitada à execução do serviço público determinado que lhe foi transferido, o que implica sujeição ao **princípio da especialização**, que impede o ente descentralizado de desviar-se dos fins que justificaram sua criação;
5. sujeição a **controle** ou **tutela**, exercido nos limites da lei, pelo ente instituidor; esse controle tem que ser limitado pela lei precisamente para assegurar certa margem de independência ao ente descentralizado, sem o que não se justificaria sua instituição.

3.2.3 Descentralização por colaboração

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

Comparando-se esta modalidade com a anterior, verifica-se que, naquela, a descentralização é feita por **lei**, que cria uma **pessoa jurídica**, à qual atribui a **titularidade** e a **execução** do serviço, colocando-a sob a **tutela** do poder público. Vale dizer que o ente que cria a entidade perde a disponibilidade sobre o serviço, pois, para retomá-lo, depende de lei. Por isso mesmo, o controle ou tutela que exerce sobre o ente descentralizado tem que ser delimitado, com precisão, pela lei, de modo a conciliar a necessidade de controle com a autonomia administrativa e financeira do ente descentralizado. Daí o princípio de que não há tutela sem lei que a preveja (*nulla tutela sine lege, nulla tutela praeter legem, nulla tutela contra legem*).

A descentralização por colaboração é feita por **contrato** (concessão de serviço público) ou por **ato administrativo unilateral** (permissão ou autorização de serviço público), pelo qual se atribui a uma pessoa de direito privado a **execução** de serviço público, conservando o poder concedente sua **titularidade**. Isto lhe permite dispor do serviço de acordo com o interesse público, envolvendo a possibilidade de alterar unilateralmente as condições de sua execução e de retomá-la antes do prazo estabelecido; o controle é muito mais amplo do que aquele que se exerce na descentralização por serviço, porque o poder público é que detém a titularidade do serviço, o que não ocorre nesta última.

Essa distinção é fundamental e tem sua razão de ser. O **serviço público** é atribuído, por lei, ao Estado, precisamente por ser uma atividade considerada essencial à coletividade, e que, por isso mesmo, se submete a um regime jurídico predominantemente de direito público. O serviço público é coisa *extra commercium*, não podendo, como tal, ser objeto de relações jurídicas regidas pelo direito privado. Todas as relações que tenham por objeto um serviço público devem ser regidas pelo direito público.

Não é por outra razão que a Constituição Federal, em dois dispositivos, exige que os serviços públicos sejam prestados pelo poder público, **diretamente**, ou, indiretamente, mediante **permissão ou concessão** (arts. 21, inciso XII, e 175).

Por isso mesmo, é de constitucionalidade bastante duvidosa a descentralização de serviços públicos corriqueiramente feita, no direito brasileiro, a entidades sob regime jurídico de direito privado (fundações de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista), que adquirem, por força de lei, a titularidade sobre o serviço. A Constituição indicou, com precisão, a forma pela qual admite a descentralização, precisamente porque os institutos escolhidos (concessão e permissão) não retiram do poder público a **titularidade** do serviço e permitem um controle maior sobre o ente descentralizado e a imediata retomada do serviço público quando sua execução pelo particular se revelar contrária ao interesse público.

Diferente é a situação no caso das autarquias e das fundações de direito público, porque, nesse caso, ambas têm personalidade jurídica pública, sujeitando-se a regime jurídico em tudo semelhante ao da Administração direta ou centralizada.

A descentralização de serviços públicos feita a pessoas jurídicas de direito privado criadas, por lei, para essa finalidade levou a certas contradições na Constituição, em especial ao fato de praticamente ter-se igualado o regime jurídico das entidades da administração indireta com personalidade jurídica de direito privado e o regime jurídico da administração direta, autarquias e fundações públicas. Igualou-se em termos de servidores públicos (art. 37 da Constituição) licitação, contrato, controle.

Também não se fez qualquer distinção entre as empresas estatais que desempenham **atividade econômica**, como forma de **intervenção no domínio eco-**

nômico, e as que desempenham **serviço público**, como forma de **descentralização administrativa**.

Essa anomalia foi em grande parte corrigida pela Emenda Constitucional nº 19/98 que, ao dar nova redação ao § 1º do artigo 173 da Constituição, deixou clara a possibilidade de atribuir-se às empresas estatais que desempenhem atividade econômica com base no *caput* do dispositivo (por motivo de segurança nacional ou interesse coletivo relevante) estatuto jurídico próprio, diferenciado em relação às entidades que prestam serviço público. Esse estatuto, a ser baixado por lei, deverá dispor sobre: "I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias; III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores".

Por esse dispositivo se verifica que a submissão ao direito privado se dará de forma preponderante, "inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias", e que, embora sujeitas às licitações, as normas sobre esse procedimento e sobre a contratação poderão ser diversas das estabelecidas para a Administração direta e demais entidades integrantes da Administração indireta; exige-se tão-somente observância dos **princípios** da Administração Pública.

Embora o dispositivo da Constituição não seja auto-aplicável, porque depende de lei que venha estabelecer o estatuto jurídico, é evidente que ficaram abertas, para o legislador, as portas para instituir regime jurídico diferenciado entre as empresas que atuam no domínio econômico e as que prestam serviço público.

Na realidade, melhor seria que os serviços públicos comerciais e industriais do Estado fossem sempre descentralizados pelo instituto da concessão ou permissão, em que a empresa, ao mesmo tempo em que atua como empresa privada, sem as amarras do regime jurídico administrativo, tem que respeitar, por outro lado, no que diz respeito ao serviço público, certas regras que são impostas pelo poder concedente na regulamentação do serviço concedido. Conciliam-se a necessidade de impor-se, de um lado, o regime jurídico de direito público quanto aos aspectos em que ele é indispensável para assegurar a **continuidade**, a **igualdade dos usuários** e a **mutabilidade**, e, de outro lado, respeitar-se a forma de atuação das empresas privadas, nos relacionamentos com seus empregados e com terceiros, na organização, estrutura etc. O capital da empresa é privado; os riscos do empreendimento são da empresa privada, com a participação do poder público apenas para o restabelecimento do equilíbrio econômico eventualmente rompido. O empresário objetiva o lucro e procura por ele. O mau funcionamento da empresa penaliza o empresário privado.

Quando o serviço é desempenhado pelo próprio poder público, por meio de suas empresas, o dinheiro é total ou majoritariamente público, o Estado assume, na mesma proporção, todos os riscos do empreendimento; a empresa não é movida pelo objetivo de lucro; os prejuízos são assumidos pelos cofres públicos; o mau funcionamento da empresa penaliza a própria coletividade. Há ainda a assinalar a ingerência constante do Poder Executivo na vida das empresas estatais, substituindo aquilo que deveria ser um controle limitado pela lei por uma gestão indevida, que fere a autonomia da entidade, além de contribuir para a ineficiência da empresa. Por isso mesmo, essa forma de descentralização deve ser reservada àquelas atividades em que a atuação do poder público é necessária para atuar onde o particular não vê perspectiva de lucro ou onde a iniciativa do particular é insuficiente, pois só o poder público pode atuar com prejuízo, que é coberto com recursos provenientes dos tributos.

3.3 EVOLUÇÃO DAS FORMAS DE DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

À época do Estado liberal, em que sua atividade se restringia quase exclusivamente à defesa externa e à segurança interna, não havia grande necessidade de descentralização das atividades administrativas, mesmo porque as funções de polícia são, em geral, indelegáveis, pelo fato de implicarem autoridade, coerção sobre o indivíduo em benefício do bem-estar geral; com relação a elas, são incompatíveis os métodos do direito privado, baseados no princípio da igualdade. A essa época, o conceito de serviço público ligava-se sem contestação ao regime jurídico administrativo. Esse podia ser considerado o critério mais adequado para distinguir o serviço público da atividade particular.

À proporção que o Estado foi assumindo outros encargos nos campos social e econômico, sentiu-se a necessidade de encontrar novas formas de gestão do serviço público e da atividade privada exercida pela Administração. De um lado, a idéia de **especialização**, com vistas à obtenção de melhores resultados, que justificou e ainda justifica a existência de autarquias; de outro lado, e com o mesmo objetivo, a **utilização de métodos de gestão privada**, mais flexíveis e mais adaptáveis ao novo tipo de atividade assumida pelo Estado, em especial a de natureza comercial e industrial; em alguns países, como a Alemanha, isso foi feito com fins de socialização e, em outros, especialmente nos subdesenvolvidos, com vistas ao desenvolvimento econômico.

Com isso, o próprio conceito de serviço público entrou em crise, já que os chamados serviços industriais e comerciais, antes executados exclusivamente por particulares, passaram a ser desempenhados também pela Administração Pública, sob regime predominante de direito privado; como consequência, o regime

jurídico deixou de ser a baliza que delimitava os conceitos de serviço público e atividade privada.

O procedimento utilizado, inicialmente, foi a delegação da execução de serviços públicos a empresas particulares, por meio de **concessão**, cuja vantagem, já assinalada, era a possibilidade que tinha o Estado de prestar serviço público essencial, sem necessidade de inverter recursos públicos e sem correr os riscos do empreendimento.

À medida que o poder público foi tendo que interferir na vida da empresa concessionária, para assegurar a consecução dos interesses gerais, foi necessária também sua ajuda financeira cada vez maior. Construíram-se teorias objetivando assegurar o equilíbrio econômico do contrato e possibilitar a continuidade na prestação do serviço. Quando o Estado começou a participar dos riscos do empreendimento, a concessão foi perdendo seu interesse e buscaram-se novas formas de descentralização.

As autarquias, por terem capacidade pública semelhante à da Administração Pública direta, foram consideradas mais adequadas para a prestação de serviços públicos próprios do Estado, embora no direito brasileiro muitas tenham sido criadas para desempenhar atividade econômica, como as Caixas Econômicas, depois transformadas em empresas públicas. Foi, em especial, a idéia de **especialização** que norteou a criação dessas entidades.

Já para a atividade comercial ou industrial do Estado, mostrou-se mais adequada a forma empresarial.

3.3.1 Concessão a empresas privadas

A primeira fórmula que o poder público adotou para transferir a terceiros a execução de serviços públicos comerciais e industriais foi a concessão de serviço público.

O procedimento utilizado, inicialmente, foi a delegação da execução de serviços públicos a empresas particulares, mediante **concessão**. Por meio dela, o particular (concessionário) executa o serviço, em seu próprio nome e por sua conta e risco, mas mediante fiscalização e controle da Administração Pública, inclusive sob o aspecto da remuneração cobrada ao usuário – a tarifa – que é fixada pelo poder concedente.

“A grande vantagem do regime de concessão para o Estado liberal”, diz Bilac Pinto (RDA 32:3), “era a de que, por meio dela, o Estado prestava um serviço público essencial sem que tivesse necessidade de inverter recursos do Tesouro e, sobretudo, sem correr os riscos econômicos de toda exploração industrial. Estas características originárias da concessão de serviço público foram, entretanto, sensivelmente alteradas, de começo pelas cláusulas de ‘garantias de juros’ e mais

tarde pela aplicação da teoria da imprevisão. Em razão destas modificações estruturais do contrato de concessão, entre o concedente e o concessionário, como que surgiu uma associação financeira lesiva ao Poder Público que, privado dos benefícios eventuais, estava, entretanto, obrigado a participar das perdas da exploração do serviço público concedido. Quando a evolução do instituto chegou a este ponto, seu declínio se tornou inevitável”.

Como diz Jean Rivero (1971:417), “a autoridade pública foi levada a aumentar os seus poderes sobre o concessionário, a fim de o obrigar a reger-se pelos imperativos de interesse geral. A contrapartida necessária destas intervenções que comportavam o risco de pôr em cheque as previsões financeiras do concessionário e de comprometer, pela sua ruína, a continuidade do serviço, foi a outorga ao concessionário de uma ajuda financeira cada vez maior. O casamento da autoridade pública com o empresário privado passou de um regime de separação de bens para um regime de comunhão. Por isso o processo de concessão perdia, aos olhos do poder público, muito do seu interesse e, aos olhos dos empresários capitalistas, muito da sua sedução”.

3.3.2 Surgimento das sociedades de economia mista e empresas públicas

Com o declínio das concessões, surgiram as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Nas primeiras, o que atraiu o poder público foi, de um lado, a possibilidade de, em uma única empresa voltada para a execução de serviço público de natureza comercial e industrial, acumular grande volume de recursos financeiros que o Estado, sozinho, não conseguiria levantar, e, de outro, a possibilidade de atuar sob o mesmo regime das empresas privadas.

No início deste século, começou-se a apontar o principal aspecto negativo da sociedade de economia mista, a saber, o conflito de interesses entre o Estado e o particular: o primeiro, visando ao interesse geral, procura fixar preços mais baixos, acessíveis para a população; o segundo objetiva o lucro e, por essa razão, quer os preços mais elevados.

Daí a instituição de empresas públicas, em que o capital é inteiramente público.

Em ambas as hipóteses (empresas públicas e sociedades de economia mista), verifica-se o fenômeno da **descentralização por serviços**, em que o poder público cria, por lei, a pessoa jurídica, e a ela outorga a titularidade de determinado serviço público. Em vez de instituir-se autarquia ou fundação pública (que têm regime jurídico semelhante ao da Administração direta), dá-se preferência às formas empresariais, precisamente pelo fato de que seu regime jurídico de direito privado e sua forma de organização e funcionamento são mais compatíveis com o caráter industrial ou comercial de determinados serviços públicos.

Ocorre que, com a necessidade de intervenção do Estado no domínio econômico, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, ampliou-se, mais uma vez, a atuação estatal, para abranger, não apenas as atividades de natureza industrial e comercial exercidas como **serviços públicos** (transportes, energia elétrica, gás etc.), mas também a atividade industrial e comercial de natureza privada que o Estado precisava exercer a título de intervenção no domínio econômico, ou seja, não para assumir como sua uma atividade que o particular não desempenhava a contento, mas **para subsidiar a iniciativa privada quando ela fosse deficiente**. Daí o ressurgimento da sociedade de economia mista.

Note-se que, no direito brasileiro, a Constituição de 1967 consagrava o **princípio da subsidiariedade** no que diz respeito à atuação do Estado no domínio econômico. O art. 163 facultava a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, “quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais”. E o art. 170, depois de inserir, no *caput*, a regra geral de que “às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas”, acrescenta, no § 1º, que “apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica”. Essa regra da subsidiariedade nunca foi observada, passando o Estado brasileiro a atuar em campos onde a iniciativa privada não era deficiente.

3.3.3 Concessão de serviços públicos a empresas estatais

Acompanhando a mesma tendência verificada em outros países, ocorreu no direito brasileiro outro fenômeno: volta-se a utilizar o instituto da concessão, não para delegar o serviço a particular, mas a empresas estatais sob controle acionário do poder público. A vantagem está no fato de que o Estado mantém, como na forma originária de concessão, seu poder de controle sobre o concessionário, inclusive na fixação de preços; por outro lado, todos os riscos do empreendimento ficam por conta do concedente (e não mais do concessionário), já que ele é o acionista majoritário da empresa. Perde-se, com esse procedimento, a grande vantagem da concessão que constitui a própria justificativa para seu surgimento: a de prestar serviços públicos sem necessitar investir grandes capitais do Estado.

Isso se deu por diferentes formas:

- a. Em alguns casos, o serviço público federal foi dado, por concessão, a empresa sob controle acionário de Estado-membro; foi o caso dos serviços de energia elétrica, de navegação aérea, de telecomunicações, concedidos a empresas sob controle acionário do Estado; é o caso, em

São Paulo, da CESP, ELETROPAULO, VASP, TELESP etc.; nestas hipóteses, estava muito presente a natureza contratual da delegação do serviço.

- b. Em outros casos, o ente político (União, Estado-membro ou Município) criou a pessoa jurídica e a ela transferiu, **por lei**, a execução de um serviço público comercial ou industrial, dando-lhe, no entanto, tratamento idêntico ao das empresas concessionárias; misturaram-se duas formas diversas de descentralização, ou seja, a descentralização por serviços (por meio de lei) e a descentralização por colaboração (por meio de contrato). No Município de São Paulo serve de exemplo a CMTC, que foi criada como sociedade anônima, com natureza de sociedade de economia mista, com a qual o Município foi autorizado “a celebrar novo contrato de **concessão** para explorar, com exclusividade, o serviço público de transporte coletivo de passageiros, no Município da Capital” (Lei Municipal nº 8.242, de 18-8-76, regulamentada pelo Decreto nº 14.621, de 18-7-77). A hipótese é mencionada apenas como exemplo, uma vez que, hoje, essa situação está alterada.

Pelo exame da legislação, verifica-se que a CMTC tinha autonomia para administrar seu patrimônio e dirigir seus serviços, com organização e pessoal próprios, e era responsável, perante terceiros, pelos prejuízos decorrentes da execução dos serviços ou obras, ou por atos de seu pessoal, decorrentes de culpa ou de dolo; mas o Município era o detentor da maioria das ações com direito a voto e tinha todos os poderes que cabem normalmente ao concedente: alterar unilateralmente o contrato, mantendo o equilíbrio econômico-financeiro; fixar tarifas que assegurassem a obtenção de recursos suficientes para as despesas de exploração e melhoria dos serviços, bem como a remuneração adequada do investimento; fiscalizar o serviço concedido; encampar a concessão, mediante indenização; e proceder à reversão dos bens ao término do contrato. O que a lei não dizia é como ficaria a empresa, **instituída com base em lei** para a prestação do serviço de transportes coletivos, quando ocorresse a rescisão do contrato. Ela praticamente perderia seu objeto. E foi realmente o que ocorreu.

No caso da CMTC, ficou expressa na lei a dupla natureza da entidade: sociedade de economia mista do Município e concessionária de serviço público do mesmo Município.

- c. Finalmente, em outras hipóteses, o ente político cria, por lei, a pessoa jurídica (em regra, sociedade de economia mista) e a ela transfere a execução de determinado serviço público; a transferência de atribuições dá-se pela descentralização por serviços (por meio de lei) e não pela descentralização por colaboração (por meio de contrato), como seria próprio da concessão. Exemplos desse tipo de outorga existem

inúmeros no direito brasileiro, podendo-se citar a EMBRATEL e a TELEBRAS, na esfera federal, a DERSA, a SABESP e a FEPASA, no Estado de São Paulo, algumas já privatizadas ou em vias de privatização.

Na realidade, a concessão de serviço público, de um lado, e as empresas públicas e sociedades de economia mista, de outro, correspondem a formas bem diversas de descentralização de serviços públicos. Conforme exposto, a primeira é feita por contrato, em que o poder público transfere apenas a **execução** do serviço e conserva sua **titularidade**; em decorrência disso, mantém a plena disponibilidade sobre o mesmo, alterando as cláusulas regulamentares, retomando a execução do serviço por meio de encampação, fiscalizando e punindo, administrativamente, o concessionário em caso de inadimplemento.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista são criadas por lei e adquirem o **direito** à prestação do serviço, direito esse oponível até mesmo à pessoa jurídica que as criou, pois esta somente pode interferir na vida da empresa nos limites previstos em lei.

Quando a lei cria empresa e a ela atribui a prestação de um serviço público que a Constituição exige seja prestado **diretamente** ou **mediante concessão**, além de haver ofensa à Constituição, está tirando da Administração aquelas prerrogativas de que só é detentor o poder concedente, pela via contratual. Esse entendimento se reforça pelo fato de a atual Constituição, no art. 175, parágrafo único, inciso I, deixar claro que a concessão tem que ser feita por **contrato**.

Diante dessa realidade, ou seja, diante do fato incontestável de que inúmeras empresas estatais prestam serviços públicos que deveriam ser prestados por meio de concessão, qual o regime jurídico a que as mesmas se submetem?

Embora elas não prestem serviços delegados por meio de contrato de concessão, seu regime jurídico é, em sua maior parte, o mesmo a que se submetem as empresas concessionárias. Note-se que a própria Constituição de 1988, em sua redação original, referia-se ao ato de outorga como **concessão**, conforme se verifica pelo art. 21, inciso XI (que previa a exploração dos serviços telefônicos e outros **mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal**) e pelo art. 25 (que outorgava aos Estados a competência para explorar diretamente, ou **mediante concessão a empresa estatal**, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado).

Como empresas encarregadas da execução de serviço público, ainda que "concedido" por meio de lei, não há como deixar de se lhes aplicar o regime jurídico próprio das empresas concessionárias, como, por exemplo, os princípios da mutabilidade do regime jurídico da prestação do serviço, o da continuidade do serviço público, o da igualdade de tratamento dos usuários, o da modicidade das tarifas, o da obrigatoriedade de prestação de serviço adequado, o da fiscalização pelo poder público, o da possibilidade de intervenção. Apenas os atos de outorga

e extinção da concessão são diversos da concessão tradicional; pois, se a outorga é feita por lei, a extinção está sujeita ao mesmo procedimento.

Não se pode pretender igualar o regime jurídico das empresas estatais prestadoras de serviços públicos com o das empresas estatais que exercem atividade econômica a título de intervenção no domínio econômico, com base no art. 173, § 1º, da Constituição. Neste último caso, não se trata de serviço público no sentido estrito do termo (atividade assumida pelo Poder Público para assegurar utilidades de interesse da coletividade, sob regime jurídico total ou parcialmente público). Trata-se de atividade própria da iniciativa privada, que o Estado só pode desempenhar quando necessário "aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei", nos expressos termos do art. 173, *caput*, da Constituição.

É lamentável que o legislador, quando estabelece normas sobre empresas estatais, não leve em conta a distinção. Isto teria que ser feito, por exemplo, quando estabelece normas sobre falência, sobre contratos, sobre seleção de pessoal, sobre direito de greve, sobre dispensa de licitação para o Poder Público contratar com suas empresas, sobre processos de execução e tantas outras matérias em que a diversidade de tratamento se impõe. Na ausência dessa distinção pela lei, cabe ao intérprete fazê-la, mediante a aplicação, às empresas prestadoras de serviços públicos, no que não contrariar dispositivos expressos de lei, dos mesmos princípios e normas que regem as empresas concessionárias de serviços públicos. A isso autoriza a distinção entre os dois tipos de atividades a cargo do Poder Público: a **atividade econômica** (em caráter subsidiário da iniciativa privada), prevista no art. 173, e o **serviço público** disciplinado pelo art. 175.

Aliás, em matéria de entidades da Administração Indireta, em especial aquelas com personalidade jurídica de direito privado, o constituinte brasileiro foi muito infeliz, porque, além de não distinguir as que prestam **serviços públicos** e as que exercem atividade econômica com base no art. 173, ainda deu às mesmas um tratamento em quase tudo semelhante ao da Administração Direta, impondo-lhes uma forma de organização burocrática, inteiramente incompatível com o tipo de atividade que exercem, tirando-lhes a autonomia, a flexibilidade, a agilidade que constituem sua principal razão de existir; o resultado foi a **ineficiência** que hoje se verifica na maior parte delas. Isto tudo para não falar na corrupção que o sistema instituído favorece em vez de impedir; o excesso de formalismo leva o administrador a buscar outros caminhos mais fáceis para alcançar os resultados pretendidos, nem sempre do interesse público.

Resta indagar como a Lei nº 8.987, de 13-2-95, cuidou do tema da concessão de serviços a empresas estatais.

Em primeiro lugar, há que se observar que, em vários dispositivos, deixa clara a exigência de que a concessão se formalize por meio de um instrumento de contrato, cabendo especial referência ao art. 4º, assim redigido: "A concessão de serviço público precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada

mediante contrato, que deverá observar os termos desta lei, das normas pertinentes e do edital de licitação.”

Isto afasta a possibilidade de ser a concessão dada a empresas estatais, por meio de **lei**, até porque o próprio art. 175, parágrafo único, da Constituição se refere à concessão como **contrato**, consoante já assinalado.

No entanto, a Lei nº 8.987 não afastou a possibilidade de a concessão ser dada a empresa estatal, nem poderia fazê-lo, porque à época de sua entrada em vigor ainda estavam em vigor, em sua redação original, os arts. 21, XI, e 25, § 2º, da Constituição, que estabeleciam hipóteses em que a concessão deveria ser dada necessariamente a empresas estatais. Embora esses dispositivos tenham sido alterados pela Emenda Constitucional nº 8, de 1995, essa alteração não impede a concessão a empresas estatais; apenas não a impõe mais.

Não há, pois, impedimento a que a concessão seja dada a empresa estatal, desde que sejam observadas as normas da Lei nº 8.987. Está implícita a idéia de que a empresa estatal deverá participar do procedimento licitatório em igualdade de condições com as empresas privadas, uma vez que o parágrafo único do art. 17 estabelece: “Considerar-se-á, também, desclassificada a proposta de **entidade estatal** alheia à esfera político-administrativa do poder concedente que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios do poder público controlador da referida entidade.”

Esse dispositivo não impede que uma concessionária seja subsidiada pelo poder concedente; apenas não quer que a concessão a uma empresa estatal seja condicionada à percepção de subsídios pelo próprio ente que instituiu a entidade.

Outras restrições podem decorrer do próprio objeto institucional da empresa, pois esta, sendo criada por lei, tem os seus fins definidos na lei instituidora, os quais não podem ser alterados pela vontade dos sócios. Assim sendo, a empresa estatal somente poderá participar de licitações para concessão ou permissão de serviços públicos que se enquadrem nos fins sociais legalmente definidos.

A empresa estatal não poderá participar também se o edital da licitação puser como condição à licitante vencedora a criação de outra pessoa jurídica, tendo em vista que o art. 37, XX, da Constituição Federal exige autorização legislativa para a criação de subsidiária.

3.3.4 De novo a concessão a empresa privada

Atualmente, volta o Poder Público a utilizar-se da concessão de serviços públicos como forma de delegação de serviços públicos a empresas privadas, sem abandonar a possibilidade de concessão a empresas estatais.

Isto ocorre, no direito brasileiro, por diferentes maneiras:

- a. pela venda de ações de empresas estatais ao setor privado (privatização em sentido estrito), com o que muda a natureza da concessionária: esta deixa de ser uma empresa estatal e passa a ser uma empresa privada; a matéria foi disciplinada inicialmente pela chamada Lei das Privatizações (Lei nº 8.031, de 12-4-90) hoje revogada pela Lei nº 9.491, de 9-9-1997, que disciplina o Programa de Desestatização; mesmo as atividades antes privativas de empresas estatais, por força dos arts. 21, inciso XI, e 25, § 2º, da Constituição Federal, poderão passar a ser concedidas a empresas privadas, como decorrência da alteração daqueles dispositivos pelas Emendas Constitucionais nºs 5 e 8, de 16-8-95;
- b. pelo retorno ao instituto da concessão de serviços públicos, em sua forma tradicional, especialmente a partir de sua disciplina legal pelas Leis nºs 8.987, de 13-2-95, e 9.074, de 7-7-95. Neste caso, o processo é diferente do anterior: naquele ocorre venda de ações de empresas estatais ao setor privado, de tal modo que a “mesma” empresa continua concessionária do serviço público, porém sob controle acionário do particular e não mais do Poder Público; no caso das novas concessões, determinadas atividades que eram desempenhadas pelo Poder Público, em geral por meio de empresas estatais, passam a ser dadas em concessão a empresas privadas; a empresa estatal que exercia tal atividade perde ou tem reduzido seu objeto; em alguns casos, passa a atuar como órgão regulador ou como órgão técnico fiscalizador da concessão, podendo mesmo ser pura e simplesmente extinta por perda do objeto.

Nos dois casos, existe o fenômeno da **privatização**, embora muitos juristas entendam que apenas a primeira se apresenta como tal, até porque é a que está disciplinada pela Lei nº 8.031/90.

No entanto, não há dúvida de que a volta do instituto da concessão se dá com os mesmos ideais que inspiram o movimento da privatização, razão pela qual é preferível considerá-la como uma das modalidades de privatização em seu sentido amplo.

3.3.5 Outras formas de delegação de serviços públicos

Tradicionalmente, a concessão e a permissão de serviços públicos constituíam as formas, consagradas na lei, doutrina e jurisprudência, de descentralização por colaboração.

Contudo, mais recentemente, outras formas de delegação vêm surgindo, por meio de atos unilaterais ou acordos de vontade que não se enquadram como

concessão ou permissão, mas que também podem ser consideradas como formas de descentralização por colaboração.

Essas novas modalidades vão surgindo, às vezes sem qualquer previsão legal, por decisão puramente administrativa, enquadrando-se como exemplo do já mencionado avanço da Administração Pública em relação ao direito positivo (item 2.2); outras vezes, com previsão legal, porém ainda assim de constitucionalidade duvidosa, em alguns casos.

A título de exemplo de inovações, merecem ser lembrados a **franquia** (trata da no Capítulo 7); os **contratos de gestão com organizações sociais** (item 10.3.2); a parceria com fundações de apoio, associações ou cooperativas, em regra por meio de convênio (item 11).

Tais formas de delegação não constituem inovações apenas no direito brasileiro. As fundações de apoio, por exemplo, inspiraram-se no direito norte-americano.

No direito francês, existem vários exemplos, dos quais merecem ser citados, a título ilustrativo, alguns extraídos da obra de Gilles J. Guglielmi (1994:101 e seguintes):

- a. *l'affermage* (palavra que se pode traduzir proximamente por arrendamento): é um contrato pelo qual a pessoa jurídica pública responsável por um serviço público encarrega um terceiro (*fermier* – arrendatário) de geri-lo, mediante o pagamento de uma importância calculada sobre os recolhimentos devidos pelos usuários; as obras acaso necessárias não são construídas pelo arrendatário mas pelo poder público; em conseqüência, os custos para o arrendatário são menores do que no caso da concessão; o fato do poder público realizar as obras às suas próprias custas é que justifica o pagamento de uma remuneração pelo arrendatário; é o tipo de contrato usado, por exemplo, para a distribuição de água potável e para os transportes públicos urbanos de passageiros;
- b. *régie intéressée*: é um contrato em que ocorre a transferência da gestão operacional de um serviço público a um terceiro (*régisseur*), ao qual o poder público paga uma remuneração sob a forma de porcentagem calculada sobre os resultados obtidos; aproxima-se da concessão, no sentido de que há a transferência da execução material e da gestão de um serviço público, porém dela difere pela forma de remuneração que, na concessão, é paga pelo usuário ao concessionário e, na *régie intéressée*, é paga pela Administração Pública; os bens utilizados pertencem ao poder público e correm por sua conta todos os riscos do empreendimento; o particular (*régisseur*) goza de autonomia na gestão do serviço;

- c. **gérance**: também é um contrato em que ocorre a delegação da gestão operacional de um serviço público, que difere da *régie intéressée* quanto à forma de remuneração, que não é na base de uma porcentagem sobre os resultados obtidos, mas uma importância fixa estipulada pelas partes; em um e outro contrato, o particular gere o serviço público com autonomia para contratar o pessoal e terceirizar atividades materiais.

Além dessas modalidades, que têm natureza contratual, o direito francês apresenta alguns exemplos de **delegação** de serviço público por ato unilateral e também formas de **associação** (ou parceria, colaboração, participação) do particular e poder público na prestação de serviço público.

A transferência do serviço público é feita a pessoas jurídicas já existentes ou também a pessoas jurídicas criadas com o fim específico de exercer a atividade delegada; é feita por meio de lei, decreto ou ato administrativo; algumas vezes a transferência do serviço é integral; outras vezes, é apenas parcial, hipótese em que a doutrina fala em *associação ao serviço público*.

A transferência total da gestão atende a diferentes objetivos: às vezes, é para subtrair o serviço público ao regime de direito administrativo; outras vezes – quando se trata do serviço comercial ou industrial –, o objetivo é o de evitar que o financiamento do serviço seja feito com receitas provenientes dos impostos e também o de fugir às regras de contabilidade pública na atribuição de subvenções. Esses objetivos, que são apontados por Guglielmi (1994:134) nem sempre são alcançados. Afirma ele:

“As conseqüências desses modos de delegação não estão obrigatoriamente à altura das esperanças. Os organismos privados encarregados da gestão operacional de um serviço público não escapam a uma burocratização comparável àquela dos serviços geridos pelas pessoas públicas. Seus atos, os mais importantes pelas conseqüências, foram enquadrados na categoria dos atos administrativos pelo juiz administrativo. Enfim, a imbricação estreita entre público e privado assim realizada acarreta uma confusão no espírito dos cidadãos que, em razão das semelhanças de regime, têm tendência a ver o Estado em toda instituição, mesmo privada.”

Com ressalva à atividade de polícia, considerada indelegável, todos os demais serviços públicos podem ser objeto de delegação unilateral, o que abrange, entre outros serviços, a saúde, previdência, organização das profissões, lazer, ensino etc.

A pessoa delegatária pode ser considerada pessoa jurídica de direito privado ou de direito público; existem determinados índices considerados, pela jurisprudência administrativa, como indicadores da existência de pessoa jurídica pública:

criação pelo poder público, finalidade institucional de interesse público, controle administrativo pelo poder público, outorga de prerrogativas públicas.

Nos casos de “*associação ao serviço público*”, que se incluem especificamente como formas de parceria ou de co-gestão entre setor público e privado, os exemplos franceses, embora sob forma de associação, se aproximam bastante das fundações de apoio que proliferam no direito brasileiro, no que diz respeito ao papel que desempenham em relação à pessoa jurídica com que fazem parceria. Tais entes, com personalidade de direito privado, são criados e administrados por pessoas públicas, sem fins lucrativos, com o evidente intuito de escapar ao regime jurídico administrativo, especialmente às regras de contabilidade pública e aos contratos administrativos. Essa afirmação é feita por Guglielmi (1994:149-151), que indica três tipos de situações:

- a. a **associação fictícia**: ela não dispõe de personalidade jurídica senão formalmente e não goza praticamente de nenhuma autonomia. “Fundada por iniciativa de uma pessoa pública, ela é composta, totalmente ou quase, de pessoas jurídicas públicas; ela funciona graças a fundos públicos que constituem a sua principal fonte de receitas. Em resumo, não se trata de uma verdadeira pessoa moral, porque ela não dispõe de qualquer autonomia de decisão, ela é incapaz de se determinar por ela mesma. Pode-se mesmo contestar que se trate de instrumento de delegação da gestão operacional de um serviço público, uma vez que as decisões de gestão não são tomadas pela associação mas pela pessoa pública responsável. A distinção entre delegante e delegatário é, ela também, fictícia.” Acrescenta o autor (p. 149-150) que, “justamente e regularmente denunciadas pela Corte de contas, elas proliferam notadamente para assegurar complementação de remuneração ou de vantagens *in natura* aos funcionários das pessoas públicas que as fundam”, objetivo muito semelhante ao das fundações de apoio tratadas no item 11.1 deste livro;
- b. **associação mista**: distingue-se da anterior por possuir autonomia; é constituída por pessoas públicas e privadas; neste caso, o setor privado participa efetivamente da gestão do serviço público, em regime de co-gestão com o setor público;
- c. **associação privada encarregada da gestão de um serviço público**: a iniciativa de sua criação é de particulares; elas são reconhecidas pelo poder público como associações com fins de utilidade pública e recebem delegação para gerir um serviço público ou um setor de um serviço público.

Os exemplos do direito francês são citados com o intuito de traçar um paralelo com o direito brasileiro e demonstrar a existência, no direito estrangeiro, de outras formas de delegação do serviço público ao particular ou de associação,

co-gestão, parceria, colaboração do particular com a Administração Pública na gestão do serviço público.

Há que se lembrar, contudo, que o direito brasileiro vem se inspirando no direito estrangeiro, porém esbarrando em maiores óbices jurídicos; no direito francês e em outros que adotaram o sistema de jurisdição administrativa, os novos modelos nem sempre são instituídos e disciplinados por lei; eles surgem pela prática administrativa e se institucionalizam se receberem o aval dos órgãos do contencioso administrativo. Isso porque o direito administrativo francês é, em grande parte, de elaboração jurisprudencial. Em regra, surgindo a situação concreta, as dúvidas de ordem jurídica vão sendo superadas pelos órgãos da jurisdição administrativa, em especial pelo seu órgão de cúpula, o Conselho de Estado, que vai definindo o regime jurídico das novas entidades e estabelecendo limites jurídicos não postos pelo direito positivo.

O direito administrativo brasileiro inspirou-se no direito europeu continental, especialmente no direito francês, incorporou muitas de suas doutrinas e princípios, porém os colocou no direito positivo; sua base não é jurisprudencial e encontra-se quase inteiramente na Constituição. Enquanto as doutrinas e princípios elaborados pela jurisdição administrativa francesa vão evoluindo e sendo alterados pela mesma forma, também pelo trabalho da jurisprudência, o regime jurídico a que se submete a Administração Pública brasileira decorre do direito positivo, de tal modo que as inovações buscadas no direito estrangeiro nem sempre são de fácil aplicação, porque não podem escapar ao direito posto, sob pena de colocar em risco o princípio da legalidade e o da segurança jurídica (v. Capítulo 12). As dificuldades serão apontadas nos capítulos onde cada tema será desenvolvido.