Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

IDPB
Instituto de Direito Público da Bahia

REDAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 2 – maio/junho/julho de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil

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*

Prof. Paulo Modesto

Professor de Direito Administrativo da UFBA e CCJB. Presidente do Instituto de Direito Público da Bahia. Membro do Ministério Público. Conselheiro Técnico da Sociedade Brasileira de Direito Público. Membro do Conselho de Pesquisadores do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado. Ex-Assessor Especial do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado do Brasil. Editor do site www.direitodoestado.com.br
E-mail: pegmnet@gmail.com

Sumário: 1. Introdução 2. Repartição das Esferas de Ação do Estado e da Sociedade: quebra do modelo de soma zero. 3. Noção de Serviço Público. 3.1. Conceito de Serviço Público na Constituição Federal de 1988. *3.2.* Conceito de Serviço Público na Doutrina. 4. Conceito de Serviço de Relevância Pública. 5. Os Serviços de Exploração Econômica. 6. Reforma do Estado e Transformações da Atividade de Prestação de Serviços pelo Estado. 7. As Parcerias Público-Privadas: sentido amplo e restrito 8. As Parcerias Público-Privadas na Lei nº. 11.079/2004. 9. As Parcerias Público-Privadas nos Serviços de Relevância Pública e as "Concessões Administrativas". 10. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Reformar o Estado pressupõe identificar com clareza as **formas de atuação do Estado**. Trata-se de uma tarefa técnica, mas com ampla repercussão política e prática.

Nada obstante, parece inevitável reconhecer que a doutrina brasileira de direito público não tem conseguido oferecer um quadro explicativo suficientemente abrangente e atualizado para os **distintos modos de prestação**

* Dedicado ao ilustre Prof. Diogo Figueiredo Moreira Neto, jurista inquieto, querido amigo, por se manter sensível aos temas da Reforma do Estado, censurando os modismos, mas perquirindo sempre renovadas formas de ação jurídica pública, insatisfeito com a monótona sinfonia da tradição, sobretudo numa sociedade injusta e desigual como a sociedade brasileira de nossos dias.

pelo Estado de serviços ao cidadão. Em geral, nessa como em outras matérias, a doutrina dominante tem manifestado **preferência por classificações binárias**. De fato, é usual que conceitos técnicos relevantes do direito público brasileiro sejam enunciados em duplas. Dicotomias como serviço público/atividade de exploração econômica, ato vinculado/ato discricionário, cargo efetivo/cargo de confiança, entre muitas outras, são apresentadas como adequadas e suficientes para a tradução do direito vigente. A observação da ordem jurídica positiva revela, no entanto, que algumas dicotomias tradicionais mostram-se hoje **excessivamente simplificadoras**. Mais: a adoção de dicotomias rígidas, associada à ausência de uma classificação adequada das atividades do Estado, tem contraditado normas constitucionais expressas e produzido frequentemente incompreensões e bloqueios a novas experiências de reforma da atividade pública, tornando **árdua e insegura a implantação de novos modelos de gestão e a própria aplicação do direito vigente**.

Este trabalho pretende problematizar, de forma simples e direta, a mais relevante dentre as dicotomias tradicionais, a **dicotomia serviço público/atividade de exploração econômica**, a partir dos marcos da Constituição Federal do Brasil, com vistas a determinar as possibilidades de estabelecimento de parcerias público-privadas em atividades distintas dos serviços públicos e dos serviços de exploração econômica. Esse corte temático em favor das atividades de **prestação administrativa** afastará, num primeiro momento, o texto da análise de alguns setores da atividade do Estado, em especial a atividade de **fomento público e de polícia (ou limitação administrativa)**, mas oferece como vantagem um detalhamento maior do setor onde a atividade do Estado tem sofrido transformações mais radicais: os serviços públicos, as atividades de relevância pública e as atividades de exploração econômica. Esses três conceitos denotam **atividades de prestação de serviços ao cidadão,** relevantes para qualquer programa de reforma do Estado a ser implantado no Brasil nos próximos anos.

2. REPARTIÇÃO DAS ESFERAS DE AÇÃO DO ESTADO E DA SOCIEDADE: QUEBRA DO MODELO DE SOMA ZERO

A dicotomia serviço público/atividade de exploração econômica tem base na clássica dicotomia entre Estado/Sociedade e entre interesse público/interesse privado. De fato, como em outros países, é tradicional no direito administrativo brasileiro a identificação entre os órgãos do Estado e as tarefas públicas. Segundo este paradigma, a administração pública de todos os Poderes, nas diversas unidades da Federação, monopoliza a prestação de serviços de natureza pública. Por outro lado, os particulares são detentores do domínio sobre a atividade econômica em sentido estrito, cumprindo ao Estado tarefas de agente normativo e regulador da atividade econômica, com funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Ao Estado é vedado substituir os particulares na atuação direta na economia, salvo em casos excepcionais envolvendo a segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, definido em lei. Os particulares podem exercitar atividades públicas apenas como delegados do Estado.

Trata-se de **modelo de soma zero:** as atividades são qualificadas como atividades públicas ou privadas, por um lado, e de interesse público ou de interesse privado, por outro. **Tertium non datur**. É possível a modificação de fronteiras, a ampliação da esfera de atividade privada ou a assunção pelo Estado de novas esferas de ação na área econômica. Mas não há zona híbrida, zona cinzenta ou zona de convergência entre o que compete como próprio ao Estado e o que compete ordinariamente aos particulares. As **fronteiras** são consideradas nítidas, com clara repercussão sobre o **regime jurídico** da atividade em cada caso, sem maiores ressalvas.

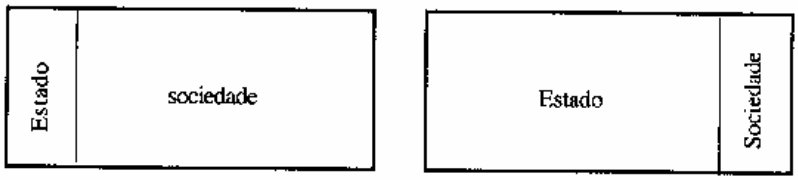
VITAL MOREIRA, em trabalho de mérito[1], explicitou didaticamente os termos desta "metáfora espacial" de cariz nitidamente liberal:

> "Na representação liberal o Estado detinha o monopólio do público e a administração pública era a administração estadual**.** Estabelecer a fronteira entre o Estado e a sociedade era o mesmo que estabelecer a divisória entre a administração pública e os particulares. A administração pública relevava do Estado. Os particulares eram administrados, não podiam ser administração nem compartilhar dela. A relação entre as esferas do Estado e da sociedade, do público e do privado, da Administração e dos particulares era claramente representada mediante uma <<metáfora espacial>> (Birkinshaw, Harden & Lewis, 1990: 281), representando duas áreas separadas por uma fronteira. O crescimento da actividade do Estado, a ampliação da administração pública fizeram deslocar a fronteira; mas não levaram a alterar o paradigma. Podia variar a proporção relativa de cada área, não a idéia de dicotomia e da fronteira. Na versão liberal teríamos o Estado mínimo e a sociedade civil máxima; na versão do Estado totalitário, teríamos o Estado máximo e a sociedade civil mínima. Trata-se somente de dois extremos de um continuum, que no "Estado social" do capitalismo avançado fez aumentar substancialmente a esfera do Estado e da administração, sem com isso se aproximar da versão dos Estados totalitários protagonizada pelos fascismos e pelos socialismos de Estado. As mudanças na fronteira eram por princípio de soma zero: o que era apropriado pelo Estado deixava de pertencer à sociedade."

No trabalho citado, VITAL MOREIRA oferece um esquema gráfico da "metáfora espacial", que isola as atividades em públicas e privadas. No Estado Social, no entanto, o esquema já admite a existência de uma "zona híbrida", isto é, a ruptura com o modelo dicotômico de repartição entre atividades públicas e privadas inerente à representação liberal. O esquema gráfico do ilustre professor é reproduzido aqui por seu evidente caráter didático, com emprego da linguagem original em que foram produzidos:

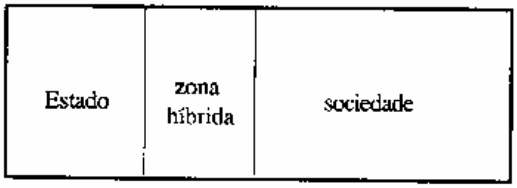
[1] MOREIRA, Vital. *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 24.

MODELOS DE REPARTIÇÃO DA ESFERA DE ACÇÃO
DO ESTADO E DA SOCIEDADE



I - Modelo liberal

II - Modelo totalitário



III - Estado social

Sem embargo do que vem de ser dito, no Brasil, segundo o saber convencional, a Constituição da República parece reforçar o caráter explicativo do modelo clássico de separação entre atividades públicas e privadas (modelo de "soma zero") ao separar, com enunciados expressos, no interior do Título VII, dedicado à disciplina da ordem econômica e financeira, as atividades de "serviço público" (art. 175) e de "exploração direta de atividade econômica" (art. 173).

Segundo o teor do art. 175, da Constituição Federal, a prestação de serviços públicos **incumbe ao Poder Público**, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação. As empresas privadas somente podem atuar na esfera dos serviços públicos como **delegadas do Estado**, sujeitas às cláusulas de contratos de **concessão e permissão de serviço**, à observância dos direitos dos usuários, à política tarifária e à obrigação de manter serviço adequado. O **Estado** atua nesta esfera em **caráter ordinário**, sem autorização especial, implementando **direito próprio** e **encargo original** do Poder Público. Os **particulares** atuam em **caráter excepcional**, como **delegados do Poder Público**, **sem direito próprio,** sob a tutela constante do Estado. O **regime jurídico da atividade é legal**, **estatutário ou de direito público**, cabendo à lei disciplinar as condicionantes fundamentais da prestação dos serviços. O ingresso de empresas privadas na prestação dessas atividades pressupõe **licitação pública**, assegurando-se o princípio da igualdade na concorrência dos particulares ao recebimento desta delegação do Estado.

Reversamente, ao tratar da atividade econômica em sentido estrito, sob a denominação de "exploração direta de atividade econômica", a Constituição Federal estabeleceu **fortes restrições à atuação do Estado**, admitindo-a apenas quando "necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conformes definidos em lei" (art. 173) ou, ainda, por imposição constitucional de monopólios (v.g., CF art. 177)Nesta esfera de atuação os

particulares atuam por direito próprio, de modo ordinário, sem delegação do poder público. Não precisam recorrer à licitação pública para assegurar o exercício da atividade, pois é assegurado a todos o "livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei" (art. 170, parágrafo único, da CF). O Poder Público, entretanto, atua nesta esfera em **caráter excepcional**, por autorização especial da lei, sujeito ao "regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários" (art. 173, §1º, II).

Em diversas situações, é certo, a Constituição Federal expressamente incumbiu ao Poder Público o desempenho de atividades econômicas, em regime de monopólio ou de concorrência. No art. 177, por exemplo, indica diversas atividades econômicas como monopólio da União, entre elas a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos e a refinação de petróleo nacional ou estrangeiro. Mas reconhece à lei, observadas as exigências de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, a possibilidade de autorizar o Estado a atuar como protagonista em outras atividades econômicas, conquanto em concorrência com os demais particulares e sob o regime **predominante** de direito privado[2]. Em geral, entende-se que o mesmo ocorre com os serviços públicos: a Constituição Federal, em diversas normas, qualifica diversas atividades como serviços públicos de **persecução obrigatória** (art. 21, incisos X, XI, XII, XV e XXIII; 22, V; 25, § 2º; 30, V), mas não esgota a descrição das atividades em que o Estado pode prestar serviços em regime de **serviço público**.[3]

---

[2] A prestação direta pelo Estado de atividade econômica em sentido estrito nunca é inteiramente regida pelo direito privado. Em verdade, embora não o explicite o art. 173 da Constituição Federal, mesmo quando atua na exploração direta da atividade econômica o Poder Público permanece sujeito a normas derrogatórias do direito privado, igualmente impostas pela Constituição da República: por exemplo, a obrigação de realização de concursos públicos para ingresso dos empregados das estatais (art. 37, II); a sujeição das empresas estatais à prestação de contas perante o Tribunal de Contas (art. 70); a sujeição à exigência de licitação para compras e contratos (art. 37, XXI c/c art. 173); a limitação da remuneração do pessoal administrativo e dos dirigentes, que deve ser ajustada ao teto de remuneração do Poder Executivo, quando a entidade receba do Poder Público recursos para pagamento de pessoal ou custeio (art. 37, XI c/c art. 37, §9º); limitação à acumulação de cargos e empregos (art. 37, XVI c/c art. 37, XVII) e proventos (art. 37, § 10º), entre outras exigências.

[3] FERNANDO HERREN AGUILLAR, em posição minoritária, defende que a lei não pode qualificar como serviços públicos atividades que a Constituição Federal não qualificou, sendo necessário aprovar emenda constitucional para restringir o campo de atuação dos particulares na esfera econômica. Segundo o autor, "se o Estado não pode o menos (exercer atividade econômica *em regime de concorrência* sem lei prévia que o autorize, ou sem que sejam supridos os demais requisitos constitucionais), não pode também o mais (exercer atividade econômica *em regime de privilégio*, sem satisfazer exigências constitucionais)" (Cf. Controle Social dos Serviços Públicos, São Paulo, Ed. Max Limonad, 1999, p. 133). MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, embora fiel também à concepção legalista, conclui de forma oposta, ao sustentar que "é o Estado, por meio da lei, que escolhe quais as atividades que, em determinado momento, são consideradas serviços públicos; (...) isto exclui a possibilidade de distinguir, mediante critérios objetivos, o serviço público da atividade privada; esta permanecerá como tal enquanto o Estado não a assumir como própria" (Cf. *Curso de Direito Administrativo*, 17 ed., São Paulo, Ed. Atlas, 2004, p. 99). CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO participa também da corrente legal-convencionalista, mas com matizes peculiares, averbando com a

Esse quadro explicativo da lei fundamental, correto em seus termos essenciais, quando apresentado com pretensões de abarcar todas as hipóteses de prestação de serviços ao cidadão (modelo dicotômico de repartição das tarefas de prestação), **contrasta** com normas expressas da Constituição Federal de 1988 e **simplifica** em excesso a complexidade do sistema legal vigente.

No Brasil, há previsão constitucional explícita de atividades nas quais, de forma simultânea, os particulares atuam com **liberdade de iniciativa**, sob regime de direito privado e sem delegação do Poder Público, e o Estado atua em **caráter obrigatório**, submetido a regime de direito público ou privado, sem qualquer poder de outorga. **Situações de convergência** nas quais os particulares atuam em caráter ordinário e o Estado atua também em caráter ordinário, sem qualquer exigência de prévia autorização especial da Lei, decorrente de razões de segurança nacional ou relevante interesse coletivo. São situações em que **tanto a atuação do Estado quanto dos particulares é estimulada**, **fomentada, permitindo formação de parcerias**, **sem a necessidade de autorização de serviço, concessão de serviço ou permissão de serviço público**. Situações nas quais pode o particular desenvolver atividade de interesse público sem necessidade de prévia licitação pública, desde que nenhum benefício exclusivo lhe seja outorgado ou que lhe sejam outorgados apenas benefícios padronizados, acessíveis a todos. Essas atividades não podem receber, em termos objetivos e formais, o enquadramento jurídico de atividades de serviço público.

Essas atividades, por outro lado, mesmo quando desempenhadas por particulares em regime de livre iniciativa, sujeitam-se a normas detalhadas e a controle do Poder Público de forma mais intensa do que a prevista para a atividade de exploração econômica. Sujeitam-se, inclusive, a atuação do **Ministério Público** na tutela de direitos fundamentais assegurados na Constituição da República (CF, art. 129, II). Nestas hipóteses, o Estado não atua de modo suplementar da iniciativa privada, mas por dever legal ou constitucional.

---

clareza costumeira que "é realmente o Estado, por meio do Poder Legislativo, que erige ou não em serviço público tal ou qual atividade, desde que respeite os limites constitucionais. Afora os serviços públicos mencionados na Carta Constitucional, outros podem ser assim qualificados, contanto que não sejam ultrapassadas as fronteiras constituídas pelas normas relativas à ordem econômica, as quais são garantidoras da livre iniciativa. (...). "É lógico, entretanto, que, em despeito desta margem de liberdade, não há, para o legislador, liberdade absoluta. À falta de uma definição constitucional, há que se entender que o constituinte se remeteu ao sentido comum da expressão, isto é, ao prevalente ao lume dos padrões de cultura de uma época, das convicções predominantes na Sociedade" (*Curso de Direito Administrativo*, 17ª.ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 2004, p. 639-40). MARCAL JUSTEN FILHO, de forma semelhante, mas com elementos também peculiares, reconhece a possibilidade de o legislador infraconstitucional qualificar novas atividades como serviço público, mas condiciona a legitimidade desta decisão à referibilidade do serviço à realização da dignidade da pessoa humana e a políticas fundamentais. (*Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, São Paulo, Dialética, 2003, p. 48). EROS ROBERTO GRAU, por sua vez, rompendo com a concepção convencionalista, defende um regresso à noção sociológica de DUGUIT, a partir da Constituição, fixando critério material para definir atividade econômica e serviço público: "interesse social exige a prestação de serviço público; o relevante interesse coletivo e o imperativo da segurança nacional, o empreendimento de atividade econômica em sentido estrito pelo Estado" (Cf. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 7ª.ed, São Paulo, Ed. Malheiros, 2002, p. 162). Segundo esse autor, em posição minoritária na doutrina brasileira, "determinada atividade fica sujeita a regime de serviço público porque *é* serviço público; não o inverso, como muitos propõem, ou seja, passa ser tida como serviço público porque assujeitada a regime de serviço público" (idem, p. 149).

Nestas atividades seria impróprio aplicar, consequentemente, o enquadramento jurídico de atividades econômicas em sentido estrito.

Essas atividades de regime jurídico peculiar são os **serviços de relevância pública**, referidos expressamente na Constituição Brasileira em duas passagens (art. 129, II e art. 197), mas cujo regime pode ser extraído de um número significativo de normas. São **atividades sociais em que a atuação do Estado é obrigatória e a atuação do particular ocorre por direito próprio** (assistência à saúde, educação, produção e proteção cultural, desporto, defesa do meio ambiente, pesquisa científica e tecnológica, entre outros setores).

Em geral, a doutrina brasileira mais acatada simplesmente desconsidera o fato da Constituição Federal nominar esses serviços sociais, em termos objetivos, como "serviços de relevância pública", continuando a enquadrar essas atividades na categoria dos **serviços públicos não privativos**, **quando desempenhados pelo Estado,** e **atividades privadas econômicas**, sujeitas à livre iniciativa e ao direito da concorrência, **quando prestadas por particulares** (CELSO ANTÔNIO)**.** Há também quem as enquadre como **serviços públicos próprios**, quando prestadas pelo Estado, e **serviços públicos impróprios,** quando prestadas por particulares, sujeitos ao poder de polícia do Estado (MARIA SYLVIA). Por fim, registre-se também concepção minoritária, que enquadra essa espécie de atividade, em qualquer caso, quando prestada por particulares ou pelo Estado, simplesmente como **atividade de serviço público** (EROS GRAU).

Entendo, entretanto, com o máximo respeito pelas posições divergentes, que o enquadramento dos **serviços de relevância pública** no conceito de serviço público, **vinculado a critério estritamente orgânico ou subjetivo**, introduz no tema contradições conceituais e problemas de ordem prática que não podem ser desconsiderados. Em primeiro lugar, por adotar implicitamente o modelo dicotômico de repartição de atividades, **essa compreensão remete toda a atuação privada na esfera dos serviços sociais para o domínio da exploração econômica**. Em segundo, sujeita o poder público a princípios e normas que **inviabilizam ou dificultam a formação de parcerias e instrumentos de cooperação úteis para ampliar a efetividade dos direitos sociais objeto de atenção nesses mesmos serviços**. Enquadrar todos os serviços de relevância pública, sem distinção subjetiva, no conceito de serviço público, por outro lado, é solução ainda mais equivocada, pois esgarça o próprio conceito de serviço público, tornando-o inútil em termos jurídicos ou de cariz meramente sociológico, e afasta dessas atividades sociais entidades privadas sem fins lucrativos que podem contribuir para a garantia concreta de direitos fundamentais pelas classes menos favorecidas da população brasileira. O aprofundamento dessa avaliação, que sugere a **ruptura do modelo de soma zero** e a adoção na **classificação das atividades de prestação pública em três categorias fundamentais de atividade**, reclama uma reavaliação do próprio conceito de serviço público no Brasil.

3. NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Definir serviço público é demarcar os limites de uso do conceito. É estabelecer as **fronteiras de sua significação:** determinar quando é possível utilizá-lo e quando deve ser recusado o seu emprego. Essa demarcação pode ser feita identificando **elementos de conotação do conceito**, estruturadores do seu sentido, bem como **identificando conceitos divergentes ou contrastantes com o conceito que se quer definir**. Como é óbvio, a primeira via permite uma **definição positiva** (o que o serviço público é); a segunda, remete a uma **definição negativa** (o que o serviço público não é).

Se a definição é jurídica deve consultar o direito positivo. Em especial, o direito positivo nacional, a partir da própria Constituição da República. Formulações do direito estrangeiro ou do direito internacional podem ser úteis, mas devem passar antes pela **alfândega da Constituição**, vale dizer: somente podem ingressar no país noções efetivamente em sintonia com a Constituição e sob o filtro da lei fundamental. Por isso a Constituição Federal de 1988 será o nosso ponto de partida.

3.1. CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Não há uniformidade sobre o conceito de serviço público no direito positivo ou na doutrina brasileira.

Na Constituição Federal, dois conceitos de serviço público são freqüentemente utilizados: o **conceito orgânico,** com significado de **aparato administrativo do Estado** (v.g., art. 37, XIII; 39, §7º; 40, III; 40, §16º; 136, §1º, II; 198; ADCT, art. 11, 19 e 53**)** e o **conceito objetivo**, que remete a uma modalidade de **atividade técnica de natureza pública**, uma específica atividade estatal ou tarefa administrativa (art. 21, XIV; 30, V; 37, §6º; 54, I, *a;* 61, §1º, II, *b;* 139, VI; 145, II; 175; 202, §5º; 223; 241; ADCT, art. 66).[4]

O sentido orgânico, o primeiro **uso** do conceito de serviço público, pode ser facilmente reconhecido nos arts. 37, XIII e 39, §7º, da Constituição Federal, *litterim*:

> Art. 37, XIII: "é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do **serviço público**";
>
> Art. 39, §7º:"Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com

[4] Cf. MODESTO, Paulo. Convênio entre entidades públicas executado por Fundação de Apoio. Serviço de saúde. Conceito de serviço público e serviço de relevância pública na Constituição de 1988. Forma da prestação de contas das entidades de cooperação após a Emenda Constitucional n. 19/98. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 11, fevereiro, 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2002. Texto publicado originalmente na *Revista Trimestral de Direito Público (RTDP)*, São Paulo, Ed. Malheiros, n. 28, 1999, pp. 109-128.

> despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, **reaparelhamento e racionalização do serviço público**, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade.

O sentido objetivo, o **segundo uso do conceito**, que apreende a expressão serviço público como **espécie de atividade**, pode ser identificado em normas diversas, a exemplo do art. 21, XIV, e 37, § 6º, da Constituição Federal:

> Art. 21, XIV: Art. 21 - Compete à União: organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a **execução de serviços públicos**, por meio de fundo próprio;
>
> Art. 37, § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado **prestadoras de serviços públicos** responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

No âmbito do segundo uso do conceito (sentido objetivo), pode-se divisar uma subdivisão relevante nas referências constitucionais à voz serviço público. É que a Constituição Federal, conquanto ao referir uma específica atividade pública, ora restringe o conceito de serviço público a atividades de prestação que atendem a necessidades individuais (serviços *uti singuli,* isto é, disvisíveis e de fruição singular), como no art. 145, II, ora reconhece aplicável o conceito de serviço público para atividades de prestação que satisfazem necessidades genéricas e não divisíveis em uma coletividade de pessoas, como ocorre no art. 223, que trata dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (serviços *uti universi*).[5]

---

[5] FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, em trabalho de mérito, comentando o art. 145, II, da Constituição e, por igual, as categorias "serviço público em sentido amplo" e "serviço público em sentido restrito", emprega outro ângulo de abordagem, com resultados consequentemente distintos. Segundo o autor, "a Constituição se refere às duas acepções de serviço público. No art. 145, II, parece-me que o termo *"serviços públicos"* passíveis de suportar a instituição de taxas trata-se de seu sentido amplo e impróprio, esvaziado dos serviços públicos estritos (v.g., aqueles passíveis de exploração econômica). Já no art. 175, dentro pois do Capítulo da Ordem Econômica, o constituinte lançou mão do termo no sentido restrito (ou sentido próprio), prevendo a prestação de serviços públicos passíveis de exploração pela iniciativa privada, mediante delegação específica. Só assim se justifica a previsão, no inciso III do Parágrafo único deste art. 175, de que a Lei estabelecerá a "*política tarifária*". Dito doutro modo, os serviços públicos referidos na ordem tributária são aqueles desprovidos de natureza econômica (porquanto sinônimos de atuação estatal, impassível de delegação), remuneráveis pela espécie tributária taxa. Já os serviços públicos referidos na Ordem Econômica são aqueles passíveis de exploração econômica (ou seja, espécie do gênero atividade econômica), cuja exploração pode ser trespassada à iniciativa privada e cuja remuneração não poderia ter natureza tributária, sendo remunerados por tarifa (espécie do gênero preço público)."(Cf. A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos, *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1, janeiro, 2004, pág. 7. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 7 de março de 2005). A distinção sugerida, permita-se o atrevimento, não convence. Se tanto as hipóteses do art. 175 quanto as do art. 145 da Constituição Federal correspondem à prestação de utilidades concretas, escassas e mensuráveis, para usar a terminologia do autor, então ambas podem ser encartadas no *conceito amplo* de atividades econômicas (categoria genérica, cujo alcance abrangeria os conceitos de serviço público e exploração econômica), independentemente de sua localização no tecido

Em resumo, a expressão serviço público, na Constituição Federal de 1988, pode ser referida segundo as seguintes categorias conceituais:

- Serviço Público
  - Sentido subjetivo (orgânico)
  - Sentido objetivo (formal-material)
    - estrito (*uti singuli*)
    - amplo (*uti singuli* e *uti universi*)

A ampla utilização da expressão serviço público na Constituição Brasileira (são mais de vinte as normas que empregam a expressão, ora em sentido orgânico, ora em sentido objetivo), deve servir de advertência contra a assimilação de tendências na **doutrina internacional** e **nacional** favoráveis ao abandono da noção em favor do conceito de "prestação administrativa" ou de "serviço de interesse geral" ou de "serviço de interesse econômico geral".

RAMON PARADA, por exemplo, considera a noção de serviço público em crise e pretende a sua substituição pela noção de **prestação administrativa**. Segundo este autor, a atividade administrativa de **prestação** é aquela pela qual a Administração, **sem limitar nem incentivar a atividade privada,** satisfaz **diretamente uma necessidade pública mediante a prestação de um serviço aos administrados**. Para este autor, o conceito de serviço público é equívoco, porque com o termo serviço público não se designa exclusivamente uma forma de **atividade administrativa**, mas também o **conjunto dessa atividade** e os **órgãos da administração,** como indiferença de que essa atividade seja de prestação, de limitação ou de fomento (*Derecho Administrativo*, Tomo I, 10 ed, Madrid, Marcel Pons, 1998, p. 483 e segs.).

---

constitucional. Não é o caráter econômico ou não econômico da prestação administrativa de serviço público que enseja a incidência de taxa ou a aplicação de tarifa pública: determinante é fato de a prestação ser desenvolvida pelo Poder Público enquanto unidade de *atividade obrigatória* para o usuário, *mensurável em termos individuais*, vale dizer, o seu caráter de *prestação administrativa de fruição obrigatória, de utilização efetiva ou potencial, de natureza específica e divisível*. O art. 145, II, da Constituição Federal, à semelhança do disposto no art. 77 do Código Tributário Nacional, não adota um conceito "amplo e impróprio" de serviço público: ao contrário, prestigia *conceito restritíssimo*, que denota exclusivamente a prestação direta e imediatamente vinculada a contribuinte, obrigatória, específica e divisível, prestada diretamente pelo Poder Público, domínio limitado entre as hipóteses possíveis de prestação de serviço público. Essa orientação é reiterada na jurisprudência dos tribunais superiores: basta conferir, por exemplo, no Supremo Tribunal, os enunciados das **Súmulas 670** (*O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa*) e **274** (*É inconstitucional a taxa de serviço contra fogo, cobrada pelo Estado de Pernambuco*). Essa conclusão decorre também do caráter tributário da taxa, que pode ser exigida mesmo sem a efetiva fruição do serviço público (basta a mera disponibilidade do serviço ou a denominada utilização potencial) e reclama disciplina de estrita legalidade (somente pode ser instituída por lei, não por contrato), o que não ocorre com as tarifas exigidas pelos concessionários de serviço público. Sobre o conceito tributário de serviço específico e divisível, conferir art. 79 do CTN. Esse dabate, porém, salvo melhor juízo, apresenta interesse especial para o direito tributário, mas escasso relevo para o direito administrativo, pois tanto para a prestação de serviço *uti universi* quanto para a prestação de serviço *uti singuli*, este último de *fruição compulsória* ou *facultativa*, o regime jurídico administrativo dos serviços públicos é aplicável, com ressalva apenas de derrogações constitucionais.

CARLOS ARI SUNDFELD, de outra parte, na doutrina brasileira, considera que, ultrapassada a era do Estado-empresário e iniciada a do Estado-regulador, diante da admissão pela legislação brasileira de hipóteses de exploração em regime privado de atividades antes qualificadas como serviço público, essa noção deve ser substituída pela noção de "serviços de interesse econômico geral", à semelhança do que consta da **Carta Européia dos Serviços de Interesse Geral,** mais consentânea com o fenômeno da globalização. (*Direito Global*, São Paulo, Ed. Max Limonad, 1999, p. 161).

Considero, todavia, que essas orientações não atendem a especificidade do sistema jurídico brasileiro, altamente complexo, que reparte a atividade de prestação do Estado e de particulares em atividades de serviço público, serviços de relevância pública e atividades de exploração econômica, cada qual com subdivisões relevantes. Além disso, deixam de perceber que o conceito de serviço público, ainda que em processo de evolução e transformação acentuado, não pode ser descartado, ao menos no Brasil, tendo em conta as múltiplas conseqüências de sua aplicação e sua extensa remissão pelo legislador. No entanto, sem dúvida, apontam para a necessidade de generalizações menos ambiciosas e uma preocupação mais direta com o direito positivo, patenteando a urgente necessidade de definir-se o **conteúdo nuclear** desta noção e reduzir a ambigüidade que o tema tem conhecido no direito brasileiro.

3.2. CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO NA DOUTRINA

Na doutrina administrativa, em geral, o conceito de serviço público recebe, segundo ROBERTO DROMI[6], duas interpretações básicas.

A primeira, a **interpretação negativa**, considera a noção em crise e pretende a sua substituição pela noção de *prestação administrativa* ou outra designação genérica, adotada em termos convencionais.

A segunda, a **interpretação positiva**, pode ser subdividida, segundo DROMI, em três leituras:

(a) **máxima:** serviço público é toda a atividade do Estado cujo cumprimento deve ser assegurado, regulado e controlado;

(b) **média:** serviço público é toda a atividade da Administração Pública;

(c) **mínima:** serviço público é uma parte da atividade administrativa.

Na doutrina brasileira, no entanto, são poucos os que continuam a advogar o conceito máximo ou amplíssimo de serviço público para designar toda a atividade do Estado ou da Administração Pública.

---

[6] Cf. *Derecho Administrativo*, 4 ed, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, p. 529.

O conceito de serviço público é apresentado na doutrina brasileira segundo diferentes critérios (serviço público em sentido amplo, restrito, objetivo, subjetivo, formal, próprio, impróprio, geral, específico, originário ou congênito e derivado ou adquirido etc.). No entanto, pode-se perceber que o conceito amplo de serviço público, que **reunia em si toda a atividade administrativa pública, entrou em decadência.** Em geral, os autores contemporâneos não tratam da matéria em sentido amplo nem em sentido orgânico, mas em **sentido restrito e objetivo**, procurando especificar o **regime jurídico específico** da atividade de serviço público e isolá-la no interior da atividade administrativa do Estado.

Neste cenário o conceito jurídico de serviço público **não pode ser um conceito naturalístico ou essencialista.** Não parece ser mais admissível, no estágio atual do direito administrativo brasileiro, admitir a existência de "serviços públicos por natureza". Não basta mais defini-lo como todo “serviço existencial, relativamente à sociedade”, pois saber o que em cada momento é existencial a uma coletividade é algo impreciso, inseguro, variável segundo a opinião de cada qual, sendo problemático mesmo para ciências não-jurídicas incumbidas de aferir a média das opiniões e sentimentos dos integrantes de uma coletividade.

O conceito jurídico de serviço público atualmente pressupõe a conjugação de diversos elementos de caracterização: **exige a determinação de um específico regime jurídico** e a **demarcação de um campo material onde este regime encontre aplicação**. Por isso, é um conceito objetivo, mas também formal e material.

Primeiro, exige-se que a atividade corresponda ao desempenho de uma "prestação administrativa", vale dizer, ao oferecimento de uma utilidade concreta fruível direta ou indiretamente pelo administrado, mas **imediatamente a cargo do Estado ou de seus delegados,** realizada no exercício da função administrativa. Trata-se de uma tarefa administrativa de **caráter positivo**, realizada na forma de **atividade técnica,** que satisfaz necessidades coletivas e fundamentais dos cidadãos. Essas tarefas de prestação não se confundem com as tarefas jurídicas da administração, relacionadas às atividades de limitar, regular, incentivar ou planejar atos e comportamentos concretos, nem se realizam por prestações em dinheiro ou se destinam a realizar os fins essenciais da organização política do Estado. O serviço público é **atividade dirigida a produzir utilidade material para terceiros**, não uma atividade jurídica ou de subvenção/estímulo, o que aparta as noções de serviço público e poder de polícia, por um lado, e serviço público e fomento, por outro.

Segundo, exige-se que a atividade de prestação atenda efetivamente a **necessidades públicas administrativas**, oferecendo **utilidades ao público em geral**, ainda que seu gozo seja individualizado. Não é necessário, é certo, que a atividade de serviço público seja prestada para um usuário determinado, sendo possível reconhecer serviço público em atividades em que o número de usuários é indeterminado, a exemplo dos serviços públicos de telecomunicações de difusão (realizada em canais abertos) e os serviços de iluminação e limpeza pública. Mas a atividade deve satisfazer necessidades coletivas, relevantes para os administrados em geral, não se destinando apenas a grupos restritos dentro do corpo social, sem repercussão coletiva. Por isso é freqüente a associação entre

as atividades de serviço público e o atendimento de necessidades essenciais, básicas para todos e cada um dos indivíduos de uma coletividade, vinculando-se a noção de serviço público ao atendimento do **princípio da dignidade da pessoa humana**.

Em razão disso, **quando for ausente o caráter público da atividade**, isto é, quando a atividade não se reportar a necessidades coletivas, **não deve ser qualificada como serviço público, ainda quando guarde proximidade com atividades de serviço público**. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, nesse passo, exemplifica em termos didáticos: "Por faltar este caráter de se destinarem à satisfação da coletividade em geral, não são públicos, *exempli gratia*, os serviços de telecomunicações que interligam apenas as empresas que possuem seus serviços de interconexão e que a isto se destinam. Assim, também, não são públicos os serviços de radioamador, pois estes, conquanto prestem atividade útil para inúmeras pessoas, constituem-se para comunicação restrita ao âmbito dos que, possuindo tal equipamento, propõem-se a ingressar neste círculo restrito de intercomunicadores" (Curso de Direito Administrativo, 17ª.ed, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 623).

De outra parte, no direito brasileiro, predomina a concepção segundo a qual o conceito de serviço público é aplicável apenas a atividades que satisfazem necessidades de natureza administrativa, o que afasta de seu campo de aplicação as atividades estatais de natureza legislativa ou jurisdicional.

Terceiro, o conceito de serviço público exige também a assunção pelo Estado da **titularidade exclusiva** de determinada atividade de prestação (*publicatio*), mediante determinação legal ou constitucional, com expressivas repercussões práticas.[7] Por ser titular, cabe ao Poder Público definir as condições do exercício do serviço por particulares, inclusive se a delegação terá caráter de exclusividade ou será deferida em regime de competição.[8]

O serviço público é sempre **incumbência do Estado**, como expressamente proclama o art. 175 da Constituição. A declaração da atividade como atividade pública é feita ordinariamente por lei, a sua gestão é feita diretamente pelo Estado e seus entes instrumentais ou por concessionários e permissionários. Segue-se, portanto, que não podem ser nomeadas como *serviço*

---

[7] MARÇAL JUSTEN FILHO, embora reconhecendo como fato que o serviço público é de titularidade do Estado, sustenta que não é a titularidade do serviço pelo Estado que o qualifica como serviço público, mas o oposto: "o serviço é de titularidade do Estado por ser público. Portanto, atribuição da titularidade de um serviço ao Estado é decorrência de seu reconhecimento como serviço público. Sob o prisma lógico jurídico (ainda que não necessariamente sob o prisma jurídico positivo), o serviço é público antes de ser estatal" Cf., deste autor, Teoria Geral das Concessões de Serviço Público, São Paulo, Dialética, 2003, p. 21.

[8] Em princípio, a outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, ressalvada a inviabilidade técnica ou econômica, nos termos do art. 16 da Lei Geral de Concessões. Trata-se de um avanço em relação à concepção tradicional, que associava a prestação de serviços públicos com atividade exercida em caráter monopolista. Sobre a concorrência na prestação de serviços públicos, com ampla revisão da literatura especializada, conferir ARAGÃO, Alexandre. Serviços Públicos e Concorrência, *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1, janeiro, 2004. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 6 de março de 2005).

público atividades desempenhadas por particulares, ainda quando afetem relevantes interesses coletivos, se não foram **reservadas** pela Constituição da República ou por leis ordinárias à **titularidade exclusiva** do Poder Público.

Característico do serviço público, com efeito, é que o Estado assuma a atividade como própria ou de sua titularidade. Os serviços públicos são **atividades submetidas a uma reserva de titularidade pública**. **Não podem ser consideradas atividades livres à iniciativa do particular.** É esta a razão para a referência ao instituto da **licitação** no art. 175 da Constituição Federal e o pressuposto necessário do instituto da **concessão de serviço público**.

No serviço público a **responsabilidade** última pela prestação é do Estado. Se o particular, como delegado, abandona a prestação do serviço, o Estado deve assumi-la, respondendo por sua continuidade. O particular, na qualidade de delegado, responde diretamente pelos danos que produzir, mas o Estado não é irresponsável perante os usuários do serviço. Nos serviços públicos, em caso **delegação de prestação**, o Estado não é um terceiro indiferente, respondendo, em última instância, pela regularidade do serviço e pela atuação adequada de seus delegados, pois mantém a titularidade da atividade. Nas atividades em que o Estado não é titular, mesmo quando há interesse coletivo, não é obrigatória a assunção pelo Estado da responsabilidade de sua prestação.

A *publicatio* (a titularidade pelo Estado da atividade de serviço público, com aplicação obrigatória de regime jurídico especial) é traço característico da **concepção francesa do serviço público,** profundamente arraigada no Brasil. Em termos opostos, nos **países anglo-saxões**, do common law, os serviços de interesse geral estão sujeitos a uma série de obrigações, mas não há *publicatio,* razão pela qual as denominadas *public utilities* não são equivalentes à noção européia (e brasileira) de serviço público.[9]

Quarto, no serviço público há a submissão total ou parcial da atividade ao regime jurídico de direito público e a princípios específicos (v.g., continuidade, mutabilidade, igualdade, obrigatoriedade). De fato, nas atividades de serviço público há uma **reserva de direito público**. Essa técnica permite a aplicação de diversas prerrogativas especiais da administração para a satisfação dos interesses gerais (expropriação, constituição de servidões administrativa, sanções administrativas, entre outras).[10]

---

[9] JOSÉ MARIA SOUVIRÓN MORENILLA, dissertando em profundidade sobre o tema serviços públicos, anota: "Servicio público y 'publicatio' (paso a la titularidad del Estado) aparecen así en la cultura jurídica europea de raiz francesa indisolublemente unidos. Todo lo contrario sucederá en los países anglosajones, donde la satisfacción de las necesidades colectivas, la configuración de los servicios públicos (objeto de diferentes apelativos: *public services*, o más frecuentemente *public utilities* – especialmente utilizado para los servicios de red -, *bussiness afected with a public intererest*) no se vincula a la asunción de los correspondientes servicios de interés general por el Estado, sino a una intensa regulación pública de su desarrollo por prestadores privados." (Cf. La Actividad de la Administración y El Servicio Público, Granada, 1998, p. 154).

[10] O direito positivo brasileiro, em normas especiais, refere a situações de "serviço público submetido ao regime de direito privado". Em especial, registram-se as previsões da Lei

Quinto, nas atividades nominadas como serviço público há a exclusão da livre ação das pessoas privadas no âmbito dessa atividade, ressalvada a possibilidade de atuarem como delegados do Poder Público. Serviço público é atividade reservada ao Poder Público, com vistas a satisfazer interesses coletivos, sob disciplina jurídica peculiar, razão pela qual também é dita *'res extra commercium'.*[11]

No passado, a noção de serviço público era mais nítida. **Serviço público era todo o serviço prestado pelo Estado (elemento subjetivo), com vistas à satisfação de necessidades coletivas (elemento material), sob o regime de direito público (elemento formal).** Mas o tempo fez quebrar dois elementos dessa definição: o elemento subjetivo e o formal, pelo menos em parte. Os particulares passaram a atuar em serviços públicos e o Estado iniciou a atuar em atividades econômicas, adotando parcialmente a disciplina do direito privado. Falou-se então em crise, falência, fragilidade da noção de serviço público. Aos poucos a noção resgatou novamente o seu prestígio, desvinculando-se de elementos subjetivos e assumindo a característica de conceito objetivo, atinente a uma **classe de atividades públicas**, **indiferente a quem as exercita**.

Hoje, o conceito de serviço público é necessariamente mais restrito, para ser operativo. Pode-se definir serviço público, neste contexto, como a **atividade de prestação administrativa material**, **direta e imediatamente a cargo do Estado ou de seus delegados**, **posta concretamente à disposição de usuários determinados ou indeterminados**, **sob regime de direito público**,

---

das Telecomunicações e da Energia. No entanto, as atividades nas quais esse conceito heterodoxo é empregado não referem rigorosamente atividades de serviço público e sim atividades privadas submetidas a *autorizações modais*, isto é, autorizações condicionadas ao atendimento de específicas obrigações de natureza pública. Neste campo, respeitando orientações divergentes, continuo a considerar que o art. 175 da Constituição Federal impõe que o regime das atividades de serviço público seja necessariamente o regime de direito público, pois nestas atividades subsiste a submissão a uma política tarifária ditada pelo Poder Público e à disciplina pública inerente às concessões e permissões de serviço público.

[11] Declarar que alguma atividade é serviço público (*retius*, subordina-se ao regime jurídico do serviço público) constrange, restringe, limita a órbita de ação livre dos particulares, o que exige ao menos declaração legal e determinação conceitual rigorosa. Situação semelhante ocorre com a declaração de que determinada *atividade privada* é *serviço público em sentido impróprio.* Como acentuou com propriedade JUAN CARLOS CASSAGNE, "lo curioso es que el servicio público impropio no aparece como una excepción al principio de la titularidad privada de la pertinente actividad sino como una mera extensión del régimen jurídico del servicio público própio, cuya fuerza expansiva no llega, sin embargo, a producir una verdadera *publicatio*. Por ese motivo, el servicio público impropio existe sólo por extensión, al faltarle una de sus notas centrales, situación que conduce a prescindir del sistema de la concesión o permiso como presupuesto del otorgamiento del derecho a ejercerlo, para sustituirlo por la autorizacion. Del carácter excepcional quer particulariza a esta figura se desprende la necesidad de que exista declaración legislativa que establezca que una determinada actividad, de titularidad originaria privada, se convierta en servicio público y pase a regirse por su régimen jurídico, especialmente en lo que atañe a las reglas, a que deberá ceñirse la pertinente actividad, que exigen una prestación obligatoria, regular, igualitaria y continua del servicio por parte de los particulares".(*Derecho Admnistrativo*, Tomo II, 7ª. ed, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003, p. 297-98). No Brasil, o conceito *de serviços de relevância pública (conceito constitucional)* cumpre funções semelhantes ao conceito de serviço público em sentido impróprio (conceito doutrinário), mas com muito menor equivocidade e com melhor fundamentação positiva, como adiante será explorado.

em caráter obrigatório, igualitário e contínuo, com vistas a satisfazer necessidades coletivas, sob titularidade do Poder Público.[12]

A adoção de um **conceito restrito** e **operativo** de serviço público, fora de concepções essencialistas, é uma das respostas possíveis para os desafios de uma realidade em constante mutação sócio-econômica. Mas **não pode significar desatenção a interesses coletivos relevantes**, presentes em **atividades**

---

[12] Conferir, entre outros trabalhos sobre o tema, no direito brasileiro, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias,* São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1968, pp.130-176; *Curso de Direito Administrativo*, 17 ed., São Paulo, Malheiros, 2004; Serviço Público e sua Feição Constitucional no Brasil, in: MODESTO, Paulo, e MENDONÇA, Oscar (org), *Direito do Estado: novos rumos*, Tomo 2, São Paulo, Max Limonad, 2001; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*, São Paulo, Malheiros, 2003; JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria Geral dos Concessões de Serviço Público*, São Paulo, Ed. Dialética, 2003; *Curso de Direito Administrativo*, 2005, pp. 478-544; TÁCITO, Caio, "Conceito de serviço público", In: *Temas de Direito Público* (estudos e pareceres), 1º vol., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1997, pp. 637-642; DALLARI, Adilson Abreu, "Conceito de Serviço Público", *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo. n. 15, p. 112-117, 1996; JUSTEN, Monica Spezia. *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu.* São Paulo, Dialética, 2003; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na Administração Pública:* concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas, 2ª ed. São Paulo, Ed. Atlas, 1997; MEDAUAR, Odete, "Serviço Público", *Revista de Direito Administrativo*, n. 189, 1992; SUNDFELD, Carlos Ari, Introdução às Agências Reguladoras, In: *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo, Malheiros, 2000; A Administração Pública na Era do Direito Global, In: *Direito Global*, São Paulo, Ed. Max Limonad, 1999, p. 157-168; MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo,* 10 ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1994, pp. 317-333; "Mutações nos Serviços Públicos", i Mutações nos Serviços Públicos, *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico,* Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1, fevereiro, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 7 de março de 2005; "O sistema de parceria entre os setores público e privado. Execução de serviços através de concessões, permissões, terceirizações e outros regimes. Aplicação adequada desses institutos", In: *Boletim de Direito Administrativo (BDA), 2/75-81,* Ed. NDJ, fev., 1997; GASPARINI, Diógenes, *Direito Administrativo, 4ª ed.,* São Paulo, Ed. Saraiva, 1995, pp. 208-220; BAZILLI, Roberto Ribeiro. *Serviços públicos e atividades econômicas na Constituição de 1988*. **in** Revista de Direito Administrativo. V. 1. Julho-setembro 1994. N° 197. Rio de Janeiro : Renovar. 1991; GRAU, Eros Roberto, *Constituição e Serviço Público*. **In** *Direito constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo : Malheiros. 2001. p. 250; A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 7ª.ed, São Paulo, Malheiros, 2002; KRELL, Andréas, *Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos serviços Públicos Básicos (uma visão comparativa).* In: Revista de Informação Legislativa. Brasília:Subsecretaria de Edições técnicas do Senado Federal. N° 144. P. 239-260. 1999. p 239; FREITAS, Juarez, *Estudos de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1997; *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, 3ª. ed, São Paulo, Malheiros, 2004; AGUILLAR, Fernando Herren, *Controle Social dos Serviços Públicos,* São Paulo, Max Limonad, 1999; RUY CIRNE LIMA, *Princípios de Direito Administrativo*, 6ª.ed, São Paulo, RT, 1982. ARAGÃO, Alexandre, Agências Reguladoras, Rio de Janeiro, Forense, 2002, pp. 144-156; VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2003. FIGUEIREDO, Lucia Valle, *Curso de Direito Administrativo*, 6ª.ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 2003, p. 74 e segs; SOUTO, Marcos Juruena Villela, Direito Administrativo Regulatório, 2ª.ed, Rio de Janeiro, Ed. Lúmen Juris, 2004, p. 81 e segs. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1996; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 12ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, Concessão de Serviço Público sem Ônus para o Usuário, n: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme (org), *Direito Público: estudos em homenagem ao Prof. Adilson Abreu Dallari*, Minas Gerais, Ed. Del Rey, 2004, p. 332 e segs.; A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos, *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1, fevereiro, 2004. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 7 de março de 2005.

privadas de interesse público, não sujeitas à *publicatio*, isto é, à titularidade estatal. É possível reconhecer, dentro dos marcos da Constituição Brasileira, a **existência autônoma de obrigações de regularidade, continuidade, igualdade, incidentes sobre serviços de relevância pública, como deveres inerentes à essencialidade das atividades exercidas, proclamada em lei ou diretamente pela Constituição**. Esse reconhecimento, no entanto, é viável sem o artifício de estender para essa categoria de serviços o conceito de serviço público, que recolheria assim, no seu bojo, realidades dispares.

A Constituição Brasileira, em seu art. 9º, por exemplo, após reconhecer o direito de greve e a competência dos trabalhadores para decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender, averbou, em seu §1º, que "a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o *atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade*"

A Lei 7.783/89, que regulou esse preceito constitucional, assentou:

"Art. 10. São considerados serviços ou atividades essenciais:

I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;

II - assistência médica e hospitalar;

III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;

IV - funerários;

V - transporte coletivo;

VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;

VII - telecomunicações;

VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;

IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;

X - controle de tráfego aéreo;

XI - compensação bancária.

Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Parágrafo único. São necessidades inadiáveis da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

> Art. 12. No caso da inobservância do disposto no artigo anterior, o Poder Público assegurará a prestação dos serviços indispensáveis.

A simples leitura desses dispositivos oferece três conclusões relevantes: (a) o rol de **atividades consideradas essenciais** no direito positivo brasileiro abrange tanto serviços públicos quanto serviços privados, alguns de natureza evidentemente econômica, como a compensação bancária e a distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; (b) a obrigação de assegurar a manutenção do atendimento, expressão tradicional do princípio da continuidade do serviço público, foi **autonomizada**, sendo irrelevante para a sua aplicação o enquadramento da atividade no rol dos serviços públicos ou a *publicatio* da atividade; (c) a responsabilidade do Poder Público pela prestação dos serviços indispensáveis, em caso de violação da lei, foi prevista independentemente do fato do serviço constituir atividade de serviço público, atividade econômica ou atividade de relevância pública.

A disciplina do direito de greve dos trabalhadores em geral demonstra que não é necessário dilatar ao ponto do esgarçamento o conceito de serviço público para se resguardar direito sociais relevantes, por um lado, e, por outro, que obrigações tradicionalmente consideradas como **obrigações de serviço público** podem ser autonomizadas e aplicadas a situações variadas, independentemente da ordem jurídica considerar determinadas atividades como serviços públicos. A jurisprudência trabalhista tem aplicado a legislação da matéria sem qualquer ressalva.[13]

---

[13] Ementa: GREVE - ABUSIVIDADE - ATIVIDADE ESSENCIAL. É abusiva a greve que se realiza em setores que a lei define como sendo essenciais à comunidade, quando não é assegurado o atendimento básico das necessidades inadiáveis dos usuários do serviço, na forma prevista na Lei nº 7783/89. A atividade desenvolvida pela categoria, transporte rodoviário, é considerada essencial, daí a ilegalidade do movimento, porque deflagrado em ofensa à norma legal. Recurso ordinário não provido. (TST, Relator: MINISTRO MILTON DE MOURA FRANÇA, Decisão: 12/09/2002, RODC 122, 2002, DJ 25/10/2002).

Ementa: GREVE - ATIVIDADE ESSENCIAL - AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO PRÉVIA AOS USUÁRIOS - CONSEQÜÊNCIA - DECLARAÇÃO DE ABUSIVIDADE FORMAL. Em se tratando de greve em atividade essencial, as partes em conflito devem assegurar a prestação de serviços indispensáveis às necessidades inadiáveis da população, entre as quais, indiscutivelmente, se insere o atendimento à saúde, como expressamente definido pelo parágrafo único do Art. 11 - da Lei nº 7783/89. O legislador, ao disciplinar o direito de greve nas atividades essenciais, impôs, como requisito para o seu regular exercício, a prévia comunicação dos usuários, com antecedência mínima de 72 horas, como expressamente estatuído no art. 13 do referido diploma legal. Não tendo sido atendido esse requisito formal, legalmente exigido, a conseqüência é a declaração de abusividade da greve, consoante expressamente dispõe o art. 14, "caput", da Lei nº 7783/89. Recurso ordinário parcialmente provido. (TST, Relator: MINISTRO MILTON DE MOURA FRANÇA, Decisão 08/08/2002, Processo: 723697, 2001, Publicação: DJ 27/09/2002)

Ementa: GREVE - ATIVIDADES ESSENCIAIS. A greve, como ato jurídico, deve sujeitar-se à regulamentação legal, sendo, portanto, abusivo o movimento deflagrado sem a observância dos requisitos formais contidos na Lei nº 7783/89. Por outro lado, o direito de greve em atividades consideradas essenciais é condicionado ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, acarretando a inobservância de tal preceito a interferência do Poder Público com a finalidade de assegurar o efetivo cumprimento da lei, cabendo, para tanto, a fixação de multa por

Essas considerações abrem espaço para uma reflexão sobre o alcance do conceito de serviço público nas atividades em que, embora obrigado a atuar, o Estado não assume a responsabilidade em último plano sobre a atividade quando ela é exercida por particulares, em regime de liberdade de iniciativa, assegurada expressamente pela Lei Fundamental. Essa reflexão permite a aceitação de formas variadas de parceria entre o Poder Público e os particulares, com e sem fins de lucro, no atendimento a necessidades coletivas não assumidas como próprias e exclusivas do Estado pelo direito positivo. Não parece adequado aplicar em bloco, a essas atividades, as obrigações do serviço público. Mas também não parece razoável considerá-las atividade econômica em sentido estrito, desvinculadas completamente dos princípios da continuidade, igualdade, mutabilidade, quando desempenhas por particulares. Se for compreendido isto, bem como reconhecida a possibilidade de aplicar a estas atividades alguns princípios tutelares estranhos à atividade econômica em sentido estrito, são criadas condições para o adequado tratamento do conceito constitucional dos **serviços de relevância pública.**

4. CONCEITO DE SERVIÇO DE RELEVÂNCIA PÚBLICA

O conceito de **serviço de relevância pública** é menos exigente do que o conceito de serviço público. São atividades de relevância pública as **atividades consideradas essenciais ou prioritárias à comunidade, não titularizadas pelo Estado, cuja regularidade, acessibilidade e disciplina transcendem necessariamente à dimensão individual, obrigando o Poder Público a controlá-las, fiscalizá-las e incentivá-las de modo particularmente intenso**. Não há aqui exigência de aplicação obrigatória de todas as obrigações de serviço público tradicionalmente reconhecidas na legislação. Nem titularidade exclusiva desses interesses pelo Estado, admitindo-se a livre atuação privada. Mas a lei ordinariamente impõe que a fiscalização e regulação dessas atividades pelo Poder Público seja minudente e tutelar, sendo assegurando ainda o respeito a princípios constitucionais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesta área, por exemplo, caberia reconhecer a aplicação de princípios freqüentemente associados no direito comparado aos denominados "serviços de interesse geral".[14] Em especial, as obrigações de não discriminar usuários, a obrigação de cobrar preços razoáveis ou acessíveis e a obrigação de atuar de

---

descumprimento da obrigação de fazer imposta (CPC, art. 461, § 4º). (TST, Relator: MINISTRO RONALDO JOSÉ LOPES LEAL, RODC 609069, Decisão: 19/10/2000, DJ 01/12/2000 PG: 553).

[14] Sobre o conceito europeu de "serviço de interesse geral" ou "serviço de interesse econômico geral", conferir REBOLLO, Luis Martin, "Servicios Públicos y Servicios de Interés General: la nueva concepción y operatividad del servicio público em el derecho administrativo español", e MEDAUAR, Odete, "Serviços Públicos e Serviços de Interesse Econômico Geral", publicados na coletânea MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (org), *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2003. Conferir, também, as valiosas observações de JUSTEN, Mônica Spezia, *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*, São Paulo, Ed. Dialética, 2003, especialmente pgs. 196 e segs.

modo regular.[15]

Esses princípios de acessibilidade, igualdade e continuidade, no direito europeu, também informam o chamado "serviço universal", que MONICA JUSTEN, resume de forma precisa: "o serviço ou conjunto de serviços mínimos definidos, que visam a assegurar o acesso de todos os usuários a prestações essenciais de uma determinada qualidade e a preços justos em face das condições específicas nacionais" (A Noção de Serviço Público no Direito Europeu, São Paulo, Dialética, 2003, p. 195).

A babel conceitual européia não nos interessa de forma imediata, pois aglutina em conceitos de gradação sucessiva e, por isso, parcialmente superpostos, atividades de serviço público abertos à competição, serviços monopolistas e também serviços sociais.[16] Na Constituição Brasileira, embora a

---

[15] No Glossário da Comunidade Européia são diferenciados os conceitos de "serviço público", "serviço universal", "serviço de interesse econômico geral" e "serviço de interesse geral", segundo os seguintes enunciados: **Serviço público:** A noção de serviço público tem um duplo sentido, designando tanto o organismo de produção do serviço como a missão de interesse geral a este confiado. É com o objectivo de favorecer ou de permitir a realização de missões de interesse geral que a autoridade pública pode impor obrigações específicas de serviço público a um organismo de produção do serviço, por exemplo, em matéria de transportes terrestres, aéreos ou ferroviários ou em matéria de energia. Estas obrigações podem ser impostas à escala nacional ou regional. Note-se que, com frequência, se confunde erroneamente serviço público e sector público (incluindo a função pública), ou seja, a missão e o estatuto, o destinatário e o proprietário; **Serviço universal:** O conceito de serviço universal foi desenvolvido pelas instituições da Comunidade e define um conjunto de exigências de interesse geral a que devem obedecer, em toda a Comunidade, as actividades de telecomunicações ou de correio, por exemplo. As consequentes obrigações destinam-se a assegurar o acesso generalizado de todas as pessoas a determinadas prestações essenciais, de qualidade e a um preço abordável. **Serviços de interesse económico geral:** Os serviços de interesse económico geral designam as actividades de serviço comercializáveis que preenchem missões de interesse geral, estando, por conseguinte, sujeitas a obrigações específicas de serviço público (artigo 86º - antigo artigo 90º - do Tratado que institui a Comunidade Europeia). É o caso, em especial, dos serviços em rede de transportes, de energia e de comunicações". **Serviços de interesse geral:** Por serviços de interesse geral entendem-se as actividades de serviço, comercial ou não, consideradas de interesse geral pelas autoridades públicas, estando, por conseguinte, sujeitas a obrigações específicas de serviço público. Esta noção engloba as actividades de serviço não económico (sistema de escolaridade obrigatória, protecção social, etc.), as funções intrínsecas à própria soberania (segurança, justiça, etc.) e os serviços de interesse económico geral (energia, comunicações, etc.). Recorda-se que as condições do artigo 86º (antigo artigo 90°) do Tratado não são aplicáveis às duas primeiras categorias (actividades de serviço não económico e funções intrínsecas à própria soberania). Cf. Glossário da Comunidade Européia, documento disponível na Internet na página: http://europa.eu.int/scadplus/leg/pt/cig/g4000.htm **.** É útil consultar, também, o denominado **Livro Verde** (COM/2003/270,de 21.5.2003) e o **Livro Branco sobre os Serviços de Interesse Geral** (COM/2004/0374), disponíveis a partir de pesquisa na página: http://europa.eu.int e http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/service_general_interest Foi proposta a redação de uma comunicação específica sobre os serviços sociais de interesse geral, incluindo os serviços de saúde, cuja adopção está prevista para 2005.

[16] A babel conceitual dos textos normativos comunitários do velho continente tem surpreendido a muitos. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, por exemplo, encontrou ocasião para ressaltar que a denominada crise dos serviços público, no continente europeu, "antes mesmo de uma crise conceitual, é uma **indefinição semântica** provocada pelo uso de variadas e equívocas denominações, como serviço de interesse geral, serviço econômico de interesse geral, serviço público e serviço universal. A confusão dos textos se reflete na perplexidade de alguns autores e das correntes que se alinharam a respeito, sendo que alguns chegam a ponto de

matéria não deva ser reduzida a dois únicos conceitos, como vimos, não apresenta superposições equivalentes.

Na Constituição brasileira há explícita referência aos **serviços de relevância pública** em duas normas: art. 129, II e art. 197.

Na primeira norma, o conceito é empregado em **sentido subjetivo**, para referir as entidades privadas que prestam serviço de relevância pública. Na segunda, o conceito é empregado em **sentido objetivo**, para referir as ações e os serviços de saúde, seja quando prestados pelo Poder Público, seja quando prestados por pessoa física ou jurídica de direito privado. As disposições são diretas e de simples compreensão:

> "Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:
>
> II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;"
>
> "Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros, por pessoa física ou jurídica de direito privado"

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

---

considerar a crise como um sinal do desaparecimento do velho e tradicional *service public à la française* e outros, mais moderados, vendo apenas indícios de uma profunda mutação em curso". (Mutações nos Serviços Públicos, *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico,* Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1, fevereiro, 2005, p. 13. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 7 de março de 2005.)

com **mecanismos de parceria ágeis** para ampliar a sua capacidade de assegurar a efetiva fruição dos direitos sociais básicos.[17]

É certo também que os serviços sociais referidos, quando desempenhadas pelo Poder Público como encargo, obrigação, submetem-se ordinariamente ao **regime de direito público**, quer por ser este o **regime jurídico comum e normal da função administrativa do Estado***,* quer por expressa decisão legal*.* Por essa razão, diversos autores tendem a considerar essas atividades, quando prestadas pelo Estado, serviços públicos.[18] Mas, sem embargo dessa qualificação, essas atividades não seriam serviços públicos *quando desempenhados por particulares.* Porém*,* como vimos antes, rotular de serviço público essas atividades, quando exercidas pelo Estado, é **subordinar a natureza jurídica de uma atividade à qualidade do sujeito que a exercita,** é adotar um conceito subjetivo, o que é incoerente com a tese predominante na doutrina brasileira de se **buscar a identidade própria da atividade de serviço público na identificação do regime jurídico especial da atividade**, **não do sujeito que por ela responde.**

A conseqüência pragmática deste entendimento é ambígua: por um lado, a analogia permite aparentemente ampliar as garantias dos administrados quando aplicada a **pessoas jurídicas estatais de direito privado** (tese problemática, ante a ausência de imposição constitucional do regime de direito público a todo esse conjunto de atividades)**;** por outro lado, restringe a compreensão dos compromissos públicos da mesma atividade quando exercida por particulares

---

[17] O caráter liberal ou social do Estado é definido menos pela dimensão do seu aparato burocrático quanto pela destinação do seu orçamento. Os Estados atuais são sobretudo centros de transferência de recursos econômicos e sociais. A atividade de prestação de serviços pelo Estado-aparato responde apenas por uma parcela da intervenção do Estado nas sociedades contemporâneas. As transferências de recursos tributários, as isenções especiais e os subsídios, entre outras formas de estímulo e limitação da atividade privada, respondem por grande parte da interferência estatal em nossa vida cotidiana. Lamentavelmente, trata-se de setor em que reina uma quase absoluta opacidade e anomia, pois entregue completamente à lógica econômica. Por isso, se quisermos saber se um Estado é de fato "social" ou "neoliberal" devemos consultar o orçamento público e as efetivas transferências de recursos para o financiamento de serviços sociais, independentemente da natureza da entidade responsável pela realização desses serviços. É este o dado essencial a considerar quando se pretende determinar o compromisso do Estado com a realização do direito à saúde ou à educação e não o campo das formas organizacionais que o Estado adota ou de que se serve para obter bens ou utilidades coletivas. Registre-se, por fim, que as normas que regem a "forma de organização" não informam necessariamente as "normas de funcionamento" das entidades públicas ou privadas de interesse público existentes no Brasil, sendo usual que entidades estatais de direito privado estejam vinculadas, em diversos aspectos do seu funcionamento, a normas de direito público, o mesmo ocorrendo com simples pessoas jurídicas privadas de interesse público.

[18] Contra a conceituação dessas atividades sociais do Estado como "serviço público" escreve CASSAGNE, Juan Carlos, *La Intervención Administrativa. 2ª ed.* Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1994, p. 40: "Los servicios públicos propios se distinguen también de los llamados servicios sociales que presta el Estado en áreas tales como la cultura, salud pública, previsión social, cuya gestión suele encomendarse a órganos u entes administrativos, sin perseguirse fines de lucro. Esta actuación estatal, para la realización de prestaciones que no poseen contenido económico, no implica reemplazar ni sustituir la iniciativa privada que, respecto de estas actividades, continúa regida por el principio de la libertad, sin perjuicio de lo cual ---cuando la actividad la lleva a cabo el Estado - se aplican los principios y normas proprios de la función administrativa".

(pois, **neste caso**, seriam simples **atividades econômicas**).[19] Seja como for, mesmo os autores que dilatam a aplicação do conceito de serviço público para atividades sem titularidade do Estado reconhecem que, quando os particulares atuam, com ou sem fins lucrativos, por **direito próprio** (*iure propio),* não se sujeitam ordinariamente ao regime do *serviço público* ou do direito administrativo, mas ao regime jurídico típico ou predominante das pessoas de direito privado, o

[19] RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, adotando a concepção dominante, enuncia claramente a incompetência do Poder Público para estabelecer condicionantes à política de preços das mensalidades escolares: "O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as condições estabelecidas no art. 209 da CF. Não há outra restrição que possa ser imposta, nem há condicionantes fixadas em lei. O texto constitucional revela a concessão de liberdade às escolas, que podem dispor da melhor forma de organização de seu ensino, submetendo-se, apenas, aos preceitos gerais da educação nacional e sujeitando-se à avaliação de qualidade pelo Poder Público. Em consequência do quanto se vem dizendo, pode-se afirmar que não há possibilidade de o Estado imiscuir-se na intimidade da escola, para fixar padrões de mensalidade. Estas são livremente estipulas pelas escolas, a quem, de acordo com o poder aquisitivo dos alunos, incumbirá a dosagem dos salários de seus professores. A equação possibilidade de aluno/necessidade da escola fica a critério desta. Os limites são as possibilidades dos alunos. É correto que se deve desvincular o paternalismo estatal que vigora entre nós. A escola oferece determinado padrão de ensino. Se o aluno não está satisfeito, muda. Faz movimento entre os pais para melhoria do ensino. O pai discute com a direção da escola os aumentos das mensalidades e retira o filho, se entender que a cobrança é muito alta. Enfim, é a livre iniciativa gerindo a economia de mercado no pertinente à educação." (*Receitas Não Tributárias – Taxas e Preços Públicos*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, p. 152). Com a licença devida, mantenho radical divergência do ilustre autor no tocante ao alcance da interferência do Poder Público na esfera do ensino privado, como de resto nas demais atividades de relevância pública (vg. saúde e pesquisa científica), embora também não postule o que o autor denomina de "paternalismo estatal". Sem antecipar essa questão, vale dizer, mesmo sem qualificar desde logo a educação como atividade de relevância pública (recurso simples para atribuir-lhe, de pronto, um conjunto relevante de condicionamentos), cumpre ressaltar que o "livre mercado" na educação não pode desconsiderar os limites da própria atividade econômica. A matéria já foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 319, que admitiu a competência do Poder Público na regulação da política de preços nas atividades de ensino, conquanto o tribunal tenha revelado certa ambiguidade ao tentar compatibilizar o conceito de livre iniciativa e a manifesta relevância social da interferência pública na atividade de ensino desenvolvida por escolas privadas: "EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares e da outras providências. - Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que e o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros. - Não é, pois, inconstitucional a Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, pelo só fato de ela dispor sobre critérios de reajuste das mensalidades das escolas particulares. - Exame das inconstitucionalidades alegadas com relação a cada um dos artigos da mencionada Lei. Ofensa ao princípio da irretroatividade com relação à expressão "marco" contida no parágrafo 5. do artigo 2. da referida Lei. Interpretação conforme a Constituição aplicada ao "caput" do artigo 2., ao parágrafo 5. desse mesmo artigo e ao artigo 4., todos da Lei em causa. Ação que se julga procedente em parte, para declarar a inconstitucionalidade da expressão "marco" contida no parágrafo 5. do artigo 2. da Lei no 8.039/90, e, parcialmente, o "caput" e o parágrafo 2. do artigo 2., bem como o artigo 4. os três em todos os sentidos que não aquele segundo o qual de sua aplicação estão ressalvadas as hipóteses em que, no caso concreto, ocorra direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. (STF, ADI 319 QO / DF, Rel. Min. Moreira Alves, Julgamento: 03/03/1993, Tribunal Pleno, Publicação: DJ 30-04-1993, PP-07563 EMENT VOL-01701-01 PP-00036, por maioria). No mesmo sentido: STF, AI 214756, AgR/SP, Rel. Min. Moreira Alves, Julgamento: 03/11/1998, Primeira Turma, Publicação: DJ 05-03-1999, PP-00003, EMENT VOL-01941-02 PP-00323; STF, RE 163231/SP, Rel Min. Maurício Corrêa, Julgamento 26/02/1997, Tribunal Pleno, DJ 29-06-2001, PP-00055, EMENT VOL-02037-04, PP-00737**.**

que muitas vezes lhes confere maior agilidade ou presteza no atendimento dos seus objetivos sociais.

Em face desse dado fático, tem crescido no Brasil a compreensão sobre a relevância do denominado **terceiro setor,** entendido frequentemente em termos simplesmente **subjetivos ou orgânicos**.

Assim, é comum definir-se o terceiro setor como um "conjunto de **organizações sociais que não são nem estatais nem mercantis**, ou seja, organizações sociais que, por um lado, sendo privadas, não visam a fins lucrativos, e, por outro lado, sendo animadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos, não são estatais"[20]. Segundo BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS, são instituições que tentam realizar o **compromisso prático entre a eficiência e a equidade em atividades sociais,** adotando a **flexibilidade operacional** típica das pessoas privadas sem prejuízo da **busca de equidade social** inerente a qualquer instituição pública[21]. Porém, por receberem auxílios públicos e privados em nome do desempenho de atividades socialmente relevantes, são e devem ser mais intensamente fiscalizadas pelo Poder Público e pela comunidade do que as demais pessoas privadas, através de controles formais e materiais que assegurem a fidelidade de sua ação ao escopo que devem prosseguir. Sob este enfoque, isto é, sob o **ângulo subjetivo**, resumi o **conceito de terceiro setor** nos seguintes termos: "Pessoas privadas de fins públicos, sem finalidade lucrativa, constituídas voluntariamente por particulares, auxiliares do Estado na persecução de atividade de conteúdo social relevante"[22]

São exemplos de entidades privadas de cooperação/colaboração/terceiro setor, no direito brasileiro, as entidades declaradas de utilidade pública, as entidades declaradas como organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e os serviços sociais autônomos. Não pretendo tratar dessas entidades, porém, porque delas cuidei em trabalhos anteriores[23] e para não

---

[20] Cf. SANTOS, Boaventura de Souza, "A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado", conferência apresentada no Seminário Internacional "A Sociedade e a Reforma do Estado", promovido pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado do Brasil (MARE) e pelo Conselho da Reforma do Estado, São Paulo, março de 1998, Texto recolhido na Internet, url: http://www.mare.gov.br/Historico/Reforma/conselho/Boaventura.PDF, p.20. Acesso em março de 1998.

[21] Idem, ibidem, p. 20.

[22] MODESTO, Paulo. Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil, in: *Mudança social e reforma legal: estudos para uma nova legislação do Terceiro Setor*, org. Joaquim Falcão e Carlos Cuenca, Brasília: Conselho da Comunidade Solidária/UNESCO, 1999.

[23] MODESTO, Paulo, Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais, IN: *R. Trimestral de Direito Público.* São Paulo, n.16, p. 178-99, out./dez. 1996. *R. Informação Legislativa.* Brasilia, a.34, n. 136, p. 315-27, out./dez. 1997. *Boletim de Direito Administrativo.* São Paulo, a. 14, n.4, p. 238-51, abr. 1998; *Revista de Direito Administrativo* (RDA), Rio de Janeiro, Ed. Renovar, n. 210, out./dez, 1997, pp. 195-212.; "Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil", In: *Revista de Direito Administrativo* (RDA), Rio de Janeiro, Ed. Renovar, n. 214, out./dez, 1998, pp. 55-68. Consulte-se também sobre o tema, em especial, MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo, "Organizações Sociais de Colaboração (Descentralização Social e Administração Pública Não-Estatal", In: *Revista de Direito Administrativo* (RDA), Rio de Janeiro, Ed. Renovar, n. 210, out./dez, 1997, pp. 183-194; "O sistema de parceria entre os setores público e privado. Execução de

alongar excessivamente a avaliação que vem de ser feita, intencionalmente sintética.

Friso, entretanto, que é possível também reconhecer um **sentido objetivo** para o terceiro setor, associando-o à **prestação dos serviços de relevância pública**. Assim, em termos jurídicos objetivos, **enquanto conjunto de atividades**, o terceiro setor pode ser definido como **esfera de ação livre à iniciativa particular, voltada à administração de serviços de relevância pública, realizada por instituições privadas sem fins lucrativos, em nome próprio e sob responsabilidade própria, ou por organizações estatais, sem caráter substitutivo da atividade privada, sem excepcionalidade, mas também sem prerrogativas especiais ou dominantes de Poder Público**. Trata-se de conceito evidentemente polêmico, por incorporar no âmbito do terceiro setor, tradicionalmente associado com exclusividade à sociedade civil, entes estatais sem caráter autoritativo, voltados a setores sociais e culturais (ex. museus, creches, centros de pesquisa etc), destituídos de prerrogativas exorbitantes do direito comum dos simples particulares, embora subordinados a deveres especiais, inerentes a condição estatal dessas entidades.

É neste sentido que é possível reconhecer na Constituição Federal uma terceira categoria, uma terceira espécie de atividade, as atividades de relevância pública, que **cumpre ainda explorar mais detalhadamente na legislação dos entes federativos nos próximos anos**, definindo **controles e responsabilidades**, **estímulos e condicionamentos**, **restrições e ações afirmativas** para uma parceria efetiva, fora dos marcos conceituais tradicionais do serviço público.

Os serviços de relevância pública não são serviços públicos, mas também não são atividades de exploração econômica. Constituem zona jurídica intermediária, rol de atividades que dispensa título especial de autorização tanto para o Estado quanto para os particulares, mas que cumpre papel relevante no fornecimento de utilidade vitais para os cidadãos, sendo especialmente protegida na Constituição Federal (v.g., art. 129, II). Trata-se de domínio em que a **atividade de execução direta de serviços** e a **atividade de fomento administrativo**, mediante outorga de títulos especiais, apoio financeiro e acordos de parceria encontra lugar privilegiado para coexistir, rompendo-se em definitivo a dicotomia de soma zero que isolava a atuação dos particulares e do Estado em zonas distintas e mutuamente excludentes.

5. SERVIÇOS DE EXPLORAÇÃO ECONÔMICA

Os serviços de exploração econômica no Brasil, embora preferencialmente exercidos por agentes privados, são também intensamente disciplinados pelo

---

serviços através de concessões, permissões, terceirizações e outros regimes. Aplicação adequada desses institutos", In: *Boletim de Direito Administrativo (BDA), 2/75-81,* Ed. NDJ, fev., 1997; "Natureza jurídica dos serviços sociais autônomos". Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. n. 207, p. 79-94, jan./mar, 1997. Sobre o tema, conferir também ROCHA, Sílvio Luís Ferreira, *Terceiro Setor*, São Paulo, Ed. Malheiros, 2003.

direito público. São atividades cuja disciplina constitucional sofre o influxo de princípios concorrentes, devendo guardar respeito aos valores da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III e art. 170, *caput*), da construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º, I), da erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III e art. 170, VII), da persecução do bem-estar de todos (art. 3º, IV) e da justiça social (art. 170, *caput*). Neles os valores da livre iniciativa (art. 1º, IV, 2ª parte e art. 170, *caput*) e da "livre concorrência" (art. 170, IV) não são bastantes em si mesmos, mas o instrumento para geração de benefícios ao consumidor e vantagens ao desenvolvimento nacional.

Na exploração de serviços econômicos, é certo, as atividades são regidas predominantemente pelo direito privado, mas nunca de forma exclusiva. Os particulares atuam nesta esfera sujeitos a interferências do direito da concorrência, de restrições administrativas e ambientais, do direito urbanístico, de autorizações de polícia sanitária e de diversas outras modalidades de intervenção do Poder Público. O próprio Estado pode atuar na exploração econômica como prestador direto, sujeito às restrições referidas e também a limitações impostas pela natureza de suas entidades empresariais. Mas, neste campo, **não há lugar para delegação de atividades**, derivação de direitos, pois tanto particulares como o Estado, quando legítima a sua atuação, exercitam **atividades econômicas de direito próprio**.[24]

Quando empresários celebram contratos de concessão de obra ou serviço público buscam **ampliar a própria esfera de direitos**, atuar em atividades e exercitar prerrogativas que não poderiam, como simples empresários, manejar. Se a atividade é livre à iniciativa privada, mesmo quando submetida a controles de polícia, não cabe cogitar de concessão de serviço público. A concessão somente tem lugar perante tarefas para as quais a ordem jurídica incumbiu ao Poder Público não apenas a garantia, a vigilância, o controle, mas também a execução concreta do serviço, direta ou indiretamente.

Mas, em termos econômicos, com tem observado MARÇAL JUSTEN, não é indiferente a existência ou não de delegação de serviços públicos mediante concessão. Enquanto prestados de forma direta pelo Estado, financiados por impostos, os serviços públicos são mantidos por todos. Prestados por concessionários, em regra, são mantidos apenas pelos usuários do serviço, consoante a intensidade do uso realizado da utilidade posta à disposição de cada um.[25] Em termos jurídicos, a atividade é exercida em regime de direito público, mesmo quando manejada por concessionários privados. A atividade arrasta o

---

[24] É possível identificar no âmbito dos serviços de exploração econômica *atividades econômicas autorizadas* e *atividades econômicas meramente regulamentadas*. É que a lei fundamental, no art. 170, parágrafo único, permite à lei identificar hipóteses em que o exercício da atividade privada, embora livre e independente de concessão ou permissão do Estado, somente é cabível mediante autorização prévia do Poder Público. Sobre o tema, com aprofundamentos pertinentes, conferir as observações percucientes de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo,* ob.cit., págs. 643-647.

[25] JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Pùblico*, ob. cit., p. 13.

regime do serviço público, as suas garantias, sendo o restante da atividade do empresário realizada em regime de direito privado.

Reversamente, quando o Estado, através de empresas estatais, exercita atividade de exploração econômica, no âmbito desta atividade predomina a disciplina própria do direito privado (art. 173, CF), com derrogações expressas no próprio direito positivo. A atividade também arrasta o seu regime jurídico, obrigando estruturas estatais a adequarem-se no desempenho de suas atividades finalísticas.

No âmbito das atividades de relevância pública, no entanto, esse fenômeno não ocorre. O regime predominante não é o da atividade, mas aquele próprio do sujeito que a exerce. Se o Estado instituir autarquias para o exercício de atividades de relevância pública, o regime jurídico aplicável será o regime de direito público. Se instituir fundações governamentais, submetidas ao direito privado, destituídas de prerrogativas especiais, como museus e centros de pesquisa, o regime aplicável na prestação dos serviços será o regime de direito privado. Por isso, enquanto exercida por entes de natureza pública, o regime de prestação das atividades de relevância pública é sempre o regime público e enquanto prestadas por entidades privadas, estatais ou particulares, o regime predominante é sempre o regime de direito privado. Essa **dualidade no regime jurídico aplicável é uma peculiaridade desta esfera de atividades**, em confronto com as atividades enquadradas no conceito de serviço público e no conceito de atividades de exploração econômica.

Em termos esquemáticos, os tópicos anteriores podem ser representados na tabela abaixo, que resume alguns dos elementos diferenciadores das principais formas de atividade de prestação de serviços ao público:

Serviço Público	Serviço de Relevância Pública	Serviços de Exploração Econômica
Atividades de titularidade pública (art. 175 CF)	Atividades sem reserva de titularidade pública ou privada	Atividade de titularidade privada (art. 170 CF), mas passível de atuação pelo Poder Público em situações especiais, previstas na lei ou na CF (art. 173 e 177).
Pessoas privadas atuam por delegação	Pessoas privadas e Estado atuam de forma ordinária, sem delegação ou exceção	Estado atua por exceção: ressalvados os casos previstos na Constituição, apenas atuará quando necessário para atender a imperativos da segurança nacional

		ou a relevantes interesses coletivos, definidos em lei.
Atividade submetida à reserva de direito público, independentemente do prestador	Atividade submetida a regime variável, parcialmente dependente do regime jurídico predominante do prestador, mas sempre vinculada a obrigações de regularidade, modicidade, acessibilidade e impessoalidade.	Atividade submetida à reserva de direito privado, independentemente do regime do prestador, salvo derrogações constitucionais e legais
Atividade expressamente identificada na Constituição ou em normas legais (legalidade estrita)	Atividade residual, ora identificada na Constituição e em normas legais, ora identificada em termos sociais	Atividade residual, ora identificada na Constituição e em normas legais, ora identificada em termos sociais
Atividade refratária à livre iniciativa privada	Atividade compatível com a livre iniciativa privada, mas sujeita a intenso condicionamento público	Atividade compatível com a livre iniciativa privada, salvo ressalvas constitucionais (monopólios públicos)
Normas constitucionais básicas: art. 175; 145, II; 37, §6º; 223; 21, X e segs.	Normas constitucionais básicas: art. 197; 129, II; 209; 213; 217, II; 225.	Normas constitucionais básicas: art. 170; 172; 173; 174; 177; 178; 217, II;

6. REFORMA DO ESTADO E TRANSFORMAÇÕES DA ATIVIDADE DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELO ESTADO

As transformações pelas quais passou a Administração Pública nos últimos vinte anos produziram alterações em setores inteiros do ordenamento jurídico. Para além da dimensão normativa, porém, modificaram a própria compreensão sobre o papel da Administração Pública no Estado contemporâneo (mudança cultural) e desafiaram a capacidade explicativa dos modelos científicos adotados pelo direito administrativo que conhecemos (mudança dogmática).

A **mudança cultural**, talvez a mais difícil de avaliar e controlar, avança com as reivindicações crescentes de novas formas de controle social sobre a atividade administrativa, a revalorização do papel das organizações não governamentais autênticas como parceiras por excelência da Administração

Pública, bem como pelas tentativas de aplicação aos processos administrativos públicos de técnicas de avaliação da qualidade e de incremento da eficiência corriqueiras entre particulares. Reclama-se, com ênfase e cada vez com maior rigor, por eficiência na administração dos aparatos estatais e por economicidade na gestão dos recursos públicos. Por maior transparência, menos corrupção, mais planejamento e impessoalidade no trato com a coisa pública.

No plano científico ou acadêmico, amplia-se a percepção da necessidade de romper definitivamente com a concepção autoritária e tradicional do direito administrativo brasileiro, relacionada a uma concepção ainda liberal do Estado, consubstanciada na obsessiva centralidade da noção de "administração agressiva", mediante a qual a administração é vista em relação ao cidadão fundamentalmente através de decisões unilaterais, impositivas, individualizadas, auto-executórias e desfavoráveis. Se essa noção de administração já não deveria ser dominante ou exclusiva no Estado Social, com o desenvolvimento da Administração prestadora de serviços, que colocou em evidência a figura dos atos administrativos favoráveis, reclamados pelo particular, destituídos da notas de auto-executoriedade, o desconforto atualmente é ainda maior. A Administração é cada vez mais dependente da atuação do particular, sendo carente não apenas de recursos privados, mas de informação e colaboração, encontrando-se crescentemente fragilizada em face da multiplicidade e força dos interesses em conflito afetados pela própria atividade administrativa e pela dimensão e variedade das demandas que lhe são dirigidas cotidianamente. O aparato público diminui, de um modo tendencialmente geral, mas são ampliadas as suas responsabilidades, dilatando-se a interferência do Estado tanto na regulação de mercados quanto no plano do fomento a atividades de interesse social. A administração pública internacionaliza-se, integrando-se com administrações de outros Estados soberanos. Em todos esses movimentos, corre-se sempre o risco de abusos e desvios, seja no plano da manipulação de informações, seja no plano da gestão dos recursos públicos, uma vez que o montante de recursos manejado pelo Estado hoje corresponde a uma parcela importante do produto interno bruto do país. Neste contexto, crescem de importância o processo administrativo, as técnicas de audiência e consulta públicas, de controle das informações privilegiadas e do manejo dos recursos públicos, de cooperação intergovernamental e integração internacional entre administrações públicas, bem formas variadas de fomento e arbitragem de interesses que dificilmente podem ser reconduzidas às formas tradicionais de atuação do Estado.

Cada uma dessas dimensões, é certo, interage com e sobre as demais, produzindo avanços e recuos inevitáveis neste momento de transição.

Todas essas transformações afetam também a forma de compreendermos as **atividades de prestação de serviços ao cidadão** e indicam **tendências contemporâneas nos modos de prestação dos serviços públicos e serviços de relevância pública.**

Em primeiro lugar, ao contrário da tradicional concessão do direito ao exercício de monopólios no exercício dos serviços públicos, passa-se a estimular a **competição de prestadores**, inclusive através de mecanismos apenas possíveis pela evolução tecnológica, como o **compartilhamento de rede**

(mitigação dos monopólios naturais). Nestes casos, o Estado não renúncia a disciplinar a atividade pública prestada pelo particular, pois não transfere a regulação da atividade ao mercado, mas cria o que vem sendo denominado de **paramercado**, isto é, um complexo **sistema de competição ordenada, limitada e definida pelo próprio Poder Público entre prestadores de serviço público**. Estimula-se também a **liberdade de escolha do fornecedor pelo usuário**, **inclusive em serviços gratuitos**, através de mecanismos de "transferências diretas" (ex. bolsa-família, cheque-ensino, remuneração de hospitais por unidades de atendimento), que entregam à decisão do usuário a escolha do melhor prestador do serviço. O Estado mantém o **monopólio da regulação e da titularidade** sobre a atividade pública, quando se trata de serviço público, mas rompe com o tradicional **monopólio da prestação** (exclusividade do fornecedor de serviços, reservas de mercado, mercados cativos etc). A prestação de serviços públicos em **paramercados públicos** nunca reproduz inteiramente as estruturas do livre mercado privado, pois a competição ordenada pelo Poder Público obriga os agentes econômicos à prestação em atividades não rentáveis, controla o número de competidores e, frequentemente, as próprias formas de prestação do serviço para resguardar valores fundamentais. Além disso, a fixação de mecanismos de **competição ordenada e regulada** entre prestadores de serviço público produz, como conseqüência direta, **a ampliação do papel do Estado como árbitro de conflitos entre prestadores,** função inexistente quando o desempenho de serviço público estava associado à manutenção de monopólios de execução**.** Essa incorporação da competição no âmbito dos serviços públicos é tendência de reconhecimento amplo não apenas no Brasil (v.g, Lei n. 8.987, art. 16), mas em escala mundial[26]

Percebe-se também forte tendência, na Europa e mesmo no Brasil, a **autonomizar as obrigações de serviço público**, que podem comparecer em bloco nas atividades de serviço público, mas também reger, de forma obrigatória, **em termos parciais**, outras **atividades de interesse público** (ex. dever de continuidade nos serviços privados essenciais, inclusive durante greves, com garantia de prestações mínimas, essenciais, sob tarifa acessível). [27] Neste contexto, passa a ser desnecessário rotular uma data atividade como serviço público para reconhecer-se a aplicação de princípios e garantias de regularidade, acessibilidade e continuidade a atividades de compostura jurídica distinta.[28]

---

[26] Cf. ARAGÃO, Alexandre. Serviços Públicos e Concorrência, *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1, fevereiro, 2004. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 7 de março de 2005.

[27] FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Panorama del Derecho Administrativo al Comienzo de su Tercera Centuria*, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 54 e segs., explora o tema sob a rubrica sugestiva "del servicio público a las obligaciones de servicio público". Cf., também, MORENILLA, José Maria Souvirón. *La actividade de la Administración y el Servicio Público,* Granada, 1998.

[28] PEDRO GONÇALVES, em termos didáticos, esclarece que a imposição de obrigações de serviço público é "uma técnica que permite ao Estado obrigar os titulares de autorizações para o exercício de determinadas actividades privadas (exercidas num quadro de liberdade de acesso ou de iniciativa) a efectuar prestações suplementares ou a exercer a actividade para que estão autorizados no cumprimento de objectivos e de *standards* que excluem a actuação segundo o *objectivo do maior lucro"* (*A Concessão de Serviço Público*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 17). Seria

É outra tendência clara desta quadra história a tentativa de consolidar, de forma mais ou menos bem ordenada, uma **neutralização política da função regulatória** (também denominada de "desgovernamentalização da regulação"), através de criação de **agências reguladoras**, conformadas com **autonomia financeira, administrativa e corpo técnico estável**. Com a medida, procura-se oferecer a investidores nacionais e internacionais a segurança jurídica necessária a atração de investimentos de longo prazo, mas ainda sem pleno sucesso, pois a experiência das agências reguladoras mostra-se frágil, sujeita a fortes interferências políticas, especialmente através de contingenciamento de recursos orçamentários. É óbvio que estruturas administrativas autônomas, mas subordinadas a restrições financeiras arbitrárias, são autônomas apenas formalmente, pois o desempenho de suas atividades exclusivas é diretamente afetado por essas limitações de natureza material.

A transformação que se mostra decisiva, porém, nas atividades de prestação de serviços ao cidadão, enfatizada à exaustão neste trabalho, é o reconhecimento que se começa a fazer do **caráter específico das atividades de relevância pública**, diferenciadas no ordenamento jurídico tanto das atividades de serviço público quanto das atividades econômicas em sentido estrito. É este um campo de atividades que cumpre desenvolver nos próximos anos, por ser ainda fértil para novas iniciativas de **parceria e cooperação**, especialmente relevantes em um país desigual como o Brasil, carente de recursos e de ação coordenada. Trata-se de esfera de atividades dirigida ao cidadão, porém, cujo desenvolvimento somente será viável nos marcos de uma compreensão renovada do conceito de serviço público, sempre à luz da experiência histórica e institucional do país, aberta a mudanças e, no entanto, apoiada diretamente na Constituição da República.

7. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: SENTIDO AMPLO E RESTRITO

O direito brasileiro conhece, em sentido amplo, formas variadas de parceria entre o Estado e pessoas privadas de caráter empresarial e entre o Estado e as entidades privadas sem fins lucrativos. Naturalmente, as parcerias do primeiro grupo cuidam de estabelecer preferencialmente formas de cooperação na prestação de serviços públicos e na exploração de atividades econômicas. Reversamente, as parcerias do segundo grupo vinculam-se tradicionalmente à prestação de serviços de relevância pública, tendo em conta que a atuação das entidades sem fins de lucro neste campo de atividades é explicitamente fomentada pela Constituição (v.g., CF/88, arts. 199, §1º, *in fine (saúde)*; 214, I (assistência social); 205, caput, e 213 (educação))[29]. Mas essa divisão não é

ingenuidade não perceber que a consagração legal dessa modalidade de intervenção administrativa, especialmente nos países integrantes da comunidade européia, retrata o aumento da influência da doutrina norte americana das *public utilities* e o declínio da doutrina francesa do denominado *serviço público virtual,* cuja aplicação vem sendo substituída pelo conceito de *serviço universal.* Cf SOUVIRÓN MORENILLA, ob. cit., p. 604 e segs.

[29] Em trabalho anterior, após referir os dispositivos constitucionais citados, resumi: "Outras *disposições constitucionais* referem de forma *reflexa* esta mesma forma de colaboração de entidades particulares com a administração pública, a saber: (1) *igrejas* (arts. 19, I - colaboração,

absoluta: as entidades privadas empresariais também colaboram em serviços sociais do Estado, sem fins de lucro, cumprindo funções de fomento, especialmente em atividades culturais (v.g., amostras de arte, exposições, espetáculos públicos) e sociais (v.g., projetos de urbanização, auxílio a creches e escolas públicas). São **características gerais** das diversas modalidades de parceria, presentes em maior ou menor intensidade nas diferentes modalidades de ajuste: a) a voluntariedade da adesão ao ajuste; b) a convergência de interesses; b) a complementaridade de encargos; c) a atenuação no emprego de prerrogativas exorbitantes por parte da Administração, com vistas não inibir o interesse do parceiro privado; d) a flexibilidade dos arranjos institucionais viabilizadores do ajuste de interesses. As parcerias, em sentido amplo, caracterizam-se como acordos entre duas ou mais partes, para atuarem juntas em direção a um objetivo comum.

As parcerias entre o Estado e o empresariado frequentemente envolvem a celebração de contratos de concessão de serviço público ou de obra pública, mas também podem ocorrer com a mobilização conjunta de capitais para criação de entes empresariais (sociedades de economia mista).[30] Formas de parceria

---

de interesse público, com a União, Estados, Distrito Federal e Municípios; art. 226, § 2, celebração do casamento religioso com efeito civil; art. 213, escolas confessionais); (2) *instituições privadas de educação* (art. 150, VI, c - imunidade tributária, desde que sem fins lucrativos); (3) *instituições de assistência social beneficentes ou filantrópicas* (art. 150, VI, c - imunidade tributária, desde que sem fins lucrativos; art. 195, § 7º- isenção de contribuição para a seguridade social); (3) *terceiros e pessoas físicas e jurídicas de direito privado na área da saúde* (arts. 197 - declaração de relevância pública das ações e serviços de saúde pelos mesmos executados); (4) *organizações representativas da população* (art. 30, X **-** cooperação no planejamento municipal; art. 58, II - participação em audiências públicas de comissões do Poder Legislativo); (5) *serviços notariais e de registros* (arts. 236, e §§ - serviços privados mas por delegação do poder público); (6) *entidades privadas em geral* - art. 74, II (cabe ao sistema de controle interno integrado dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a comprovação da *legalidade* e avaliação dos resultados, também quanto à *eficácia* e *eficiência*, da *aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado*). Essas disposições revelam a extensão que tomou a cidadania participativa e a *parceria público-privado* na Constituição de 1988, assinalando ainda algumas das diversas modalidades de estímulo utilizadas pelo Estado para atrair e premiar a colaboração de entidades privadas em atividades de acentuada relevância social: (a) *imunidade tributária* (art.150, VI, "c", art. 195, §7º e art.240); (b) *trespasse de recursos públicos (*art. 204, I; art. 213; art. 216, §3º, art.61,ADCT); (c) *preferência na contratação e recebimento de recursos* (art. 199, §1º, *in fine*).(Cf. MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das Organizações Sociais*, Revista Trimestral de Direito Público, n. 16, 1996, p. 187-88).*

[30] Não afasto do conceito amplo de parceria a criação de entidades específicas, integradas pelos parceiros, com vistas à realização de propósitos comuns (parceria institucional). A entidade criada pode ser temporária, a exemplo de sociedades de propósitos específicos (SPE), ou assumir formas jurídicas estáveis, como as sociedades de economia mista. Em sentido contrário, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO exclui do conceito de parceria a hipótese de formação de nova pessoa jurídica: "Neste livro, o vocábulo parceria é utilizado para designar todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público. Nela existe a colaboração entre o poder público e a iniciativa privada nos âmbitos social e econômico, para satisfação de interesses públicos, ainda que, do lado do particular, se objetive o lucro. Todavia, a natureza econômica da atividade não é essencial para caracterizar a parceria, como também não o é a idéia de lucro, já que a parceria pode dar-se com entidades privadas sem fins lucrativos que atuam essencialmente na área social e não econômica".*(Parcerias na Administração Pública*, Editora Atlas, 3ª ed., 1999, págs. 31/32).

também usuais são os acordos econômicos, que envolvem redução de preços em setores específicos da economia e a redução concomitante da tributação sobre produtos industrializados ou sobre o consumo de certos produtos (ex. redução de tributação para carros populares).

Não é este sentido amplo da voz parceria, porém, que cumpre aqui desenvolver. Interessa analisar, considerando o exposto nos itens anteriores, o alcance específico da expressão parceria público-privada, isto é, da voz parceria consoante vem empregada na recentíssima **Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004** (publicada no DOU de 31/12/2004) e, em especial, a sua aplicação não apenas no campo tradicional dos **serviços público**s e das **atividades de exploração econômica**, esfera em que terá provavelmente a mais intensa aplicação, mas no âmbito sempre esquecido das **atividades de relevância pública**, dos **serviços sociais e culturais** prestados ao público pelo Estado e por particulares, igualmente carente de recursos e de iniciativas que lhe ampliem a eficácia. É o que se fará a seguir.

8. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA LEI 11.079/2004

A Lei n. 11.079/2004 denomina como parceria público-privada o **contrato especial de concessão** que estabeleça **contraprestação pecuniária** do parceiro público ao parceiro privado, sob duas modalidades: concessão patrocinada e concessão administrativa.

Trata-se de **contrato de direito público,** de **longo prazo** e **caráter extraordinário,** somente aplicável a ajustes de **grande vulto**, cujo valor seja equivalente ou exceda a R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), possua **prazo de vigência** igual ou superior a 5 (cinco) anos (mas não excedente a 35 anos) e envolva **compartilhamento de riscos entre o parceiro público e o parceiro privado,** inclusive no tocante à **cobertura de riscos contra caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária**.

A Lei 11.079/2004 estipula que, quando não houver contraprestação pecuniária do poder público, a concessão administrativa deve ser rotulada como "concessão comum", sendo inaplicáveis as normas especiais que institui. Também não são aplicáveis as normas da nova lei aos contratos que tenham como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública (art. 2º, §4º, III). Saliente-se, ainda, que a contraprestação pecuniária da Administração Pública, necessária para caracterização da nova modalidade contratual, somente será cabível **após a efetiva disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada ou, ao menos, de parcela fruível do serviço contratado** (art. 7º).

A Lei 11.079/2004 **inova o léxico jurídico administrativo em termos nacionais** (art. 1º), razão pela qual define, expressamente, os conceitos de **concessão patrocinada** e **concessão administrativa**. Com o primeiro rótulo designa a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, **adicionalmente à tarifa**

cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. O segundo rótulo denota não propriamente um contrato de concessão de serviço público, ao menos como este é reconhecido no direito administrativo brasileiro, mas uma espécie de **contrato de risco** de que a Administração Pública seja a "usuária direta ou indireta", cumulado ou não com contrato de **concessão de uso de bem público ou de obra pública**. As denominadas "concessões administrativas", segundo o art. 3º da nova Lei 11.079/2004, regem-se pela Lei 11.079/2004 e também pelo disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Nas "concessões administrativas", em princípio, não há delegação de serviço público, o que torna realmente ambígua e problemática a terminologia empregada.

Embora tenha isolado em duas modalidades de contrato as suas hipóteses de aplicação, é nítida a preocupação da Lei em disciplinar sobretudo a modalidade de concessão denominada patrocinada, pois é esta aquela que melhor serve à atração de capitais privados para investimento em infra-estrutura, particularmente nas atividades de maior risco econômico ou regulatório.

Como é evidente, segundo a concepção adotada pela nova lei, parcela significativa dos investimentos em infra-estrutura de que o país necessita exigem longo prazo de maturação e grande volume de recursos, isto é, embutem **grande risco econômico, regulatório e político**, cuja cobertura somente pode ser realizada integralmente por empresas privadas em situações especiais, nas quais seja evidente ou muito provável a estabilidade das receitas a serem auferidas ao longo do tempo ou manifesta a sustentabilidade do negócio pelo elevado número de usuários a serem atendidos. Em projetos de interesse público, que envolvam construção de obras, mas de **fluxo de caixa incerto ou insuficiente**, de duas uma: a) o Poder Público integraliza todo o investimento, contratando do setor privado a obra em regime de empreitada (regime tradicional: risco integral do Estado); ou b) o Poder Público compartilha riscos com o investidor privado, assegurando subsídios ou a estabilidade no tempo de receitas necessárias à amortização do investimento (regime das parcerias público-privadas). É esta a concepção ideológica que permeia todas as normas da Lei 11.079/2004.

Por isso, as duas modalidades de contratação de parcerias público-privadas (conhecidas no continente europeu também pela sigla PPP, **Public-Private-Partnerships)** apresentam **caráter subsidiário em relação às denominadas concessões comuns**. Somente parece legítima a adoção das novas modalidades quando inviável, por manifesto desinteresse dos capitais privados e insuficientes recursos de investimento do poder público, a adoção da modalidade comum de concessões de serviço, de obra ou de uso de bem público, bem como a contratação direta em regime de empreitada.[31]

[31] O caráter subsídiário ou excepcional de contratações pela modalidade PPP é ressaltado também em alguns relatórios internacionais. A Comissão incumbida de estudar os diversos contratos de PPP celebrados nos países da União Européia, com vistas à elaboração do guia "Diretrizes para Parcerias Público-Privadas bem sucedidas", disponível na Internet (http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides/ PPPguide.htm), acentuou: "Entretanto, embora as PPPs possam apresentar diversas vantagens, deve ser também lembrado que

O caráter subsidiário e extraordinário dos referidos contratos de parceria é evidenciado também pelas exigências a serem observadas pela Administração antes de decisão sobre a celebração dos contratos, em especial a verificação da "**sustentabilidade financeira** e **vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria**" (art. 4º, VII), ao lado da observância da "responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias" (art. 4º, IV) e "repartição objetiva de riscos entre as partes" (art. 4º, VI). Por igual, a abertura do processo de licitação, que será sempre na modalidade de concorrência, está condicionada a "autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre a **conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada** (art. 10, I, a). É necessário também que a minuta do edital e do respectivo contrato seja submetida à **consulta pública**, que deverá necessariamente "informar a justificativa para a contratação" (art. 10, VI). Por fim, as concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública **dependerão de autorização legislativa específica** (art. 10, § 3º). A lei exige também a avaliação da solvência financeira do ente público, considerando o comprometimento financeiro com projetos de parceria público-privada em curso, antes da celebração de novos contratos de parceria.[32] Sem essas cautelas, o contrato de parceria público-privada será ilegal e, em princípio, contrário ao interesse público.

A opção pelo modelo das PPPs deverá exigir ao menos dois fundamentos concretos: a ausência de recursos suficientes para investimentos de interesse público e, cumulativamente, a inviabilidade da transferência para a iniciativa privada do risco econômico integral da prestação do serviço, precedido ou não de obra pública.[33] Essa é a razão para a identificação crescente das PPPs, no plano

---

esses esquemas são complexos para projetar, implementar e administrar. Em nenhuma hipótese elas constituem a única opção ou a opção preferencial, e devem ser consideradas apenas se puder ser demonstrado que elas poderão gerar valor adicional em comparação a outras abordagens, se existir uma estrutura de implementação efetiva e se os objetivos de todas as partes puderem ser atingidos com a parceria." (pág. 04).

[32] Para a União: "Art. 22. A União somente poderá contratar parceria público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subseqüentes, não excedam a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios". Por vía oblíqua, para os Estados e Municípios: "Art. 28. A União não poderá conceder garantia e realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subseqüentes excederem a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios."

[33] As concessões de obra ou serviço público são caracterizadas no Brasil como contratos administrativos em que o **risco é exclusivamente do concessionário**. Essa concepção, no entanto, é antes um **mito** (ou um "mantra dogmático", um fraseado repetido sistematicamente, sem reflexão ou crítica) do que um dado da ordem jurídica positiva: o direito brasileiro reduz o conceito de álea ordinária – conjunto de riscos que o concessionário deve suportar – e amplia ao máximo a proteção do concessionário em face da álea extraordinária (nas duas modalidades, álea administrativa e álea econômica), obrigando o Estado a assumir diversos riscos durante o contrato de concessão de serviço ou de obra pública. A teoria do fato do princípe nos contratos de concessão, por exemplo, possui entre nós um alcance muito mais amplo do que no direito francês:

internacional, a projetos de Iniciativa Financeira Privada (*Private Finance Initiative* – "PFI"). Nestes tipos de ajuste, o empreendedor privado assume a responsabilidade da concepção dos projetos, da obtenção do financiamento, da construção e da operação de obras e serviços de interesse público (contratos tipo "design-build-finance-operate"), cabendo ao Estado fiscalizar a obra e os serviços, prestar garantias que diminuam o risco do investimento e, por vezes, o papel de cliente direto ou indireto responsável pelo pagamento dos serviços prestados. No entanto, nestes ajustes é possível prever também "o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado" (art. 5º, IX, da Lei 11.079/2004).

Os contratos de concessão tradicionais, denominados agora também de "concessões comuns", quando envolviam a prévia construção de obra pública, em geral seguiam o modelo BOT (contratos tipo "*build, operate, transfer":* construir, operar, transferir). Não oneravam, em princípio, os cofres públicos, mas o Estado era responsável pela concepção do contrato e cobria todos os riscos de manutenção da equação econômico-financeira. É ainda hoje uma opção excelente, uma vez que não importa em aumento do endividamento público, mas traduz modalidade que somente produz resultados quando a taxa de retorno do investimento privado é motivadora. Quando a taxa de retorno privado é baixa e a vantagem social obtida com o ingresso de investimentos privados é relevante, a parceria somente é possível fora dos marcos tradicionais da concessão precedida de obra pública.

---

no direito brasileiro, de ordinário, o Estado cobre com exclusividade os desequilíbrios contratuais decorrentes de medidas gerais por ele impostas que afetem indistintamente toda a coletividade (como os tributos), o que não ocorre, como regra, no direito francês. Por igual, entre nós a noção de equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão tem sido extremamente generosa para o concessionário, pois diante de fatos imprevistos, excepcionais, que afetem a economia do contrato têm-se invocado a responsabilidade integral do Estado pela cobertura destes riscos, enquanto no direito francês os prejuízos decorrentes de fatos imprevisíveis e anômalos (álea econômica) são partilhados entre o concedente e o concessionário. Essa dupla redução de riscos para o concessionário é extraída, pela doutrina majoritária, do disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, na parte que estatui que as obras e serviços serão contratados "com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta". Sem embargo dessas garantias do concessionário, que nada mais são do que assunção pelo Estado de parte dos riscos da concessão, a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, define a concessão de obra ou serviço público como contrato em que o concessionário deve fazer prova de possuir capacidade para executar a obra ou serviço "por sua conta e risco" (art. 2º, II, III e IV). A Lei 11.079/2004 (Lei das PPPs) foi mais austera: impôs a "repartição objetiva de riscos entre as partes" (art. 4º, VI), inclusive os "referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária (art. 5º, III). Não tenho dúvida que muitos autores inquinarão o novo dispositivo de inconstitucional, por afronta ao precitado art. 37, XXI, da Constituição Federal. Mas considero que esta será uma leitura apressada (ou interessada): o dispositivo constitucional obriga que sejam mantidas as condições efetivas da proposta, mas não impede que o legislador determine aos particulares que, na proposta, contemplem objetiva catalogação dos riscos que estão dispostos a assumir em relação a situações típicas de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. O conceito de "condições efetivas da proposta" não deve atinar apenas com o preço e as tarefas assumidas: deve encerrar, ao menos nos contratos de parceria público-privada, um objetivo catálogo de situações que indique quais os riscos serão partilhados entre os parceiros e quais os riscos serão de responsabilidade exclusiva de cada parte. É o início do fim dos contratos administrativos elípticos e mal ajustados, de poucas páginas, que asseguram todas as garantias possíveis ao concessionário e deixam o Estado sem clareza sobre a extensão do risco efetivo assumido pelo concessionário.

Nesses casos, como o Poder Público praticamente esgotou as suas possibilidades de endividamento, ganhou relevo o **papel dos investidores** como terceiros diretamente interessados no contrato de parceria público-privada, prevendo a Lei diversos mecanismos de **garantia do investimento**, com vistas a diminuir ao máximo os riscos econômicos envolvidos no projeto e baratear ao máximo o crédito necessário para o desenvolvimento da obra ou serviço.

Na Lei 11.079/2004 os investidores assumem papel de destaque na relação jurídico administrativa, autorizando a lei que os contratos de parceria público-privada poderão prever o **direito de ingresso dos financiadores no projeto**, isto é, a "transferência do controle da sociedade de propósito específico", responsável pela execução da concessão, para os seus financiadores, com o manifesto "objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995" (art. 5º, § 2º, I). Autoriza também a "possibilidade de **emissão de empenho em nome dos financiadores** do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública" e "a legitimidade dos financiadores do projeto para **receber indenizações** por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas" (art. 5º, § 2º, II e III). Por essas medidas, é óbvio, procura-se proteger os financiadores ou credores finais do empreendimento da atuação irregular ou ruinosa de empreendedores privados.

No entanto, como é baixa a credibilidade do Poder Público no Brasil, a Lei 11.079/2004 trata de prever garantias objetivas dos financiadores também em relação ao parceiro estatal, especialmente quanto a atrasos deste no desembolso das contrapartidas públicas do contrato. Por um lado, admite que a contraprestação da Administração Pública seja feita de maneira variada, especialmente, por "ordem bancária; cessão de créditos não tributários; outorga de direitos em face da Administração Pública; ou outorga de direitos sobre bens públicos dominicais" (art. 6º, I a IV). Por outro lado, assegura que esses desembolsos sejam garantidos mediante "vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal; instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade[34]; outros mecanismos admitidos em lei." (art. 8º). É lógico que essas garantias devem ser compatíveis com a divisão de riscos estabelecida no contrato de parceria público-privada, não podendo abranger os riscos que devem ser cobertos pelos parceiros privados, sob pena de

[34] A Lei 11.079/2004 cuida de constituir, desde logo, no plano da União, um Fundo Garantidor de Parceiras Público-Privadas (FGP), com patrimônio inicial autorizado de R$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), com vistas a "prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias de que trata esta Lei" (art. 16).

desvirtuamento do contrato e violação direta das normas previstas na própria Lei 11.079/2004[35].

Os elementos expostos permitem a formulação de um conceito operacional das parceiras público-privadas em sentido estrito: **contrato administrativo de longo prazo, celebrado em regime de compartilhamento de riscos, remunerado após a efetiva oferta de obra ou serviço pelo parceiro privado, responsável pelo investimento, construção, operação ou manutenção da obra ou do serviço, em contrapartida a garantias de rentabilidade e exploração econômica asseguradas pelo Poder Público.**

9. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NOS SERVIÇOS DE RELEVÂNCIA PÚBLICA E AS "CONCESSÕES ADMINISTRATIVAS"

Nos serviços prestados pelo Estado não é possível, frequentemente, reclamar contrapartidas dos usuários. Em algumas hipóteses, há previsão constitucional de gratuidade na prestação dos serviços, como ocorre na prestação de serviços de saúde (art. 198, § 1º, CF) e de ensino (art. 206, IV, CF). Em outras situações, há decisão política de não onerar os usuários do serviço ou da obra pública (por exemplo, as concessões de rodovias com "pedágio-sombra", mecanismo pelo qual o Poder Público remunera o concessionário segundo uma estimativa de utilização, não havendo pagamento de pedágio pelo usuário direto do serviço).

Dessume-se da Lei 11.079/2004 que "concessão administrativa" é **a parceria público-privada sem participação do usuário na remuneração do parceiro privado**. Nos termos da dicção legal, "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 e bens" (art. 2º, § 2º).

O novo instituto pode ser empregado tanto para a prestação de serviços públicos quanto para prestação de serviços de relevância pública, desde que o "concessionário" não seja remunerado por usuários privados.

Figure-se a hipótese da União Federal pretender a instalação de um hospital para atendimento gratuito e especializado a portadores de cardiopatias

---

[35] Nesta direção, a disciplina do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP) estabece: "Art. 18. As garantias do FGP serão prestadas proporcionalmente ao valor da participação de cada cotista, sendo vedada a concessão de garantia cujo valor presente líquido, somado ao das garantias anteriormente prestadas e demais obrigações, supere o ativo total do FGP. (...) § 3º A quitação pelo parceiro público de cada parcela de débito garantido pelo FGP importará exoneração proporcional da garantia; § 4º No caso de crédito líquido e certo, constante de título exigível aceito e não pago pelo parceiro público, a garantia poderá ser acionada pelo parceiro privado a partir do 45º (quadragésimo quinto) dia do seu vencimento; § 5º O parceiro privado poderá acionar a garantia relativa a débitos constantes de faturas emitidas e ainda não aceitas pelo parceiro público, desde que, transcorridos mais de 90 (noventa) dias de seu vencimento, não tenha havido sua rejeição expressa por ato motivado; § 6º A quitação de débito pelo FGP importará sua subrogação nos direitos do parceiro privado."

em um Município carente. Não dispondo a União de recursos orçamentários para a construção e operação de um novo hospital no referido município, nem havendo auto sustentabilidade econômica do projeto, pela incerteza da demanda e pelo caráter gratuito do atendimento, nem sendo possível a aquisição direta do serviço através de hospitais privados, por ausência de prestadores locais, pode-se cogitar a utilização do modelo da "concessão administrativa", remunerando-se o concessionário que assuma a construção e operação do novo hospital mediante a previsão contratual de um **percentual de acréscimo** aplicável sobre a tabela geral de procedimentos do SUS ou de uma **estimativa de utilização mínima** de procedimentos médicos. Em contrapartida aos investimentos e obras exigidas para a construção do hospital, para aquisição das instalações e manutenção dos serviços, além da remuneração paga a todo empreendedor proprietário de hospital credenciado junto ao SUS, o Poder Público asseguraria ao concessionário uma **remuneração estimada (de forma semelhante ao pedágio-sombra)** ou aplicaria sobre a **efetiva utilização** de usuários um percentual adicional sobre a tabela de procedimentos padrões do sistema único de saúde, com vistas à formação da parceria público-privada. O usuário não seria onerado com o custo de procedimentos médicos, o Estado não precisaria arcar imediatamente com o investimento de implantação do serviço e a amortização do capital privado investido ocorreria ao longo do tempo, assumindo o parceiro privado os riscos econômicos de demanda (maior ou menor quantidade de usuários) e outros que lhe sejam assinalados no vínculo que firmar com a Administração.[36]

A hipótese indica que a denominada "concessão administrativa" não será, nos serviços de relevância pública, uma concessão de obra pública nem um contrato de prestação de serviços tradicional. Não será uma concessão de obra comum, pois os usuários não serão onerados e o que se objetiva é a prestação adequada de serviços gratuitos, **livres à iniciativa privada**, mas desinteressantes para empreendedores privados sem garantias especiais do Poder Público. Não será um contrato de prestação de serviços tradicional, pois a obtenção dos recursos necessários à própria prestação dos serviços será atribuída ao parceiro privado, além da remuneração possuir um **caráter aleatório**, dependente do fluxo futuro de clientes ou usuários dos serviços oferecidos, e estar vinculada à efetiva prestação dos serviços.[37] Além disso, como antes dito, será um contrato

[36] Segundo o art. 6º, parágrafo único, da Lei 11.079/2004, "o contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato". Embora disciplinada como mera faculdade para os contratos de parcerias público-privadas em geral, a previsão de remuneração variável deve ser considerada a forma preferencial de remuneração dos parceiros privados nas concessões administrativas, tendo em vista distanciar a nova forma de parceria dos contratos de fornecimento de mão-de-obra, fornecimento e instalação de equipamentos ou a mera execução de obra pública.

[37] Recorde-se que a Lei 8.666 veda, expressamente, nos contratos para realização de obras ou a prestação de serviços incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros pra a execução do contrato, ressalvados apenas os empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão (art. 7º, §3º), bem como a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidade ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo (art. 7º, § 4º). Estas vedações quardam coerência com a exigência de programação integral dos custos atuais e finais das obras

extraordinário, de elevado valor, prazo determinado e expresso compartilhamento de riscos entre os parceiros público e privado, este último sendo remunerado apenas após a efetiva disponibilização do serviço.

A concessão administrativa pode figurar como um **contrato de prestação de serviços peculiar**, **de risco** ou de **quantitativos variáveis**, quando não exigir a prévia execução de obra ou o fornecimento e instalação de bens e a remuneração do empresário privado **decorrer da eficiência de seu desempenho na execução das atividades contratadas**. A hipótese é remota, dada a proibição de celebração de contrato de parceria público-privada cujo valor seja inferior a R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) (art. 2º, § 4º, I, da Lei 11.079/2004). No entanto, não é impossível, desde que o procedimento contratado seja de valor individual elevado, realizado em grande número e o prazo de prestação do serviço permita uma estimativa de despesa pública dentro dos marcos exigidos pela lei.

De ordinário, no entanto, salvo melhor juízo, a concessão administrativa deve ser qualificada como um **contrato administrativo misto**, híbrido, envolvendo um **contrato de prestação de serviços** e **uma concessão de uso** ou **de obra pública**, nomeadamente quando envolver a utilização de instalações privativas do Poder Público ou a execução de obra ou o fornecimento de bens.

A celebração de contratos de "concessão administrativa" **somente será justificada quando oferecer vantagens socioeconômicas**, sustentabilidade financeira, respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços, repartição objetiva de riscos entre as partes, ganhos de eficiência e transparência nos procedimentos e decisões, como exige expressamente o art. 4º. da Lei 11.079/2004. A concessão administrativa exigirá, além disso, **aperfeiçoamento dos processos de fiscalização** e monitoramento do desempenho do parceiro privado, para diminuir o risco de desvirtuamento da nova figura contratual e aproveitamento adequado da atividade desenvolvida pelos parceiros, especialmente em atividades de relevância pública, nas quais a **qualidade do atendimento ao público** é muito mais importante do que o número dos procedimentos realizados.

10. CONCLUSÃO

O modelo das parcerias público-privadas não pode ser um **modismo**, que afaste a aplicação dos contratos de concessão comuns quando estes ainda são cabíveis. Não pode também se voltar apenas para as atividades econômicas ou para o financiamento da prestação de serviços públicos, frequentemente sustentáveis ao longo do tempo, desde que garantias de procedimento leal e honesto da Administração Pública sejam asseguradas. Este modelo pode ser empregado, com sucesso e talvez com maior urgência, também para financiar a

---

e serviços contratados (art. 8º), mas são inviáveis de serem cumpridas em parcerias público-privadas, cuja matriz conceitual é exatamente a viabilização de obras e serviços com financiamento privado, compartilhamento de riscos e com remuneração vinculada a obrigações de resultado.

ampliação de **serviços sociais do Estado**, em atividades livres à iniciativa privada, de expressiva relevância pública, mas desinteressantes para as empresas sem **garantias de rentabilidade mínimas** adredemente pactuadas e firmemente reconhecidas. Estas conclusões não são expressões singelas de qualquer ideologia: decorrem do sistema constitucional brasileiro e, por igual, das **normas de cautela** previstas na Lei 11.079/2004.

Essas normas evidenciam o **caráter subsidiário** da nova modalidade de parceria, voltada apenas para qualificar o **contrato de direito público,** de caráter extraordinário, de **longo prazo** e **grande vulto**, cujo valor seja equivalente ou exceda a R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), possua **prazo de vigência** igual ou superior a 5 (cinco) anos (mas não excedente a 35 anos) e envolva **compartilhamento de riscos entre o parceiro público e o parceiro privado,** inclusive no tocante à **cobertura de riscos contra caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária**. Para a celebração desses contratos são exigidas cautelas especiais, como a comprovação da "**sustentabilidade financeira** e **vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria**" (art. 4º, VII), ao lado da observância da "**responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias**" (art. 4º, IV) e "**repartição objetiva de riscos entre as partes"** (art. 4º, VI). Por igual, a abertura do processo de licitação está condicionada a "autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre a **conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada** (art. 10, I, a). É necessário que a minuta do edital e do respectivo contrato seja submetida à **consulta pública**, que deverá necessariamente "**informar a justificativa para a contratação**" (art. 10, VI). Por fim, as concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública **dependerão de autorização legislativa específica** (art. 10, § 3º). A lei exige também a avaliação da **solvência financeira do ente público**, considerando o comprometimento financeiro com projetos de parceria público-privada em curso, antes da celebração de novos contratos de parceria.

A aplicação das parcerias público-privadas deve ser a última opção do Poder Público, quando inexistentes os recursos necessários para implantação de serviços e obras fundamentais para o país e for inviável a transferência para o parceiro privado do risco econômico de empreendimentos de interesse público. Se não for assim, serviços auto sustentáveis serão contratados pelo modelo das parcerias público-privadas, para melhor conforto dos capitais privados, enquanto demandas sociais sem auto sustentação continuarão esquecidas no quadro das prioridades públicas.

As parcerias público-privadas desoneram o Poder Público do desembolso imediato de recursos necessários à implementação de serviços e obras, mas obrigam o acompanhamento e a **fiscalização detalhadas** de todo o processo de prestação do serviço e da execução da obra. Em especial, nas concessões administrativas, o risco de demanda do parceiro privado deve ser acompanhado para que não se converta em fraude real, ainda que no futuro, para o Poder Público.

Celebradas com as cautelas devidas, as parcerias público-privadas podem oferecer nova dinâmica a serviços prestados com patrocínio do Estado ao público, servir para superar limitações orçamentárias na implementação de serviços públicos e serviços de relevância pública, sem ampliar ainda mais o endividamento público, assegurando hoje utilidades que talvez sem essas iniciativas continuassem também simples promessas no futuro. (Salvador, 21 de março de 2005).

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, Formas d Prestação d 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. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Texto publicado originalmente na coletânea SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo, Ed. Malheiros, 2005 (pp.433-486).