

SERVIÇOS PÚBLICOS E DESENVOLVIMENTO: UMA CRÍTICA AO MODELO BRASILEIRO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SETOR SOCIAL

FERNANDO BORGES MÂNICA

Doutor em Direito pela USP. Mestre em Direito pela UFPR.
Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade
Positivo. Advogado. www.fernandomanica.com.br

1. Atividades estatais e desenvolvimento

1.1. Estado e desenvolvimento econômico: os serviços públicos liberais

Ainda no século XVIII, Adam SMITH, ao passo em que acreditava ser o livre mercado apto a destruir as desigualdades e os privilégios de origem absolutista, defendia a intervenção pontual do Estado com o objetivo de proporcionar o desenvolvimento econômico. Após tratar dos deveres do soberano quanto à segurança e à justiça, consignou:

O terceiro e último dever do soberano é a criação e a manutenção daqueles serviços e instituições que, embora possam ser altamente benéficos para uma sociedade, são, todavia, de uma natureza tal que o lucro jamais poderia compensar a despesa para qualquer indivíduo ou pequeno número de indivíduos, não se podendo, portanto, esperar a sua criação e manutenção por parte de qualquer indivíduo ou qualquer número de indivíduos.¹

Nessa categoria de deveres, Adam SMITH analisou dois diferentes gêneros daquilo que denominou *serviços públicos*: (i) aqueles criados com o objetivo de facilitar o comércio, como a construção e manutenção de pontes, estradas, canais navegáveis, portos etc. e (ii) aqueles voltados a promover a instrução do povo.²

Com essa perspectiva, na segunda metade do século XIX, foram criados *serviços públicos* em setores dependentes de infra-estrutura de grande porte, como ferrovias, estradas, energia elétrica, gás e telefonia. Por se tratar de atividades dependentes de vultoso investimento de recursos, que necessitavam da utilização de bens estatais para sua construção ou possuíam vocação para o monopólio, não era possível à iniciativa privada exercer sua

¹ SMITH, Adam. **Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. Trad. Luís C. de Aguiar. 4.ed. [s. l.]: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. v.2. p.333.

² SMITH, Adam. **Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. Trad. Luís C. de Aguiar. 4.ed. [s. l.]: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. v.2. p.333-469.

exploração de modo independente. A criação de tais serviços públicos tinha como objetivo, portanto, criar condições para o desenvolvimento econômico.

Além disso, algumas ações de vigilância sanitária e de educação também formaram o grupo de atividades aptas a serem desenvolvidas pelo Estado por meio da qualificação como *serviço público*. Não porque configuravam direitos dos cidadãos, mas porque isso era necessário à defesa da coletividade.³

Daí a intervenção direta do Estado, no sentido que José Luis VILLAR PALASÍ em meados do século XX deu ao termo *publicatio*: a retirada do domínio privado de determinadas atividades em relação às quais era vedada a interferência estatal e a assunção de seu controle pelo Estado com vistas a possibilitar sua exploração (privada). Segundo o autor, além das antigas técnicas medievais da *publicatio bonorum* (aplicada para casos específicos de confisco e punição) e da *publicatio agrorum* (adotada para a imposição de privilégios reais sobre determinados bens ou atividades privadas), surge o sentido moderno de *publicatio*, por meio da qual são criados títulos *ope proprietatis* de poder sobre atividades privadas (desvinculadas do exercício do poder), com a finalidade de criar sobre elas a titularidade estatal.⁴

Percebe-se, pois, que a noção de *serviço público* no nascimento do Estado de Direito, decorrente da *publicatio* de determinadas atividades privadas, possuía forte viés econômico, relacionava-se à idéia de limitação das funções do Estado e tinha como pressuposto a própria vedação da intervenção do Estado na ordem social e econômica.⁵

³ A influência da *segurança coletiva* sobre a concepção de serviços públicos pode ser visualizada na passagem de Rafael BIELSA: "Os chamados serviços gratuitos são aqueles cuja prestação geral, e até obrigatória, interessa a todos em face da solidariedade humana e da segurança comum. Tais são os de ensino primário, os de assistência médica e de assistência econômica. Nesses casos, até os mais egoístas possuem interesse em que sejam gerais e gratuitos, pois uma sociedade ignorante e atrasada é uma ameaça para todos, por sua incapacidade de produção, de defesa nacional, etc.; pela mesma razão, se o Estado não presta assistência aos que não podem obtê-la, em caso de doenças perigosas ou contagiosas, todo o corpo social fica ameaçado por suas conseqüências naturais." (BIELSA, Rafael. **Derecho Administrativo**. 5.ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1955. Tomo I. p.554).

⁴ VILLAR PALASÍ, José Luis. **La intervención administrativa en la industria**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1964. p.207-218.

⁵ Nesse sentido: VERGARA, Patrícia Lopes. Titularidad en el Servicio Publico. **Revista de Derecho Administrativo**, ano 11, n.30-32, 1999. A distinção entre os aspectos econômico e social deve ser levada em conta com a devida cautela. Como ressalta Jacques Chevallier, a correlação entre o econômico e o social é lógica, de modo que ambos não constituem domínios separados, mas duas faces de uma mesma realidade: enquanto a economia diz respeito a um conjunto de processos de produção, circulação, troca e distribuição de bens e serviços, o social recobre toda e qualquer ordem relativa à vida e às relações de indivíduos e de grupos (CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative**. 3.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2002. p.169). Sob ponto de vista inverso, mas com conclusão análoga, Fabio Nusdeo chega a sustentar que a distinção padece de base científica, já que toda atividade reconhecida como social, geralmente associada ao atendimento de necessidades em relação às quais não há possibilidade de obtenção de lucro, é também econômica, na medida em que se refere à aplicação de recursos escassos para suprimento de determinadas finalidades (NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.96).

Contudo, considerando que a *publicatio* incidia sobre o setor econômico e justificava-se, em grande medida, pela inviabilidade de exploração privada da respectiva atividade, pode-se dizer que a própria noção de *serviço público* conformou-se como instrumento a possibilitar tal exploração. Daí porque o *serviço público* em sua origem, que pode ser denominado de *serviço público liberal* ou *serviço público econômico*, decorre da *publicatio* de atividades privadas, que passam a ser exploradas tanto pelo Estado quanto pelo particular, por meio de *parcerias público-privadas*,⁶ em especial dos contratos de concessão.⁷

1.2. Estado e desenvolvimento humano: os serviços públicos sociais

Com esse modelo de intervenção estatal, durante o século XIX, as pessoas tornaram-se dependentes do mercado. Contudo, como se sabe, o mercado não é um meio apto de atender às necessidades de todos, pois ele apenas oferece bens e serviços àqueles que dele fazem parte. "A 'ordem natural ideal' prevista pelo liberalismo acabou se tornando uma 'desordem natural real', demandando a intervenção estatal na sociedade".⁸ Daí a premência da *desmercadorização* do indivíduo,⁹ com o início de um processo de formação de um *Estado* a não apenas garantidor da ordem, da segurança e das operações econômicas, mas *incentivador e promotor* de atividades diversas daquelas voltadas exclusivamente ao lucro.

Teve início, então, o movimento pelo qual o Estado passou a *incentivar* a oferta de atividades prestacionais sociais. Para tanto, a Administração Pública uniu-se a iniciativas da

⁶ Parcerias público-privadas são entendidas no presente trabalho em seu sentido amplo. Na explicação de Carlos Ari SUNDFELD: "Em seu sentido amplo, PPP's são os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral (concessões comuns, patrocinadas e administrativas; concessões e ajustes setoriais, contratos de gestão com OSs. Termos de parcerias com OSCIPs; etc." (SUNDFELD, Carlos Ari. **Guia jurídico das parcerias público-privadas**. In: _____. (coord.). Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005. p.22).

⁷ Pode-se mencionar, nesse prisma, a experiência histórica francesa, na qual: "Registram-se contratos de concessão no séc. XVII na construção de canais (o canal de Midi, lançado pelo empreendedor Jean-Paul Riquet na época de Louis XIV e Colbert) e na secagem de pântanos (cedida por Henrique IV para todo o território nacional). Sobretudo a partir da segunda metade do século XIX, as concessões presidiram esmagadoramente à construção de grandes infra-estruturas como os caminhos de ferro, transportes urbanos (Metro de Paris), redes de eletricidade, de água e esgotos, e de recolha de lixo (...)" (SANTOS, Boaventura de Sousa (Dir. Científico). **Parcerias público-privadas e justiça: uma análise comparada das diferentes experiências**. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2007. p.28).

⁸ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de Derecho Público Económico**. Granada: Comares, 1999. p.10.

⁹ Segundo Gosta Esping-Andersen: "A desmercadorização ocorre quando a prestação de um serviço é vista como uma questão de direito ou quando uma pessoa pode manter-se sem depender do mercado." (ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do Welfare State. **Revista de Cultura e Política**, n.24, p.102, set. 1991.

própria sociedade. Vital MOREIRA, referindo-se à organização estatal do Estado pós-revolução francesa, assim se manifestou:

(...) [a] concepção unitária, monolítica e centralizada da Administração pública manteve-se durante quase todo o século XIX. Mas a partir de certa altura deu-se a emergência de agrupamentos sociais reclamando do Estado a intervenção nas tarefas administrativas públicas. O Estado propôs a aproveitá-los para aliviar seu envolvimento directo na gestão concreta das novas prestações sociais (...) ¹⁰

Tomou corpo, assim, a atividade administrativa de *fomento*. Ainda que não dirigida à defesa de direitos de cada cidadão, a prestação de *serviços sociais privados* voltados à garantia da saúde, educação e assistência social passou a ser *incentivada* pelo Estado, por meio de repasse de recursos a título de *subvenções* ou mesmo mediante vínculos formais, caracterizados pela informalidade e precariedade. Tratava-se de mero incentivo a atividades privadas necessárias a suprir carências não atendidas pelo *mercado*.

Nesse rumo, o segundo e mais importante passo no processo de transformação dos serviços públicos foi dado quando os serviços sociais passaram a consistir dever estatal previsto em textos internacionais e nas Constituições dos Estados. De meras *atividades privadas fomentadas*, com a consagração dos direitos econômicos, sociais e culturais,¹¹ a atuação administrativa em áreas como a saúde, a educação e a assistência passaram a configurar direito constitucionalmente previsto em *benefício de cada pessoa*, e não mais como instrumento de desenvolvimento econômico e defesa da coletividade. Essa mudança marca a incorporação do *desenvolvimento humano* como objetivo do Estado.

Apenas após a Segunda Guerra Mundial os direitos sociais dependentes de atuação estatal e voltados à proteção da *dignidade de cada pessoa humana* foram positivados em documentos internacionais e em novos textos constitucionais que se seguiram.¹² No plano

¹⁰ MOREIRA, Vital. **Administração autônoma e associações públicas**. Coimbra: Coimbra, 1997. p.16-17.

¹¹ Em estudo sobre o tema, Jose RAMON DIAZ reconhece a utilização corrente na linguagem jurídica da expressão *derechos sociales* para designar duas características comuns da expressão: (i) o reconhecimento de prestações a cargo do Estado e (ii) a aceitação do valor da igualdade (material) como sua finalidade (DIAZ, Jose Ramon. **Estado Social e Derechos de Prestación**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p.46). Antonio-Enrique PEREZ LUÑO traz uma definição objetiva e outra subjetiva dos direitos sociais, nos seguintes termos: "Assim, podem entender-se tais direitos, em sentido objetivo, como o conjunto das normas através das quais o Estado leva a cabo sua função equilibradora das desigualdades sociais. Enquanto que, em sentido subjetivo, podem ser entendidos como as facultades dos indivíduos e dos grupos de participar dos benefícios da vida social, o que se traduz em determinados direitos a prestações, diretas ou indiretas, por parte dos poderes públicos." (PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 6.ed. Madrid: Tecnos, 1995. p.183-184).

¹² A Constituição do México, de 1917, e a Constituição Alemã, de 1919 marcam o primeiro passo, em nível constitucional, rumo a consagração de direitos sociais e à previsão de serviços públicos voltados à sua garantia. Contudo, a previsão nelas contida restringiu-se a limitação da liberdade de contratação nas relações trabalhistas.

internacional foi aprovada uma série de documentos que consagram *direitos fundamentais sociais*. O primeiro deles foi a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, editada em 1948 pela *Organização das Nações Unidas (ONU)*. Com o objetivo de desenvolver tais idéias, foram firmados em 1966 dois Pactos: o *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos* e o *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*.

Nos ordenamentos nacionais, diversas constituições escritas passaram a tratar expressamente do tema. Dentre elas, podem ser citadas as Constituições Francesas de 1946 e de 1958; a Constituição Alemã de 1949, conhecida como Lei Fundamental de Bonn; a Constituição Italiana de 1948; e mais recentemente, a Constituição Espanhola de 1978, a Constituição Portuguesa de 1976 e a Constituição Brasileira de 1988.

O caminho de evolução das atividades prestacionais pelo Estado de Direito passou, portanto, por três momentos claramente perceptíveis na história: (i) a responsabilidade estatal de garantir o desenvolvimento econômico (por meio da criação dos *serviços públicos liberais*); (ii) a responsabilidade estatal de incentivar a prestação privada de serviços sociais de relevância pública (por meio da *atividade de fomento*); (iii) a responsabilidade estatal de garantir o desenvolvimento humano, (por meio da criação de *serviços públicos sociais* voltados à garantia dos direitos de cada pessoa).

2. Serviços públicos e serviços de relevância pública na Constituição de 1988

2.1 Serviços públicos

Como resultado desse processo, hoje a expressão *serviço público* serve para designar atividades com dupla finalidade: (i) proporcionar o desenvolvimento econômico e a proteção da coletividade; e (ii) garantir direitos sociais dependentes de prestações. Trata-se dos *serviços públicos liberais* e dos *serviços públicos sociais*.

É importante notar, contudo, que o *serviço público* não constitui um conceito lógico-jurídico. Trata-se de uma noção cujo conteúdo é passível de ser extraído da Constituição e da realidade histórica,¹³ e não de construções doutrinárias tradicionais e, possivelmente, desconectadas do texto constitucional e da própria realidade social.¹⁴

¹³ Não se trata da busca inalcançável de uma *geometria jurídica*, referida por Genaro R. CARRIÓ ao tratar da imprecisão e nebulosidade de grande parte dos conceitos jurídicos (CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Language**. 4.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994); e tampouco de *definir essências*, mas de buscar

A Constituição brasileira de 1988 traz balizamentos para a criação de *serviços públicos*, os quais devem ser observados pela lei que os cria. Portanto, não há *serviços públicos* 'em si mesmos',¹⁵ mas há critérios constitucionais que dirigem sua instituição. Além disso, deve-se destacar que desde a promulgação do texto constitucional brasileiro houve importante desenvolvimento da teoria jurídica pátria e relevante avanço tecnológico, os quais demandam uma renovada e permanente (re)interpretação dos critérios constitucionalmente estabelecidos.

No texto constitucional é possível encontrar a utilização da expressão em sentido amplo, para se referir a *toda e qualquer atividade desempenhada pelo Estado*,¹⁶ como em sentido estrito, com referência a uma determinada modalidade de *atividade administrativa prestacional em relação à qual o Estado assume a responsabilidade por sua oferta*. Neste segundo caso, que interessa ao presente estudo, encontram-se referências constitucionais a três conjuntos de *serviços públicos*:

- (i) aqueles expressamente qualificados como tais pelo próprio texto constitucional;
- (ii) aqueles em relação aos quais a Constituição outorgou competência para sua prestação pelo Estado; e
- (iii) aqueles em relação aos quais a Constituição Federal autorizou sua criação por lei.

Na **primeira categoria** encontram-se atividades expressamente qualificadas como *serviços públicos* pela Constituição Federal. Isso ocorre com os serviços públicos de saúde,¹⁷ serviços públicos de transporte urbano,¹⁸ e (ii) serviço público de telecomunicações.¹⁹

indicadores que *viabilizem a aplicação de normas jurídicas*, como assinalou Eros GRAU (GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.75).

¹⁴ Nessa perspectiva é a crítica de Fernando Herren AGUILLAR, para quem: "As contribuições doutrinárias para o conceito de serviço público têm apenas caráter didático, reportando-se os juristas não àquilo que determina a Constituição, mas àquilo que, em sua experiência pessoal, testemunharam como sendo genericamente serviço público" (AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p.134).

¹⁵ "Pretender que certas atividades são 'em si mesmas' serviço público significa que, consagradas ou não legislativamente como tal, assim devem ser havidas. Um conceito desta ordem não serve para o jurista" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p.12).

¹⁶ Tal sentido é encontrado, dentre outros, no artigo 20, IV; artigo 37, XIII; artigo 39, § 7.º; artigo 40, § 1.º, III e § 16 da Constituição Federal. Essa noção ampla de serviços públicos, relacionada ao conjunto de atividades estatais, é típica da teoria francesa de serviço público, de acordo com a qual: "A idéia de serviço público é ligada a uma concepção ampla de missões do Estado e da Administração em geral, que além de manter a ordem pública, devem organizar a vida econômica, social, cultural fornecendo e gerando os bens e serviços úteis à coletividade." (MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif**. 7.ed. Paris: Montchrestien, 2001. p.17).

¹⁷ Artigo 34, inciso VII, alínea *e*; no artigo 35, inciso III; no artigo 167, inciso IV; e no artigo 198 e seu parágrafo segundo; bem como no artigo 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

¹⁸ Artigo 30, inciso V.

Na **segunda categoria** são relacionadas prestações cuja realização é atribuída pelo texto constitucional como *competência* do Estado.²⁰ Dentre elas, podem-se destacar alguns setores em relação aos quais a competência para sua exploração foi atribuída à União Federal pelo artigo 21 da Constituição, como o serviço postal e o correio aéreo nacional (inciso X), os serviços de telecomunicações (inciso XI), os serviços de radiodifusão sonora, sons e imagens, o serviço de energia elétrica, a navegação aérea e aéreo-espacial, os serviços de transporte ferroviário e aquaviário (inciso XII), dentre outros.

Ressalte-se que a atribuição de competência para explorar ou manter determinado setor implica *atribuição de responsabilidade estatal em garantir sua oferta*, o que não significa que todo o setor de atividades deva ser qualificado como *serviço público*.²¹ Parte das atividades relacionadas, de acordo com o estágio de evolução tecnológica, social e econômica, pode ter sua prestação garantida satisfatoriamente pelo mercado,²² ou ainda pode ser prestada de modo desvinculado de qualquer critério que legitime sua qualificação como *serviço público*.²³ Em tais casos, nem todas as atividades integrantes de determinada área são qualificadas como *serviço público*. Dentro de um setor cuja competência para exploração foi atribuída a determinado ente estatal, a definição daquelas atividades especificamente qualificadas como *serviço público* deve constar da lei que regulamenta o respectivo setor. Em última análise, pode-se sustentar que a atribuição de competência a determinado ente

¹⁹ Artigo 66 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (os quais também haviam sido qualificados como públicos pelo inciso XI, do artigo 21 da redação original da Constituição Federal, alterada pela Emenda Constitucional n.º 8, de 15 de agosto de 1995).

²⁰ Conforme José Afonso da Silva, *competência* deve ser entendida como a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões; ou, sob outro ângulo, *competências* correspondem às diversas modalidades de poder de que se servem as entidades estatais e órgãos para a realização de suas funções (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.477).

²¹ Sobre o tema, conferir: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.407 e ss.

²² É o caso típico do setor de energia elétrica, no qual até algum tempo atrás, não havia condições técnicas de segregação entre todas as atividades envolvidas de geração até sua comercialização aos consumidores finais. Nessa época, todo o setor configurava serviço público e era explorado em regime de monopólio, por tratar-se, em tais condições, de um monopólio natural (situação na qual a prestação por um único agente possui custos mais baixos do que sua prestação em regime competitivo). Não obstante, com o desenvolvimento tecnológico recente, surgiu a possibilidade de segregação das atividades, de modo que foi implantado o regime de competição no âmbito, por exemplo, da geração de energia – uma vez que diversos geradores têm acesso garantido à infra-estrutura de distribuição, ainda mantida em regime de monopólio (natural). O setor encontra-se disciplinado especificamente em lei - Lei n.º 9.074, de 07 de julho de 1995, em especial artigos 4.º a 25, e Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro 1996, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), entidade competente para regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica.

²³ Nessa hipótese, são comumente citados pela doutrina exemplos como a produção de energia elétrica para o consumo individual e os serviços de comunicação por rádio amador. Tais atividades, apesar de integrantes do setor de energia e do setor de telecomunicações, não apresentam os requisitos necessários para sua qualificação como *serviços públicos*.

federativo configura determinação para que a lei institua o regime jurídico que vai disciplinar a prestação de cada uma das atividades integrantes do setor, parte das quais será por ela qualificada como *serviço público*.²⁴

Quanto à **terceira categoria** de atividades em relação às quais a Constituição prevê a criação de *serviços públicos*, não há qualificação expressa pelo próprio texto constitucional e tampouco a outorga de competência para a exploração de determinado setor de atividade; há apenas a previsão de critérios gerais para a criação de novos *serviços públicos* não previstos pelo texto constitucional. Tais critérios encontram-se no artigo 173 da Constituição Federal, que determina que o Estado apenas pode desenvolver atividade econômica, como *atividade econômica em sentido estrito* ou por meio da instituição de um *serviço público*, quando necessário *aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo*.²⁵

Além desses critérios, a Constituição permite a criação de um *serviço público social* em todas as hipóteses nas quais um direito fundamental dependente de prestações não for adequadamente satisfeito pelo mercado, como é o caso da assistência social (art. 203), do ensino fundamental (art. 208, I) e de outros direitos sociais previstos pelo texto constitucional. Esse *serviço público social* será prestado diretamente pelo Estado ou por outro ente privado delegatário, por meio de ajustes diversos daqueles estritamente previstos pelo artigo 175 da Constituição da República.

É importante ressaltar que a *titularidade estatal* dos *serviços públicos* implica sua responsabilidade pela garantia da respectiva prestação, a ser conformada nos termos da lei que regulamenta o setor de atividades. Trata-se da '*garantia pública*' pela prestação de determinadas atividades.²⁶ Como expressou Maria Cristina DOURADO: "(...) a titularidade do serviço público resulta para o Estado o inafastável dever de realizá-lo de forma adequada ao pleno atendimento das necessidades dos cidadãos".²⁷ Nesse mesmo sentido, segundo Juan Carlos CASSAGNE, a criação de um *serviço público* apenas expressa a decisão estatal de que

²⁴ Isso implica reconhecer que a outorga de competência para que o Estado explore determinado setor restringe a livre iniciativa, sendo que o setor privado poderá agir apenas nos termos da lei que regula o setor determinar.

²⁵ Esse entendimento, aqui defendido, de que os critérios constitucionais para a criação de serviços públicos encontram-se no artigo 173 da Constituição, não é predominante na doutrina. Sobre o tema: MÂNICA, Fernando Borges. **O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p.119-122.

²⁶ CAÑADA, Isabel Maria V. **Público y Privado em la gestión de la Seguridad Social em Espana. Dimensión Jurídica**. Granada: Comares, 2007. p.21.

²⁷ DOURADO, Maria Cristina. O repensar do conceito de serviço público. **Revista Interesse Público**, n.9, p.95, 2001.

determinada atividade sujeite-se às potestades administrativas mediante um regime especial,²⁸ definido pela lei como o mais apto a garantir a efetiva prestação do serviço.

2.2 Serviços de relevância pública

Outra expressão contida no texto de 1988 são os *serviços de relevância pública*. Esta locução é utilizada duas vezes na Constituição Federal: (i) para qualificar os serviços de saúde;²⁹ e (ii) para se delimitar o rol de atribuições do Ministério Público.³⁰ É importante notar que a qualificação de um serviço como sendo de *relevância pública* não mais significa do que a ênfase atribuída pela Constituição de que tais atividades – independente da assunção da responsabilidade por sua oferta pelo Estado – devem ser regulamentadas, incentivadas e controladas pela Administração Pública.

A essencialidade é ínsita à noção de serviço público, mas não suficiente para determinar sua qualificação como tal. Isso porque grande parte das atividades privadas, alheias à responsabilidade do Estado, também são essenciais à coletividade. No Brasil, a qualificação de determinados serviços como *essenciais* gera efeitos jurídicos como aquele definido pelo artigo 58 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, que prevê a ocupação provisória pela Administração Pública de bens móveis e imóveis a eles vinculados; e aqueles efeitos definidos pela Lei n.º 7.783, de 28 de junho de 1989, que regulamenta o direito de greve. Neste último caso, dentre os serviços essenciais, o direito de greve sofre restrições, de modo que cumpre aos trabalhadores manter a prestação daquela parcela dos serviços *indispensáveis à sobrevivência, saúde e segurança da população*. Veja-se que a legislação qualificou um nível ainda mais específico de serviços dentre os serviços essenciais, em relação aos quais deve incidir de modo absoluto *o princípio da continuidade*.

Tal princípio remete aos repetitivamente mencionados *princípios do serviço público*, consagrados pela obra do francês Louis ROLLAND e difundidos amplamente na doutrina administrativista pátria.³¹ Não obstante, ainda que a continuidade seja uma das características

²⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (hacia una nova concepción). **Revista de Administración Pública**, n.140, p.103, maio/ago. 1996.

²⁹ Constituição Federal, Art. 197.

³⁰ Constituição Federal, Art. 129.

³¹ Segundo tal teoria, são princípios dos serviços públicos a *continuidade* – a qual já fora ressaltada por León DUGUIT e decorre da própria natureza da atuação estatal; a *mutabilidade* – que deve ser compreendida como a possibilidade de alteração da forma de prestação dos serviços e mesmo da qualificação de determinada atividade como serviço público; e *igualdade* – que consiste no oferecimento de condições de acesso a determinado serviço a todos, levando em conta para isso a possibilidade de discriminação fundamentada na Constituição e voltada à

dos *serviços públicos*, ela não constitui elemento suficiente que os diferencie de outras *atividades privadas* não qualificadas como tais. A *continuidade* decorre, portanto, não da qualificação de determinada atividade como *serviço público*, mas da necessidade de sua manutenção, a qual pode ser garantida independente de sua assunção como responsabilidade do Estado (em outras palavras, de sua qualificação como *serviço público*).

O regime jurídico dos serviços públicos tem como objetivo garantir de modo muito mais intenso tanto a continuidade de sua prestação, quanto o respeito a outros princípios indispensáveis à sua prestação, como regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia na sua prestação.³² Acontece que tais princípios incidem apenas sobre as parcerias público-privadas (em seu sentido amplo)³³ voltadas ao desenvolvimento econômico. Nas parcerias público-privadas que têm como objeto a prestação serviços sociais tais princípios não têm incidência. Isso porque no atual estágio de desenvolvimento do Direito Administrativo pátrio tais parcerias são admitidas, interpretadas e legisladas como mecanismo de *fomento estatal* e não de *prestação de serviços públicos*.

3. Parcerias público-privadas voltadas ao desenvolvimento humano

A classificação das atividades do Estado em *prestação de serviços públicos*, *polícia e fomento* tornou-se clássica a partir do trabalho de Luis JORDANA DE POZAS que assim definiu a atividade de fomento: "(...) a ação da Administração destinada a proteger ou promover aquelas atividades, estabelecimentos ou riquezas prestadas por particulares e que satisfazem necessidades públicas ou se consideram de utilidade geral, sem usar a coação ou criar serviços públicos".³⁴ A diferença entre fomento e prestação de serviços públicos é ressaltada por Juan Carlos CASSAGNE:

consecução de um direito fundamental. DUGUIT há muito tempo sustentou que o fundamento de todos os serviços públicos consiste em uma obrigação jurídica imposta ao Estado de assegurar **ininterruptamente** determinadas atividades consideradas de importância capital para a vida social (DUGUIT, León. **Traité de Droit Constitutionnel**. 2.ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1923. Tomo II. p.55). Nessa esteira, tem razão Floriano de Azevedo MARQUES NETO ao ressaltar que atualmente: "Se o Estado, pela Constituição ou pela Lei, definiu que uma atividade é tão relevante para avocar para si o dever de oferecer a todo mundo, considerando-a serviço público, não há sentido que essa atividade seja oferecida de forma intermitente." (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões de serviços públicos. **Boletim de Direito Administrativo – BDA**, ano XXII, n.6, p. 648, jun. 2006).

³² Princípios previstos no Art. 6º, §1º da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

³³ Vide nota n. 6.

³⁴ JORDANA DE POZAS, Luis. Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. **Revista de Estudios Políticos**, n.48, p.46, 1949.

Difere também o fomento do serviço público na natureza e nos fins e, conseqüentemente, no regime jurídico que acompanha a realidade que conduz esse compromisso estatal. Efetivamente, enquanto o serviço público se concebe objetivamente como uma atividade prestacional intercorrente, de onde surge a necessidade, continuidade, etc. da prestação, o fomento aparece como uma ajuda, um estímulo, com o objetivo de que os particulares possam realizar suas próprias finalidades comerciais e industriais.³⁵

Como assinalado acima, houve recente alteração do papel do Estado na garantia de direitos e na conseqüente prestação de *serviços*. Se durante algum tempo a prestação de *serviços sociais* tinha como fundamento a defesa da coletividade e era realizada como benemerência do Estado, hoje essa prestação decorre também de *dever constitucional prestacional*. Essa transição ocorreu na Europa a partir de meados do século passado e no Brasil consolidou-se após 1988. A nova Constituição brasileira trouxe expressa uma série de direitos voltados ao humano, os quais têm sido, finalmente, interpretados como *direitos públicos subjetivos*.

Essa transição significa que tais serviços sociais não demandam meramente a atividade de *fomento* estatal. Após 1988, todos os serviços dos quais dependa a materialização de direitos fundamentais devem ser assumidos pelo Estado como sua responsabilidade. Essa é a noção de *serviço público social*. Portanto, eventuais parcerias público-privadas voltadas a sua execução pelo privado não podem ser disciplinadas como mera atividade de fomento.

A correta compreensão do problema não é meramente teórica, já que a noção de serviço público traz consigo a idéia de responsabilidade do Estado por sua garantia. Nesse viés, os vínculos eventualmente firmados pelo Estado com vistas a sua prestação não podem ter as mesmas características daqueles vínculos criados com o objetivo de incentivar atividades relevantes. Caso a opção estatal seja pela prestação indireta de serviços públicos sociais, o vínculo a ser firmado com o particular deve conter todas as garantias existentes nos ajustes voltados à prestação de serviços públicos liberais. Mais do que a discussão abstrata e ideológica acerca da possibilidade de prestação indireta de serviços públicos sociais, cabe ao administrativista contemporâneo enxergar a realidade da Administração Pública e das demandas sociais pautadas no texto constitucional e oferecer soluções que garantam o respeito real e concreto aos direitos fundamentais.³⁶ *A Administração Pública Social* não é

³⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. **La Intervención Administrativa**. 2.ed. Buenos Aires: Abeledp-Perrot, 1994. p.91.

³⁶ Afinal, como assinala Odete MEDAUAR: “O administrativista contemporâneo tem consciência da diversificação e capilaridade das funções do Estado atual, realizadas, em grande parte, pela atuação da Administração Pública. Por conseguinte, o direito administrativo, além da finalidade de limite ao poder e garantia dos direitos individuais ante o poder, deve preocupar-se em elaborar fórmulas para efetivação de direitos sociais e econômicos, de direitos coletivos e difusos, que exigem prestações positivas. O direito

aquela que apenas fomenta os serviços sociais voltados ao desenvolvimento humano; é aquela que os presta – direta ou indiretamente – sob o regime jurídico dos serviços públicos.

O grande desafio a ser superado pelo Estado contemporâneo em todas as suas áreas de atuação consiste em aproveitar ao máximo a atuação da iniciativa privada, mas garantir que tal atuação ocorra de maneira eficiente e sem desvios. Essa é a questão atual a ser respondida, especialmente em solo brasileiro. A necessidade de flexibilidade da Administração Pública, a superação do modelo procedimental-formalista, a inevitabilidade das parcerias com a iniciativa privada, são idéias que se encontram difundidas tanto na teoria da Administração³⁷ quanto na teoria do Direito Administrativo.³⁸ O problema é encontrar os mecanismos adequados, em cada atividade, que proporcionem sua consecução com eficiência em cada área de atuação estatal.

O desenvolvimento humano depende da garantia dos direitos sociais, os quais demandam, muitas vezes, a intervenção do Estado, por meio da prestação de *serviços públicos sociais*, de modo *contínuo* e *adequado*. Nessa hipótese, caso sejam celebradas parcerias público-privadas, é imprescindível que o vínculo firmado entre o Estado e o ente privado garanta os princípios do serviço público em questão. Para isso, é imprescindível tanto a imposição de uma série de deveres ao prestador privado quanto a garantia de estabilidade e do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste.

Isso não significa que toda a vez que o Estado celebrar parceria público-privada para a prestação de *serviços sociais*, o serviço será transformado em *serviço público social*. Tal qualificação depende materialmente da essencialidade e exigência de continuidade/adequação do serviço, e formalmente, de sua qualificação, por lei (ou pela Constituição) como *serviço*

administrativo tem papel de relevo no desafio de uma nova sociedade em constante mudança” (MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.267-268).

³⁷ Peter DRUCKER, em obra editada originalmente em 1969, assim já se pronunciava: "O objetivo do governo é (...) governar. Isso, como depreendemos de outras instituições, é incompatível com a ação. Qualquer tentativa de combinar o governo com a execução em larga escala paralisa a capacidade de decisão. Qualquer tentativa de obrigar os órgãos que tomam decisões a 'executarem' realmente também implica um 'ação' muito insatisfatória. Eles não se orientam para a execução. Não estão equipados para ela. Não estão fundamentalmente interessados nela. Atualmente há boas razões pelas quais os soldados, os servidores civis e os administradores de hospitais buscam na administração de empresas conceitos, princípios e práticas. Porque a empresa, nestes últimos trinta anos, teve de enfrentar, em escala muito mais reduzida, o problema com o qual se defronta agora o moderno: a incompatibilidade entre o 'governo' e a 'execução'". (DRUCKER, Peter. **Uma era de descontinuidade: orientações para uma sociedade em mudança**. Trad. J. R. Brandão de Azevedo. Rio de Janeiro: ZAHAR, 1970. p.265 e 273).

³⁸ Esse é o entendimento, por exemplo, de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, para quem: "(...) a legitimidade deve estar também nos fins e não apenas nos procedimentos, e os resultados também só podem ser considerados suficientemente satisfatórios se atenderem eficientemente as finalidades constitucionalmente cometidas ao Estado (...). Em uma palavra: o que realmente importa é a eficiência aferida pelo resultado." (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.30 e 112).

público social. Assim, pode-se ter modelos de ajuste com características diversas, a depender do conteúdo do direito e da potência da intervenção estatal neste ou naquele setor. Em alguns casos, é satisfatório o fomento público à prestação privada *de serviços de relevância pública*; em outros casos, em face da exigência de continuidade e adequação de sua prestação, é necessária a prestação (direta ou indireta) de serviço público social.

Em caso de essencialidade e insuficiência na prestação de serviços sociais pela própria sociedade, não se admite que a intervenção do Estado não traga as mínimas garantias de adequação e continuidade para o prestador privado e, conseqüentemente, para o cidadão. Note-se que tais garantias constam da legislação e dos ajustes celebrados para a concessão de *serviços públicos liberais* a empresas privadas, que recebem recursos diretamente dos usuários (concessão comum) ou mesmo do Estado (concessão patrocinada e concessão administrativa).³⁹ Nesses dois casos, a questão é legislativa, jurisprudencial e doutrinariamente muito bem compreendida, com o consenso de que o parceiro privado possui garantias, em especial da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de seu ajuste.

Enquanto isso, nas parcerias para a prestação de *serviços públicos sociais* em que o agente privado é desprovido de finalidade lucrativa, não há suficiente estabilidade nos vínculos firmados, sendo que a manutenção do vínculo depende do interesse pessoal do governante da hora. Isso ocorre tanto nos clássicos modelos de parceria público-privada instrumentalizados pelos vetustos convênios, quanto nos novos modelos de ajuste, como os Contratos de Gestão com Organizações Sociais e os Termos de Parceria com OSCIPs. Enquanto tais modalidades de ajuste forem interpretadas e regulamentadas como meros instrumentos de *fomento estatal*, desprovidos das garantias típicas dos vínculos de *delegação de serviço público*, o Estado brasileiro manterá seu baixo índice de desenvolvimento humano e social.

3.1 Convênios ⁴⁰

Os convênios público-privados, tais quais ainda hoje regulados, são resultado de um grave desvio de finalidade. Isso porque essa modalidade de ajuste foi criada para regular

³⁹ Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

⁴⁰ Foi recentemente aprovado o Projeto de Lei 7.168/2014, que extingue os convênios público-privados e cria os assim denominados *Termos de Colaboração* e *Termos de Fomento*. O Projeto de Lei contém aspectos positivos, como a exigência de um processo público para celebração dos ajustes. Entretanto, ele não resolve o problema central das parcerias para a prestação de serviços públicos sociais, pois trata exclusivamente de vínculos instáveis e precários, voltados à formalização da atividade de fomento em sua versão mais personalista: a benemerência do governante da hora.

vínculos entre duas entidades públicas, providas de interesse comum legalmente previsto. Com o tempo, esse ajuste passou a instrumentalizar também o repasse de recursos a título de fomento a atividades privadas de relevância pública. Uma breve análise histórica do direito público pátrio demonstra esse caminho.

Na Lei n.º 2.312, de 3 de setembro de 1954, uma série de dispositivos fazem referência à celebração de convênios, todos eles envolvendo *duas entidades públicas*. Já no regulamento da referida lei – Decreto n.º 49.974-A, de 21 de janeiro de 1961 –, além de referências a *convênios entre entes públicos*, há menção a convênios com *entidades privadas*, os quais são mencionados tendo como objetivo *fomentar* o desenvolvimento de tais atividades privadas.

Seguindo tal linha, o Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, trata genericamente dos convênios entre entes públicos e, ao se referir especificamente à Política Nacional de Saúde, prevê a celebração de convênios com a iniciativa privada. Daí o desvirtuamento de sua concepção original que vige até hoje no Brasil, nos termos do Decreto Federal 6.170, de 25 de julho de 2007, (e suas alterações) e pela Instrução Interministerial n.º 507, de 24 de novembro de 2011 (também frequentemente alterada).

Em sede constitucional, os convênios constam de diversos artigos da Constituição de 1967 e da Constituição de 1969, todos eles fazendo referência a ajustes celebrados entre entes públicos. Na Constituição Federal de 1988, há previsão de celebração de convênios no artigo 37, inciso XXII, no artigo 39, § 2º, no artigo 71, inciso VI, e no artigo 241. Todos eles tratando de ajustes celebrados entre entes federativos. A única previsão constitucional de convênio com a iniciativa privada é aquela contida na ordem da saúde – especificamente no parágrafo primeiro do artigo 199 do texto constitucional.

Mesmo após a série de alterações no tratamento infralegal dos convênios, é retumbante sua inadequação para disciplinar ajustes do Estado com entidades privadas prestadoras de *serviços sociais*.

Isso porque, como mencionado, a disciplina dos convênios possui características incompatíveis com tais atividades, cria deveres insuperáveis aos parceiros privados, gera burocratização de procedimentos e, especialmente, deixa de estabelecer deveres e responsabilidades do parceiro público. Enfim, o convênio foi criado para não funcionar: ao transferir recursos públicos a entidades privadas, elas se tornam repartições públicas e permanecem reféns da boa vontade do parceiro público durante toda a execução do ajuste, o

qual pode rescindir o vínculo a qualquer momento. Em poucas palavras, pode-se dizer que a disciplina dos convênios estabelece um emaranhado de deveres burocrático-formais que tem como grande resultado oferecer ao parceiro público justificativa para, a qualquer tempo, suspender os repasses de recursos ou mesmo rescindir o vínculo. Mesmo com os balizamentos trazidos pela regulamentação dos convênios e pela Lei de Diretrizes Orçamentárias, pode-se perceber no substrato dos convênios o ranço de sua origem (público-privada) ligado a um favor realizado pelo governante em prol de determinada entidade.

Ressalte-se, o favor não termina na celebração de um convênio. Ele permanece durante toda a execução do objeto ajustado, já que os convênios, como se dizia no século passado, são precários. Tal entendimento ainda prevalece na doutrina e encontra-se na própria disciplina dessa modalidade de ajuste:

Art. 12. O convênio poderá ser denunciado a qualquer tempo, ficando os partícipes responsáveis somente pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participaram voluntariamente do acordo, não sendo admissível cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes.⁴¹

Entidades prestadoras *de serviços sociais* que celebram convênios com o Estado permanecem dependentes da boa-vontade do administrador para que recebam os recursos previstos no ajuste. Não raro, os deveres do parceiro público não são cumpridos e a responsabilidade pela má-prestação do serviço acaba recaindo sobre o parceiro privado.

Hoje, tais serviços materializam direitos fundamentais e exigem que o Poder Público garanta segurança e estabilidade ao agente privado. Essas garantias definitivamente não existem nas parcerias público-privadas disciplinadas pelos convênios.

3.2 Contratos de Gestão e Termos de Parceria

Dois novos modelos de parceria público-privada para a prestação de atividades sociais foram criados pela Lei n. 9.637/98 e pela Lei n. 9.790/99. Trata-se do Contrato de Gestão com entidades sem fins lucrativos qualificadas como Organizações Sociais (OS),⁴² e do Termo de Parceria firmados com entidades sem fins lucrativos qualificadas como

⁴¹ Decreto n.º 6.170/07.

⁴² Lei n.º 9.637/98: Art. 5º Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.

Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs).⁴³ Em que pese a existência de uma série de restrições e de mecanismos de fiscalização, muito similares entre os dois modelos de ajuste, sua aplicação possui duas distinções importantes.

A primeira reside no objeto do ajuste. Enquanto a Lei das OS possui um rol restrito de atividades, a Lei das OSCIP traz um rol mais extenso. Quanto à segunda distinção, é de se ressaltar que as OS possuem claro objetivo de atuar em estruturas públicas já existentes enquanto as OSCIP têm, em sua origem, a tendência de exercer suas atividades em instalações próprias. Não obstante, dada a similaridade dos modelos, não raro são celebrados termos de parceria nos quais o parceiro privado utiliza bens e equipamentos do parceiro público. Isso ocorre, em especial, na área da saúde, já que o Brasil possui um número significativo de hospitais públicos em péssimas condições de funcionamento ou simplesmente abandonados.

Três questões, no entanto, não são satisfatoriamente disciplinadas e interpretadas no contrato de gestão e no termo de parceria.

A primeira refere-se à exigência de licitação. Ainda que tais leis não determinem, é evidente que, havendo possibilidade de competição, deve-se realizar licitação, em atenção ao que determina a Constituição Federal em seu artigo 22, XXVII e artigo 37, XXI. Não obstante, tal competição não pode ser, por absoluta incompatibilidade na natureza do objeto do ajuste, o modelo trazido pela Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Há que se prever, por lei, o modelo de licitação para tais serviços, levando-se em conta a natureza de seu objeto.

A segunda questão diz respeito ao que se pode denominar *convenialização* dos Termos de Parceria e também dos Contratos de Gestão. Ora, tais modelos de ajuste trouxeram inovações na disciplina das parcerias para a prestação de *serviços sociais* com o exato objetivo de escapar de toda a disciplina inadequada dos convênios. Não obstante, encontra-se em vários dispositivos infralegais, nas diversas esferas federativas, no entendimento de Tribunais de Contas e outros órgãos de controle, tratamento idêntico entre o Termo de Parceria, o Contrato de Gestão e o Convênio. Chega-se ao ponto de denominar referidos modelos de ajuste como “*convênios e instrumentos congêneres*”.

Por fim, o terceiro e mais importante ponto a ser ressaltado refere-se à *precariedade dos vínculos* e a *falta de responsabilização do parceiro público* no cumprimento de seus deveres. Isso decorre tanto da ausência de previsão legal específica na lei dos Contratos de Gestão e dos Termos

⁴³ Lei n.º 9.790/99: Art. 9º Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei.

de Parceria, quanto da inadequada interpretação de tais textos legais. Antes a ausência de disposição legal expressa, é costume aplicar-se por analogia ao Contrato de Gestão e ao Termo de Parceria, a disciplina dos Convênios.

Um caso emblemático que não raro acontece é o seguinte: um novo prefeito decide não manter determinado Termo de Parceria ou Contrato de Gestão com a entidade que presta serviços em determinado setor. Isso por qualquer razão, inclusive porque o termo celebrado não seguiu as regras de licitação (que não possui previsão legal) ou porque a entidade parceira foi escolhida pelo antecessor (que é seu adversário político). O novo prefeito rompe o vínculo, diminui o valor dos repasses de recursos, altera quase que a seu bel-prazer o objeto do ajuste. Quem sofre é a entidade privada parceira e os cidadãos dependentes de sua atuação. A solução para tal problema, talvez o mais grave de todos nessas modalidades de vínculo é: (i) a definição clara, por lei, do processo licitatório de escolha da entidade parceira; e (ii) a previsão de estabilidade do vínculo, com penalidades graves ao administrador que descumpra os deveres assumidos.

Além disso, no caso de o objeto do ajuste ser qualificado como *serviço público social*, é imprescindível a previsão de maior prazo para execução dos serviços, já que se trata de prestações contínuas. Nesses casos, são necessárias leis específicas para cada serviço social, que garantam prazo suficiente e, especialmente, a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do contrato.⁴⁴ Ainda que nem sempre a entidade privada tenha de fazer grandes investimentos, como ocorre em regras nas parcerias para prestação de *serviços públicos econômicos*, há gastos vultosos em despesas contínuas, que devem ser suportadas, caso o Estado assuma a responsabilidade pelo serviço (que é seu dever).

Por fim, uma observação quanto à finalidade do Contrato de Gestão e do Termo de Parceria. Ambas as leis prevêm expressamente que eles têm como objetivo *o fomento e a execução* das referidas atividades. Ora, o vínculo será para o *fomento* quando a atividade objeto do ajuste for um *serviço de relevância pública*. Quando tal atividade configurar *serviço público social* o vínculo será próximo à delegação de serviço público, com previsão de garantia de sua

⁴⁴ No caso da saúde essa previsão legal existe, apesar de ser absolutamente descumprida. Trata-se da Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, que assim determina: Art. 26. Os critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial serão estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), aprovados no Conselho Nacional de Saúde. § 1.º Na fixação dos critérios, valores, formas de reajuste e de pagamento da remuneração aludida neste artigo, a direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) deverá fundamentar seu ato em demonstrativo econômico-financeiro que garanta a efetiva qualidade de execução dos serviços contratados. § 2.º Os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

efetiva prestação e continuidade, como acima assinalado.⁴⁵ Nos *serviços públicos sociais*, assim como nos *serviços públicos econômicos*, o instrumento de ajuste com o prestador privado deve garantir o respeito aos princípios do serviço público. Afinal, não é admissível que as parcerias público-privadas voltadas ao desenvolvimento humano não tenham a mesma estabilidade e segurança daquelas voltadas ao desenvolvimento econômico.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de Derecho Público Económico**. Granada: Comares, 1999.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BIELSA, Rafael. **Derecho Administrativo**. 5.ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1955. Tomo I. p.554.

CAÑADA, Isabel Maria V. **Público y Privado en la gestión de la Seguridad Social em Espana. Dimensión Jurídica**. Granada: Comares, 2007.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Language**. 4.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CASSAGNE, Juan Carlos. El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economia de mercado (hacia uma nova concepción). **Revista de Administración Pública**, n.140, maio/ago. 1996.

CASSAGNE, Juan Carlos. **La Intervención Administrativa**. 2.ed. Buenos Aires: Abeledp-Perrot, 1994.

CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative**. 3.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.

⁴⁵ Com isso, ao se tratar o contrato de gestão e o termo de parceria, em determinadas hipóteses, como modelos de delegação, mais firme deve ser o vínculo e maior a responsabilidade estatal pela efetiva prestação do serviço – o que vai se comprovar pelos dispositivos contratuais em questão. Nessa perspectiva, Marçal JUSTEN FILHO assinala que: "(...) é imperioso verificar a natureza jurídica do ato pactuado sob a denominação de contrato de gestão. O regime jurídico aplicável dependerá da identificação do substrato da relação jurídica pactuada" (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12.ed. São Paulo: Dialética, 2008. p.36).

DIAZ, Jose Ramon. **Estado Social e Derechos de Prestación**. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1989.

DOURADO, Maria Cristina C. de O. O repensar do conceito de serviço público. **Revista Interesse Público**, n.9, 2001.

DRUCKER, Peter. **Uma era de descontinuidade**: orientações para uma sociedade em mudança. Trad. J. R. Brandão de Azevedo. Rio de Janeiro: ZAHAR, 1970.

DUGUIT, León. **Traité de Droit Constitutionnel**. 2.ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1923. Tomo II. p.55).

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do Welfare State. **Revista de Cultura e Política**, n.24, p.102, set. 1991.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

JORDANA DE POZAS, Luis. Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. **Revista de Estudios Políticos**, n.48, p.46, 1949.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12.ed. São Paulo: Dialética, 2008.

MÂNICA, Fernando Borges. **O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões de serviços públicos. **Boletim de Direito Administrativo – BDA**, ano XXII, n.6, p. 648, jun. 2006.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MODESTO, Paulo. **O direito administrativo do terceiro setor: a aplicação do direito público às entidades sem fins lucrativos**. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo da (Coord.). Terceiro Setor e parcerias na área da saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif**. 7.ed. Paris: Montchrestien, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA, Vital. **Administração autônoma e associações públicas**. Coimbra: Coimbra, 1997.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 6.ed. Madrid: Tecnos, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Dir. Científico). **Parcerias público-privadas e justiça**: uma análise comparada das diferentes experiências. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SMITH, Adam. **Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. Trad. Luís C. de Aguiar. 4.ed. [s. l.]: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. v.2.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Guia jurídico das parcerias público-privadas**. In: _____. (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

VERGARA, Patrícia Lopes. Titularidad en el Servicio Público. **Revista de Derecho Administrativo**, ano 11, n.30-32, 1999.

VILLAR PALASÍ, José Luis. **La intervención administrativa en la industria**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1964.