Número 16 – novembro/dezembro/janeiro - 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

DELEGAÇÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

Prof. Alexandre Santos de Aragão

Professor-adjunto de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor do Mestrado em Regulação e Concorrência da Universidade Candido Mendes. Professor da Pós-graduação em Direito da Administração Pública da Universidade Federal Fluminense – UFF. Professor-visitante do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Professor de Pós-graduação da Fundação Getulio Vargas – FGV (Rio de Janeiro e São Paulo). Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Advogado.

Sumário: I – Introdução. II – Concessão. III – PPPs. IV – Permissão. V – Autorização Contratual. VI – Arrendamento. VII – Franquia Pública. VIII – Credenciamento. IX – Contrato de Gestão. X – Termo de Parceria com OSCIPs. XI – Gerência Privada de Estabelecimentos Públicos. XII – Convênio. XIII – Consórcio Público.

I – INTRODUÇÃO.

A multifacetária necessidade de parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada na construção e operação das infra-estruturas de natureza pública está dilargando os lindes conceituais tradicionais do instituto da concessão, fazendo cada vez mais com que ela seja considerada um gênero no qual manifestam-se diversas modalidades de delegação de serviços públicos.

No presente estudo, veremos, sem pretensão de exaustão, algumas das mais importantes espécies de prestação de serviços públicos por particulares, umas mais próximas do conceito genérico de delegação ou de concessão *lato*

sensu, outras híbridas, com aspectos semelhantes a meras prestações terceirizadas de serviços.[1]

Como essas modalidades de delegação se subsumem a um conceito *lato* de concessão de serviços públicos, não podem ser consideradas inconstitucionais por não serem expressamente previstas na Constituição. O fato de a Lei Maior prever nominalmente as concessões e permissões (arts. 21 e 175),[2] não exclui outras espécies de contratos de delegação.[3] E mais, a própria concessão prevista constitucionalmente pode ser compreendida em seu sentido amplo, equivalente a qualquer espécie de delegação contratual de serviços públicos.

DEVOLVÉ, MODERNE e LAUBADÈRE,[4] no Capítulo da sua obra intitulado de "contratos próximos das concessões de serviço público e de obra pública", afirmam que *"a evolução da concessão de serviço público e de obras públicas alargou sensivelmente seu campo de aplicação e modificou seu regime. Não logrou, entretanto, englobar o conjunto dos contratos que encarregam o contratado de executar um serviço público sob sua responsabilidade. Alguns dentre eles apresentam particularidades, que vão ser analisadas mais adiante, que não permitem uma diferenciação absoluta com a concessão, com muitos pontos em comum. Nem sempre é possível a caracterização autônoma desses contratos".*

Por sua vez, MARÇAL JUSTEN FILHO interpreta nossa Constituição no sentido de que *"o art. 175 não impôs uma disciplina restritiva para o legislador. A referência à delegação por meio de concessão de serviço público não significou nem a consagração de um único e determinado tipo de avença nem a vedação a que outras avenças sejam praticadas".*[5]

---

[1] "Pela via das concessões e permissões de serviços públicos se transfere, apenas, a execução de um serviço a um particular, que passa a prestá-lo sob normas e sob controle estatal. Pela via da terceirização, nem mesmo se transfere a gestão pública ao particular, mas, somente, se admite que o Estado busque insumos privados para que ele próprio atenda a interesse público (SOUTO, Marcos Juruena Villela. "Regulação por Autoridades Independentes", Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, vol. 56, 2002, p. 251). Objeto do presente estudo é, naturalmente, apenas a delegação de serviços públicos, não a mera terceirização de atividades pela Administração Pública, que constitui apenas uma forma de gestão, ainda centralizada, da atividade pública, ou seja, é ainda uma gestão pelo próprio Estado, através de meios materiais e humanos de terceiros. Neste trabalho trataremos por razões sistemáticas de algumas espécies negociais que não considerarmos tecnicamente tratar-se de delegações de serviços públicos, mas que parte da doutrina as classifica como tal.

[2] Em relação às autorizações, previstas no art. 21 da CF, já manifestamos nossa opinião (e a exporemos também mais adiante) no sentido de constituírem atos administrativos de exercício do poder de polícia, não da delegação de serviços públicos. Elas só serão modalidade de delegação quando, materialmente, tiverem natureza contratual em razão da titularidade estatal da atividade.

[3] "Não é demais lembrar que o surgimento de novos modelos contratuais no âmbito da Administração Pública corresponde à evolução do Direito Administrativo, principalmente na parte dos contratos. Enquanto que no Direito Administrativo tradicional, mais autoritário, prevaleciam os atos unilaterais da Administração, hoje a tendência é no sentido da preferência pelos contratos" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública,* 4ª edição, Ed. ATLAS, São Paulo, 2002, p. 165).

[4] DEVOLVÉ, Pierre, MODERNE, Frank e LAUBADÈRE, André de. *Traité des Contrats Administratifs,* Tomo I, 2ª ed., LGDJ, Paris, 1983, pp. 316 e 317.

[5] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo,* Ed. Saraiva, São Paulo, 2005, p. 506. A jurisprudência tem adotado um conceito amplo de delegação, entendendo, por exemplo, que empresa privada "conveniada" (na verdade contratada) ao SUS exerce uma função delegada,

II – CONCESSÃO.

É a delegação contratual e remunerada da execução de serviço público a particular para que por sua conta e risco o explore de acordo com as disposições contratuais e regulamentares por determinado prazo, findo o qual os bens afetados à prestação do serviço, devidamente amortizados, voltam ou passam a integrar o patrimônio público.[6]

Pela concessão, o poder público se desonera da prestação de serviços públicos de sua titularidade em relação aos quais não tem condições financeiras ou não entende ser conveniente prestar diretamente. A sua prestação é transferida a um agente privado que se remunerará, via de regra, pelas tarifas que os usuários lhe pagarão em razão da fruição do serviço, mantendo o Estado a titularidade e os controles públicos sobre ele.

Ao final da concessão, os bens afetados ao serviço revertem ao poder público. Reverterão tanto os bens cuja posse é transferida ao concessionário no momento da concessão, quanto os que o concessionário incorpora ao serviço durante a execução do contrato.

Os serviços públicos concedidos à iniciativa privada não perdem a sua natureza pública: à iniciativa privada é delegado o seu mero exercício, permanecendo o serviço sob a titularidade estatal exclusiva, nos termos do art. 175 da Constituição Federal.

A bastante comum distinção entre exercício e titularidade do serviço para fins de caracterização da concessão, apesar de não ser totalmente equivocada, deve, no entanto, ser tecnicamente compreendida em termos, mais como uma maneira de deixar claro que o Estado mantém fortes poderes de direção dobre a sua prestação.[7] ***"O que a concessão implica é a transferência de***

---

sendo-lhe aplicável a Lei de Improbidade Administrativa (STJ, RESP nº 495.933/RS, Rel. Min. Luiz Fux)

[6] Nos termos da Lei nº 8.987/95, a concessão só pode ser celebrada com pessoa jurídica ou consórcio delas (art. 2º, II), o que, tecnicamente, não pode ser considerado como elemento do conceito da concessão, mas como apenas uma das regras que disciplinam o instituto.

[7] "A cisão entre titularidade e exercício corresponde a uma dissociação entre uma fase estática e uma fase dinâmica de um direito" (GONÇALVES, Pedro. *A Concessão de Serviços Públicos*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999, p. 66). Agustín Gordillo relativiza essa distinção sustentando que não há como se transferir apenas a execução sem a transferência também de pelo menos parte dos poderes inerentes à titularidade do serviço: "O recorrente argumento de que ao concessionário se outorga o exercício, e não a titularidade, da faculdade administrativa, e que ele exerce essa faculdade em nome próprio, e não em nome da Administração, não passa de um mero jogo de palavras; o certo é que o delegado é investido de um poder que lhe confere a autoridade administrativa, e, enquanto tal, esse poder não pode simplesmente ser considerado de natureza privada. Franchini faz uma crítica à distinção entre 'titularidade' e 'exercício' da competência, mostrando a impossibilidade lógica de tal diferenciação ser feita em relação a uma faculdade legal, concluindo que a competência é comum ao delegante e ao delegado" (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo,* Tomo 3, 4ª edição, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999, pp. I-24 e I-25). Para um aprofundamento dessa posição, ao nosso ver improcedente em razão das prerrogativas do poder concedente, inclusive de retomada do serviço, ver FRANCHINI, Flaminio. *La Delegazione Amministrativa,* Giuffrè,

um direito (o direito concedido) que é destacado de um direito da Administração. Há aí uma relação análoga à que existe entre o direito de propriedade e o direito de usufruto: o proprietário não atribui ao usufrutuário o exercício do direito de propriedade: o gozo da coisa e juridicamente enquadrado num novo direito – o direito de usufruto – que deriva do primeiro. Porém, como o conteúdo do direito de usufruto)'gozo pleno e temporário de uma coisa') está incluído no conteúdo do direito de propriedade, pode dizer-se que a constituição do direito de usufruto implica a amputação de uma faculdade integrada no direito de propriedade ('o gozo pleno e exclusivo da coisa')".[8]

Ora, é exatamente isso que ocorre na concessão: o direito que é concedido (de gerir um serviço público) deriva e faz parte de um direito da Administração (de ser o senhor do serviço em todos os seus aspectos), sendo criado a partir dele. O conteúdo daquele corresponde ao conteúdo de uma das faculdades que integram esse. Há, então, a segregação daquela faculdade de gestão e a sua autonomização em um direito autônomo, que é o direito do qual o concessionário passa a ser o titular enquanto viger o contrato de concessão. Embora perca essa faculdade (gestão do serviço), a Administração mantém todas as demais faculdades inerentes ao seu direito sobre o serviço (de fiscalizá-lo, de alterar as condições de sua prestação, de retomá-lo, etc.), de forma semelhante à que, analogicamente, se dá com o proprietário, que, apesar do usufruto, continua sendo o proprietário da coisa.[9]

Findo o prazo da concessão, os bens vinculados ao serviço público revertem ao poder concedente sem qualquer indenização, salvo no que diz respeito aos bens que, na forma do contrato, não tiverem sido amortizados.[10]

Para que essa manutenção da titularidade estatal sobre o serviço público se materialize, não sendo meramente nominal, com o que a atividade deixaria de ser serviço público, a Constituição e a Lei Federal nº 8.987/95 asseguram uma série de prerrogativas do Estado sobre o serviço concedido, tais como a de alterar as condições de sua prestação, encampá-lo, intervir e controlar as tarifas cobradas pela concessionária.

Essa prerrogativa é, aliás, uma das mais essenciais à caracterização de um serviço como público, já que às atividades da iniciativa privada aplica-se a regra da liberdade de fixação de preços, o que, no caso dos serviços públicos, por geralmente constituírem monopólios naturais, levaria a uma total iniqüidade social, já que os consumidores se veriam sempre obrigados a obter

---

Milano, 1950, p. 51 e seguintes; e GULLO, F. *Provvedimento e Contratto nelle Concessioni Amministrative*, Pádua, 1965, p. 181 e segs.

[8] GONÇALVES, Pedro. *A Concessão de Serviços Públicos*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999, p. 66.

[9] GONÇALVES, Pedro. *A Concessão de Serviços Públicos*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999, p. 67

[10] Em não havendo até o fim do prazo da concessão qualquer desequilíbrio econômico-financeiro desfavorável ao concessionário que não tenha sido recomposto, a reversão se dá automaticamente. Nesse sentido, de forma clara, o art. 102 da LGT. Eventuais prejuízos ou lucros abaixo das expectativas não são, salvo expressa disposição contratual em sentido diverso, da responsabilidade do concedente, constituindo apenas uma visão equivocadamente otimista do empresário privado.

o serviço da concessionária – única empresa com título jurídico para explorar aquela determinada atividade – pelo preço que fosse, sem direito a escolher outra empresa.

O art. 2º da Lei nº 8.987/95 se refere, além da concessão de serviço público (inc. II), à concessão de serviço público precedida da execução de obra pública (inc. III). Trata-se da fórmula há muito conhecida da concessão de obra pública, pela qual o concessionário compromete-se a executar determinada obra pública, sem receber pagamento do Poder Púbico, como ocorre com os contratos de empreitada, remunerando-se com os pagamentos efetuados pelos usuários da obra pública após a sua conclusão (p. ex., os pedágios das estradas construídas pelo concessionário).

Os autores não são unânimes quanto à exata caracterização das concessões de obra pública. Alguns não a distinguem da concessão de serviço público, já que em toda prestação de serviço há também, em menor ou maior escala, a realização de obra pública, e vice-versa. O que haveria na concessão de obra pública seria apenas a preponderância deste elemento. Outros entendem que nela há uma duplicidade de objetos: a realização da obra pública e a posterior prestação do serviço.

À exceção da definição própria constante do art. 2º, III, e das maiores exigências quanto ao cronograma de execução das obras públicas (art. 23, Parágrafo Único), a Lei nº 8.987/95 trata indistintamente essas duas modalidades de concessão.[11]

Merecem menção como espécies de concessão, juntamente com a concessão de serviço público e a concessão de obra pública, a concessão de uso de bem público, contrato pelo qual o particular passa a ter o direito de uso, e às vezes também de fruição,[12] de determinado bem público com exclusão de outros particulares e, enquanto viger o contrato, do próprio poder público. [13]

Há também a concessão de exploração de atividade econômica *stricto sensu* monopolizada pelo Estado, também chamadas de concessões industriais, a exemplo das concessões de loterias e das concessões da exploração e produção de petróleo (art. 177, CF).[14]

---

[11] "As concessões de serviços públicos de que trata o art. 175 da CF são um gênero, que se caracteriza por seu objeto: a atribuição, ao concessionário, do encargo de executar serviços públicos (aí incluído o de implantar e manter obras públicas, como rodovias e pontes)" (SUNDFELD, Carlos Ari. "Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas", in *Parcerias Público-Privadas* [coord. Carlos Ari Sundfeld], Ed. Malheiros, São Paulo, 2005, p. 27).

[12] As concessões minerárias, previstas no art. 176 da Constituição, são mais concessões de fruição (retirada dos frutos das jazidas) do que de uso.

[13] É, em outras palavras, o contrato administrativo pelo qual o poder público atribui a utilização privativa de determinado bem a particular. O que o distingue da autorização e da permissão de uso é o caráter contratual, e, portanto, estável da outorga do uso do bem público. Deve ser empregada nos casos em que o particular realizará investimentos consideráveis no bem público, demandando maior segurança jurídica.

[14] Sobre o tema, ver ARAGÃO, Alexandre Santos de. "O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás", in *Revista de Direito Administrativo – RDA*, vol. 239, 2005.

Há dificuldades quanto à exata caracterização de alguns contratos complexos celebrados com a Administração envolvendo, além da prestação de serviço, a realização de obra pública e a utilização de bens públicos.[15] Por exemplo, o contrato para um particular construir e operar por prazo determinado estacionamento subterrâneo em praça pública, revertendo ao Estado o estacionamento ao final do contrato, é uma concessão de serviço público? A mesma pergunta pode ser feita em relação a contrato pelo qual o Estado ceda por algumas décadas terreno, no qual o particular se obriga a construir e operar a preços populares um teatro público, com o correspectivo direito de construir e explorar um *shopping* no restante do imóvel.[16]

Tradicionalmente considera-se ser essencial à conceituação de determinado contrato como concessão de serviço público que a atividade dele objeto seja reservada ao Estado; que o particular só possa explorá-la mediante a concessão, mas, nos casos acima, a atividade em si (estacionamento, teatro, etc.) não é exclusiva do Estado. O que é exclusivo do Estado é a possibilidade de elas serem exploradas em bens públicos.

O ponto central desses contratos é a titularidade do Estado sobre o bem, não sobre a atividade, razão pela qual alguns poderiam ver esses contratos mais como concessão de uso de bem público que de serviço público. Todavia, mesmo as concessões de serviços públicos também são sempre complexas, no sentido de geralmente implicarem na realização de alguma obra pública e utilização ou até modificação de bens públicos.[17]

Naqueles contratos a realização de obras públicas sobre bens públicos é mais relevante do que geralmente é nas demais concessões de serviços públicos. Estão, assim, mais próximas das concessões de serviços públicos precedidos da realização de obra pública (art. 2º, III, Lei nº 8.987/95), e não de uma concessão pura e simples de uso de bem público.[18] A Lei nº 8.987/95 é-lhes, portanto, plenamente aplicável.

---

[15] GORRITI, Silbia Sarasola. *La Concesión de Servicios Públicos Municipales. Estudio Especial de las Potestades de Intervención,* IVAP, Oñati, 2003, pp. 139 e seguintes.

[16] Também poderiam se enquadrar na questão a construção e operação de mercados municipais, de centros desportivos e estádios, de banheiros e chuveiros em praias, etc. Em todos esses casos, a teleologia principal do contrato é a prestação de um serviço à população, serviço esse, todavia, que se implanta sobre um bem público. O seu objetivo principal, do ponto de vista do interesse público, não é a exploração em si do bem público.

[17] A própria gênese das concessões de serviços públicos está nas concessões do domínio público necessário à prestação do serviço. Não se considerava inicialmente que essas atividades fossem titularizadas pelo Estado, mas sim que elas não poderiam faticamente ser prestadas sem a utilização do domínio público. Uma ferrovia, por exemplo, teria que ser instalada sobre inúmeras propriedades privadas, que teriam que ser desapropriadas (tornando-se então bens públicos) para que a linha de ferro pudesse passar.

[18] A assertiva só se aplica, naturalmente, nos casos em que houver a obrigação de realizar obras públicas. Não, por exemplo, a mera utilização de terreno desocupado do Estado para exploração dele como estacionamento. Mesmo nesses casos há autores que sustentam a natureza de concessão de serviço público, porque diria respeito "a uma atividade de serviço a todos os membros da coletividade, que deriva da própria funcionalidade do bem público" (LÓPEZ, Pellicer e DÍAZ, Sánchez. *La Concesión Administrativa en la Esfera Local. Servicios, Obras y Dominio Público*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1976, p. 316.

Essas concessões complexas – concomitantemente de bem, de obra e de serviços públicos – atenuam a exigência de as atividades objeto de concessões de serviços públicos deverem ser titularizadas com exclusividade pelo Estado.

Integram a inegável tendência contemporânea de tornar passível de gestão delegada privada não apenas os serviços públicos econômicos (titularizados pelo Estado) – seu objeto clássico –, como também as atividades econômicas *stricto sensu* e os serviços públicos sociais e culturais que a iniciativa privada pode explorar por direito próprio, isto é, sobre as quais não há *publicatio*.[19]

Em relação a atividades econômicas *stricto sensu* exercitáveis em bens públicos, a concessão "se relaciona com a atribuição de direitos de gerir atividades que não são públicas, mas que, por estarem conexas com bens públicos, não podem ser exercidas por qualquer pessoa. Estão, portanto, aqui em causa atividades materialmente privadas que, quando exercidas em certos locais (bens públicos), a lei reserva à Administração. (...) Embota esteja implicada uma utilização privativa de bens públicos, não é no entanto esse o objeto (principal) da concessão. . De resto, é por isso que estas concessões criam vinculações especiais quanto ao exercício da atividade ('garantia de qualidade de serviço prestado aos utentes') e não apenas quanto à utilização dos bens. (...) É por isso que, já há algum tempo, a doutrina se refere a um princípio de atração do regime das concessões dominiais pelo regime das concessões de serviços. (...) A necessidade de uma concessão dominial acabou por legitimar um regime próprio da concessão de atividade econômica."[20]

Nos casos dos serviços públicos sociais e culturais, ao invés de ser transferido ao particular o direito de exercer uma atividade que, sem a concessão, lhe seria vedada, lhe é conferido o direito de explorar determinada atividade com o apoio (através de suporte financeiro, da cessão de bens públicos, etc.) do Estado. Em outras palavras, a atividade em si poderia até ser explorada pelo particular livremente ou sujeita apenas à fiscalização de poder de polícia, mas para ele poder explorá-la com o apoio (e corrrespectivamente com a interferência) do Estado, ele precisa da concessão.

Como veremos nos próximos tópicos, a gestão privada dessas atividades é uma das principais causas do surgimento de algumas das mais recentes modalidades de delegação de serviços públicos, a exemplo das concessões administrativas, previstas na Lei das PPPs, e dos contratos de gestão com organizações sociais. Nada impede, contudo, como visto, que também seja possível a delegação de atividades sem *publicatio* no marco da Lei nº 8.987/95.[21]

---

[19] Os chamados serviços compartidos.

[20] GONÇALVES, Pedro. *A Concessão de Serviços Públicos*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999, pp. 97 e 98.

[21] Expressamente sustentando o dilargamento dos lindes conceituais tradicionais das concessões de serviços públicos, para que possam abranger não apenas atividades "monopolizadas" pelo Estado, mas também atividade que, "legalmente, a Administração tem que exercer", GONÇALVES, Pedro. *A Concessão de Serviços Públicos,* Livraria Almedina, Coimbra, 1999, pp. 56-58.

III – PPP.

Adotaremos um conceito restrito de parceria público-privada, ligada ao seu conceito no Direito Positivo Brasileiro, especialmente na Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, deixando em segundo plano o seu conceito mais amplo, de caráter mais sociológico e político.

De fato, a noção de parceria entre o Estado e a iniciativa privada, há muito, principalmente desde a crise fiscal e a globalização da década de oitenta, é reiteradamente invocada como um mecanismo de soma de esforços de Estado e iniciativa privada na consecução de objetivos públicos. Porém, nessa acepção as parcerias adquirem um significado tão amplo, abrangente de instrumentos negociais tão diversos, como as concessões tradicionais, permissões, acordos de programa, subsídios empresariais, convênios de toda espécie com entidades sem fins lucrativas, Organizações Sociais – OSs, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs, franquias, etc., que a sua conceituação dogmática resultaria, se não impossível, pelo menos desprovida de utilidade prática.

É esse o sentido de "parceria" adotado por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO no título da sua obra sobre o tema: *"fala-se em parceria entre poder público e iniciativa privada para designar fórmulas antigas, como a concessão e a permissão de serviços públicos. (...) Ora são institutos velhos que renascem com nova força e novo impulso, como a concessão de serviço público; ora são institutos velhos que aparecem com nova roupagem. (...) O que muda é principalmente a ideologia, é a forma de conceber o Estado e a Administração Pública. Não se quer mais o Estado prestador de serviços; quer-se o Estado que estimula, que ajuda, que subsidia a iniciativa privada. (...) As idéias de pareceria e colaboração dominam todos os setores, com reflexos inevitáveis no âmbito do Direito. (...) Algumas das formas de parceria tratadas neste livro já estão disciplinadas pelo Direito, outras estão a merecer atenção do legislador (...). Diante de uma realidade que aponta para a incontestável existência de outras modalidades de parceria, tem-se que empregar o vocábulo ora em sentido amplo, para abranger as várias modalidades de ajustes entre os setores público e privado para a concecução de objetivos comuns, ora em sentido estrito, para designar a PPP".*[22]

No Direito Comparado, inclusive no modelo inglês e no português, tão comumente invocados, a noção de parceria público-privada é dotada dessa maior amplitude,[23] fazendo com que o seu estudo nos seja mais útil para analisarmos a

[22] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública,* 5ª. ed., Ed. Atlas, São Paulo, 2005, pp. 19 a 21.

[23] Cf. FREITAS, Juarez. "Parcerias público-privadas (PPPs): Características, Regulação e Princípios", in *Interesse Público,* vol. 29, 2005, p. 15. O autor lembra inclusive o conceito português do Decreto-lei nº 86/03: "*Entende-se por pareceria público-privada o contrato ou a união de contratos, por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado*". O conceito de parcerias público-privadas na primeira versão do projeto de lei enviada ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo (Projeto de Lei nº 2.546/03) também era amplo: "*Art. 2ª. Para os fins desta Lei, o contrato de Parceria Público-Privada é instrumento firmado entre o Poder Público e entes Privados, destinado a estabelecer vínculo obrigacional entre as partes para implantação ou gestão de serviços e atividades de interesse público, em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao ente*

formas de cooperação em geral entre o Poder Público e entidades privadas, do que para as específicas duas formas de cooperação contempladas na Lei nº 11.079/04 (concessões patrocinadas e concessões administrativas).

Não empregando um conceito amplo de parcerias público-privadas, a Lei nº 11.079/04 adotou um conceito mais modesto, valendo-se em maior ou menor escala da disciplina já existente das licitações públicas (Lei nº 8.666/93) e das concessões de serviços públicos (Lei nº 8.987/95). Ao reduzir a sua complexidade e ineditismo, reduziu também muitas dúvidas e desconfianças hermenêuticas que, então, pairavam sobre o Projeto.

Em primeiro lugar temos, como espécie de parcerias público-privadas na Lei nº 11.079/04, as concessões ditas patrocinadas, que também poderiam ser chamadas de subsidiadas, subvencionadas ou, em alguns casos, de receita ou lucratividade mínima assegurada.

Nos termos do § 1º do seu art. 2º, são concessões que envolvem, "adicionalmente à tarifa cobrada do usuário, contraprestação pecuniária[24] do parceiro público ao parceiro privado", diferenciando-se das concessões tradicionais de serviços e obras públicas (Lei nº 8.987/95) em razão dessas serem financiadas apenas por tarifas e, eventualmente, também por receitas provenientes da exploração de atividades ancilares (art. 11, Lei nº 8.987/95).[25]

---

privado,observando os seguintes princípios". O conceito e a sistematização da Lei, que a deixaram bem diferente do primeiro projeto, adveio de substitutivo apresentado no Senado Federal, em relação ao qual houve a colaboração de grupo de juristas de interlocução com a Casa Civil da Presidência da República, o qual tivemos a honra de integrar juntamente com os professores Adílson Abreu Dallari, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Marçal Justen Filho, Paula Forgioni e Odete Medauar, devendo ser feito o registro da contribuição direta que as sugestões do Professor Carlos Ari Sundfeld tiveram para o conceito, classificação e nomenclatura das parcerias público-privadas que acabaram sendo encampadas pela Lei nº 11.079/04. Uma notícia do fato também consta de JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo,* Ed. Saraiva, São Paulo, 2005, p. 550.

[24] Note-se a exigência de a complementação pública da tarifa ser "pecuniária" faz com que outras formas de o Estado complementar a tarifa não levarão a qualificar a concessão como uma concessão patrocinada, sendo ela, portanto, ou uma concessão administrativa – caso sequer exista tarifa –, ou uma concessão comum subsidiada. Para se subsumir ao conceito legal de concessão patrocinada, a contraprestação do Estado deve, entre as formas admitidas no art. 6º da Lei nº 11.079/04, deve se refletir ou em ordem bancária ou em cessão de créditos não-tributários (incisos I e II). Todas as demais fontes de receita previstas no art. 6º não têm natureza pecuniária (ex., outorga de diretos sobre bens públicos – inc. IV) e, portanto, se a contraprestação do Estado de limitar a elas, estará descaracterizada a figura da concessão patrocinada (cf. SUNDFELD, Carlos Ari. "Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas", in *Parcerias Público-Privadas* [coord. Carlos Ari Sundfeld], Ed. Malheiros, São Paulo, 2005, p. 28).

[25] Lei nº 11.079/04: *Art. 2º, § 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.* Note-se que o dispositivo parece reconhecer que o sistema da Lei nº 8.987/95 também admite concessões com suporte financeiro do Estado. Se a Lei nº 8.987/95 admitisse apenas concessões integralmente remuneradas por tarifa, não seria necessário que o art. 2º, § 3º, contivesse a especificação constante de sua parte final.

A diferença para as concessões comuns é, portanto, que nessa a amortização dos investimentos privados é feita, ao menos em linha de princípio, integralmente pelas tarifas pagas pelos usuários, enquanto na concessão patrocinada a amortização é feita ao mesmo tempo com tarifas e verbas do próprio Erário.

É a semelhança existente nos demais aspectos que fez com que o art. 3º, § 1º, da Lei nº 11.079/04, determinasse genericamente a aplicação subsidiária de toda a Lei nº 8.987/95 e das demais leis que tratam das concessões comuns (ex.: 9.074/95) às concessões patrocinadas.

O objeto das concessões patrocinadas são, por excelência, os serviços públicos econômicos, atividades econômicas *lato sensu* titularizadas com exclusividade pelo Estado, suscetíveis de exploração pela iniciativa privada mediante delegação com o pagamento de tarifas pelos usuários, ainda que o seu valor não seja suficiente para financiar todos os investimentos do concessionário.[26]

Essa proximidade com as concessões tradicionais da Lei nº 8.987/95 faz inclusive com que muitos autores sustentem que a consagração legal da modalidade patrocinada de concessão não era imprescindível, uma vez que, mesmo sob a égide apenas da Lei nº 8.987/95, já seria possível ao Poder Público complementar direta ou indiretamente o valor arrecadado com as tarifas para viabilizar a prestação de serviços públicos pela iniciativa privada.

Todos esses debates demonstram que a expressa admissão das concessões patrocinadas pela Lei nº 11.079/04 não foi despicienda, já que, sob a égide apenas da Lei nº 8.987/95, as discussões eram tantas que muitos agentes públicos e privados não tinham segurança jurídica suficiente para celebrar delegações de serviços públicos com essa modelagem mais "criativa", com apoio financeiro do Poder Público.[27]

---

[26] "A oferta de serviços públicos, de forma bastante simplificada, pode ser financiada ou com recursos amealhados indistintamente da coletividade, via instrumentos tributários (...) ou por valores auferidos da própria prestação cobrada diretamente daqueles que delas fazem uso. Não há outra opção. Admite-se apenas as variáveis puras ou a combinação das duas formas (por exemplo, o que ocorre na prestação de serviços públicos remunerados pelos usuários mas com alguma espécie de subsídio tarifário arcado pelo Estado mediante recurso de fonte tributária)" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. "Concessão de Serviço Público sem ônus para o Usuário", in *Direito Público – Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari,* Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2004, p. 339).

[27] **Ainda é defensável, contudo, que, além das modalidades previstas na Lei nº 8.987/95 e na Lei nº 11.079/04, a Administração Pública pode criar outras espécies de concessão que não forem vedadas pelo Direito, não precisando cada uma delas possuir previsão legislativa específica. "A Lei das PPP previu um regime jurídico próprio a um tipo de parceria entre poder público e iniciativa privada. É dizer, a Lei nº 11.079/04 contém regras para duas modalidades específicas de parcerias (aquelas configuradas como concessões administrativas ou concessões patrocinadas), não sendo aplicável (e portanto não vedando) outras modalidades de parceria que não se enquadrem na definição das duas modalidades nela referidas. Tenham estas parcerias a configuração de concessões de serviço público típicas (art. 2º, §3º), tenham elas outras configurações não vedadas na legislação (e submetidas ao regime jurídico geral dos contratos administrativos)"**

Subsistem, contudo, em setor da doutrina, mesmo após a Lei nº 11.079/04, dúvidas quanto à constitucionalidade de concessões total ou parcialmente subsidiadas pelo Estado, já que interpreta o art. 175 da Constituição Federal como admitindo apenas as concessões remuneradas integralmente por tarifas pagas pelos usuários, por conta e risco do concessionário, o que seria inferível, segundo defendem, inclusive da determinação de que a concessão deve ter uma "política tarifária" (art. 175, parágrafo único, III, CF).

A nosso ver, a mera referência à "política tarifária" não pode levar a tão longe. O que essa opinião estaria alcançando seria, na prática, a constitucionalização do conceito doutrinário brasileiro, majoritário no momento da promulgação da Constituição, de concessão de serviço público, que realmente era lecionado como pressupondo a remuneração do concessionário exclusivamente por tarifas e a atribuição de todos os riscos apenas a ele, ressalvados somente os fatos imprevisíveis ou causados pela própria Administração que provocassem o desequilíbrio da equação econômico-financeira.

Não é possível admitir que o Constituinte tenha engessado de tal maneira o Legislador, a ponto de colocá-lo sempre atado a uma definição doutrinária tradicional de concessão, indiferente a todas as enormes mudanças sociais, econômicas e políticas verificadas após 05 de outubro de 1988. Ademais, "política tarifária" pode perfeitamente ser entendida como a política segundo a qual a tarifa deve cobrir apenas parte do custo do serviço público, sendo o restante arcado pelo Estado.

Comparativamente com o Direito Administrativo francês, podemos dizer que a principal conseqüência da Lei nº 11.079/04 no ordenamento jurídico brasileiro foi a de ampliar o conceito de "concessão de serviço público", tornando-a próxima à noção genérica que a expressão "delegação de serviço público" possui naquele País.[28]

Não há, portanto, um conceito universal de "concessão de serviço público" pelo qual o Constituinte teria vinculado o Legislador, razão pela qual afigura-se plenamente constitucional, face ao art. 175 da CF, a previsão legal de concessões financeiramente apoiadas pelo Estado, seja, por exemplo, pelo pagamento direto de uma quantia a ser determinada, pela garantia de receita mínima ou de uma dada quantidade de usuários, etc.

Na verdade, a Lei nº 11.079/04 delega ao contrato a determinação dessa repartição de riscos e despesas. Admite, assim, as mais diversas modelagens

---

(MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental*, mimeo., 2005).

[28] "Com isso (a Lei das PPPs), o próprio vocábulo 'concessão' amplia o seu conceito porque passa a abranger novas modalidades, ao lado das tradicionais concessões de serviço público, concessão de obra pública, concessão de uso de bem público, concessão de direito real de uso, todas elas tendo em comum a natureza contratual, o regime jurídico administrativo e a submissão parcial do concessionário a regime jurídico de direito público" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 5ª ed., Ed. Atlas, São Paulo, 2005, p. 13).

contratuais, desde que estejam previstas no edital de licitação e que o Estado dê apoio financeiro apenas após o serviço estar disponibilizado.

A segunda espécie de PPPs são as "concessões administrativas" contratos em que a cobrança de tarifas é inviável econômica ou socialmente,[29] juridicamente vedada, como a cobrança pela saúde ou educação públicas (artigos 196 e 206, IV, CF), ou ainda porque o único usuário do serviço a ser prestado é o próprio Estado. Aqui não se fala mais sequer em tarifa a ser complementada por verbas do Estado, mas da inexistência *tout court* de tarifas devidas pelos eventuais usuários dos serviços.

Nos termos do § 2º do art. 2º da Lei nº 11.079/04, a concessão administrativa é "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". A contraprestação devida ao concessionário se fará exclusivamente com recursos do Estado, por qualquer uma das fontes de receita enumeradas no art. 6º, pecuniárias ou não.[30] A cobrança de valores dos usuários dos serviços, ainda que economicamente pouco significativa, descaracteriza, no entanto, a natureza de concessão patrocinada.[31]

CARLOS ARI SUNDFELD[32] define as concessões administrativas como sendo os contratos de prestação de serviços de que a Administração é usuária, mediata ou imediata, em que: *(a)* há investimento do concessionário na criação de infra-estrutura relevante; *(b)* o preço é pago periódica e diferidamente pelo Concedente em um prazo longo, permitindo a amortização dos investimentos e o custeio; e *(c)* o objeto não se restringe à execução de obra ou ao fornecimento de mão-de-obra e bens (estes, se existirem, deverão estar vinculados à prestação de serviços). Em outras palavras: tem que haver a gestão do bem – prestação de serviços através dele –, o que, ao mesmo tempo diferencia as concessões administrativas da simples prestação terceirizada de serviços (em que não há a disponibilização da infra-estrutura pelo contratado) e da empreitada de obras públicas (em que há a disponibilização da infra-estrutura pelo contratado, mas não a prestação de serviços através dela).[33]

---

[29] Essa decisão deve ser discricionária, proporcional, eficiente e fundamentadamente tomada pelo Estado, com muita parcimônia, já que em princípio se deve dar preferência à concessões que possam ser total ou pelo menos parcialmente remuneradas pelos usuários, face aos princípios da eficiência e da economicidade.

[30] Como vimos em relação às concessões patrocinadas a Lei exige que a contraprestação do Estado seja em pecúnia.

[31] Nessa hipótese poderemos ter, ou uma concessão patrocinada, se a contraprestação estatal for pecuniária, ou uma concessão da Lei nº 8.987/95, mas subsidiada, caso a contraprestação tenha outra natureza.

[32] SUNDFELD, Carlos Ari. *Projetos de Lei de Parcerias Público-Privadas. Análise e Sugestões*, mimeo., 2004.

[33] "Por exemplo, a parceria público-privada não poderá ter por objeto só a construção de um hospital ou de uma escola, porque, nesse, caso, haveria contrato de empreitada regido pela Lei nº 8.666; após a construção da obra deverá haver a prestação de serviço de que a Administração seja usuária direta ou indireta" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 5ª ed., Ed. Atlas, São Paulo, 2005, p. 167).

A concessão administrativa é, a exemplo das concessões comuns e patrocinadas, um investimento privado amortizável no longo prazo, findo o qual os bens construídos, reformados ou mantidos pelo particular revertem ao Poder Público. A única diferença é que essa amortização se fará com verbas do Erário e não através, total (concessões comuns) ou parcialmente (concessões patrocinadas), de tarifas dos usuários.

Enquanto o objeto das concessões patrocinadas restringe-se aos serviços públicos econômicos, o das concessões administrativas tem como possível objeto um leque bem mais amplo de atividades administrativas, algumas delas sequer enquadráveis no conceito de serviços públicos.[34]

Assim, podemos enumerar, sem pretensão de exauri-las, as seguintes espécies de atividades que podem ser objeto da concessão administrativa: *(1)* serviços públicos econômicos em relação aos quais o Estado decida não cobrar tarifa alguma dos usuários (ex., rodovia em uma região muito pobre); *(2)* serviços públicos sociais, como a educação, a saúde, a cultura e o lazer em geral, que também podem ser prestados livremente pela iniciativa privada.[35] Lembremo-nos, por exemplo, de algumas experiências já vividas em algumas entidades da federação, de "terceirização" da administração de hospitais públicos[36]; *(3)* atividades preparatórias ou de apoio ao exercício do poder de polícia, que, em si, é indelegável à iniciativa privada, nos termos estabelecidos no art. 4º, III, da Lei nº 11.079/04.[37] Seriam os casos da hotelaria em presídios, da colocação de pardais

[34] No mesmo sentido, ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2005, p. 164.

[35] "Quando de fala em 'usuária indireta', está-se pressupondo que os usuários diretos sejam terceiros aos quais a Administração Pública presta serviços públicos (como os estudantes de uma escola pública, os pacientes de um hospital público etc.). (..) Se esse objeto de concessão administrativa – delegação da execução administrativa – delegação da execução de serviço público – se revelar verdadeiro, haverá terceirização de atividade-meio (serviços administrativos) e atividade-fim (serviços sociais do Estado). Será, de certa forma, o mesmo tipo de delegação de serviço público que ocorre com as organizações sociais, porém com regime jurídico diverso. De qualquer forma, a idéia é de delegar a entidade privada a execução de serviço público; só que, no caso das organizações sociais, a entidade tem que ser associação ou fundação sem fins lucrativos e, no caso da concessão administrativa, essa exigência não existe, podendo a concessionária atuar com objetivo de lucro. Nos dois casos, ter-se-á serviço público não exclusivo do Estado, prestado por entidade privada, mediante remuneração garantida pelo poder público" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 5ª ed., Ed. Atlas, São Paulo, 2005, pp. 168 e 169).

[36] Ver também o Tópico dedicado à gestão privada de estabelecimentos públicos.

[37] Art. 4º.Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado. O poder de polícia, enquanto atividade revestida de potestade estatal, só pode ser, pela doutrina clássica, desempenhada por pessoas jurídicas de direito público, ou seja, Entes da Federação ou autarquias (abstemo-nos aqui da contenda quanto à natureza das fundações instituídas pelo Poder Público). Este entendimento tradicional é claramente inspirado no Direito Administrativo Francês, país no qual o Conseil d'Etat afirmou: "Além disso, a jurisprudência proíbe que a Administração conceda o serviço público de polícia a uma pessoa privada" (Conseil d'État 23 mai 1958, Amoudruz, Rec. 302, apud DE FORGES, Jean-Michel. Droit Administratif, Presses Universitaires de France - PUF, 1995, p. 165). Outra parcela da doutrina apenas admite a delegação dos atos meramente preparatórios do exercício da polícia administrativa, que são os que podem ser objeto de PPPs (cf. PROVENZA, Vittorio Constantino. Parecer, in Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – RDPGE, vol. 50, 1997, pp. 359-382).

eletrônicos em vias públicas, prestação de serviços de reboque para remoção de veículos estacionados irregularmente, etc.; *(4)* Atividades internas da Administração Pública, em que o próprio Estado, aí incluindo os seus servidores, é o único beneficiário do serviço (ex., construção e operação de uma rede de creches ou restaurantes para os servidores públicos, construção e operação de um centro de estudos sobre a gestão administrativa para elaboração de projetos para a maior eficiência do Estado, etc.).[38]

Especialmente em relação aos serviços públicos sociais e culturais, as concessões administrativas revelam um grande espaço para a cooperação entre o Poder Público e entidades privadas, inclusive sem fins lucrativos.

Como observa PAULO MODESTO, *"na verdade, a participação de entidades privadas na prestação de serviços sociais, autorizada expressamente pela Constituição (v.g., art. 199, 202, 204, I; 209, 216, § 1º; 218, §4º, 225), não apenas é pragmática como pode ser percebida como uma das respostas conseqüentes à crise do aparelho do Estado no âmbito da prestação dos serviços sociais. O Estado não tem efetivamente condições de monopolizar a prestação direta, executiva, dos serviços de assistência social de interesse coletivo. Estes podem ser geridos ou executados por outros sujeitos, públicos ou privados, preferencialmente instituições 'públicas não estatais' (pessoas privadas de fim público, sem fins lucrativos), consoante diferencia a própria Constituição (CF, art. 199, §1º), sob a fiscalização e supervisão imediata do Estado. Nestes casos, não prover diretamente não quer dizer tornar-se irresponsável perante essas necessidades sociais básicas ou negar o direito fundamental à saúde, à educação, à defesa do meio ambiente, à pesquisa científica e tecnológica. O Estado não deve nem pode demitir-se da responsabilidade de assegurar e garantir direitos sociais: quando não executar, deve fomentar ou financiar diretamente a execução de serviços sociais necessários à coletividade. O Estado contemporâneo continua executor, regulador, fiscalizador e financiador de serviços sociais, mas pode contar também com mecanismos de parceria ágeis para ampliar a sua capacidade de assegurar a efetiva fruição dos direitos sociais básicos".*[39]

As concessões administrativas se encontram no meio caminho entre a delegação e a terceirização. Entendemos serem, de fato, delegações de atividades administrativas (não necessariamente de serviços públicos), não meras terceirizações, pois pressupõem a construção, expansão, reforma ou manutenção de infra-estruturas através das quais também prestará serviços, sendo vedada a sua utilização se tiver *"como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública"* (art. 2º, §

[38] No caso de a Administração Pública ser a única beneficiária do serviço, não havendo usuários, tarifados ou gratuitos, parte da doutrina francesa assim estatui: "A diferença fundamental entre uma empreitada e uma delegação é que, pela primeira, a pessoa pública obtém uma prestação da qual precisa, e, pela segunda, ela confia ao co-contratante o dever de efetuar uma prestação da qual ela não é, salvo acidentalmente, a beneficiária" (RAYMUNDIE, Olivier. *Gestion Deleguée dês Services Publics en France et en Europe*, Éditions Le Moniteur, Paris, 1995, p. 73).

[39] MODESTO, Paulo. *Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas*, mimeo., 2005, grifos no original.

4º, III, Lei nº 11.079/04), com que teríamos, aí sim, uma mera terceirização ou empreitada d obra pública, regidas pela Lei nº 8.666/93.[40]

O que assemelharia a concessão administrativa a uma terceirização complexa, que combinaria uma empreitada com a prestação do serviço através da obra depois de pronta, seria o fato de ser remunerada direta e integralmente pelos cofres públicos.

Todavia, nas concessões administrativas a forma de cálculo do valor a ser pago à empresa deve ser variável de acordo com as utilidades concretamente prestadas à Administração Pública ou à população, o que decorre do Princípio da Eficiência e da necessidade de compartilhamento de riscos que anima as parcerias público-privadas (arts. 4º, VI, e 5º, III, Lei nº 11.079/04), já que, com o preço fixo, o risco ficaria exclusivamente com o Poder Público como nos contratos regidos pela Lei nº 8.666/93.

Nos contratos chamados pela Lei nº 11.079/04 de concessões administrativas há autonomia de gestão da empresa contratada na gestão da infra-estrutura e na prestação do serviço por intermédio dela viabilizada. A concessão administrativa seria, assim, muito semelhante à *régie interessé* do Direito francês, que *"são as delegações contratuais de serviço público a uma pessoa geralmente privada, na qual (..) a empresa não se remunera diretamente dos usuários do serviço público. Ela percebe do Estado valores associados aos resultados da sua gestão. Trata-se de um modo privado de gestão que não é uma concessão de serviço público, já que não há qualquer remuneração direta sobre os usuários do serviço".*[41]

A concessão administrativa se aproxima, portanto, da *régie interessé*, em que, apesar de não haver qualquer remuneração tarifária, o particular se remunera em razão dos resultados da sua gestão. Se afasta da *gérance*, não considerada pela maioria da doutrina e jurisprudência francesas como uma forma de delegação, já que, apesar de *"gerar um direito a remuneração pelo Estado, que pode ser calculada em relação à atividade considerada, não consiste em uma participação no resultado financeiro da exploração do serviço, não correndo, portanto, riscos financeiros. (...) Nessa modelagem, a gérance é materialmente apenas uma empreitada de obra pública ou uma prestação serviços por conta do próprio Estado. Para que a gérance seja excepcionalmente considerada uma delegação da gestão, deve a*

[40] "A criação dessa nova fórmula contratual – a concessão administrativa – viabilizou um arranjo para a obtenção de serviços para o Estado antes impossível: aquele em que o particular investe financeiramente na criação de infra-estrutura pública necessária à existência do serviço e a ajuda a concebê-lo. (...) [os requisitos para adoção da concessão administrative – valor e prazo mínimo de R$ 20 milhões e cinco anos, respectivamente] não existem nos meros contratos de obras. As exigências de prestação de serviços por um prazo mínimo e de que a remuneração esteja sempre vinculada a essa prestação (art. 7º) – não, portanto, à execução de parcelas de obras – impede que a concessão administrativa se transforme em simples contrato de obras com financiamento do empreiteiro. (...) Quando se fala de serviços como objeto da concessão administrativa, está-se referindo à execução autônoma de prestações, para alcançar resultados predeterminados. A Lei das PPPs não considera como tal o mero fornecimento de força de trabalho humano (isto é, de 'mão-de-obra') para atuar sob a direção da Administração (art. 2º, § 4º, III)" (SUNDFELD, Carlos Ari. "Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas", in *Parcerias Público-Privadas* [coord. Carlos Ari Sundfeld], Ed. Malheiros, São Paulo, 2005, pp. 24, 31 e 32).

[41] VALETTE, Jean-Paul. *Le Service Public à la Française*, Ed. Ellipses, Paris, 2000, p. 108. Sobre os institutos de delegação da gestão de atividades administrativas no Direito Francês.

remuneração da empresa no mínimo ter um liame substancial com as receitas de exploração, não figurando como um simples preço".[42]

Logicamente que nos casos concretos podem surgir muitos matizes, sendo a jurisprudência do Conselho de Estado, como dificilmente poderia deixar de ser, bastante casuística e errática na identificação do contrato como uma delegação ou mera empreitada ou terceirização. De toda sorte, pode ser fixado que o ponto principal para identificar uma delegação é a circunstância de o particular participar dos resultados da sua exploração.[43]

A concessão administrativa, enquanto delegação da gestão de determinada infra-estrutura administrativa, deve, em primeiro lugar, assegurar ao concessionário autonomia empresarial no desenvolvimento da atividade, podendo definir a maior parte dos meios que julga aptos a alcançar os objetivos estabelecidos contratualmente. Infere-se essa autonomia de gestão inclusive da vedação de as parcerias público-privadas se dirigirem unicamente ao fornecimento de mão-de-obra, ao fornecimento e instalação de equipamentos ou à execução de obra pública (art. 2º, § 4º, III, Lei nº 11.079/04).

Em segundo lugar, a remuneração do concessionário administrativo deve ter relação direta com a quantidade e/ou qualidade das utilidades concretamente prestadas à Administração Pública ou à população, o que constitui decorrência direta de a Lei impor a repartição de riscos (arts. 4º, VI, e 5º, III, Lei nº 11.079/04). A sua remuneração não pode, portanto, ser fixa – indiferente à quantidade e qualidade dos serviços prestados –, com o que a Administração Pública assumiria todos os riscos, a exemplo do que acontece com a terceirização e a empreitada da Lei nº 8.666/93.[44]

As concessões administrativas são, portanto, uma espécie de delegação da gestão de atividades administrativas, o que não poucas conseqüências práticas, além de teóricas, possui, para fins de responsabilidade objetiva, reversão de bens, etc., aplicáveis somente às delegações de atividades administrativas, e não às demais modalidades de contratos administrativos.

Não é por outra razão que a Lei nº 11.079/04, apesar de não determinar uma aplicação subsidiária genérica da Lei das Concessões de Serviços Públicos

---

[42] VALETTE, Jean-Paul. *Le Service Public à la Française*, Ed. Ellipses, Paris, 2000, pp. 132-133.

[43] Naturalmente que a analogia com os institutos do Direito Francês é apenas aproximada, já que o critério da participação em resultados financeiros para definir a presença de delegação não se nos afigura inteiramente apropriado à luz da Lei nº 11.079/04, uma vez que as concessões administrativas na maioria das vezes versarão sobre atividades insuscetíveis de exploração econômica, razão pela qual não se haveria de falar nunca em "participação em resultados financeiros". A idéia, no entanto, de uma remuneração não-fixa e que guarde relação com a utilidade concretamente gerada pelo contratado é-nos extremamente útil, principalmente tendo em vista o longo tempo de elaboração da jurisprudência do Conselho de Estado na caracterização de contratos administrativos como contratos de delegação ou não.

[44] Naturalmente que a remuneração da prestação terceirizada de serviços à Administração Pública pode ser fixada de acordo com a quantidade do objeto contratual, mas essa quantidade está totalmente fora da autonomia de gestão empresarial do contratado (primeiro elemento cumulativo de caracterização da concessão administrativa), já que previamente definida no edital de licitação, predefinição essa impossível de ser feita nas concessões objeto da Lei nº 11.079/04.

– Lei nº 8.987/95 às concessões administrativas, a exemplo do que faz em relação às concessões patrocinadas,[45] prescreve-lhe a aplicação das suas disposições relativas ao ressarcimento pelo concessionário dos projetos prévios à licitação (art.21), às cláusulas essenciais do contrato, entre elas a de reversão de bens (art. 23),[46] à subcontratação (art. 25), à transferência da concessão ou do controle da concessionária (art. 27), à garantia com os direitos emergentes da concessão (art. 28), a todas as obrigações do poder concedente e da concessionária (artigos 29 a 31), e à intervenção e todas as modalidades de extinção (artigos 32 a 39), tudo nos termos do art. 3º, *caput*, e 9º, § 1º, da Lei nº 11.079/04.[47]

A aplicação da Lei nº 8.987/95 às PPPs, em qualquer das suas modalidades, deve, no entanto, ainda quando haja previsão expressa da sua aplicação, se dar apenas no que couber, ou seja, no que não contrariar a própria natureza das PPPs, nas quais há uma dependência financeira do Poder Concedente bastante significativa, ao passo que nas concessões comuns a dependência se dá preponderantemente em relação à clientela pagante das tarifas. Assim, não nos parece, por exemplo, que seja aplicável às PPPs o parágrafo único do art. 39 da Lei nº 8.987/95, que prevê que, mesmo na inadimplência do Poder Concedente, o concessionário não pode suspender a prestação dos serviços antes de obtida a rescisão judicial transitada em julgada do contrato (vedação da exceção do contrato não cumprido). Parece-nos que, na hipótese, o art. 78, XV, da Lei nº 8.666/93,[48] que versa sobre contratos em que também há uma contraprestação financeira da Administração Pública, se coaduna melhor com o arcabouço financeiro das PPPs.

Como já afirmando, o conceito restrito e legal das parcerias público-privadas deve advir da junção das duas espécies de contratos contempladas na

[45] A remissão genérica se explica em razão de nas concessões patrocinadas estar, da mesma forma que nas concessões comuns, presente o elemento tarifário, ainda que parcialmente.

[46] "Enquanto vigente a concessão administrativa de serviços ao Estado, não estando amortizado o investimento, essa infra-estrutura constituirá patrimônio do concessionário, podendo reverter ao concedente ao final, se previsto no contrato (art. 3º, *caput,* da Lei das PPPs, c/c os arts. 18, X, e 23, X, da Lei das Concessões. Assim, são idênticas a estrutura contratual e a lógica econômica da concessão administrativa de serviços ao Estado e da tradicional concessão de serviços públicos" (SUNDFELD, Carlos Ari. "Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas", in *Parcerias Público-Privadas* [coord. Carlos Ari Sundfeld], Ed. Malheiros, São Paulo, 2005, p. 30).

[47] Não fica, evidentemente, descartada de forma absoluta a aplicação às concessões administrativas de outros dispositivos da Lei nº 8.987/95. Os outros dispositivos não foram referidos no art. 3º, *caput*, da Lei nº 11.079/04, mas continuam integrando o ordenamento jurídico como elemento hermenêutico e de analogia. Igualmente, apesar de a Lei nº 8.666/93 não ter, salvo em alguns pontos específicos (ex., art. 5º, VIII, Lei nº 11.079/04), tido a sua aplicação genericamente determinada para as parcerias público-privadas, ela é, dependendo do caso concreto, perfeitamente possível. O que, em caso algum, é admissível, é que a aplicação subsidiária da Lei nº 8.987/95 ou da Lei nº 8.666/93 acabe desvirtuando a natureza e o espírito de divisão de riscos que inspiram as duas espécies de parcerias público-privadas da Lei nº 11.079/04.

[48] *Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação.*

Lei nº 11.079/04, não de conceitos sociológicos, políticos ou econômicos que não teriam utilidade jurídica por abrangerem fenômenos imensamente díspares entre si.

Assim, podemos conceituar as parcerias público-privadas no Direito positivo brasileiro como sendo os contratos de delegação da construção, ampliação, reforma ou manutenção de determinada infra-estrutura e da gestão da totalidade ou parte das atividades administrativas prestadas por seu intermédio, mediante remuneração de longo prazo arcada total ou parcialmente pelo Estado, fixada em razão da quantidade ou qualidade das utilidades concretamente propiciadas pelo parceiro privado à Administração Pública ou à população.

IV – PERMISSÃO.

A permissão de serviço público é referida nos arts. 21, XI e XII, e 175 da CF, que a trata como espécie de delegação de serviços públicos. Na Lei nº 8.987/95, a permissão de serviço público mereceu apenas dois dispositivos – os arts. 2º, IV, e 40 – aplicando-se, no mais, a disciplina da concessão.

As peculiaridades que esses dispositivos da Lei nº 8.987/05 fixam para as permissões de serviços públicos em comparação com as concessões são as seguintes: (a) o permissionário pode ser pessoa física; (b) não há referência expressa à necessidade de possuir prazo determinado;[49] (c) não demanda necessariamente a modalidade licitatória da concorrência, devendo o procedimento cabível ser determinado nos termos da escala de valores do art. 23 da Lei nº 8.666/93;[50] (d) são qualificadas como contratos de adesão; (e) são precárias e revogáveis unilateralmente; (f) não há previsão de permissões de obras públicas.

Após a promulgação da CF/88, antes mesmo da Lei nº 8.987/95, começou a se sustentar, contrariando a doutrina clássica, que a permissão de serviço público não seria mais um ato administrativo,[51] mas sim um contrato, já que o art. 175 da Constituição trata as concessões e permissões de serviços

[49] Isso não quer dizer, como veremos adiante, que as permissões possam se dar por prazo indeterminado.
[50] Há também a possibilidade de adoção do leilão, nos termos da legislação do Programa Nacional de Desestatização (Lei 9.491/97).
[51] Alguns autores mantiveram-se nessa linha, a exemplo de CAMMAROSANO, Márcio. "Contratos da Administração Pública e Natureza Jurídica da Permissão de Serviço Público", in *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*, vol. 2 [org. Celso Antônio Bandeira de Mello], Ed. Malheiros, São Paulo, 1997, pp. 488 a 504.

públicos indiscriminadamente, dentro da mesma acepção contratual.[52] Com isso a permissão teria passado a ser, tal como a concessão, um contrato.[53]

O art. 2º, IV, da Lei nº 8.987/95, todavia, ao invés de aproveitar a intermediação legislativa para encerrar as discussões sobre a natureza jurídica da permissão de serviço público, acabou por agravá-las ao conceituá-la como "contrato de adesão" precário e revogável.

Na realidade, todo contrato administrativo já é, de certa forma, de adesão, pois a quase totalidade das suas cláusulas não são negociadas com o particular, mas sim pré-fixadas na minuta contratual anexa ao edital de licitação.

Muitos ainda conceituam a permissão de serviço público como ato administrativo em razão de serem precárias e revogáveis de acordo com o art. 40 da Lei nº 8.987/95, o que seria incompatível com a natureza de contrato, que pressupõe a estabilidade jurídica. Não importa, para esses autores, se a Lei chama a permissão de serviço público de contrato: se é precária e revogável, não haveria como, substancialmente, ser um contrato.

A precariedade e conseqüente revogabilidade de alguns atos administrativos se distinguem da possibilidade de rescisão unilateral dos contratos administrativos em razão de naqueles caso não haver direito à indenização. O caráter não precário dos contratos administrativos não decorre de uma suposta impossibilidade de extinção administrativa unilateral do vínculo por razões de interesse público, possibilidade presente nos atos discricionários e nos contratos.

Ocorre que, no caso dos atos administrativos, a extinção (aí chamada de revogação) não gera direito à indenização, e, no caso dos contratos administrativos, a extinção (rescisão) gera a obrigação de o Estado pagar pelos danos sofridos.[54]

---

[52] O art. 175, parágrafo único, CF, chega a se referir ao "caráter especial do contrato" das concessionárias e permissionárias.

[53] "O primeiro grande passo efetivo na senda de aplicação do princípio da segurança jurídica à esfera dos serviços públicos deu-se com o advento da Constituição Federal de 1988, em cujo art. 175, parágrafo único, inciso I, a permissão de serviços públicos foi, de modo primeiro, elevada ao patamar de contrato. O segundo e decisivo impulso teve lugar com a edição da Lei nº 8.987/95, que, em seu art. 40, confirmou o *status* contratual daquela permissão. Ao que tudo indica, o influxo renovador do princípio da estabilidade das relações jurídicas parece ter contribuído, aqui, para se perceber que o futuro dos serviços delegados não seria mais compatível com a rasa e instabilizadora matriz de supremacia da Administração em suas nem sempre motiváveis razões. (...) Mais do que nunca, difundiu-se o consenso de que a precariedade é desenganadamente antieconômica: gera mais custos do que dividendos" (FREITAS, Juarez. "Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Princípio da Segurança Jurídica – Exigência da Menor Precariedade Possível nas Relações de Administração – Terminais Portuários de uso Privativo: contratos de adesão – Princípio da Irretroatividade dos Atos Normativos – Limites ao Poder de Modificação Unilateral do Estado – Inviabilidade dos Atos Administrativos Autônomos na CF/88 – Princípio da Legalidade", in *Interesse Público,* vol. 20, 2003, p. 93).

[54] Sobre as diversas posições doutrinárias sobre as conseqüências jurídicas da precariedade, GRECCO, Carlos M. e MUÑOZ, Guillermo A. *La Precariedad en los Permisos, Autorizaciones, Licencias y Concesiones*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992, pp. 11 a 32.

Quando a Lei nº 8.987/95 afirma que a permissão é precária e revogável, usou esses termos de maneira não rigorosa tecnicamente, com o intuito de deixar claro que a extinção das permissões, ainda que antes do prazo estabelecido, não gera direito à indenização contra o Estado.

A Lei não está a impor, obviamente, a expropriação direta de direitos adquiridos do permissionário ou a exclusão da responsabilidade civil do Estado de indenizar os seus danos, com o que seria inconstitucional. Está apenas a destinar o instituto da permissão para os casos em que a eventual extinção unilateral da delegação do serviço público sequer seja capaz de gerar prejuízos, o que pressupõe a inexistência de bens a serem revertidos ao Estado.[55] *"A permissão será utilizável para delegações onde a remuneração obtida em curto prazo é suficiente para compensar o particular. Não haverá investimentos de maior monta e o patrimônio do particular não será transferido para a Administração. O contrato destina-se a prazos curtos de vigência. Ambas as partes podem prever que a revogação do contrato, a qualquer tempo, não acarretará maiores conseqüências. O particular assume, desde logo, a possibilidade de ser dispensado a qualquer tempo. Não poderá obter indenização justamente por não ter realizado investimentos amortizáveis nem ser titular de interesses jurídicos frustrados ou lesados".*[56]

A permissão é adequada aos serviços que demandam investimentos de baixo vulto, de curto período, que envolvam apenas bens não reversíveis ou, de forma geral, em que seja viável a assunção pelo particular dos riscos da precariedade, ou seja, de a qualquer momento ver extinto o seu título com a Administração sem direito a receber indenização. Teria sido inclusive por essa razão que a Lei nº 8.987/95 não prevê permissão para a prestação de serviços públicos precedidos da execução de obras, que pressupõem elevados investimentos.[57]

A permissão será, assim, a modalidade de delegação de serviço público apropriada quando os bens empregados na prestação do serviço público forem de valor diminuto, ou se, ainda que possuam um valor considerável, tenham uma vida útil curta ou possam ser empregados pelo particular em outras atividades econômicas que não constituam serviços públicos.[58]

Em última análise, independentemente da nomenclatura adotada, se houver bens reversíveis a delegação não será uma permissão, mas sim uma concessão. Por outro lado, se inexistir previsão de bens reversíveis não terá lugar o *plus* de proteção jurídica que o concessionário possui em comparação com o

[55] Quanto aos lucros cessantes, integrantes da indenização por rescisão unilateral por interesse público dos contratos administrativos em geral, não são devidos quando da extinção da permissão em razão de por determinação legal o permissionário não ter direito à conclusão do prazo da permissão.
[56] JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessão de Serviços Públicos*, Ed. Dialética, São Paulo, 1997, p. 88.
[57] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública,* 4ª edição, Ed. ATLAS, São Paulo, 2002, pp.128 a 132.
[58] A delegação do transporte rodoviário de passageiros, por exemplo, geralmente se faz mediante permissão, já que os ônibus não possuem uma vida útil longa em termos do que se considera satisfatório para a prestação do serviço público, sendo inconveniente a sua reversão, e, em caso de extinção abrupta da delegação, podem ser utilizados em atividades da iniciativa privada.

permissionário (garantia do prazo contratual, sob pena de ampla indenização, inclusive de lucros cessantes, etc.). Esse *plus* existe justamente por causa do especial risco negocial e econômico que o concessionário possui em razão da possibilidade de o vínculo ser extinto antes de amortizar os bens reversíveis. Inexistindo bens reversíveis, inexiste esse risco e, conseqüentemente, a necessidade de especial proteção jurídica que caracteriza o regime da concessão. Teremos então a possibilidade de o contrato estabelecer tratar-se de uma permissão em seu sentido próprio, ou seja, de fixar que a extinção antes do prazo contratual não gera qualquer direito a indenização.

Em havendo bens a serem revertidos, que pressupõem um determinado prazo contratual para serem amortizados, a extinção extemporânea do vínculo necessariamente gerará prejuízos e, conseqüentemente, direito à indenização, excluindo-se, assim, o instituto da permissão de serviço público. Aplicar-se-á, então, a disciplina das concessões, inclusive dos rígidos requisitos formais da encampação previstos no art. 35, § 4º c/c 37 da Lei nº 8.987/95 e indenização em caso de não amortização dos bens reversíveis, a fim de que o Estado não se locuplete com as parcelas não amortizadas dos bens, o que equivaleria ao seu confisco.

A Lei nº 8.987/95, ao conceituar a permissão (art. 2º, IV), não alude expressamente, ao contrário do que faz com as concessões, ao prazo determinado. Mas a fixação de prazo constitui exigência da natureza pública do serviço (que pressupõe a possibilidade do seu futuro retorno ao Estado) e do próprio Estado Democrático de Direito e dos princípios da Administração Pública, que republicanamente vedam que sejam conferidos a particulares benefícios contratuais que possam ser perpétuos. Ou seja, deve sempre haver um limite temporal para a permissão, finda a qual deverá se inaugurar uma nova licitação caso a Administração não deseje prestar o serviço diretamente.

O objetivo da Lei ao não aludir a “prazo determinado” no seu conceito de permissão, foi apenas deixar claro que o prazo não gera qualquer direito ao permissionário, de maneira que a sua (necessária) existência não elide a possibilidade de a permissão ser extinta a qualquer tempo sem indenização, salvo se houver bens reversíveis, mas aí não se estará materialmente mais diante de uma permissão, mas de uma concessão de serviços públicos.

O prazo nas permissões não é, portanto, um direito do permissionário, mas sim um limite para ele e a Administração Pública quanto ao prazo máximo do contrato por eles celebrado.

Concluindo: havendo bens reversíveis, a delegação será necessariamente uma concessão de serviço público; não havendo bens reversíveis, dependerá do que o contrato dispuser: se preceituar que o vínculo pode, por razões de interesse público, ser unilateralmente extinto antes do prazo independentemente de qualquer indenização, será uma permissão; se dispuser

em contrário[59] ou se nada disser a respeito, vale a regra geral da Lei nº 8.666/93 da ampla indenização nessas hipóteses (arts. 78, XII, e 79, § 2º).[60]

V – AUTORIZAÇÃO CONTRATUAL.

Em outra oportunidade,[61] expomos como as autorizações administrativas não constituem uma modalidade de delegação de serviços públicos, mas sim de exercício do poder de polícia. Repassaremos agora algumas posições doutrinárias básicas sobre as autorizações no Direito Administrativo e veremos a maneira com que elas podem se inserir na prestação de serviços públicos.

Pelos paradigmas clássicos da doutrina administrativista brasileira, há três acepções para o termo "autorização" em geral (não apenas de serviços públicos):

1) Ato discricionário de Polícia que faculta ao particular o desempenho material de determinada atividade ou a prática de determinado ato sujeito a controle público (ex.: porte de arma, produção de material bélico, etc.). Nessa acepção é semelhante à licença, só que esta é ato vinculado de polícia. Através da autorização de polícia controla-se ("não se delega") a prestação de atividades privadas (ex.: autorização para o funcionamento de Bancos – art. 192, I).

2) Autorização de uso de bem público: ato discricionário e precário que faculta ao particular o uso de bem público, que servirá preponderantemente ao seu próprio interesse privado (ex., particular que tem acesso a fonte de água pública).

---

[59] Não sendo prevista a reversibilidade de bens, o contrato também poderá, ao invés de prever a total ausência de indenização, estabelecer apenas uma indenização parcial. Nesse caso, a delegação estará mais próxima da concessão típica do que da permissão típica.

[60] "O § 2º refere-se a ressarcimento dos 'prejuízos' comprovados. Isso não significa indenização restrita a danos emergentes. Também os lucros cessantes devem ser indenizados. Ou seja, o particular não terá direito de receber o valor integral da prestação que o contrato impunha à Administração. Tem direito de receber o valor 'dos pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da execução' (inc. II). Mas quanto ao remanescente do contrato, o particular tem direito ao valor do lucro que auferiria se o contrato fosse mantido. Isso se impõe porque a proposta formulada pelo particular e aceita pela Administração tinha em vista a execução da prestação como um todo. Se o particular soubesse de antemão, que o contrato se restringiria a um montante mais reduzido, sua proposta seria diferente. Eventualmente, não teria sequer participado dessa licitação. A Administração, através da faculdade de rescisão unilateral, não pode subtrair do particular o lucro que ele obteria através da execução integral" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Ed. Dialética, 5ª ed., 1998, p.567).

[61] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Atividades Privadas Regulamentadas*, Revista de Direito Público da Economia – RDPE, vol. 9, 2005.

3) Autorização de serviço público: O art. 175 não coloca a autorização como uma das espécies de delegação de serviços públicos, mas o art. 21, XI e XII, CF (competência material da União) e vários dispositivos infraconstitucionais (ex.: art. 7º, Lei 9074/95) se referem a ela como uma condição da prestação de determinados serviços.

Será sobre essa última acepção – as "autorizações de serviços públicos" – que deitaremos nossa análise. A doutrina tradicional, anterior ao processo de desestatização da década de oitenta, via a hipótese em basicamente três situações:

a) Quando a atividade autorizada visar à satisfação das necessidades apenas do próprio autorizatário (ex.: autogeração de energia própria). Nesses casos, parece claro que estamos diante do exercício de poder de polícia, até porque essas atividades não são sequer serviços "ao público", requisito essencial para que uma atividade econômica possa ser considerada como um serviço público.

b) Em se tratando de serviços públicos emergenciais, instáveis ou não constantes (autorização de serviço público de transporte coletivo de passageiros para festival de música que será realizado durante uma semana em zona erma da cidade). Repugna, no entanto, que a autorização, sempre expedida no interesse predominantemente particular,[62] seja utilizada para a prestação de serviço público, que sempre visa ao interesse público.[63]

[62] Para a doutrina clássica, como a autorização de serviço público é emitida tendo em vista preponderantemente o interesse do particular, é ainda mais precária que a permissão. Diz-se que há uma gradação do controle do Poder Público e da precariedade em relação à autorização, permissão e concessão, constituindo a autorização o grau de menor controle e de maior precariedade. Todavia, a preponderância do interesse do autorizatário necessariamente pressupõe que a atividade autorizada não seja um serviço público: "a autorização de serviço público (da mesma forma que a autorização de uso de bem público) é dada no interesse exclusivo do particular que a obtém; ele não exerce uma atividade que vá ser usufruída por terceiros, mas apenas por ele mesmo. Vale dizer que aquela mesma atividade que constitui serviço público propriamente dito, quando prestado diretamente pelo Poder Público ou pelas concessionárias ou permissionárias, praticamente perde essa qualidade quando prestado mediante autorização, por faltar-lhe uma característica essencial que é o atendimento de necessidades coletivas. (...) Precisamente por ser a autorização dada no interesse exclusivo do particular, não há necessidade de que lhe sejam delegadas prerrogativas públicas. O poder público titular do serviço dá autorização com base no poder de polícia do Estado e, com base nesse mesmo poder, estabelece as condições em que a atividade será exercida e fiscaliza o exercício da atividade" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública,* 4ª edição, Ed. ATLAS, São Paulo, 2002, pp. 134 e 135). Apenas destacaríamos que não é o fato de a atividade ser sujeita a autorização que faz com que a atividade autorizada "praticamente" (para nós nem praticamente) deixe de ser um serviço público, mas sim o inverso. Se o Estado exerce poder de polícia sobre determinada atividade, é porque ela não é um serviço público, mas sim privada.

[63] "Não se entende correta a expressão 'autorização de serviços públicos', uma vez que tais serviços representam atividade puramente econômica, fiscalizada apenas pelo Estado por meio do exercício do poder de polícia administrativa. Não se pode aceitar a predominância de um interesse particular frente ao interesse público, quando a coletividade está envolvida. Desse modo, a

c) Se o serviço não requerer a limitação do número dos seus prestadores, que muitas vezes sequer devem ter alguma especialização técnica peculiar, razão pela qual não se cogita de licitação para a autorização (ex.: atividades de saúde, previdência social, educação, táxi, despachantes, segurança privada, etc.). Essas atividades, quando exercidas por particulares, não são serviços públicos, mas sim atividades privadas regulamentadas. Daí em princípio não haver limite para o número dos seus prestadores. Trata-se de atividades abertas à iniciativa privada, em que as autorizações administrativas são atos de exercício do poder de polícia administrativa.[64]

Quando leis que regulam setores de serviços públicos se referem à autorização administrativa pode haver duas circunstâncias: ou a atividade em questão integra o setor, mas não é serviço público (ex.: serviços de telefonia móvel, autogeração de energia), e a autorização será então um ato de poder de polícia; ou, caso verse realmente sobre serviço público, recebendo inclusive uma estrutura contratual em razão da titularidade estatal da atividade,[65] estaremos materialmente diante, não de uma autorização, mas sim de uma delegação de serviço público (concessão caso haja bens reversíveis, e, caso não os haja, em princípio permissão – cf. Tópico anterior). Teremos, portanto, uma autorização em sentido apenas nominal, uma "autorização" contratual.[66]

Em outras palavras, o importante é identificar a atividade regulada: se serviço público, o consentimento da Administração Pública será concessão ou permissão; se atividade privada, será autorização.[67] Não é pelo fato de a lei ou o regulamento se referir nominalmente a "autorização" que, como em um passe de mágica, a atividade deixa de ser serviço público (ou monopólio público) para ser

---

atividade prestada na autorização não pode ser considerada serviço público" (BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Manual de Direito Administrativo,* Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2005, p. 226).

[64] Pode-se constatar que grande parte das incompreensões doutrinárias, acadêmicas e jurisprudencias com as autorizações administrativas, se devem menos à complexidade do instituto em si, e mais à tentativa de correlacioná-lo com objetos (serviços públicos) antinômicos à sua natureza de ato de controle de atividades privadas.

[65] Se o Estado é o *dominus* da atividade, será necessário um ato contratual para que ele translade ao particular o direito (necessariamente derivado) de exercê-la. "Nas autorizações pré-existe no sujeito uma situação jurídica substancial, enquanto nas concessões só existe uma posição prévia de caráter procedimental" (GONÇALVES, Pedro. *A Concessão de Serviços Públicos*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999, p. 73). Pode-se até considerar que, pela autorização, ainda mais se discricionária, o particular adquire um direito que estava apenas *in fieri* anteriormente. Mas esse direito, de qualquer forma, distinguindo-a da concessão, não será derivado de um outro direito, este da Administração, mas sim da situação jurídica do próprio particular de poder exercer as atividades econômicas que sejam da esfera da iniciativa privada, observados os condicionamentos administrativos que legitimamente lhe forem aplicáveis.

[66] Em igual sentido, sustentando a natureza contratual de autorizações de transportes aquaviários, FREITAS, Juarez. "Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Princípio da Segurança Jurídica – Exigência da Menor Precariedade Possível nas Relações de Administração – Terminais Portuários de uso Privativo: contratos de adesão – Princípio da Irretroatividade dos Atos Normativos – Limites ao Poder de Modificação Unilateral do Estado – Inviabilidade dos Atos Administrativos Autônomos na CF/88 – Princípio da Legalidade", in *Interesse Público,* vol. 20, 2003, pp. 88 a 104.

[67] Caso a autorização seja vinculada, também poderá ser chamada de licença.

uma atividade privada. Se o regime jurídico da atividade indicar os traços da titularidade estatal,[68] o instrumento que legitima a sua prestação por particulares terá necessariamente natureza contratual. É a natureza estatal ou privada do serviço que determina a forma, e não vice-versa. [69]

A posição ora defendida, além de ser a que se nos afigura mais rigorosa conceitualmente, apresenta duas outras vantagens: dá maior segurança jurídica aos investidores em serviços públicos, que poderiam se ver desprovidos de uma série de garantias de índole contratual (direito ao equilíbrio econômico-financeiro, à indenização dos bens reversíveis não amortizados, etc.) pela simples utilização pela Administração Pública ou pela lei do termo "autorização" para se referir ao ato que legitima a prestação privada de serviço público;[70] atende melhor aos princípios da licitação, da moralidade e da impessoalidade (art. 37, *caput*, CF), já que muitos Entes públicos ainda têm se valido, sobretudo no setor do transporte coletivo de passageiros, do artifício de chamar de "autorizações" (aí incluídas as extensões "excepcionais" de linhas já concedidas e outros mecanismos análogos) delegações de serviços públicos para, então, por não estarem previstas no art. 175 da Constituição e não serem contratos (objeto da Lei nº 8.666/93), não precisarem ser precedidas de licitação.[71]

---

[68] A titularidade estatal sobre determinada atividade pode ser denotada por uma confluência de diversos fatores: reduzido número de possíveis prestadores, possibilidade de encampação do serviço, prazo determinado dos títulos que legitimam a sua prestação por particulares, etc.

[69] Luiz Alberto Blanchet também entende não existir autorização de serviços públicos. Para ele, quando a Constituição ou a Lei utilizam esse termo, estão na verdade tratando da permissão, e a autorização propriamente dita seria o ato de polícia pelo qual se obtém o alvará para a prática de atividades de interesse particular com repercussões de interesse público, que constituiriam o que alguns chamam de serviço público impróprio ou atividade privada de interesse público (BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de Serviços Públicos*, 2ª edição, Ed. Juruá, Curitiba, 1999, pp. 205 e 206).

[70] "No passado ainda recente do Direito Administrativo, tanto a permissão como a autorização de serviços públicos eram definidas como meros atos administrativos negociais, ambos discricionários e precários, com a principal diferença de que o segundo apresentava maior instabilidade do que o primeiro. Como se sabe, tal orientação remonta à transição do Século XIX para o século XX, época em que o Estado Democrático de Direito (no Continente Europeu e na América Latina) ainda se ressentia de respaldo político e, notadamente, de sólidos fundamentos constitucionais. Cativa do ambiente que a forjou, essa congênita perspectiva, agravada pela napoleônica confusão entre interesse público e interesse estatal, evidenciou-se como responsável pelo enquadramento da permissão e da autorização de serviços públicos no âmbito dos atos administrativos negociais, cuja atávica fragilidade de seus vínculos, reflexo correlato dos excessivos poderes discricionários e unilaterais do Estado, bem pouco zelo devotou aos direitos fundamentais dos permissionários e autorizatários. A verdade é que certos hábitos mentais levam tempo para serem exorcizados. Os velhos conceitos, inercialmente, sempre conservam boa reserva de energia, de modo que as mudanças jamais se operam de um jato" (FREITAS, Juarez. "Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Princípio da Segurança Jurídica – Exigência da Menor Precariedade Possível nas Relações de Administração – Terminais Portuários de uso Privativo: contratos de adesão – Princípio da Irretroatividade dos Atos Normativos – Limites ao Poder de Modificação Unilateral do Estado – Inviabilidade dos Atos Administrativos Autônomos na CF/88 – Princípio da Legalidade", in *Interesse Público,* vol. 20, 2003, p. 92).

[71] Até se compreende que essa pudesse ser a prática antes de 1988, mas já houve tempo suficiente para todos se adequarem à juridicidade constitucional, decorridos que foram mais de quinze anos da expressa e clara exigência de licitação para a prestação de serviços públicos por particulares (art. 175, *caput*, CF). Entendemos que, mesmo que se considere que a autorização seja ato administrativo, não submetida portanto estritamente à Lei nº 8.666/93, caso tenha como objeto bem escasso, ou seja, caso haja uma limitação do possível número de autorizatários, a

A natureza contratual da autorização administrativa quando tiver como objeto a prestação de serviço público, com o que será materialmente uma concessão ou permissão, sana esses dois inconvenientes.[72]

Por derradeiro devemos consignar a posição de GASPAR ARIÑO ORTIZ, que chega a afirmar que *"toda regulação é um contrato, não é um ato unilateral": "Essa afirmação pode parecer chocante. Sempre entendemos que o ordenamento jurídico é algo essencialmente mutável em função das opções políticas e que ninguém tem direito à manutenção da legislação vigente. Isso é correto em geral. Mas aqui estamos falando de regulação econômica – em particular regulação de serviços públicos – que não são normas dirigidas à generalidade da população, mas àqueles grupos de investidores que se deseja atrair para assumir a gestão de determinadas atividades de interesse geral (...). A regulação econômica não é só o exercício de alguns poderes normativos pelos poderes públicos, mas também é uma invitatio ad offerendum, uma chamada para investir em uma atividade essencial, sob determinadas condições, que constam de um edital de licitação ou de uma lei (norma unilateral). A norma (ou o edital) contém um evidente compromisso: o de manter essas condições para a atividade, se esta vier afinal a ser assumida pelos investidores. Surge aí uma relação bilateral, que tem alma de contrato, ainda que estabelecida por norma, e que deve ser respeitada por ambas as partes. Isso que dizer que o Estado fica privado do seu poder normativo? Claro que não. Porém, se, por quaisquer que sejam as razões, decide alterar as condições do compromisso contraído, modificando a posição jurídica na qual a empresa fez sua oferta e na qual tinha direito a confiar, então o Estado deverá assumir os custos da mudança, se houver".*[73]

A interessante posição do autor poderia ser enfocada como uma espécie de "proteção do equilíbrio econômico-financeiro" de atividades privadas regulamentadas decorrente da responsabilidade objetiva do Estado (por ato legislativo, formal ou material, constitucional), com base no art. 37, § 6º, CF. A diferença para a proteção do equilíbrio econômico-financeiro das concessionárias de serviços públicos é que, naquele caso, a recomposição do equilíbrio não seria devida por qualquer fato imprevisível, mas, via indenizatória, apenas por modificação das normas estatais, administrativas ou legais. Parece ter sido sob esta inspiração que o STF reconheceu ao julgar o Recurso Extraordinário nº 422.941-2/210 o direito de usineiros serem indenizados por força do art. 37, § 6º, CF, pela União em razão do índice fixado para o reajuste do preço dos seus produtos não corresponder à variação dos respectivos insumos.

Administração Pública deveria, de qualquer maneira, em razão dos princípios previstos no art. 37, *caput*, CF, realizar processo seletivo prévio, objetivo, público e igualitário (cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*, Ed. Malheiros, São Paulo, p. 15).

[72] "Para evitar a fuga do regime de atribuição de concessões pela via de utilização de actos unilaterais, a Comunicação Interpretativa da Comissão da União Européia sobre as Concessões em Direito Comunitário (2000/C 121/02) equipara-os a contratos, desde que exista o consentimento dos terceiros" que desejam prestar o serviço (GONÇALVES, Pedro e MARTINS, Licínio Lopes. Os Serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador, in *Estudos de Regulação Pública,* Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 252).

[73] CASSAGNE, Juan Carlos e ORTIZ, Gaspar Ariño. Servicios Públicos, Regulación y Renegociación, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, pp. 104 e 105.

VI – ARRENDAMENTO.

O arrendamento no Direito Administrativo tem as suas raízes como uma "locação de direito público", versando mais sobre o uso e exploração de determinado bem público do que propriamente sobre a prestação de determinada atividade ao público.

Quando o uso de bem público visa à exploração de frutos ou de serviço, a locação é denominada pelo art. 96 do Decreto-Lei 9.760/46 de arrendamento, com o prazo máximo de dez anos (art. 96, parágrafo único, do Decreto-Lei 9.760/46), ressalvados os projetos cujo montante dos investimentos demandar prazo maior, porém sempre determinado (art. 21 da Lei nº 9.636/98).

Apenas mais recentemente o arrendamento passou, no setor dos serviços portuários, a ter acepção de delegação de serviço público.

Na Lei dos Portos – Lei nº 8.630/93, os arrendamentos também são previstos, mas como instrumentos da delegação da gestão de portos, com previsão de várias cláusulas análogas às que caracterizam os contratos de concessão de serviço público (ex., reversão dos investimentos realizados nas instalações portuárias arrendadas – art. 4º, § 4º, Lei dos Portos), sem prejuízo da aplicação subsidiária das Leis nº 8.987/95 e 8.666/93.

Sendo um contrato de arrendamento de instalações portuárias de uso público,[74] tem como objeto a prestação de serviços públicos portuários a qualquer interessado, serviços estes da titularidade da União, na forma do art. 22, XII, 'c' e 'f', da Constituição Federal.

Podemos trazer, a respeito da identificação do arrendamento portuário como uma espécie de delegação de serviço público, as lições de CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO,[75] para quem *"o conceito de serviço público delegado tem como elementos fundamentais: a) o objetivo primordial de satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, que o Poder Público julga de sua obrigação prover, seja diretamente, seja delegando a execução do serviço a particulares; b) a submissão das relações jurídicas pertinentes ao serviço a regras exorbitantes do Direito Privado e peculiares ao Direito Público; c) o direito de qualquer interessado de utilizar-se do serviço, em igualdade de condições com os demais usuários; d) a obrigação de o prestador de um serviço público colocar o serviço à disposição dos interessados de forma regular e sem solução de continuidade; e) a remuneração pelo serviço mediante tarifas públicas, estabelecidas pelo Poder Público; f) a fiscalização da qualidade e da regularidade do serviço pelo Poder Público delegante, havendo delegação. (...) Os terminais de uso público prestam serviços públicos tal como acima definidos, ou seja: a) o seu objetivo primordial é suplementar os portos organizados na satisfação das necessidades da coletividade, quanto a serviços portuários; b) qualquer interessado tem o direito de utilizar-se do serviço, em igualdade*

[74] No sistema da Lei nº 8.630/93, o arrendamento destina-se à exploração de instalações portuárias de uso público em áreas de porto organizado. O porto organizado em si é objeto de concessão, da qual o arrendamento pode ser um contrato derivado (arts. 1º a 4º, Lei nº 8.630/93).
[75] LOBO, Carlos Augusto da Silveira. "Os Terminais Portuários Privativos na Lei nº 8.630/93", in *Revista de Direito Administrativo – RDA* , vol. 220, 2000, pp. 27 a 29.

de condições com os demais usuários; c)o titular de terminal de uso público tem a obrigação de colocar o serviço à disposição dos interessados de forma regular e contínua, sem discriminar entre os usuários; d) seus serviços devem ser remunerados mediante uma tarifa estabelecida pelo poder público, de aplicação geral; e) seus serviços estão sujeitos à fiscalização pelo poder concedente".

Igualmente, ODETE MEDAUAR[76] afirma que, *"na atualidade, no contexto de reforma de Estado e de privatização, outras figuras vêm sendo utilizadas para transferir ao particular a prestação de serviços. Uma delas é o arrendamento, pelo qual o poder público transfere a gestão operacional de um serviço público a particular (arrendatário), para que este explore por sua conta e risco, colocando à sua disposição um imóvel público ou um complexo de bens públicos, vinculados ao serviço".*[77]

A esse respeito, FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO observa que o arrendamento *"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 em sua origem".*

O autor baseia sua conclusão no fato de que atreladas ao arrendamento encontram-se exigências relativas a quantidades, padrões e metas mínimas, e no fato de que a exploração e percepção de frutos decorrentes desse serviço pelo particular constituem um dever, e não apenas uma faculdade oferecida ao arrendatário, não tendo esse liberdade sobre a forma como melhor aproveitar a exploração do bem concedido.[78]

A fim de melhor circunscrever a questão, faz-se necessário esclarecer brevemente a classificação dos portos determinada pela Lei nº 8.630/93, segundo a qual os portos dividem-se em terminais de uso público e terminais de uso privativo.

Os terminais de uso público são sempre localizados em áreas de portos organizados,[79] que são explorados diretamente pela União ou por

---

[76] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, Ed. RT, São Paulo, 5ª edição, 2001, p. 384.

[77] Note-se que, além da acepção específica de arrendamento referida na Lei dos Portos, a doutrina, especialmente estrangeira, também utiliza o termo "arrendamento" (a doutrina francesa chama de *affermage*) para denominar alguns contratos que recaem perfeitamente no conceito de concessão de serviços, mas em que a infra-estrutura já estava construída no momento da sua celebração: "dentro de um conceito amplo de concessão de serviços públicos, pode distinguir-se a figura do arrendamento, em que a entidade pública cede a terceiro – normalmente uma entidade privada – a gestão e a exploração de uma empresa, estabelecimento ou serviço já instalados e em funcionamento. A entidade 'arrendatária' é normalmente remunerada pelas tarifas cobradas aos utentes ou consumidores, pagando em contrapartida uma renda à entidade pública. Assim, ao contrário do que acontece freqüentemente na concessão, não cabe ao arrendatário o investimento inicial, assumindo apenas o risco financeiro inerente à exploração e manutenção. Aliás, a entidade pública pode ou não manter a responsabilidade pelos novos investimentos e pelo serviço da dívida, se houver". (MOREIRA, Vital e MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Desintervenção do Estado, Privatização e Regulação de Serviços Públicos*, acessado em 02/04/03 em www.fd.unl.pt/pt/on-line/de/DesEst.doc).

[78] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. "Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário". *Revista de Direito Administrativo – RDA*, vol. 231, 2003, p. 279.

[79] Lei nº 8.630/93: *Art. 1°. Cabe à União explorar, diretamente ou mediante concessão, o porto organizado. § 1°. Para os efeitos desta lei, consideram-se: I - Porto organizado: o construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação e da movimentação e armazenagem de*

concessionários nos termos da Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos. O arrendamento de terminais de uso público é celebrado com a União, quando ela explorar o porto diretamente, ou com o concessionário dela, quando ela houver delegado a gestão do porto organizado (art. 4º, Lei nº 8.630/93). A sua natureza será, então, semelhante à concessão ou à subconcessão, respectivamente.

Os terminais de uso privativo, sejam de uso exclusivo ou misto, podem ser implantados em área de porto organizado ou não mediante autorização administrativo (art. 4º, II, Lei nº 8.630/93).[80]

Os detentores de terminais privativos não prestam serviço público, mas sim atividade econômica em regime eminentemente privado. O direito à exploração do terminal privativo preexiste à autorização, por força de lei, sendo o referido ato administrativo mera condição para o exercício do direito de exploração.[81]

Por outro lado, nas concessões de exploração de terminal portuário público, está-se diante da típica delegação do exercício de atividade estatal, mais especificamente, de um serviço público.

VII – FRANQUIA PÚBLICA.

O contrato comercial da franquia consiste, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.955/94, *"em uma autorização para o uso de nome e de marca, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional, desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, que uma empresa faz a outra, com prestação de serviços e assistência permanente, mediante o recebimento de certa quantia e sob determinadas condições, conservando esta última sua individualidade jurídica (...). A franquia pressupõe um relacionamento de parceria entre duas empresas*

---

mercadorias, concedido ou explorado pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária.

[80] Sobre os terminais privativos, Carlos Augusto da Silveira Lobo observa que, no novo regime implantado pela Lei nº 8.630/93, não mais são considerados "exceções toleradas ao monopólio dos portos organizados", mas fazem parte da estrutura do porto considerada como um todo (LOBO, Carlos Augusto da Silveira. "Os terminais portuários privativos na Lei nº 8.630/93". *In* Revista de Direito Administrativo, vol. 220, 2000, p. 24).

[81] "Ora, é claro que o direito do titular do domínio útil de um imóvel propício, de nele construir e operar um terminal portuário, preexiste à autorização, embora esse direito só possa ser exercido após devidamente autorizado. A autorização apenas liberta o exercício do direito preexistente, sem alterar sua natureza. Quando se trata de serviço público, o direito preexistente é do Estado, e só pelo Estado pode ser exercido, seja diretamente, seja mediante delegação a um particular. Se o Estado opta por delegar a execução do serviço, a delegação investe o delegado em um direito novo, que ele não tinha antes do ato da delegação. Esse direito novo, por sua própria natureza, se submete a um regime de Direito Público. Portanto, fique claro que não há delegação de serviço público nos terminais privativos. Há autorização, relacionada com o exercício do poder de polícia" (LOBO, Carlos Augusto da Silveira. "Os terminais portuários privativos na Lei nº 8.630/93". *In* Revista de Direito Administrativo, vol. 220, 2000, p. 27).

independentes, conservando cada uma sua individualidade jurídica, assumindo cada uma todo o risco de seus respectivos empreendimentos, responsabilizando-se por todas as despesas de seus pessoal e de manutenção do próprio estabelecimento".[82]

Mediante a franquia o Poder Público tem contratado com particular a execução padronizada de serviços públicos (padrões pré-estabelecidos para horários, produtos, uniformes, etc.). O instituto, que já era de ampla utilização entre agentes privados, vem sendo empregado sobretudo pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, mas apenas em relação aos serviços da agência de coleta, não abrangendo, por exemplo, o transporte das correspondências. *"O fato de não haver uma legislação específica disciplinando os contratos de franquia na Administração Pública não impede a adoção do sistema, da mesma forma que a celebração de contratos de concessão sempre foi feita independentemente da existência de lei sobre o assunto, prevista desde a Constituição de 1934 (art. 137). Aliás, pode-se afirmar que os contratos administrativos, no Brasil, somente passaram a ser disciplinados com maiores detalhes a partir do Decreto-Lei nº 2.300/86".*[83]

A previsão legal genérica (não especificamente para a Administração Pública) das franquias consta da Lei nº 8.955/94. Essa Lei não trata da franquia do ponto de vista do Direito Público, mas apenas como espécie de contrato privado.

Como qualquer contrato, ainda que fosse de direito privado, demanda a prévia realização de licitação, ressalvadas as hipóteses de dispensa e inegixibilidade. Pode haver, por exemplo, ilimitação do número dos possíveis franqueados, hipótese de inexigibilidade de acordo com o art. 25, *caput,* Lei nº 8.666/93.

Submete-se ainda às normas típicas do contrato administrativo que a Lei nº 8.666/93 (art. 62, § 3º, I) impõe, "no que couber", aos contratos de Direito Privado da Administração Pública, por sinal atenuando bastante a diferença entre eles.[84]

Esse é o regime jurídico da franquia quando ela é utilizada pela Administração Pública Direta ou Indireta no exercício de atividades econômicas *stricto sensu* não monopolizadas pelo Estado, quando o Estado, nos termos do art. 173, CF, atua nas mesmas condições jurídicas que a iniciativa privada e em concorrência com ela. Nesses casos o contrato é, portanto, uma franquia propriamente dita, ou seja, um contrato de Direito Privado, excetuadas as normas de ordem pública mencionadas pelo art. 62, § 3º, I, da Lei nº 8.666/93.

---

[82] BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e Direito,* Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, pp. 31 e 32.
[83] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública,* 4ª edição, Ed. ATLAS, São Paulo, 2002, pp. 165 e 166.
[84] Deve-se "superar a dicotomia entre contrato privado e contrato administrativo, salientando que não há na Administração Pública 'contratos exclusivamente sujeitos ao Direito Privado', mas sim, que na multiplicidade de contratos firmados pelos órgãos e entidades governamentais, 'dependendo do seu objeto, haverá uma presença maior ou menor de cláusulas de natureza pública'. Isso já permite antever uma pluralidade de contratos havidos como administrativos" (DALLARI, Adilson Abreu. "Credenciamento", in *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*, vol. 2 [org. Celso Antônio Bandeira de Mello], Ed. Malheiros, São Paulo, 1997, p. 44).

Todavia, quando a franquia for o instrumento da prestação de serviços públicos econômicos, ou seja, de atividades econômicas *lato sensu* titularizadas com exclusividade pelo Estado para o atendimento de necessidades coletivas, a franquia se aproximará da concessão ou da permissão de serviço público,[85] inclusive com a eventual reversibilidade dos bens utilizados na prestação do serviço.[86]

Há os seguintes fatores de identificação entre a concessão e a franquia: *"a) delegação da execução de uma tarefa, conservando o franqueador ou o poder concedente a titularidade e plena disponibilidade sobre o mesmo; b) personalidades jurídicas diversas; c) desenvolvimento da atividade por conta do franqueado ou concessionário; d) poder de controle e fiscalização da atividade; e) remuneração do concessionário ou franqueado liga-se aos resultados financeiros da exploração, em especial aos valores pagos pelo público destinatário do serviço; f) fixação unilateral prévia das condições do contrato; g) franqueado ou concessionário pagam pela outorga da franquia ou concessão".*[87]

Para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *"a franquia é uma forma de concessão que não traz prejuízo para a Administração Pública, mesmo porque nela as exigências para o franqueado (ou concessionário) são maiores do que na própria concessão em sua forma tradicional, uma vez que este último é obrigado a atuar segundo técnicas de organização e trabalho próprias do concedente, o que não ocorre na concessão".*[88]

O diferencial em relação à concessão seria que o franqueado, diversamente do concessionário, *"atua em nome do franqueador e utilizando sua marca e suas técnicas de atuação e organização (instalação, localização, treinamento de pessoal, organização contábil e administrativa, técnicas de prestação de serviços, publicidade, etc.). (...) O diferencial do contrato de franquia é o compromisso da transferência do know-how ou de técnica de produção e comercialização, e, conseqüentemente, a nova equação de co-responsabilidade, pois a Administração Pública deixa de ser apenas controladora, para ser atuante, com a obrigação de*

[85] Vê-se, então, que a natureza das franquias dos correios depende logicamente de como classifiquemos essa atividade. Serão franquias propriamente ditas (de direito privado) se considerarmos o correio uma atividade econômica *stricto sensu* que a União deve prestar por força do art. 21, CF, mas que não é vedada à iniciativa privada. Já se o considerarmos como uma atividade titularizada com exclusividade pela União, seja como monopólio ou como serviço público, será uma delegação contratual.

[86] Para Marcelo Lamy, "na franquia pública deve-se prever a reversão dos bens do franqueado para o franqueador, para que se preserve a continuidade da prestação dos serviços. Na franquia privada isto pode ou não ocorrer. Chegamos inclusive a mencionar a possibilidade dos bens serem readquiridos a preço atual, descontadas eventuais desvalorizações advindas do uso ou do desgaste. Ocorre que na franquia pública não se fala de reaquisição, mas em simples reversão. A reaquisição implica em desembolso do franqueador. A reversão é automática, sem desembolso, presume-se a amortização do valor destes no decorrer da duração do contrato" (LAMY, Marcelo. *Franquia Pública,* Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 2002, p. 153).

[87] LAMY, Marcelo. *Franquia Pública,* Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 2002, p. 150. Em sentido análogo, equiparando as franquias de serviços públicos às concessões, JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, Ed. Dialética, São Paulo, 2003, p. 147 e segs.

[88] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública,* 4ª edição, Ed. ATLAS, São Paulo, 2002, p.164. "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" (autora e ob.cit., p. 179).

aprimorar os produtos ou os serviços, bem como a produção, a execução e a comercialização".[89]

Equiparando expressamente as franquias públicas às concessões de serviços públicos ao refutar as alegações da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT de que não era obrigada a licitar as suas franquias, o Tribunal de Contas da União – TCU invocou justamente o dispositivo constitucional relativo às concessões e permissões de serviços públicos (art. 175, CF): *"Tal obrigatoriedade (de licitar) exsurge da própria norma inscrita no art. 175 da Lei Maior. Além disso, o instrumento licitatório visa, por definição, à seleção, pela Administração, da proposta mais vantajosa (...). Forçoso, portanto, é convir que o multicitado contrato de franquia celebrado entre a ECT e terceiros representa verdadeiro ato administrativo que aquela Empresa Pública firma na condição de outorgada de serviço público. Situação esta que, sob a ótica do art. 175 da Carta Magna, deve efetivar-se por meio de concessão ou permissão, sempre através de licitação".*[90]

Por igualdade de razões, se o franqueador for a própria concessionária de serviços públicos, seja ela integrante da Administração Indireta ou não, equiparar-se-à juridicamente à subconcessão ou subpermissão de serviços públicos, regendo-se por toda a disciplina a ela concernente, inclusive pelo art. 26 da Lei nº 8.987/95.

As franquias propriamente ditas – de direito privado –, ou seja , não como modalidade de concessão ou permissão de serviços públicos, podem ser utilizadas pelas concessionárias apenas em atividades ancilares, como forma de obtenção de recursos extras previstos na forma do art. 25, § 1º, Lei nº 8.987/95.

VIII – CREDENCIAMENTO.

A Lei nº 8.666/93, que fixa as regras nacionais de contratos administrativos e licitações, não trata expressamente do instituto do credenciamento. Os seus princípios e regras não são, contudo, indiferentes a situações em que a Administração não tem que escolher determinado particular em detrimento dos demais, mas, ao revés, quanto maior o número de pessoas a serem contratadas, mediante condições homogêneas previamente divulgadas, melhor atendido será o interesse público.

Nesses casos não é possível a competição por duas razões: (1) a contratação de um particular não exclui a dos demais, que também é almejada pela Administração Pública; (2) as condições dos contratos são uniformes e previamente estabelecidas pela Administração Pública, não havendo como variarem segundo propostas dos particulares, que sequer chegam a apresentá-las, apenas aderindo às cláusulas prefixadas pela Administração.

---

[89] LAMY, Marcelo. *Franquia Pública,* Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 2002, pp. 150 e 151.
[90] Processo TCU nº 013.889/94, Rel. Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira.

Os contratos celebrados mediante credenciamento podem, se observados esses requisitos (ausência de limite numérico de virtuais contratados e uniformidade das condições prefixadas pela Administração), ser celebrados sem licitação em razão da sua inviabilidade, subsumindo-se ao permisssivo genérico de inexigibilidade de licitação do *caput* do art. 25 da Lei nº 8666/93, por força do qual "é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição". O certame é de realização impossível, já que inexistente o seu pressuposto lógico, que é a possibilidade de competição.[91]

O fato de os casos de credenciamento não estarem previstos nos incisos do art. 25 da Lei nº 8.666/93 em nada ilide essa assertiva, uma vez que o principal ponto pelo qual a inexigibilidade se distingue da dispensa de licitação é justamente o caráter meramente exemplificativo do rol de casos de inexigibilidade,[92] todos reconduzíveis à condição genérica e aberta, verificável caso a caso, de inviabilidade de competição (art. 25, *caput,* Lei nº 8.666/93), na qual os credenciamentos típicos se inserem.

Para sintetizar o exposto, podemos trazer as lições de JOEL DE MENEZES NIEBUHR: *"Hipótese de inexigibilidade de licitação pública, que é cada vez mais freqüente, relaciona-se ao denominado credenciamento, porquanto todos os interessados em contratar com a Administração Pública são efetivamente contratados, sem que haja relação de exclusão. Como todos os interessados são contratados, não há que se competir por nada, forçando-se reconhecer, por dedução, a inviabilidade de competição e a inexigibilidade de licitação pública. (...) Cumpre ponderar, desde já, que a hipótese de credenciamento não foi prevista na Lei nº 8.666/93. Não há qualquer dispositivo que aborde o assunto, regrando suas premissas. Impende reafirmar, por oportuno, que a inexigibilidade não depende de autorização legal, tanto que ocorre em todas as situações de inviabilidade de competição, o que remonta à questão fática. Destarte, a ausência de dispositivos normativos em torno das hipóteses de credenciamento não obsta lhes reconhecer a existência, bem como a inviabilidade de competição, o que acarreta a inexigibilidade."*[93]

Sob perspectiva diversa, mais próxima ao objeto do presente estudo, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO afirma, ao tratar do credenciamento,

---

[91] Nesses casos, portanto, mais do que a Administração poder discricionariamente realizar ou não a licitação (casos de mera dispensa de licitação – art. 24, Lei nº 8.666/93), a realização da licitação é inviável.

[92] Segundo a uníssona doutrina administrativista, as diferenças básicas entre dispensa e inexigibilidade de licitação são, respectivamente, de um lado, a discricionariedade e taxatividade das hipóteses legais de dispensa, e, de outro, a necessidade da não realização da licitação e o caráter exemplificativo do rol de hipóteses de inexigibilidade (ver, entre outros, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 13ª edição, São Paulo, 2001, pp.483 a 495).

[93] NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*, Ed. Dialética, São Paulo, 2003, p. 210. Veja-se também a posição ementada da Procuradoria do Município de São Paulo a respeito do tema: "EMENTA Nº 10.178 (Memorando nº 118/2001-CONAE-11) Licitação. Distinção entre hipóteses de dispensa e de inexigibilidade. Contratação de objeto singular, não dotado de notável singularidade, mas que possa ser satisfatoriamente atendido por mais de um particular, configura hipótese de inexigibilidade de licitação, a teor do disposto no artigo 25, 'caput' da Lei Federal nº 8.666/93, devendo ser precedida de credenciamento. O credenciamento é sistema criado pela doutrina e acolhido pelo Tribunal de Contas da União, consistente na constatação de um fato e conseqüente aplicação de um princípio constitucional para solucioná-lo – Isonomia".

que *"nesta modalidade de parceria, a Administração Pública delega unilateral e precariamente, por atos administrativos, a credenciados, atividades de interesse público, reconhecendo-lhes a produção de eficácia administrativa pública e dando-lhes assentimento para que sejam remunerados por seus serviços, diretamente pelos administrados beneficiados ou por ela própria".*[94]

Em semelhante acepção, ADILSON ABREU DALLARI[95] sustenta que *"credenciamento é uma outorga ou atribuição. O credenciado recebe do Poder Público uma qualificação, uma situação jurídica ou uma prerrogativa que, sem isso, não lhe assistiria. (...) Tal outorga se faz por meio de ato formal. Credenciamento não se presume, embora possa estar implícito ou ser conferido a alguém sob outra denominação. É o caso de certos atos de registro, de autorização ou de aprovação (...). A prerrogativa, faculdade ou obrigação atribuída ao outorgado se limita à habilitação para o desempenho de atividade material ou técnica, não jurídica, mas meramente instrumental ou de colaboração com a Administração Pública. Essa atividade técnica ou material é desenvolvida a título oneroso. Quando a remuneração é paga pelo Poder Público, tem-se, aí, um simples contrato de colaboração. Quando a remuneração é paga pelo particular interessado, aí se terá um credenciamento propriamente dito, um típico contrato de atribuição".*

Em nosso entender, nenhuma dessas duas possíveis espécies de credenciamento nessa acepção pode ser considerada delegação de serviço público, nem um credenciamento em sentido próprio.

O credenciamento é um contrato em que a Administração Pública estará simplesmente adquirindo um bem ou serviço que lhe interessa com inexigibilidade de licitação (ex., quando a Administração Pública celebra contratos idênticos com quantos bancos quiserem se habilitar para receber o pagamento das contas devidas pelos cidadãos). *"Tal processo deve ser entendido como processo não de seleção, mas de qualificação dos particulares, de habilitação para que possam vir a contratar com a Administração. Trata-se, essencialmente, de verificar a satisfação de condições de regularidade e de conhecimento técnico necessárias a conferir segurança à Administração para a contratação. O chamamento deve ser precedido de convocação de todos os interessados para que se cadastrem junto à Administração gestora (chamamento público). Para o cadastramento, os particulares deverão demonstrar o preenchimento das condições mínimas de habilitação".*[96]

Pode-se imaginar, como nos casos trazidos por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO e ADILSON ABREU DALLARI, um "credenciamento" como meio de controle (poder de polícia) exercido pela Administração Pública sobre atividades privadas, geralmente atividades privadas instrumentais ao exercício do poder de polícia principal (ex., oftalmologistas e psicólogos aptos a fazerem os exames necessários à habilitação de motorista, estabelecimentos habilitados a confeccionar placas de automóveis ou blocos de notas fiscais, etc.).

---

[94] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo,* 12ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2001, p. 268.
[95] DALLARI, Adilson Abreu. "Credenciamento", in *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*, vol. 2 [org. Celso Antônio Bandeira de Mello], Ed. Malheiros, São Paulo, 1997, pp. 52 e 53.
[96] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. "Público e Privado no Setor de Saúde", in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE,* vol. 09, 2005, p. 126.

O poder de polícia em si é indelegável, mas as atividades instrumentais a ele podem ser atividades privadas comuns, em relação às quais, no entanto, o Estado impõe requisitos adicionais aos ordinários para que os seus resultados possam ser encampados pela Administração. Sobre elas incidirá, então, um outro poder de polícia, ou seja, essa atividade privada policiada é instrumental ao exercício de um outro poder de polícia. Por exemplo, o poder de polícia sobre as pessoas que querem obter habilitação para dirigir veículos automotores precisa de médicos que atestem que o motorista se encontra em condições oftalmológicas satisfatórias. O Estado não aceita, contudo, o atestado de qualquer oftalmologista, mas apenas daqueles que, comprovando o atendimento de certos requisitos especiais de competência técnica e idoneidade, se credenciarem a tanto. Apenas esses profissionais, após passarem por tal crivo, poderão desempenhar aquela atividade instrumental ao exercício do poder de polícia do trânsito com efeitos válidos para a Administração, que aceitará apenas os seus laudos.

Essas atividades privadas instrumentais ao exercício do poder de polícia pelo Estado constituem espécie das atividades privadas de interesse público, de maneira que não são serviços públicos, mas atividades da iniciativa privada submetidas a uma forte regulação, tanto na entrada, como na permanência de agentes nesse mercado. Conseqüentemente, o dito "credenciamento" não é, nesses casos, um contrato, e sim um ato de polícia administrativa.

Isso faz com que, observados os requistos técnicos e de idoneidade razoável e proporcionalmente fixados pelo Estado, os particulares interessados tenham direito a exercê-las em regime de livre concorrência conforme art. 170, IV e parágrafo único, da Constituição, não cabendo ao Estado limitar o número de agentes econômicos privados na atividade, mas apenas estabelecer os requisitos necessários ao seu exercício.[97]

Tanto o credenciamento propriamente dito (de natureza contratual), como o credenciamento de polícia administrativa, não são o contrato ou o ato em si, mas sim o procedimento de escolha ou de controle, respectivamente, que deve precedê-los. E, de qualquer forma, o seu objeto não é a prestação de serviço público, mas sim, respectivamente, a aquisição de bem/serviço para a Administração ou o exercício do seu poder de polícia.

[97] Apenas em caso de absoluta impossibilidade técnica da existência de agentes credenciados acima de determinado número, poderá ser admitida a sua limitação. Nesses casos, contudo, como o credenciamento representará um privilégio, ou seja, uma prerrogativa que alguns cidadãos têm com exclusão dos demais (ainda que não propriamente um contrato com a Administração, continuando a ser um procedimento do exercício do poder de polícia administrativa), deve ser temporário e sujeito a periódicos procedimentos públicos, objetivos e isonômicos (ainda que não necessariamente os da Lei nº 8.666/93) de escolha dos credenciados.

IX – CONTRATOS DE GESTÃO.

A delegação de serviços públicos é tradicionalmente associada aos serviços públicos econômicos, ou seja, àqueles que, reservados ao Estado, são capazes de gerar lucro mediante o pagamento de tarifas por seus usuários.[98]

Mas uma das inovações que os ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro, têm efetivado nos últimos anos é justamente a criação de mecanismos contratuais capazes de estender o instituto da delegação aos serviços públicos sociais, que são exercidos pelo Estado, mas sem a exclusão da iniciativa privada.

Nesses casos, o que é delegado não é o exercício de uma atividade que, sem esse transpasse, seria defesa à iniciativa privada, mas sim o exercício com o apoio do Estado de atividade que poderia ser exercida por direito próprio, tanto pelo Estado, como pelo particular.

Os principais instrumentos engendrados com essa finalidade são as PPPs na forma de concessões administrativas,[99] e os contratos de gestão. Naquelas o particular pode ter fins lucrativos, nesses não.

Ao contrário dos contratos de gestão celebrados com órgãos e entidades públicas qualificadas como agências executivas para terem maior autonomia (art. 37, § 8º, CF),[100] os contratos de gestão com entidades privadas sem fins lucrativos qualificadas como organizações sociais não possui sede constitucional.

---

[98] Os dois elementos da definição dos serviços públicos econômicos são extremamente ligados, uma vez que a reserva da titularidade da atividade para o Estado é o elemento decisivo para a generalizada imposição de tarifas aos usuários, desprovidos que estão de outras possibilidades de aquisição do serviço.

[99] Ao analisarmos o conceito de concessões, também aventamos a possibilidade de a Lei nº 8.987/95 ser empregada na delegação a particulares de atividades estatais não cobertas pela *publicatio.* A concessão de atividades estatais não exclusivas já não é vista com tanta novidade na doutrina estrangeira: "Em alguns casos o serviço concedido pode perfeitamente conviver com empresas privadas com um objeto análogo (ex., serviços públicos de teatro). Decidindo pela concessão de um desses serviços, os governantes não têm por finalidade limitar o número de empresas do setor, mas, ao contrário, de assegurar o funcionamento satisfatório de pelo menos uma entre elas, e de poder determinar no exercício da atividade algumas condições que entende necessárias em prol do interesse público. Nessas hipóteses, ele compensa os ônus que dessa maneira são impostos ao concessionário através da outorga de subvenções, tal como a utilização gratuita de um imóvel do domínio público" (ORIANNE, Paul. *La Loi et le Contrat dans les Concessions de Service Public,* Maison Fredinand Larcier, Bruxelles, 1961, p.200). Tratando especificamente dos serviços de saúde, já se observou na doutrina nacional que "não seria de todo despropositado sustentar que nesta seara estamos diante da delegação de serviço público não exclusivo, tendo a Constituição previsto para os serviços de saúde instrumentos de delegação específicos (convênios ou contratos de direito público) distintos daqueles instrumentos gerais referidos no seu art. 175 (concessão ou permissão)" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. "Público e Privado no Setor de Saúde", in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE,* vol. 09, 2005, p. 128).

[100] Sobre esses ver ARAGÃO, Alexandre Santos de. "Agências Reguladoras e Agências Executivas", in *Revista de Direito Administrativo – RDA*, vol. 228, 2002.

Foi a Lei nº 9.637/98 que previu a qualificação de entidades privadas sem fins lucrativos como organizações sociais e, feito isto, a celebração de contratos de gestão para que obtenham uma série de apoios do Poder Público. Da mesma forma que em relação às agências executivas, as entidades qualificadas não perdem a sua natureza jurídica original de associações civis, fundações privadas, etc. "Organização social" é o título por elas recebido que possibilita a celebração do contrato de gestão previsto na Lei nº 9.637/98.

Há uma conjunção das técnicas administrativas prestacionais e de fomento social ou econômico,[101] pois as técnicas de fomento "não esgotam a sua finalidade na persecução da finalidade própria do fomento, podendo, outrossim, buscar também a realização de outros objetivos. É o que ocorre com a subvenção, que pode atuar como uma técnica de prestação e manejo do serviço público, pois 'as instituições ou empresas subvencionadas se integram na órbita do serviço público através da subvenção, de certo modo administrativizando-se'."[102]

Discute-se quanto à possibilidade de inclusão das entidades da sociedade civil sem fins lucrativos, parceiras do Estado por colaboração em geral, no conceito de Administração Pública descentralizada, entendendo-se que, em razão de apenas desenvolverem parcerias com o Poder Público, não sendo por ele criadas ou geridas, permanecem na esfera privada. Essas entidades de cooperação receberiam tais atribuições a partir de leis específicas, atos negociais, a exemplo dos contratos de gestão, ou atos administrativos concretos de reconhecimento, de forma assemelhada à autorização e à permissão.[103]

Para que essas entidades da sociedade civil possam ser consideradas integrantes da Administração Pública descentralizada, não é suficiente que desenvolvam, em parceria com o Estado, eventualmente até com recursos públicos, atividades de interesse público.

O mero acordo entre o Estado e uma entidade privada beneficente, na maioria das vezes denunciável unilateralmente por qualquer das partes, não as integra na coordenação e planejamento estatais de caráter obrigatório incidente sobre as entidades descentralizadas nos termos do art. 174, CF. Isso só vem a ocorrer se o Estado passar a exercer sobre a entidade da sociedade civil poderes além dos que caracterizam os simples parceiros, imiscuindo-se na sua administração e na condução das suas finalidades, coordenando a sua atuação no conjunto da Administração Pública.

---

[101] Na hipótese dos contratos de gestão, mais de fomento social que econômico.
[102] GARCÍA, Miguel Ángel Sendín. *Regulación y Servicios Públicos,* Editorial Comares, Granada, 2003, pp. 106/7, grifamos.
[103] AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, Livraria Almedina, Coimbra, 2ª ed., 1998, pp. 575 a 577.

Para um ente de colaboração (gênero), abstraindo-se por enquanto das organizações sociais (espécie), ser considerado integrante da Administração Pública descentralizada, não basta, portanto, que esteja cooperando com o Poder Público em alguma área de interesse comum. É necessário mais: deve se integrar juridicamente na coordenação das ações estatais.[104]

A mera formalização de convênio ou outro instrumento análogo com a Administração Pública, não é, por si só, suficiente para caracterizar a entidade parceira como integrante da administração pública descentralizada. O vínculo com a Administração há de ser mais estável e intenso, com a previsão de poderes (não hierárquicos, naturalmente) da Administração se imiscuir na gestão das atividades descentralizadas.

É sob este ponto de vista que devemos perquirir a posição das organizações sociais na organização administrativa. Muitas das suas características são comuns às entidades sem fins lucrativos que sempre celebraram convênios com o Poder Público, e que, tal qual elas, são sujeitas ao controle do Tribunal de Contas (art. 9º, Lei Federal nº 9.637/98), podem receber recursos públicos para o desenvolvimento de metas preestabelecidas (art. 12, Lei Federal nº 9.637/98), etc.

Malgrado essas semelhanças, há algumas características que distinguem as organizações sociais dos entes privados de colaboração não integrantes da Administração descentralizada.

A Administração central efetivamente possui instrumentos de participação na gestão das atividades das entidades qualificadas como organizações sociais, integrando-as no conjunto das atuações estatais, já que são obrigadas a possuir um regulamento de licitação para a celebração dos seus contratos (art. 17, Lei Federal nº 9.637/98); a elas podem ser cedidos, não apenas bens (art. 12, Lei Federal nº 9.637/98), como servidores públicos (art. 14, Lei Federal nº 9.637/98); há uma série de normas que estabelecem minúcias quanto ao conteúdo dos seus atos sociais (arts. 1º a 5º, Lei Federal nº 9.637/98), merecendo destaque, como denotador da sua integração à Administração Pública descentralizada, o preceito pelo qual de vinte a quarenta por cento dos membros do seu Conselho de Administração devem ser representantes do Poder Público (art. 3º I, "a", Lei Federal nº 9.637/98).[105]

---

[104] Podemos citar como exemplos dessa situação os serviços sociais autônomos e as delegatárias de serviços públicos, que são entidades que, apesar de não integrarem a Administração Indireta, por não pertencerem ao Estado, fazem parte da Administração descentralizada por inserirem-se na coordenação geral da Administração por força de mecanismos jurídicos (leis ou contratos) que as obrigam a tanto, respectivamente. Estamos, também nestes casos, diante do que Maria Sylvia Zanella Di Pietro chama de "descentralização por colaboração" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 11ª ed., Ed. Atlas, São Paulo, 1999, p. 340).

[105] Com efeito, muitas vezes a Administração "reconduz essa atividade privada, em determinado caso concreto, ao âmbito da sua própria ação prestacional e do serviço público que esta pressupõe. (...) Seriam atividades privadas enxertadas – por via da concertação de vontades como forma de gestão indireta dos serviços públicos – em autênticos serviços públicos da Administração

As organizações sociais partes de contratos de gestão para a prestação de serviços públicos sociais se encontram em uma zona intermediária entre as delegatárias de serviços públicos e as entidades da própria Administração Pública Indireta, sendo cabível a utilização de termos como "descentralização social" ou "descentralização por colaboração", que expressam a idéia de entidades delegatárias de atividades públicas,[106] descentralizadas mas não integrantes da Administração Indireta.[107]

Uma relevante questão relativa às organizações sociais é o entendimento pelo qual o Ministério competente poderia livremente escolher qualquer das organizações sociais qualificadas para operar na sua área de atuação, já que o contrato de gestão, apesar da denominação, não tem natureza contratual, não se aplicando a ele, conseqüentemente, a obrigatoriedade constitucional de licitação para a celebração de contratos (art. 37, XXI, CF). Ainda se invoca o art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, que dispõe ser dispensável a licitação para a celebração de contratos de gestão com organizações sociais.

A nossa opinião é que o contrato de gestão realmente não possui natureza contratual: visa à realização de atividades de interesse comum do Estado e da entidade da sociedade civil, não possuindo, salvo se desvirtuado, caráter comutativo.[108] Esse fato, no entanto, apenas exclui a obrigatoriedade da licitação formal, tal como prevista nas minúcias da Lei nº 8.666/93. Nada faz, contudo, que o órgão público "contratante" possa deixar de realizar um procedimento objetivo de seleção entre as organizações sociais qualificadas no seu âmbito de atuação para que, de forma impessoal, escolha com qual delas irá realizar a parceria.

Essa obrigatoriedade deflui dos princípios da moralidade, razoabilidade, igualdade, impessoalidade, economicidade e da motivação, contemplados na Constituição Federal (arts. 37 e 70), na Lei nº 8.666/93 (art. 3º), mesmo para os casos de dispensa de licitação (art. 24, XXIV c/c 26,

---

Pública. (...) Teremos um regime jurídico e poderes estatais próprios da técnica institucional do serviço público e do âmbito 'doméstico' da Administração que este pressupõe" (MORENILLA, José Maria Souvirón. *La Actividad de la Administración y el Servicio Público*, Ed. Colmares, Granada, 1998, p. 507).

[106] O art. 16, § 2º da Lei nº 9.637/98 prevê até hipótese de reversão de bens e recursos em caso de extinção do contrato de gestão.

[107] **A respeito dos acordos programas com entidades privadas, que no Direito italiano se assemelham com grande intensidade aos nossos contratos de gestão, afirma-se que turbam a tradicional distinção entre público e privado (FERRARA, Rosario. *Gli Accordi di Programma*", CEDAM, Padova, 1993, pp. 06 e 07). Para parcerias que não chegam a integrar o particular na Administração Pública, ver o Tópico seguinte.**

[108] A sua natureza seria próxima à dos convênios, sendo, no entanto, ao contrário destes, dotados de uma maior estabilidade e de liames mais fortes com a Administração central, liames estes decorrentes do atendimento dos rígidos requisitos para a qualificação como organização social. A posição minoritária, que sustenta a natureza contratual dos contratos de gestão em virtude de outorgarem benefícios públicos a determinadas entidades, é perfilhada em VALADÃO, Perpétua Ivo e CARVALHO, Paulo Moreno. "Organizações Sociais – Processo Seletivo para firmar Contratos de Gestão", in *Temas de Direito Constitucional – Estudo em Homenagem ao Advogado André Franco Montoro*, Ed. ADCOAS/IBAP, 2000, pp. 337 a 356.

parágrafo único), e na própria Lei nº 9.637/98 (art. 7º). Não se pode confundir o fato da licitação ser dispensável com a possibilidade de escolha livre, desmotivada e sem publicidade prévia, que violaria os princípios do Estado de Direito.

Se o Estado possui critérios objetivos de discriminação para, excluindo todas as demais entidades da sociedade civil sem fins lucrativos, celebrar contratos de gestão apenas com as organizações sociais, já que estas passaram pelo respectivo processo de qualificação – daí o art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 –, não há, todavia, qualquer distinção razoável que se possa fazer *a priori* entre elas.

X – TERMO DE PARCERIA COM OSCIPs.

Confirmando que nem sempre a colaboração com o Poder Público torna a entidade parceira integrante da Administração descentralizada, a Lei n.º 9.790/99 criou a figura das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs, destinadas às pessoas jurídicas privadas sem fins lucrativos que, uma vez assim qualificadas, podem, mediante a celebração de "Termo de Parceria" para a execução de um projeto (arts. 9º e 10), utilizar bens e recursos públicos.

Verifica-se que, apesar de a entidade qualificada como OSCIP poder ser de valia para o alcance de finalidades públicas, não difere muito das antigas entidades de utilidade pública, que também não chegavam, ao contrário do que alcançam as organizações sociais e os serviços sociais autônomos, a estabelecer vínculos de tutela administrativa ou supervisão ministerial com a Administração central, apenas colocando-se ênfase na fixação de metas e na promoção do voluntariado (art. 3º, VII, Lei nº 9.790/99).[109]

As OSCIPs *"são pessoas jurídicas de direito privado, instituídas por particulares, sem objetivo de lucro; desempenham serviços sociais não exclusivos do Estado, porém com a colaboração dele; por essa razão, sujeitam-se a controle de resultados pela Administração Pública, com a colaboração da própria sociedade, e ao controle do Tribunal de Contas no que diz respeito à aplicação de recursos públicos; seu regime jurídico é predominantemente de Direito Privado, porém parcialmente derrogado por normas de Direito Público, especialmente no que diz respeito ao controle. As atividades que exercem não são serviços públicos; mas são atividades de interesse público que o Estado se limita a fomentar".*[110]

---

[109] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo,* 12ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2001, p. 272. A falta de previsão de metas nos convênios é, contudo, uma falha que devia ser extirpada pelo art. 116 da Lei nº 8.666/93.

[110] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. "Privatização e o Novo Exercício de Funções Públicas por Particulares", in *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo* (coord. Diogo de Figueiredo Moreira Neto), Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 436.

Comparadas com as organizações sociais, as OSCIPs assumem uma função de parceiras do poder público e não de substitutas dele. (...) As primeiras atuam na área da saúde em substituição ao poder público (notar que o art. 18 fala de entidade da administração federal que seja extinta). (...) Daí por que assumem bens públicos que permanecem sendo bens públicos inerentes à atividade (note-se que o art. 16, § 2º da Lei nº 9.637/98 alude expressamente à reversão dos bens públicos caso a OS seja desqualificada enquanto tal).”[111]

Não há, portanto, nos termos de parceria firmados com OSCIPs, delegação de serviço público, caso o Estado apenas apóie a atividade já *de per se* desenvolvida pela entidade privada.

Um ponto importante a ser destacado, não só em relação às organizações sociais, como também às OSCIPs, entidades conveniadas e consorciadas em geral, tratadas a seguir, é a imposição a essas entidades privadas da obrigação de seguir a legislação de licitações da Administração Pública quando estiver utilizando recursos repassados pelo Estado, medida, por um lado, moralizadora, por outro, atenuadora das vantagens em termos de liberdade gerencial que o Estado obtinha com essas parcerias.

O ponto também denota a expansão da aplicação do Direito Administrativo, tradicionalmente considerado apenas como o Direito das pessoas estatais, a pessoas não integrantes da Administração Pública Direta ou Indireta, mas encarregadas de missões de interesse coletivo, o que pode vir até mesmo a alterar o próprio conceito da disciplina.[112]

Foi o Decreto nº 5.504/05 (art. 1º) que determinou que os convênios, consórcios públicos, contratos de gestão com organizações sociais, termos de parecerias com OSCIPs e instrumentos congêneres celebrados com entes públicos ou privados que envolvam repasse voluntário de verbas ou bens da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas com esses recursos sejam contratadas mediante licitação, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente, sendo obrigatório, para a aquisição de bens e serviços comuns, a adoção da modalidade do pregão, sendo preferencial a sua utilização na forma eletrônica.

Nas situações de dispensa ou inexigibilidade de licitação, as entidades privadas sem fins lucrativos, observarão o disposto no art. 26 da Lei nº 8.666/93,

---

[111] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Público e Privado no Setor de Saúde”, in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE,* vol. 09, 2005, p. 128. Faríamos apenas a pequena ressalva de que a substituição (de órgãos e entidades públicas por OSs) é uma possibilidade, não uma decorrência necessária das OSs.

[112] "Existindo organizações estruturadas de modo estável e permanente para promover a satisfação de interesses coletivos e os direitos fundamentais, haverá a aplicação dos princípios do direito administrativo. (...) Até é possível que no futuro a função administrativa não governamental seja disciplinada por um ramo especial do direito. Até que tal se configure, é necessário estender o direito administrativo para esse relevante segmento de atividades de interesse coletivo" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2005, pp. 30 em 31).

devendo a ratificação ser procedida pela instância máxima de deliberação da entidade, sob pena de nulidade.

XI – GERÊNCIA PRIVADA DE ESTABELECIMENTOS PÚBLICOS.

Na tentativa de obter maior eficiência e economicidade na prestação de serviços públicos, sobretudo de natureza social, o Estado tem realizado algumas experiências em que o que é delegado (a empresas privadas, ao terceiro setor ou a cooperativas) não é imediatamente a prestação em si de determinado serviço público, mas sim a administração de dado estabelecimento público no qual ele é prestado.

Para DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, essa modalidade de *"ente associado em parceria por ajuste contratual" é cabível "sempre que seja possível destacar a atividade de caráter político das atividades de caráter gerencial, puramente técnica, permitindo uma ampla gama de atividades associadas por parceria na administração de escolas, de hospitais, de asilos, de creches, de centros de saúde, penitenciárias e de outros estabelecimentos, em que a gestão profissionalizada possa concorrer para a alocação mais racional de recursos."*[113]

Em Portugal*, "o exemplo mais destacado deste tipo contratual (de gestão de estabelecimentos públicos) parece ser o dos contratos de gestão de instituições e serviços do Sistema Nacional de Saúde. (...) Não está aqui em causa um contrato com eficácia meramente bilateral, de prestação de serviços da entidade gestora à Administração, já que aquela assume o dever de prestar serviços ('prestações de saúde') a terceiros; trata-se, portanto, de um contrato com uma estrutura muito semelhante à do contrato de concessão de serviços públicos (com um componente ad intra, nas relações entre a Administração e a entidade gestora, e outro ad extra, nas relações entre a entidade gestora e os utentes)".*[114]

Entre nós, a remuneração do gestor privado pode ser determinada de acordo com a qualidade ou quantidade do serviço prestado aos cidadãos ou à própria Administração, ou se fixa, regendo, em ambos os casos, pela Lei nº 8.666/93, por tratar-se de teceirização/prestação de serviços de gestão.[115]

---

[113] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo,* 12ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2001, p. 266.

[114] "Não obstante a sua semelhança estrutural com a concessão de serviços públicos, o objeto dos contratos em causa não é a gestão de um serviço público (pelo menos em sentido funcional); de resto, a Administração não 'dispõe' do serviço hospitalar (mantendo, por exemplo, todas as suas responsabilidades em matéria de instalações e pessoal)" (GONÇALVES, Pedro. *A Concessão de Serviços Públicos*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999, pp. 161 e 162).

[115] Parte da doutrina adverte: "Bem é verdade que não há óbice legal para que os entes públicos contratem particulares para exercer atividades inerentes à prestação dos serviços por um hospital público. Porém se essas contratações, somadas, implicarem no cometimento integral da gestão do hospital público para os particulares, teremos uma contradição entre a natureza pública do ente e sua gestão privada" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. "Público e Privado no Setor de Saúde", in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE,* vol. 09, 2005, pp. 129 e 130). De nossa parte, entendemos que a gestão privada de determinado estabelecimento ou serviço não

Naquele caso, percebe-se de imediato a grande semelhança da gestão privada de estabelecimentos públicos com a concessão administrativa, não possuindo apenas os benefícios das regras especiais de prazos e de proteção dos investidores em PPPs. Pode-se mesmo dizer que geralmente o objeto principal da concessão administrativa é a gestão privada de estabelecimentos públicos.[116]

Igualmente, muitas vezes a gestão privada de estabelecimentos públicos é instrumentalizada através de contratos de gestão com organizações sociais ou de termos de parceria com OSCIPs, mas em princípio nada impede que os instrumentos usados para a gestão privada de estabelecimentos públicos sejam os contratos de prestação de serviço (terceirização) regulamentados pela Lei nº 8.666/93.

XII – CONVÊNIO.

Muitas vezes os convênios são formalmente denominados por outros termos. A expressão "Termo de Cooperação", por exemplo, não corresponde a uma natureza jurídica própria, a um instituto específico do Direito Administrativo. Trata-se de mais uma expressão, entre as muitas análogas que têm sido adotadas na práxis administrativa ("Termo de Cooperação Técnica", "Termo de Cooperação Institucional", "Acordo de Programa", "Protocolo de Intenções", "Ajuste de Desenvolvimento de Projetos", etc.), que vai corresponder a uma das duas modalidades básicas de negócios jurídicos travados pela Administração Pública: o contrato administrativo ou o convênio administrativo.

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO explica que os convênios *"são normalmente consubstanciados através de 'termos', 'termos de cooperação', ou mesmo com a própria denominação de 'convênio'. Mais importante que o rótulo é, porém, o seu conteúdo, caracterizado pelo intuito dos pactantes de recíproca cooperação, em ordem a ser alcançado determinado fim de seu interesse comum".*[117]

Em outras palavras, essas expressões que a práxis administrativa vem utilizando não têm substrato material próprio; têm apenas o papel de comunicar melhor à opinião pública e aos interessados algum aspecto que, por certas razões (políticas, publicitárias, etc.), se pretenda destacar na relação

---

desnatura a sua natureza publicista. Tanto é assim, que se aceita pacificamente a concessão de serviços públicos exclusivos do Estado (que por serem exclusivos teriam natureza até mais publicista que os serviços compartidos), ou seja, a sua gestão privada não compromete a respectiva titularidade estatal publicista.

[116] O Estado, face à inexistência de um princípio da tipicidade das figuras contratuais utilizáveis pela Administração Pública, pode lançar mão de contratos *in genere* de administração privada de estabelecimentos públicos, mas só poderá qualificá-los como concessão administrativa, com todas as garantias da Lei das PPPs, se atender aos requisitos formais, econômicos e financeiros nela previstos.

[117] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo,* 11ª edição, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, p. 197.

jurídica criada pelo ato. Tais "termos" são, então, substancialmente, independentemente do nome (e em Direito o nome é sempre o que menos importa),[118] ou contratos administrativos, ou convênios.

Vejamos a distinção entre as duas espécies de negócio jurídico administrativo: *"Quando se alude a contrato administrativo, indica-se um tipo de avença que se enquadra, em termos de teoria geral do direito, na categoria dos contratos 'comutativos' ou 'distributivos' (...). Em tais atos, não há comunhão de interesses ou fim comum a ser buscado. Cada parte vale-se do contrato para atingir um fim que não é compartilhado pela outra.[119] Já no chamado 'convênio administrativo', a avença é instrumento de realização de um determinado e específico objetivo, em que os interesses não se contrapõem – ainda que haja prestações específicas e individualizadas, a cargo de cada partícipe."*[120]

DIÓGENES GASPARINI consigna expressamente a amplitude do objeto e dos possíveis participantes dos convênios administrativos, do qual podem fazer parte inclusive empresas privadas. *"O convênio pode ter por objeto qualquer coisa (obra, serviço, atividade, uso de certo bem), desde que encarne, relacionado com cada partícipe, um interesse público, A sua natureza administrativa impede que o objeto apenas consagre o interesse privado que o partícipe particular deseja ver privilegiado com a ajuda do convenente público. Pode ocorrer que o objeto, além de encarnar um interesse público, também sintetize um interesse particular, como é o caso do convênio em que um dos partícipes é pessoa privada. Nesse caso, não há qualquer óbice à constituição do convênio. Com efeito, se assim não se admitisse, seria improvável que uma pessoa privada tivesse algum interesse em conveniar com a Administração Pública".*[121]

Sob ótica semelhante, EROS ROBERTO GRAU afirma que nos convênios, diferentemente dos contratos, *"as partes desejam a mesma coisa: realizar conjuntamente uma ou várias operações comuns; seus interesses, ainda se diferentes, caminham na mesma direção".*[122]

---

[118] Deve-se estar sempre atento para os vícios comumente praticados pela Administração Pública ao dar o nome de convênio ou análogo para negócios que são substancialmente contratos, com o intuito apenas de se evadir das exigências de prévia licitação.

[119] "Os interesses das partes são contrapostos: a vantagem de uma parte corresponde à desvantagem da outra" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e contratos Administrativos*, 5ª ed., Ed. Dialética, São Paulo, 1998, p. 628).

[120] "Não se configura essa contraposição de interesses, pois todos os partícipes do negócio estão voltados à consecução de um objetivo comum" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e contratos Administrativos*, 5ª ed., Ed. Dialética, São Paulo, 1998, p. 628). "No contrato têm-se partes, ligadas perenemente (contratualmente), que buscam interesses diversos e contrapostos (uma quer, no contrato de obra pública, a obra; a outra deseja a contraprestação, o preço). No convênio têm-se partícipes (convenentes não vinculados contratualmente) que propugnam por objetivos de interesses comuns" (GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 6ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2001, p. 375). Essa é a distinção acolhida pelo § 1º do art. 48 do Decreto Federal nº 93.872/86, que dispõe: *Art. 48, § 1º. Quando os participantes tenham interesses diversos e opostos, isto é, quando se desejar, de um lado, o objeto do acordo ou ajuste, e de outro lado a contraprestação correspondente, ou seja, o preço, o acordo ou ajuste constitui contrato.*

[121] GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 6ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2001, p. 376.

[122] GRAU, Eros Roberto. *Enciclopédia Saraiva de Direito,* vol. 20, p. 379.

Para os negócios de natureza convenial a Lei nº 8.666/93 não é, *ex vi* do seu art. 2º, aplicável. Não envolvendo os convênios "obrigações recíprocas", não lhes são aplicáveis as exigências de licitação ou de sua dispensa ou inexigibilidade previstas na Lei nº 8.666/93. *"A Lei nº 8.666/93 rege acordos de vontade que a Administração celebre com particulares estabelecendo obrigações recíprocas, seja sob o nome de contrato, ajuste, pacto, acordo, convenção ou assemelhado, porque a todos considera contratos; a Lei nº 8.666/93 não rege convênios e consórcios administrativos, que contratos não são".*[123]

Devem, contudo, ser observados no âmbito federal os condicionamentos estabelecidos pela Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional nº 01/97 (vedação de pagamento de taxas de administração e de destinação de recursos financeiros a entidades com fins lucrativos; adoção de procedimentos licitatórios nas despesas efetuadas com recursos transferidos à entidade privada conveniada, etc.)

Quando o Ente Público incumbido do serviço público continuar prestando-o, mas como objeto de um convênio, não haverá delegação. O convênio *in casu* seria apenas um mecanismo de exercício coordenado por mais de uma pessoa jurídica de atividades comuns ou complementares. Contrariamente, se o Ente Público incumbido do serviço deixar de prestá-lo diretamente para, por exemplo, passar a financiar entidade conveniada para fazê-lo, estaremos diante de uma delegação de serviço público,[124] ainda que bem distinta da concessão, em razão, por exemplo, da possibilidade de denúncia unilateral por qualquer das partes sem indenização.[125]

XIII – CONSÓRCIO PÚBLICO.

Os consórcios administrativos[126] sempre foram considerados pela ampla maioria da doutrina brasileira[127] como uma espécie de convênio, ou seja, como uma conjunção despersonalizada (portanto, sem capacidade de adquirir por

[123] PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública,* 5ª ed., Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2002, p. 47, grifamos. "Enquanto os contratos abrangidos pela Lei nº 8.666/93 são necessariamente precedidos de licitação – com as ressalvas legais – no convênio não se cogita de licitação, pois não há viabilidade de competição quando se trata de mútua colaboração. (...) Aliás, o convênio não é abrangido pelas normas do art. 2º da Lei nº 8.666. (...) No parágrafo único define-se o contrato por forma que não alcança os convênios e outros ajustes similares, já que nestes não existe a 'estipulação de obrigações recíprocas' a que se refere o dispositivo" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias da Administração Pública*, 4ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2002, pp. 194 e 195).

[124] O art. 241 da CF, que veremos com mais vagar no Tópico seguinte, potencializa ainda mais as aptidões delegatórias dos convênios celebrados entre Entes da Federação.

[125] Sobre as características dos convênios, ver MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 23ª edição, Ed. Malheiros, 1998, p. 342 e segs.

[126] Os consórcios públicos sempre se distinguiram dos consórcios (privados) entre sociedades comerciais, disciplinados pelo art. 278 da Lei das S.A. – Lei nº 6.404/76.

[127] Por todos, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 23ª edição, Ed. Malheiros, 1998, p. 345.

si próprio direitos e obrigações) de esforços para a realização de objetivos comuns. A sua única peculiaridade em relação aos convênios em geral era serem celebrados por partes das mesma espécie (p. ex., só Municípios).[128]

Essa conformação doutrinária dos consórcios e convênios, acabou gerando a sua pouca utilidade como mecanismo de cooperação entre Entes da Federação, já que gerava pouca ou nenhuma coercitividade para as partes,[129] situação que veio a ser profundamente alterada pelo art. 241 da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional nº 19/93 e regulamentado pela Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005. [130] O art. 20 dessa Lei prevê ainda a edição de decreto do Chefe do Poder Executivo da União para regulamentá-la e estabelecer as normas gerais de contabilidade pública que serão observadas pelos consórcios públicos integrados por quaisquer entes da federação, com vistas a garantir a observância da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF.

Hoje, nos termos dessa Lei, os consórcios públicos são entidades associativas de Entes da Federação, da mesma ou de diferentes esferas federativas, dotadas de personalidade jurídica de direito público ou de direito privado (arts. 1º, § 1º; 4º, IV; 6º, Lei nº 11.107/05),[131] sendo, tanto os entes

[128] Não caberia, nessa exposição sistemática das modalidades atípicas de delegação de serviços públicos, tratar exaustivamente dos consórcios públicos. É de se destacar ainda a escassa doutrina existente sobre a nova Lei, merecendo menção os trabalhos de Floriano de Azevedo Marques, sustentando a constitucionalidade da nova disciplina legal, e de Miguel Reale, refutando-a por inconstitucional. Respectivamente, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Os Consórcios no Direito Brasileiro*, disponível em www.manesco.com.br; e REALE, Miguel. *Parecer sobre Consócios Públicos*, disponível em www.miguelreale.com.br.

[129] Em razão, por exemplo, de qualquer das partes poder deixar o acordo livremente a qualquer tempo e de não haver como uma parte forçar a outra a cumprir as suas obrigações. Os consórcios fixavam (e os convênios ainda fixam) obrigações muitas vezes desprovidas de sanções.

[130] "A redação dada pela EC nº 19 ao artigo 241 importou no seguinte: *i)* ficou autorizada a formação de consórcios impuros, é dizer, aqueles formados por entes distintos da Federação e não apenas exclusivamente entre Estados ou entre Municípios; *ii)* a cooperação entre estes entes poderá se dar de duas formas distintas, consórcios ou convênios, obrigando que o intérprete dê a estes dois institutos conformação jurídica distinta; *iii)* a cooperação consorcial dar-se-á pela instituição de entes submetidos em alguma medida ao regime publicístico – diz a CF *consórcios públicos* – o que prenota alguma diferença em face dos tradicionais consórcios administrativos; *iv)* a disciplina destas duas formas de cooperação e coordenação entre entes federados será feita mediante lei editada pelos três entes, o que acarreta a atribuição de competência legislativa concorrente para disciplinar a matéria; *v)* o objeto destes instrumentos de cooperação e coordenação será a atuação concertada na gestão de serviços públicos, o que envolve a participação de um ente na prestação de um serviço público de titularidade de outro ente; *vi)* para efetivar esta prestação por cooperação admite-se a gestão associada destes serviços, inclusive com a transferência recíproca, total ou parcial, de serviços e encargos. (...) O doutrinador se nutre e contamina (no sentido positivo dos termos) da contribuição dos seus pares. E por vezes tão forte e consistente é essa contribuição que ela segue sendo reproduzida, inalterada, até que uma nova realidade jurídica (como uma alteração legal ou constitucional) ou fática (uma manifestação concreta do poder político) suscitem a reflexão ou obriguem a revisão dos conceitos ou postulados doutrinários" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Os Consórcios no Direito Brasileiro*, disponível em www.manesco.com.br). A Lei parece ter se inspirado em alguns aspectos do modelo italiano de consórcios administrativos, cf. STANCANELLI, Giuseppe. *I Consorzi nel Diritto Amministrativo,* Giuffrè, Milano, 1963, pp. 155 e segs.

[131] Naturalmente que o termo "público" em "consórcios públicos" não denota que todos eles sejam de direito público, mas apenas o seu liame com o Estado. Lembremo-nos, por exemplo, das empresas públicas, que pacificamente são consideradas pessoas jurídicas de direito privado.

consorciados, isolados ou em conjunto, como o próprio consórcio público, partes legítimas para exigir o cumprimento das obrigações assumidas pelos seus membros (art. 8º, § 3º, Lei nº 11.107/05).

Se os consórcios públicos forem de direito público, chamados pela Lei de associações públicas, serão autarquias plurifederativas. É assente que toda entidade da Administração Indireta que possuir personalidade jurídica de direito público constitui uma espécie de autarquia, como as chamadas autarquias corporativas e as fundações autárquicas.[132]

Se for atribuída ao consórcio público personalidade jurídica de direito privado, poderá assumir qualquer forma associativa admitida na legislação civil para entidades sem fins econômicos.[133]

Os consórcios integrarão concomitantemente a Administração Indireta de mais de um Ente da Federação, que podem lhe conferir competências para a regulação ou prestação de atividades administrativas em geral, e não apenas de serviços públicos. Será o exercício associado dessas atividades que constituirá o objetivo principal dos consórcios, sempre dirigidos pelo Chefe do Poder Executivo de um dos entes federativos consorciados, eleito em assembléia geral – órgão máximo da pessoa jurídica consorcial – composta por um representante de cada ente consorciado (art. 4º, VII e VIII, e § 2º, Lei nº 11.107/05).[134]

Os consórcios podem subdelegar mediante concessão ou permissão (arts. 2°, § 3º; 4º, XI, 'c', Lei nº 11.107/05) os serviços públicos a eles atribuídos. Vê-se, aliás, na Lei um claro espírito de os Entes Federados, sobretudo Municípios, transferirem para o consórcio determinados serviços públicos, não para serem prestados pelo próprio consórcio, mas, preferencialmente, para que o consórcio os delegue e os regule através de apenas um contrato de delegação,

[132] Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. "As Fundações Públicas e o Novo Código Civil", in *Revista de Direito Administrativo – RDA*, vol. 231, 2003. Essa postura foi confirmada pela nova redação dada pela Lei nº 11.107/05 ao inciso IV do art. 41 do Novo Código Civil, que passou a enumerar no rol das pessoas jurídicas de Direito Público as "autarquias, inclusive as associações públicas". A medida parece decorrer de uma interpretação do art. 37 da Constituição Federal de que existem no Direito brasileiro apenas as quatro espécies de entidades da Administração Indireta nele enumeradas (cf. BORGES. Alice Gonzalez. "Os Consórcios Públicos na Legislação Reguladora", in *Interesse Público,* vol. 32, 2005, p. 236).

[133] Note-se que o art. 4º da Lei nº 11.107/05 exige que não tenha "fins econômicos". Não se refere, como geralmente ocorre, a "fins lucrativos". Ou se trata de mera falha redacional, ou realmente o legislador quis apor uma exigência mais ampla para que o consórcio possa assumir personalidade jurídica de direito privado.

[134] "Colhe-se do disposto no inciso VII, bem como no § 2º do art. 4º, que o número de votos de cada ente da Federação consorciado, na assembéia geral, será definido pelo protocolo de intenções, 'assegurado 1 (um) voto a cada ente consorciado'. O que quer dizer que é admitido, na assembléia consorcial , o voto múltiplo. (...) Se o voto múltiplo for definido no protocolo de intenções como proporcional ao *quantum* de recursos investidos, fácil é prever-se que, se o consórcio for integrado pela União, dispondo esta sempre de maiores recursos, ter-se-á, por via transversa, assegurado o predomínio de seus votos na assembléia" (BORGES. Alice Gonzalez. "Os Consórcios Públicos na Legislação Reguladora", in *Interesse Público,* vol. 32, 2005, p. 240).

evitando-se a diluição que haveria na existência de uma concessão para cada Município.[135]

Podem ser conferidas aos consórcios as competências atribuíveis às entidades da Administração Indireta em geral (art. 2º). Mas, naturalmente, se o seu objeto principal for o exercício de atividades de poder de polícia administrativa ou de regulação, deverá revestir a novel forma autárquica de associação pública.

Como argumenta FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES, *"a ninguém ocorre duvidar da constitucionalidade de transferência de competências quando a transferência tem como destinatário entidades pertencentes à própria Administração titular dos serviços, como, por exemplo, autarquias ou os próprios órgãos que integram a Administração Direta. Isso porque, nesse caso, o planejamento, a regulação e a fiscalização do serviço permanece sob os auspícios de seu titular. O destinatário da transferência é apenas uma divisão administrativa ou um braço criado para dar conta da competência que lhe incumbe constitucionalmente. Ora, no caso dos consórcios, é forçoso reconhecer que se trata, grosso modo, do mesmo caso. (...) Os consórcios públicos integram a estrutura da Administração Indireta de todos os entes da Federação que o celebram. Em conseqüência, a transferência, a consórcio público de que o titular faz parte, de competência para regular e fiscalizar determinado serviço público não se afigura inconstitucional. Em realidade, o ente deles titular mantém sob o sua responsabilidade a realização destas atividades, já que é entidade integrante de seu quadro orgânico que as executará".*[136]

A constituição do consórcio público se dá através da seguinte sucessão de instrumentos sucessivos, cada um densificador do conteúdo normativo do anterior: *(a)* protocolo de intenções ratificado mediante lei dos Entes que desejam consorciar-se, instrumento que, indo além do que normalmente é a função dos chamados "protocolos de intenções", já definirá os mais importantes aspectos do consórcio (arts. 4º e 5º, *caput*); *(b)* contrato de formação do consórcio, que, no caso de ter personalidade jurídica de direito privado, revestirá a forma de um contrato social (art. 5º); *(c)* contrato de programa,[137] no caso de o objeto do consórcio ser a gestão (direta ou através de delegatário privado) de serviço público, fixando concretamente os bens, serviços e pessoal com que cada um dos Entes consorciados contribuirá (arts. 4º, XI, 'd'; 13);[138] e *(d)* contratos anuais de

[135] Da mesma forma que as atribuições de poder concedente foram muitas vezes transferidas por lei a autarquias reguladoras unifederativas, podem também ser conferidas a autarquias plurifederativas (consórcios de direito público) regidas pela Lei nº 11.107/05. Note-se ainda que o art. 13, § 1º, I, da Lei determina a aplicação da legislação das concessões de serviços públicos aos contratos de programa dos consórcios públicos.

[136] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Os Consórcios no Direito Brasileiro*, disponível em www.manesco.com.br

[137] Para as origens italianas do instituto, bem mais amplas que a conformada pela Lei nº 11.107/05, ver FERRARA, Rosario. *Gli Accordi di Programma*", CEDAM, Padova, 1993. Para uma acepção diversa dos acordos de programa, especificamente como instrumento de fomento econômico de empresas privadas, pioneiramente entre nós, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Tese aprovada no XIX Congresso Nacional de Procuradores do Estado, realizado no Rio de Janeiro em novembro de 1995.

[138] "Apesar de seu caráter eminentemente contratual, o contrato de programa está intrinsecamente vinculado à gestão associada formalizada por meio de consórcio público ou convênio de cooperação. Nessa qualidade, ele consubstancia relação de prestação de serviços de saneamento decorrente do plano de trabalho *('programa')* definido no âmbito da cooperação federativa previsto na atual redação do artigo 241 da Constituição. Parece-me, então, ser necessário reconhecer a

rateio, em que serão fixados recursos financeiros que os Entes consorciados devem repassar ao consórcio (art. 8º).

A Lei fixa, então, *"as bases principais da gestão associada. Seu âmbito e alcance devem estar plenamente delimitados, assim como as obrigações de cada ente, sobretudo aquelas de natureza econômica (contrato de rateio). A formalização destas condições, nas diversas fases (protocolo de intenções, contrato de programa, contrato de rateio), são igualmente vistas pela Lei como garantia da solidez de tal gestão associada, de responsabilização dos entes envolvidos e, em última instância, de continuidade do serviço público em questão. As formalidades acima referidas consistem em um limite para a gestão associada. A autorização para tal forma de cooperação deve constar expressamente do protocolo de intenções, e ela deve se fazer acompanhar, necessariamente, de contrato de programa (contribuições obrigacionais) e de contrato de rateio (contribuições econômicas)".*[139]

A Lei nº 11.107/05, ao dar tratamento inteiramente novo aos consórcios públicos, acrescenta novo elemento à evolução dos meios de prestação dos serviços públicos ao adotar uma fórmula original de prestação descentralizada por entidade plurifederativa da Administração Indireta – o consórcio –, que, por sua vez, pode delegar os serviços a ele conferidos à iniciativa privada através dos instrumentos já consagrados de delegação de serviços públicos (concessões, etc.).

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

ARAGÃO, Alexandre Santos de. DELEGAÇÕES DE SERVIÇO PÚBLICO. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 16, novembro/dezembro/janeiro, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência

particularidade dessa forma de delegação, que muito se distingue das formas tradicionais de delegação a particulares previstas no artigo 175 da Constituição. Trata-se de hipótese de cooperação federativa que foge das formas da concessão tradicional. Impõe-se reconhecer a existência de formas de delegação que, por envolver a cooperação federativa, situam-se fora do âmbito do artigo 175. Elas se fundam, em seu conteúdo, nas competências materiais comuns dos entes, pois traduzem engajamento dos entes federativos na promoção da melhoria dos serviços públicos, e no federalismo de cooperação adotado pela República brasileira" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Os Consórcios no Direito Brasileiro*, disponível em www.manesco.com.br). Note-se que a Lei 9.277/96 já havia previsto mecanismo de delegação federativa semelhante, ao autorizar a União a delegar para outros Entes da Federação mediante convênio a exploração de rodovias e portos federais.

[139] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Os Consórcios no Direito Brasileiro*, disponível em www.manesco.com.br.

dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br

4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa:

Informação não Disponível.