

# TEORIA JURÍDICA DA PRIVATIZAÇÃO

**Editores**

João de Almeida  
João Luiz da Silva Almeida

**Conselho Editorial**

Adriano Pilatti  
Alexandre Bernardino Costa  
Alexandre Moraes da Rosa  
Ana Alice De Carli  
Anderson Soares Madeira  
Beatriz Souza Costa  
Bleine Queiroz Caúla  
Caroline Regina dos Santos  
Daniele Maghelly Menezes Moreira  
Diego Araujo Campos  
Elder Lisboa Ferreira da Costa  
Emerson Garcia  
Firty Nascimento Filho  
Flávio Ahmed  
Frederico Antonio Lima de Oliveira  
Frederico Price Grechi

Geraldo L. M. Prado  
Gina Vidal Marcilio Pompeu  
Gisele Cittadino  
Gustavo Noronha de Ávila  
Gustavo Sénéchal de Goffredo  
Helena Elias Pinto  
Jean Carlos Dias  
Jean Carlos Fernandes  
Jeferson Antônio Fernandes Bacelar  
Jerson Carneiro Gonçalves Junior  
João Carlos Souto  
João Marcelo de Lima Assafim  
João Theotônio Mendes de Almeida Jr.  
José Emilio Medauar  
José Ricardo Ferreira Cunha  
Josiane Rose Petry Veronese  
Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha

Lúcio Antônio Chamon Junior  
Luigi Bonizzato  
Luis Carlos Alcoforado  
Luiz Henrique Sormani Barbugiani  
Manoel Messias Peixinho  
Marcellus Polastri Lima  
Marcelo Ribeiro Uchôa  
Márcio Ricardo Staffen  
Marco Aurélio Bezerra de Melo  
Ricardo Lodi Ribeiro  
Roberto C. Vale Ferreira  
Salah Hassan Khaled Jr.  
Sérgio André Rocha  
Sidney Guerra  
Simone Alvarez Lima  
Victor Gameiro Drummond

**Conselheiros beneméritos**

Denis Borges Barbosa (*in memoriam*)  
Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

**Conselho Consultivo**

Andraya Mendes de Almeida Scherer Navarro  
Antonio Carlos Martins Soares  
Artur de Brito Gueiros Souza

Caio de Oliveira Lima  
Francisco de Assis M. Tavares  
Ricardo Máximo Gomes Ferraz

**Filiais**

Sede: Rio de Janeiro  
Av. Presidente Vargas - n° 446 –  
7° andar - Sala 705  
CEP: 20071-000  
Centro – Rio de Janeiro – RJ  
Tel. (21) 3933-4004 / (21) 3249-2898

São Paulo (Distribuidor)  
Rua Sousa Lima, 75 –  
CEP: 01153-020  
Barra Funda – São Paulo – SP  
Telefax (11) 5908-0240

Minas Gerais (Divulgação)  
Sergio Ricardo de Souza  
[sergio@lumenjuris.com.br](mailto:sergio@lumenjuris.com.br)  
Belo Horizonte – MG  
Tel. (31) 9-9296-1764

Santa Catarina (Divulgação)  
Cristiano Alfama Mabilia  
[cristiano@lumenjuris.com.br](mailto:cristiano@lumenjuris.com.br)  
Florianópolis – SC  
Tel. (48) 9-9981-9353

COLEÇÃO TEMAS POLÊMICOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

COORDENAÇÃO: LUIZ HENRIQUE SORMANI BARBUGIANI

FERNANDO BORGES MÂNICA  
FERNANDO MENEGAT

TEORIA JURÍDICA DA PRIVATIZAÇÃO:  
FUNDAMENTOS, LIMITES E TÉCNICAS DE INTERAÇÃO  
PÚBLICO-PRIVADA NO DIREITO BRASILEIRO

PREFÁCIO: CARLOS ARI SUNDFELD

EDITORA LUMEN JURIS  
RIO DE JANEIRO  
2017

Copyright © 2017 by Fernando Borges Mânica e Fernando Menegat

Categoria:

PRODUÇÃO EDITORIAL  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Renata Chagas

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.  
não se responsabiliza pelas opiniões  
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer  
meio ou processo, inclusive quanto às características  
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais  
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,  
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e  
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

---

# Sumário

<b>Apresentação</b> .....	1
<b>Prefácio</b> .....	3
<b>Introdução</b> .....	5
<b>PARTE 1: Fundamentos da Publicização, da Estatização e da Privatização</b> .....	7
<b>1.1 Conceitos operacionais básicos</b> .....	11
1.1.1 Atividades de titularidade estatal e privada.....	11
1.1.1.1 Titularidade e competência.....	12
1.1.1.2 Os três setores de titularidade na Constituição de 1988.....	13
1.1.1.3 Titularidade e atuação .....	15
1.1.2 Entidades estatais e privadas: natureza jurídica x personalidade jurídica .....	18
1.1.3 Bens públicos e privados .....	20
1.1.4 Regime jurídico público e privado.....	22
<b>1.2 Contextualização histórica dos modos de execução das tarefas públicas</b> .....	27
1.2.1 Constitucionalismo e as primeiras atribuições prestacionais do Estado.....	28
1.2.2 Ampliação da estrutura estatal: monopólios e novas tarefas prestacionais .....	31
1.2.3 Diminuição da estrutura estatal: redefinição das tarefas e dos modelos de sua execução .....	33
1.2.4 Os movimentos de publicização, estatização e privatização no Brasil .....	37
1.2.5 A privatização no ordenamento jurídico brasileiro.....	42

<b>1.3 Tarefas públicas na Constituição de 1988</b> .....	46
1.3.1 Tarefas políticas .....	49
1.3.1.1 Legislação .....	49
1.3.1.2 Jurisdição .....	51
1.3.1.3 Governo .....	53
1.3.1.3.1 Elaboração de políticas públicas .....	53
1.3.1.3.2 Elaboração de projetos .....	55
1.3.1.3.3 Representação diplomática e segurança nacional .....	57
1.3.2 Tarefas ordenadoras .....	58
1.3.2.1 Polícia administrativa .....	59
1.3.2.2 Segurança pública .....	66
1.3.2.3 Regulação econômica .....	69
1.3.3 Tarefas prestacionais .....	71
1.3.3.1 Serviços públicos .....	72
1.3.3.1.1 Serviços públicos econômicos .....	78
1.3.3.1.2 Serviços públicos sociais .....	82
1.3.3.2 Atividades econômicas .....	84
1.3.3.3 Monopólios públicos .....	86
1.3.4 Tarefas promocionais: os serviços de relevância pública .....	89
1.3.5 Tarefas instrumentais .....	92
1.3.5.1 Gestão dos bens públicos .....	92
1.3.5.2 Gestão dos recursos humanos .....	95
1.3.5.3 Controle da Administração Pública .....	95
<b>1.4 Conceito e taxonomia da privatização</b> .....	97
1.4.1 As diversas acepções da expressão privatização .....	97
1.4.2 Classificações da privatização na doutrina .....	102
1.4.3 Proposta classificatória .....	104
1.4.3.1 Despublicização .....	106
1.4.3.2 Descentralização .....	106

1.4.3.3 Associação .....	106
1.4.3.4 Desregulação .....	107
1.4.3.5 Terceirização .....	107
1.4.3.6 Desestatização.....	107
1.4.3.7 Estruturação Integrada.....	108
<b>PARTE 2: Técnicas de Privatização de Tarefas Públicas no Brasil.....</b>	<b>109</b>
<b>2.1 Despublicização: a privatização das atividades e dos bens de titularidade estatal.....</b>	<b>111</b>
2.1.1 Liberalização .....	111
2.1.2 Alienação de bens do domínio público .....	114
2.1.3 Alienação de participação societária .....	115
2.1.3.1 Alienação total ou integral .....	116
2.1.3.2 Alienação parcial majoritária .....	116
<b>2.2 Descentralização: a privatização das formas jurídicas estatais .....</b>	<b>117</b>
2.2.1 Autarquias .....	119
2.2.2 Fundações.....	120
2.2.3 Empresas públicas e sociedades de economia mista .....	125
2.2.3.1 Empresas subsidiárias.....	141
2.2.3.2 Abertura de capital, aumento de capital e alienação parcial de participação societária em empresa estatal .....	144
2.2.4 Casos especiais .....	145
2.2.4.1 Consórcios públicos .....	146
2.2.4.2 Serviços Sociais Autônomos.....	149
2.2.4.3 Serviços Sociais Autônomos impróprios.....	153
<b>2.3 Associação: a privatização da gestão de atividades econômicas ....</b>	<b>157</b>
2.3.1 Empresas público-privadas.....	159
2.3.2 Consórcios público-privados.....	161
2.3.3 Associações público-privadas .....	162

<b>2.4 Desregulação: a privatização do regime jurídico de exploração de atividades administrativas e econômicas .....</b>	<b>164</b>
2.4.1 Desregulação econômica: a quebra das barreiras de entrada e atuação no mercado.....	164
2.4.2 Desregulação administrativa: os contratos de autonomia de gestão .....	168
<b>2.5 Terceirização: a privatização de atividades instrumentais, complementares e acessórias .....</b>	<b>172</b>
2.5.1 Disciplina jurídica da terceirização da Administração Pública .....	174
2.5.2 Terceirização e concurso público.....	176
2.5.3 Atividade-fim x atividade-meio .....	180
<b>2.6 Desestatização: a privatização da execução de tarefas públicas.....</b>	<b>184</b>
2.6.1 Concessões comuns .....	185
2.6.1.1 Concessão de obras públicas .....	188
2.6.1.2 Concessão de serviços públicos econômicos.....	190
2.6.2 Permissão de serviços públicos .....	192
2.6.3 Parcerias Público-Privadas .....	196
2.6.3.1 Características e objeto.....	199
2.6.3.2 Concessões administrativas de serviços públicos sociais.....	202
2.6.3.3 PPP's e a questão orçamentária .....	205
2.6.3.4 Sistemática de garantias .....	208
2.6.3.5 Sistemática de mitigação de riscos .....	211
2.6.4 Autorizações Regulatórias .....	217
2.6.4.1 As autorizações regulatórias na Constituição de 1988 .....	217
2.6.4.2 Autorização Regulatória: técnica de despublicização ou de desestatização? .....	219
2.6.4.3 Natureza da atividade autorizada .....	221
2.6.4.4 Regime Jurídico .....	223
2.6.5 Parcerias com o terceiro setor.....	229
2.6.5.1 Conceito jurídico de terceiro setor.....	230



2.6.5.2 Estado e terceiro setor na esfera de titularidade compartilhada: serviços de relevância pública versus serviços públicos sociais.....	232
2.6.5.3 Estado e terceiro setor na esfera de titularidade compartilhada: fomento e atribuição .....	234
2.6.5.4 Características gerais das parcerias com o terceiro setor .....	237
2.6.5.5 Objeto das parcerias com o terceiro setor .....	239
2.6.5.6 Modalidades de parceria com o terceiro setor .....	241
2.6.5.6.1 Convênios .....	242
2.6.5.6.1.1 Convênios público-privados em sentido amplo .....	243
2.6.5.6.1.2 Convênios público-privados em sentido estrito.....	244
2.6.5.6.2 Contrato de Gestão com Organizações Sociais.....	246
2.6.5.6.3 Termos de Parceria com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs.....	251
2.6.5.6.4 Termos de Colaboração, Termos de Fomento e Acordos de Cooperação .....	257
2.6.6 Outorga de uso de bens públicos .....	262
2.6.7 Modalidades específicas .....	267
2.6.7.1 Arrendamento portuário .....	267
2.6.7.2 Contratos de partilha de produção .....	268
2.6.7.3 Franquia postal .....	271
<b>2.7 Estruturação integrada: a privatização da elaboração de projetos de infraestrutura.....</b>	<b>274</b>
2.7.1 Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI .....	277
2.7.2 A Medida Provisória n. 727/2016 e a Lei n. 13.334/2016 .....	282
2.7.3 Procedimento de Manifestação de Interesse Social – PMIS .....	285
2.7.4 Tratamento do tema no projeto da nova lei de licitações.....	287
<b>Considerações Finais .....</b>	<b>289</b>
<b>Referências Bibliográficas .....</b>	<b>293</b>



# Apresentação

A Coleção “Temas Polêmicos do Ordenamento Jurídico Brasileiro” foi idealizada para propiciar um meio adequado de divulgação e debate dos assuntos mais controversos no âmbito do Direito em prol do aprimoramento dos institutos em benefício dos interesses sociais e coletivos.

Com o passar dos anos e de muita pesquisa, observou-se que os temas mais interessantes do meio jurídico careciam de uma abordagem ampla e sistemática que viabilizasse o acesso as diversas teorias e as interpretações tendentes a delimitar o conteúdo acadêmico de institutos polêmicos.

Essa postura disciplinar que remonta aos anos da graduação persiste após o bacharelado, restringindo o acesso de acadêmicos, pós-graduados e profissionais em geral a uma análise pormenorizada e imparcial dos assuntos em voga na sociedade devido a uma recalcitrância no enfrentamento desses temas polêmicos.

Como o intuito de desmitificar esses temas, ensejando aos estudiosos do Direito uma amplitude de conhecimento suficiente a propiciar o desenvolvimento adequado dos tópicos na seara pessoal e profissional, foi criada essa coleção sob a nossa coordenação.

Assim, com o objetivo de atender a demanda pelo conhecimento científico especializado, foram selecionados textos oriundos dos doutrinadores mais gabaritados do meio acadêmico com pós-graduações ou militância nas áreas jurídicas específicas de cada tema polêmico, o que engrandece as obras com a experiência dos profissionais que as cunharam.

As obras editadas por esta coleção não só destinam-se aos estudos profissionais e acadêmicos (graduação e pós-graduação), mas também devido a magnitude de seu conteúdo, favorece os estudantes que almejam alcançar os mais altos cargos da magistratura, promotoria e procuradoria, em que as provas discursivas dos concursos públicos a cada ano que passa ganham uma complexidade extremada a fim de selecionar os melhores candidatos no certame.

*Fernando Borges Mânica*  
*Fernando Menegat*

Diante desse quadro e dos autores selecionados para essa coleção, desejamos uma profícua leitura e sucesso profissional a todos os leitores.

Saudações acadêmicas.

**Luiz Henrique Sormani Barbugiani**

*Coordenador e Idealizador da Coleção “Temas Polêmicos do Ordenamento Jurídico Brasileiro”.*

*Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.*

*Pós-graduado lato sensu em Direito Processual Civil, Direito Material e Processual do Trabalho,*

*Direito Tributário, Ciências Penais, Direito Sanitário e Saúde Pública.*

*Procurador do Estado do Paraná.*

*Ex-Procurador de Municípios no Estado de São Paulo.*

*Membro Pesquisador do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior, Seção brasileira da “Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale” – SIDTSS.*

*Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM.*

*Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – IBAP.*

## Prefácio

Hoje, o direito administrativo da privatização é uma realidade normativa inquestionável no Brasil. No entanto, parte de nossos publicistas, especialmente influentes entre os controladores, segue fiel às ideias estatistas mais tradicionais e às visões muito desconfiadas sobre o mundo privado. É um publicismo em permanente conflito com a legislação de privatização e que atua o tempo todo para neutralizá-la.

Este livro, justamente sobre o direito administrativo da privatização, traz uma ampla, atualizada e competente síntese da legislação, da doutrina, da jurisprudência e da experiência, acumuladas desde o início da década de 1990. Aqui estão, bem esmiuçadas e explicadas com clareza, as soluções jurídicas que vieram sendo inventadas para viabilizar, por um lado, a transferência de tarefas ou bens estatais a particulares; por outro, as múltiplas formas de parcerias entre estado e setor privado, tanto contratuais, como societárias; e, ainda, o uso de fórmulas organizacionais de origem privada no campo estatal.

Trata-se de um ambicioso panorama jurídico. Seus autores, os drs. Fernando Borges Mânica e Fernando Menegat, estudiosos e especialistas reconhecidos, estavam bem credenciados para a empreitada. E, mais importante, dispuseram-se a realizá-la com equilíbrio.

Dá o valor dessa obra que, não bastasse sua utilidade na prática jurídica, nos oferece ainda uma boa chance para, agora mais distantes dos interesses e paixões dos momentos iniciais de cada etapa do longo programa de privatização, rever as ideias preconceituosas ou apressadas que brotaram nessas duas décadas, enquanto o Brasil enfrentava o desafio de reformar o modelo estatista que vinha vigorando desde a década de 1930 e influíra decisivamente na Constituinte de 1988.

É hora de iniciar uma nova fase, que supere o debate jurídico puramente ideológico e resgate o valor do direito positivo construído democraticamente. E, também, que seja capaz de identificar e corrigir as soluções meramente oportunistas, que tentam se justificar com o discurso modernizante da reforma do

*Fernando Borges Mânica*  
*Fernando Menegat*

estado, mas o que querem é esconder sua incompatibilidade com a ordem jurídica. Nosso desenvolvimento institucional, econômico e social depende de um direito administrativo mais maduro.

**Carlos Ari Sundfeld**  
*Professor Titular da FGV DIREITO SÃO PAULO*

# Introdução

A privatização é temática recorrente no debate sobre o papel e as missões do Estado. Polêmico que é, o tema desperta as mais agudas paixões: de um lado, há os que creem piamente na força do Estado como único possível guardião da sociedade; de outro, há aqueles que apostam todas as suas fichas no mercado, desconfiando de toda e qualquer ação de índole estatal.

Sobretudo em tempos de crise econômica e fiscal – como a que vem assolando o mundo desde meados da primeira década do século XXI e que se agravou nos últimos anos –, a privatização surge como tábua de salvação. No entanto, quando mal utilizada, é prontamente demonizada. A verdade é que a expressão “privatização” parece gostar das antíteses e flerta com o senso comum.

À margem de tudo isso, no presente trabalho parte-se de um corte metodológico bastante objetivo: enfrenta-se estritamente a *dimensão jurídica do fenômeno da privatização*. Assim, a despeito de sua extrema relevância, não serão debatidas aqui outras perspectivas do fenômeno – filosófica, sociológica, etc. Acima de tudo, o objetivo central desse recorte consiste em evitar disputas de cunho político-ideológico que tradicionalmente permeiam as discussões sobre o tema. Por mais difícil que tal empreitada possa parecer, serão envidados sérios esforços para não se cair na armadilha da ideologia e do preconceito, sempre prejudiciais à interpretação do Direito.

Enxergar óbices à privatização onde o ordenamento não os impõe, ou defender a privatização irrestrita de tarefas estatais sem qualquer parâmetro, são duas posturas antagônicas que, a bem da verdade, ocupam as duas faces de uma mesma moeda: a do radicalismo. Assim, intentar um corte metodológico é no mínimo salutar para uma teoria que se pretende jurídica num tema tão politizado como é o da privatização.

Nesse caminho, o livro foi dividido em duas partes. Na primeira, apresentam-se noções introdutórias para compreender as privatizações; enfrenta-se seu percurso histórico, sua taxionomia e as atividades estatais passíveis de privatização. Na segunda, esquadrinham-se as técnicas ou modalidades a partir das quais a privatização pode ocorrer no ordenamento jurídico brasileiro. Mais do

*Fernando Borges Mânica*  
*Fernando Menegat*

que um texto estanque e acabado, trata-se – até pelo objeto tratado – de obra tendente a ser continuamente complementada e atualizada, de sorte a acompanhar os recorrentes influxos ínsitos aos desafios trazidos para a efetivação material das tarefas públicas.



# PARTE 1: Fundamentos da Publicização, da Estatização e da Privatização

Publicização, estatização e privatização são conceitos essenciais para a compreensão das relações socioeconômicas no mundo moderno. Seu estudo envolve alguns questionamentos filosóficos fundamentais, como a própria concepção de Estado e de sociedade civil, a delimitação da esfera de atuação de cada um deles e os modelos de interação público-privada em cada uma das esferas.

A noção de *Estado* trazida pela Ciência Política é dada pelos elementos que lhe conferem existência. Nesse sentido, pode-se dizer que o Estado é composto por um conjunto de cidadãos e organizações privadas (*elemento subjetivo*), submetido a um poder político institucionalizado (*elemento formal*), localizado em uma área geograficamente delimitada (*elemento material*) e com uma finalidade ligada ao interesse coletivo (*elemento teleológico*). Partindo dessa noção ampla, a Dogmática Jurídica dedica-se ao estudo do Estado a partir de seu elemento formal, que corresponde à delimitação, organização e exercício do poder soberano. Com esse enfoque, do ponto de vista do Direito, o Estado é compreendido, em *sentido estrito*, como a estrutura, a máquina ou o aparato jurídico e material que detém o monopólio da coação sobre cidadãos e organizações privadas dentro de um determinado território. Essa noção estrita de Estado é adotada nesta obra.

Já a *sociedade civil* pode ser entendida como a esfera de relações sociais e econômicas na qual ocorrem interações entre os diversos sujeitos de direito, como os cidadãos, as empresas e as ONGs. Essa noção opõe a sociedade civil ao Estado, que pode ser também denominado de *sociedade política*. Enquanto a sociedade civil é composta por relações horizontais e sujeitos privados, na sociedade política ocorrem interações verticais, nas quais o aparelho, máquina ou instituição dotada de poder político impõe sua vontade aos demais atores sociais.

Mas ao mesmo tempo em que o Estado se diferencia dos demais atores sociais pela detenção do monopólio da coação material, deve-se notar que nas últimas décadas sua atuação tem ocorrido também, e cada vez mais, por meio de relações horizontais. Com isso, o Estado é reconhecido, atualmente, não apenas como uma estrutura organizada de poder, mas também com um agente social e econômico que atua como produtor e indutor de atividades social-

mente relevantes. Assim, além do aparato que detém o monopólio da força, o Estado é compreendido nesta obra como a instituição encarregada de prestar serviços e de promover o desenvolvimento de atividades socialmente relevantes. Esse novo perfil do Estado tem provocado intensas discussões e trazido grandes desafios acerca dos modelos de ação mais adequados ao desempenho das funções do Estado.

Essa compreensão do Estado – como estrutura que detém o monopólio do uso da força, mas que também atua em conjunto com os demais atores sociais na prestação de serviços e na promoção de atividades de relevância coletiva – facilita a compreensão de duas outras noções bastante importantes para o estudo do tema aqui tratado. Trata-se da distinção entre o *público* e o *estatal*. Por *estatal* deve ser compreendido tudo aquilo que diz respeito ao aparato, à máquina, à estrutura do Estado enquanto instituição; já por *público* deve ser entendido aquilo que é de todos e para todos, em especial a *finalidade* que deve ser buscada pela atuação do Estado. A noção de público corresponde, nessa medida, à noção de *coletivo*. Retomando a noção ampla de Estado adotada pela Ciência Política, como acima delineado, o *estatal* corresponderia a seu *elemento formal*, enquanto o *público* corresponderia a seu *elemento teleológico*.

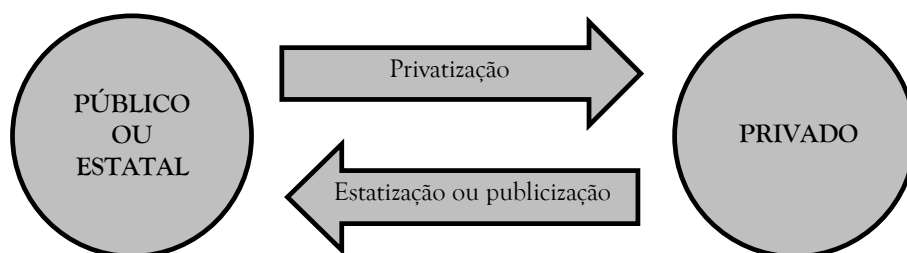
Nessa perspectiva, *público* e *estatal* muitas vezes coincidem, já que nos termos da Constituição cumpre ao Estado, por meio de sua estrutura, agir de modo a atender ao público. No entanto, essa coincidência não é absoluta por duas grandes razões. A primeira delas diz respeito à exigência natural de que o Estado sobreviva enquanto instituição, de modo que nem todas as suas atividades são voltadas exclusivamente para o público. Muitas vezes a ação estatal volta-se a satisfazer uma necessidade institucional, necessária à sua própria existência, como é o caso dos serviços de manutenção de sua estrutura física. Nessas hipóteses, o *estatal* não corresponde ao *público*, pois se volta a atender interesse egoístico do próprio Estado.<sup>1</sup> O segundo motivo que demonstra a não coincidência entre o *público* e o *estatal* refere-se às situações em que a iniciativa privada desenvolve atividades que atendem ao interesse coletivo, como nos casos em que presta serviços públicos. Nessa hipótese, o *público* não se restringe ao *estatal*, já que sua consecução da finalidade pública é levada a cabo por entidades da sociedade civil.

---

1 Denominado “interesse público secundário” na notória classificação feita em: ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo Italiano*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1960, p. 197.

De outro bordo, alguma dificuldade para o estudo do tema ora proposto surge ao se analisar noção usualmente utilizada como contraposta tanto ao *estatal* quanto ao *público*: a expressão *privado*. Aquilo que é *privado*, nessa medida, corresponde tanto ao conjunto de atores sociais que compõem a sociedade civil (cidadãos, empresas e ONGs) – em oposição ao *estatal*, quanto à finalidade que conduz sua atuação (benefício restrito a um indivíduo ou grupo) – em oposição ao *público*.

A partir de tais anotações, é possível conceituar publicização, estatização e privatização pela correta compreensão das esferas pública, estatal e privada. A *publicização* corresponde ao processo por meio do qual atividades sociais e econômicas são reconhecidas pela Constituição ou pela lei como tarefas finalísticas do Estado, com vistas à satisfação de necessidades coletivas. A *estatização* corresponde ao processo em que a execução de tarefas públicas é acometida a uma estrutura estatal. Já a *privatização* corresponde ao processo em que: (i) atividades sociais e econômicas deixam de ser reconhecidas como tarefas públicas; ou (ii) a execução material das tarefas públicas é trespassada mediante adoção de modelos de ação que envolvem cidadãos, empresas e ONGs. Graficamente:



O estudo da publicização, da estatização e da privatização tem como objeto, assim, *tanto* a delimitação das *tarefas* impostas pela Constituição e pela lei ao Estado, *quanto* a previsão dos *modelos jurídicos* de sua execução.

A discussão do tema envolve questões bastante sensíveis, que muitas vezes estão ligadas à expectativa que cada pessoa tem acerca do Estado ideal. Esse desejo pessoal e impulsivo muitas vezes contamina o estudo dos mecanismos de ação necessários à efetiva consecução material do extenso rol de tarefas assumidas pelo Estado. Por isso, para evitar desvirtuamentos, esta obra objetiva focar a dimensão *jurídica* da privatização, e não sua perspectiva filosófica, sociológica ou política. Ainda que por diversos momentos tais elementos sejam

tangenciados de alguma forma, não serão aqui aprofundados. Assim, por mais difícil que tal empreitada possa parecer, serão envidados esforços para não se cair na armadilha da ideologia e do preconceito, sempre prejudiciais à compreensão do Direito. Como bem reflete Carlos Ari SUNDFELD:

“Sempre se pode dizer que tudo é parte do odioso “projeto neoliberal”, feito para o capital estrangeiro e só para ele. É igualmente possível, com doce simpatia, chamar todo o pacote de “modernização do Estado”. Mas ou não somos racionais ou teremos de reconhecer: nada disso é análise de resultados, mas simples discussão *a priori*; se ficamos nele, nunca saímos de onde partimos. [...] é inútil voltar sempre ao ponto de partida ideológico, colocando eternamente em questão a oportunidade e utilidade das privatizações.”<sup>2</sup>

Como se sabe, inexistente no plano da concretude a possibilidade de imunização completa do pesquisador em relação ao tema pesquisado: ao contrário do que imaginavam os positivistas clássicos, o objeto de pesquisa nunca é uma folha em branco. Todavia, intentar um corte metodológico é no mínimo salutar para uma teoria que se pretende jurídica num tema tão ideologizado como é o da privatização. Isso não significa, contudo, que a análise do tema não seja levada a cabo com o imprescindível senso crítico acerca das consequências e implicações da adoção de cada modelo de execução de tarefas públicas – seja ele estatal ou privado.

Enquanto houver necessidades sociais e humanas dependentes da alocação de recursos escassos, o debate acerca da publicização, estatização e privatização estará na pauta de discussão das ciências humanas, sociais e jurídicas. A grave crise que tem paralisado a capacidade de atuação do Estado brasileiro na segunda década do século XXI é apenas um sintoma da permanente necessidade de ajuste na definição das tarefas públicas e nos modelos mais adequados para sua execução.

Nessa perspectiva, como disse Odete MEDAUAR, cumpre à Dogmática Jurídica e em especial ao Direito Administrativo, além de estudar os limites ao poder do Estado, elaborar fórmulas para efetivação dos direitos fundamentais

---

2 SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 36.

que exigem prestações positivas.<sup>3</sup> Por isso é imprescindível a compreensão e sistematização de alguns conceitos e técnicas incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, com o objetivo de tornar mais adequada a execução material das tarefas atribuídas ao Estado brasileiro pela Constituição de 1988.

O presente Capítulo tem como objetivo sistematizar algumas noções e conceitos fundamentais à compreensão das técnicas de privatização das atividades necessárias à consecução do interesse coletivo. O estudo tem como foco o ordenamento constitucional brasileiro, de modo que referências a acontecimentos históricos e experiências estrangeiras serão traçadas com objetivo específico de facilitar a compreensão da realidade local. Com essa delimitação busca-se evitar a transposição inadequada de modelos institucionais e de teorias que não colaboram com o estudo da privatização no ordenamento jurídico pátrio.

## **1.1 Conceitos operacionais básicos**

O ponto de partida para a compreensão dos fundamentos jurídicos da privatização no Direito brasileiro deve ser a Constituição de 1988. Além de prever os fins gerais do Estado, traçados sob a designação de *fundamentos*, *objetivos*, *princípios* e *direitos fundamentais*, o texto constitucional pátrio descreve: (i) quais são as atividades de titularidade estatal, (ii) quais as formas jurídicas assumidas pelo aparato estatal, (iii) quais são os bens públicos e (iv) qual é o regime jurídico incidente sobre o exercício das tarefas públicas.

Essas quatro definições configuram os principais contrapontos entre o público, o estatal e o privado no ordenamento jurídico pátrio. Seu estudo é essencial para a compreensão do tema aqui tratado.

### **1.1.1 Atividades de titularidade estatal e privada**

É pressuposto lógico para a ocorrência da privatização a existência de atividades de titularidade estatal (tarefas públicas) e de atividades de titularidade privada (atividades privadas). Não haveria que se falar em privatização se todas as atividades pertencessem a apenas um dos setores, ou se todas elas integrassem am-

---

3 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 267-268.

bos os setores ao mesmo tempo. A cisão entre um setor de titularidade pública e um setor de titularidade privada é, destarte, premissa lógica para o trato do tema.

### 1.1.1.1 Titularidade e competência

O alcance dos objetivos traçados pela Constituição brasileira depende da consecução de uma série de atividades sociais e econômicas, dependentes ou não do exercício do poder político, as quais são levadas a cabo pelo Estado e pela iniciativa privada (cidadãos, empresas e ONGs). De acordo com o ordenamento constitucional pátrio, tanto o Estado quanto os entes privados são *titulares* de determinados bens e tarefas, com vistas ao atendimento de seus interesses e finalidades.

Historicamente, a titularidade esteve ligada à ideia de imposição. Isso porque, no percurso de consagração constitucional de tarefas estatais, originariamente constavam apenas aquelas ligadas ao exercício do poder. Esse quadro mudou a partir do momento em que passaram a ser outorgadas ao Estado, além de competências políticas, voltadas à ordenação da sociedade, também competências prestacionais e promocionais, voltadas à satisfação de necessidades sociais e humanas. Essa ampliação das tarefas estatais implicou mudança na forma de se compreender a própria estrutura do Poder Executivo do Estado, que deixou de ser referida como *puissance publique* (potestade pública), passando a ser reconhecida como uma *Administração Pública* voltada à prestação de *serviços públicos*. Muito mais do que a mudança de rótulo, essa transição teve como consequência transformações na própria estrutura e funcionamento do aparato estatal, que se tornou mais amplo e complexo.

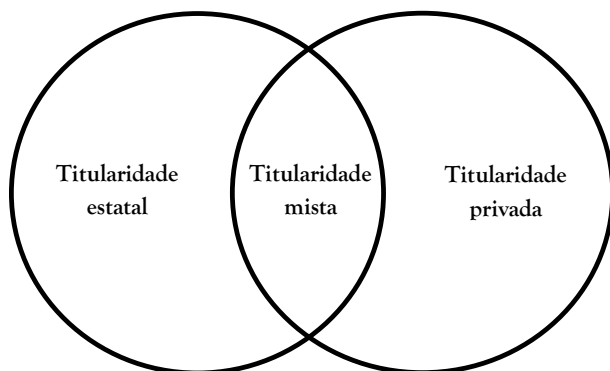
Assim é que, considerando a previsão constitucional de uma série de missões e deveres a serem cumpridos pelo Poder Público, a exegese correta da titularidade na esfera pública exige a compreensão de que, ao atribuir ao Estado a titularidade sobre dado bem ou atividade, está o ordenamento prevendo uma *competência*, e, por isso mesmo, uma *responsabilidade* ao ente estatal. A titularidade estatal sobre uma atividade não importa, portanto, o reconhecimento de uma potestade estatal, mas sim de uma *responsabilidade de agir*, que pode envolver ou não o uso da força. Percebe-se, assim, a passagem histórica da noção de titularidade enquanto poder/*puissance* para a noção de titularidade enquanto dever/responsabilidade.

Nesse prisma, as atividades sociais e econômicas necessárias à consecução dos fins do Estado encontram-se inseridas nas *esferas de titularidade*, delineadas pela Constituição brasileira por meio da outorga de competências. *Competência* significa um feixe de atribuições, um conjunto de atividades materiais e jurídicas conferidas a determinada pessoa para atingir determinada finalidade. Nessa medida, as competências outorgadas pela Constituição ao Estado brasileiro envolvem o dever de desempenhá-las de modo adequado e satisfatório ao alcance dos fins previstos no texto constitucional. Daí dizer-se que as competências atribuídas ao Estado são funcionalizadas, no sentido de que seu exercício é instrumento para o atingimento dos fins do Estado.

Por meio da outorga de competências, a Constituição delimita, dentre todas as atividades necessárias ao atendimento de necessidades coletivas, aquelas que ficam sob a responsabilidade do Estado, aquelas que ficam sob a responsabilidade compartilhada entre o Estado e a iniciativa privada, e aquelas que ficam a cargo da iniciativa privada.

### *1.1.1.2 Os três setores de titularidade na Constituição de 1988*

O estudo da privatização depende do reconhecimento da delimitação constitucional das atividades de responsabilidade do Estado, de responsabilidade privada e de responsabilidade compartilhada. No ordenamento constitucional brasileiro, essa linha divisória entre as tarefas públicas e privadas é bastante nítida, pois a Constituição de 1988 é clara ao determinar, pela outorga de competências, a esfera de titularidade de cada ator social. Gráficamente, os setores de titularidade previstos na Constituição podem ser representados da seguinte forma:



Nesse esquema, é possível especificar as atividades abrangidas por cada esfera de titularidade:

**ESFERA DE TITULARIDADE ESTATAL**, composta por dois grupos de atividades expressamente previstos pela Constituição:

(i) as atividades políticas, que envolvem a tomada de decisões e a possibilidade do uso da coação material, como a jurisdição, a legislação e o governo; o exercício do poder de polícia, a segurança pública e a regulação; e

(ii) o conjunto de atividades econômicas assumidas pela Constituição como responsabilidade do Estado, como a prestação dos *serviços públicos econômicos* (art. 175, *caput* da Constituição) e a exploração de *atividades econômicas em sentido estrito* (art. 173, *caput*, da Constituição).

**ESFERA DE TITULARIDADE PRIVADA**, de caráter residual, integrada por todas as atividades econômicas não atribuídas ao Estado por meio de expressa outorga de competência. Essa esfera é iluminada pelos princípios da liberdade de iniciativa (art. 170, *caput* e parágrafo único da CF/88), da propriedade privada (art. 170, II da CF/88) e da livre concorrência (art. 170, IV da CF/88), dentre outros, sendo que toda e qualquer atividade que não tenha sido expressamente extraída da livre iniciativa *pela própria Constituição* não pode ser vedada à iniciativa privada.

**ESFERA DE TITULARIDADE COMPARTILHADA**, formada pelas atividades sociais objeto de *dupla outorga de competência* – tanto ao Estado quanto à iniciativa privada. Esse grupo é formado pelos *serviços públicos sociais* e dos *serviços de relevância pública*, como a saúde (art. 196 e 199, *caput* da CF/88), a previdência (art. 201 e 202 da CF/88), a assistência social (art. 204 da CF/88), a educação (art. 205 e 209 da CF/88) e a cultura (art. 215 e 216 da CF/88).

A visualização das três esferas de titularidade permite a identificação do ente (estatal ou privado) apto a exercer, por iniciativa própria, cada uma das atividades políticas, econômicas e sociais necessárias à sobrevivência e desenvolvimento de uma sociedade. Essa delimitação é trazida pela Constituição e pode ser complementada pela legislação infraconstitucional, desde que a lei não



acarrete supressão de competências estatais, nem eliminação da esfera de atuação privada (que deve ser entendida como cláusula pétrea derivada do princípio da livre iniciativa). Assim, a esfera de titularidade estatal originalmente prevista pela Constituição pode ser ampliada por meio de lei, desde que respeitado o princípio da livre iniciativa; mas sua diminuição apenas pode ocorrer por meio de emenda constitucional. Isso pode acontecer, por exemplo, com a atribuição de competência ao Estado para explorar novas tecnologias, como o transporte privado de passageiros em centros urbanos e a troca instantânea de mensagens de texto, imagens e sons por telefones celulares. De modo diverso, não é possível que a legislação infraconstitucional exclua da titularidade estatal a responsabilidade por atividades a ele atribuídas pela Constituição, como o transporte público ou a geração de energia.

### *1.1.1.3 Titularidade e atuação*

A atribuição de competências pela Constituição gera, como regra, a *reserva de titularidade*, de modo que a iniciativa sobre a atividade em questão fica reservada à pessoa à qual fora atribuída a competência. As únicas exceções à reserva de titularidade estatal ocorrem nos casos em que a própria Constituição atribui expressamente competência sobre a mesma atividade tanto para o Estado quanto para a iniciativa privada. Nesse caso, diz-se que há *titularidade mista*, *dupla titularidade* ou *titularidade compartilhada* entre o Estado e a iniciativa privada. Assim, ao outorgar competências ao Estado, de um lado, a Constituição interdita sua exploração autônoma pela iniciativa privada.

Em sentido oposto, como acima dito, as atividades de titularidade privada são todas aquelas não atribuídas expressamente à competência estatal. Pelo princípio da livre iniciativa, desde que atendidos os requisitos previstos em lei, é facultado ao privado o exercício de todas as atividades sociais e econômicas que não tenham sido atribuídas constitucionalmente ao Estado. A titularidade privada é, assim, implícita e residual, pois se refere a atividades não atribuídas ao Estado e não depende de norma expressa de competência. Mas, assim como a titularidade estatal, a titularidade privada também é reservada, na medida em que seu exercício apenas poderá ser efetivado pelo Estado em casos excepcionais.

Ocorre que o ordenamento jurídico brasileiro autoriza que um agente explore atividades que se situam fora de seu campo de titularidade. Quer dizer:

o fato de a Constituição delinear duas esferas de ação privativas (titularidade estatal e titularidade privada) e uma esfera de atuação mista (titularidade compartilhada), não significa que determinado agente seja impedido de atuar em esfera alheia a sua titularidade.

De acordo com o padrão até agora estudado, a titularidade importa o reconhecimento de um *dever de iniciativa* sobre a atividade em questão. Nesse condão, quando o próprio agente (estatal ou privado) exerce uma atividade de sua titularidade, diz-se que sua atuação é *endógena* ou *intrassetorial*. Já quando um agente atua fora de sua esfera de titularidade, tem-se o que aqui se denomina de *atuação exógena* ou *interssetorial*. Assim, a atuação *exógena* ocorre quando um agente (seja o Estado ou iniciativa privada), denominado nessa hipótese de *agente invasor*, explora atividades que se situam fora de sua esfera de titularidade.

Enquanto a atuação *endógena* independe de qualquer título habilitante de ação,<sup>4</sup> nos casos de atuação *exógena* o agente invasor deve, necessariamente, ter um *título jurídico habilitante*, especificamente voltado ao exercício da atividade que não lhe é ínsita. Esse título é previsto nas duas vias:

**PARA ATUAÇÃO ESTATAL NA ESFERA DE TITULARIDADE PRIVADA**, o título habilitante é aquele previsto no art. 173 da Constituição, vale dizer: o reconhecimento, *em sede legislativa*, de um *relevante interesse coletivo* ou de um *imperativo de segurança nacional* que justifique a intervenção estatal na esfera privada.<sup>5</sup>

**PARA ATUAÇÃO PRIVADA NA ESFERA DE TITULARIDADE ESTATAL**, os títulos habilitantes estão previstos no artigo 21, in-

4 Questão diversa é a possibilidade de o Poder Público, no exercício de sua *função administrativa de polícia/ordenação*, exigir uma *autorização de polícia* por parte do particular para o desempenho de determinada atividade. Essa exigência encontra-se prevista no art. 170, parágrafo único da Constituição, que dita ser “assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. Deve-se notar que, por intermédio dessa autorização de polícia, o Poder Público apenas verifica o atendimento a determinadas condições (saúde, segurança, meio ambiente, etc.) pelo particular, *declarando* seu direito ao exercício da atividade que se encontra em sua esfera de iniciativa. Autorização como tal não configura *título habilitante* algum, visto que apenas *declara* um direito que preexiste à autorização, nada *constituindo ex novo* na esfera jurídica do particular autorizado.

5 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

cisos XI e XII e no artigo 175 da Constituição, que tratam dos institutos da *concessão*, *permissão* e *autorização*,<sup>6</sup> por meio dos quais o Estado franqueia ao particular a exploração de atividades de sua titularidade.

Já na esfera de *titularidade compartilhada*, como visto acima, tanto Estado quanto iniciativa privada atuam em nome próprio, razão pela qual não há necessidade de obtenção de qualquer título habilitante. Entretanto, a atuação privada nessa esfera pode ocorrer de duas maneiras: (i) por iniciativa privada, na condição de *serviço de relevância pública*; e (ii) por iniciativa estatal, na condição de *serviço público social*. Neste segundo caso, não há propriamente um título habilitante, mas um *título condicionante* do exercício da atividade por parte do privado.<sup>7</sup> Por não se tratar de um mecanismo de ampliação da esfera de titularidades prevista no texto constitucional, o título condicionante não possui previsão expressa na Constituição, sendo previsto pela legislação infraconstitucional. Aqui a hipótese é de atuação endógena (na própria esfera de dupla titularidade), mas com importante diferença quanto ao regime jurídico incidente, que varia conforme a iniciativa da atividade, como se verá adiante.

Voltando às hipóteses de atuação *exógena*, deve-se notar que tanto o Estado quanto o particular, quando invasores, exercem atividades *em nome próprio*. Isso porque o *título habilitante* promove o trespasses da execução daquela atividade especificamente ao agente invasor – que não assume a titularidade da atividade, mas apenas sua execução nos termos previstos pelo próprio título habilitante. Nesse ponto, importa ter claro que na atuação *exógena*, o regime jurídico incidente sobre a atividade desempenhada é muito similar àquele seguido na execução da atividade por seu titular.

É importante destacar, por fim, que a atuação *exógena* não abarca a prestação, pela iniciativa privada, de serviços instrumentais ao desempenho de uma atividade titularizada pelo Estado. É o caso, por exemplo, de uma empresa privada que presta serviços de limpeza em uma escola pública. A atividade em questão (serviços de limpeza) é de titularidade privada, sendo que sua prestação em benefício da estrutura estatal não caracteriza atuação *exógena*. Isso porque enquanto na atuação *exógena* o agente invasor assume o exercício, em nome

6 Trata-se da *autorização regulatória*, que não se confunde com a autorização de polícia, prevista no art. 170, parágrafo único, da Constituição. Sobre o tema, vide adiante, item 2.6.4.

7 Sobre o tema, conferir: MÂNICA, Fernando Borges. *Curso de Direito do Terceiro Setor*. Inédito.

próprio, da atividade de outra esfera de titularidade, nos serviços instrumentais prestados pelos privados ao Estado, o agente privado exerce atividades endógenas (de titularidade privada), ainda que em benefício do Estado. Não há nesse caso, portanto, *título habilitante* que promova o trespasse da execução de uma atividade a um agente invasor.

### 1.1.2 Entidades estatais e privadas: natureza jurídica x personalidade jurídica

A Constituição de 1988 trata de modo bastante detalhado a estrutura e organização do aparato estatal brasileiro. Para tanto, prevê a forma federativa de Estado, composto pela União, pelos Estados-membros, pelo Distrito Federal e pelos Municípios. São os entes federativos, entendidos como o conjunto de pessoas jurídicas de direito público, instituídas pela própria Constituição e dotadas de funções políticas e administrativas. Para o desempenho de suas tarefas, cada ente federativo pode criar outras *pessoas jurídicas estatais*, que podem adotar personalidade jurídica *de direito público* ou *de direito privado*.

Deve-se compreender, nesse ponto, a diferença entre *natureza jurídica* e *personalidade jurídica* de uma entidade. Enquanto a natureza jurídica (estatal ou privada) decorre da origem da entidade (vinculada ou não ao Estado), a personalidade jurídica (de direito público ou de direito privado) decorre do modo de sua instituição (por lei ou ato privado).

As entidades estatais – denominadas, por vezes, indevidamente, de ‘*entidades públicas*’ – podem ter personalidade jurídica de direito público ou de direito privado. As *entidades estatais de direito público* são criadas diretamente pela Constituição ou por lei infraconstitucional, enquanto as *entidades estatais de direito privado* são instituídas, em regra, pelo registro civil dos atos constitutivos (estatutos ou contratos sociais), elaborados pelo Poder Executivo em cumprimento de uma determinação legal específica.<sup>8</sup>

Assim, o grupo de *entidades estatais de direito público* é formado pelos entes federativos (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) e pelas *autarquias lato senso*, categoria da qual fazem parte todas as entidades

---

<sup>8</sup> Há exceções a essa regra, todas bastante discutíveis do ponto de vista científico. O caso mais emblemático refere-se aos serviços sociais autônomos impróprios, os quais, apesar de instituídos diretamente por lei, possuem personalidade jurídica de direito privado. O tema será tratado no item 2.2.4.3.

estatais criadas diretamente por lei específica, como é o caso das autarquias *stricto sensu*, das fundações públicas de direito público, das agências reguladoras, das agências executivas e dos consórcios de direito público.<sup>9</sup> Já as *entidades estatais de direito privado* são aquelas criadas sob a forma de fundações públicas de direito privado, de consórcios públicos de direito privado ou ainda sob a forma de sociedades empresariais (empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias).

A definição da personalidade jurídica de uma entidade estatal da Administração Pública Indireta é dada por opção do legislador de cada ente federativo. Tanto as entidades estatais de direito público quanto as de direito privado criadas pelos entes federativos possuem como objetivo a execução de determinada função administrativa especializada (princípio da especialização), compondo a Administração Pública Indireta. Todas as entidades estatais possuem, portanto, natureza estatal, mas nem todas possuem personalidade jurídica de direito público. É fácil perceber, assim, que o Estado é instituído pela Constituição, que cria os entes federativos, os quais podem constituir novos entes estatais com personalidade jurídica de direito público ou de privado.

Já a iniciativa privada é formada exclusivamente por pessoas físicas e por pessoas jurídicas de direito privado, instituídas voluntariamente nos termos da legislação civil.

Há dois grandes grupos de pessoas jurídicas de direito privado. De um lado tem-se as pessoas *sem fins lucrativos*, como as associações, as fundações, as organizações religiosas e os partidos políticos; de outro, tem-se as pessoas com fins lucrativos, como *empresas* individuais de responsabilidade limitada, as sociedades simples e as sociedades empresárias.<sup>10</sup> Algumas entidades privadas sem fins lucrativos, desde que preenchidos requisitos formais e materiais, compõem o denominado *terceiro setor*, conceituado por Fernando MÂNICA como o *conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, voluntárias e sem fins lucrativos que desenvolvem atividades de interesse público de caráter prestacional ou promocional e são submetidas a um regime jurídico próprio, que varia conforme a natureza da atividade desempenhada e seu vínculo com o Estado*.<sup>11</sup>

9 Código Civil, artigo 41.

10 Código Civil, artigo 44, artigo 981 e ss.

11 MÂNICA, Fernando Borges. *Curso de Direito do Terceiro Setor*. Inédito.

Assim, o exercício de tarefas de titularidade estatal, privada e compartilhada pode ser levado a cabo por entidades estatais de direito público ou direito privado, e por entidades privadas com fins lucrativos ou sem fins lucrativos. Conforme visto acima, todas essas entidades podem agir em sua própria esfera de titularidade, por iniciativa própria (atuação endógena), ou mediante um título habilitante à atuação fora de sua esfera de titularidade (atuação exógena), ou ainda mediante um título condicionante de sua atuação dentro da esfera de atuação compartilhada. As diversas modelagens que materializam esses modelos de interação público-privado serão analisadas adiante.

### **1.1.3 Bens públicos e privados**

Em sentido análogo ao que ocorre com as atividades, a titularidade sobre os *bens* também segue uma classificação tripartite, que segrega os bens entre *bens públicos*, *bens privados* e *bens mistos*.

Nessa toada, para facilitar a compreensão, pode-se verificar que a Constituição brasileira relaciona de modo expreso os bens de titularidade exclusivamente pública, conforme se percebe dos artigos 20 e 26 do texto constitucional:

Art. 20. São bens da União:

- I - os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;
- II - as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;
- III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;
- IV - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II;
- V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;
- VI - o mar territorial;
- VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos;
- VIII - os potenciais de energia hidráulica;

- IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;
- X - as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos;
- XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

- I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;
- II - as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros;
- III - as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União;
- IV - as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

De outro lado, o ordenamento jurídico permite identificar alguns bens de titularidade exclusivamente privada, insuscetíveis de apropriação pelo Estado, como é o caso do corpo humano em vida, por exemplo. Já o restante dos bens, não atribuídos à titularidade estatal ou privada, são bens de titularidade mista, que envolve a ampla maioria dos bens econômicos existentes, tanto móveis quanto imóveis e imateriais.

O conceito de *bem público* aqui adotado reflete, assim, os conceitos operacionais acima tratados. Por bem público, nesse plano, entende-se o bem destinado a satisfazer ou servir de instrumento à satisfação direta de um interesse público. Já *bem estatal* é aquele que pertence às pessoas jurídicas de direito público ou privado instituídas pelo Estado, independentemente de sua vinculação a uma finalidade coletiva. A noção de bem público, portanto, não está atrelada à pessoa que o titulariza, mas à finalidade de seu uso, que deve corresponder a uma tarefa titularizada pelo Estado. Daí decorrem duas ilações:

- (i) nem todo bem público é estatal: os bens privados afetados à prestação de serviços públicos também devem ser considerados bens públicos;
- (ii) nem todo bem estatal é bem público: há bens estatais desvinculados da satisfação direta de finalidades públicas previstas na Constituição.<sup>12</sup>

12 Daí Thiago Marrara divisar a existência de uma escala de dominialidade que, para além do domínio privado, é integrada por um “domínio público estatal”, um “domínio público impróprio” e um “domínio privado estatal” (MARRARA, Thiago. *Bens públicos: domínio urbano: infra-estruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 94-103).

A principal utilidade da classificação aqui tratada é o reconhecimento da existência de um regime protetivo aos bens públicos, que os submete à inalienabilidade, impenhorabilidade, inusucapibilidade e não onerosidade. Nesse quadro, os bens públicos, submetidos a regime especial são todos aqueles vinculados a uma finalidade pública, o que explica a adoção do critério teleológico para delimitar o conceito de bem público. De modo semelhante ao que ocorre com as competências para atuação, a titularidade sobre bens públicos implica o *dever de utilização de tais bens em prol da consecução de finalidades públicas*.

### 1.1.4 Regime jurídico público e privado

É clássica a dicotomia que aparta a compreensão do Direito em público e privado, vindo desde a Roma Antiga até os dias de hoje. O binômio ancora-se na premissa fundamental de que haveria uma linha divisória visível e intransponível entre as duas esferas de vida: a particular ou privada e a social ou coletiva.

O berço francês do Direito Administrativo foi fortemente marcado por essa compreensão binária do fenômeno jurídico, a ponto de, para definir o Direito Administrativo e seus institutos, sempre se buscar algum critério que apartasse definitivamente suas normas (direito público) daquelas do 'direito comum' (direito privado). Intentou-se desde o início da trajetória da disciplina atribuir à Administração Pública e tudo que a rodeasse um *regime jurídico próprio*, unívoco, que tornaria as normas que regem a Administração Pública e sua atuação *especiais* em relação a toda a *normatização ordinária*. Assim é que, desde seu germen, o regime jurídico administrativo foi marcado pelo signo da *exorbitância* em relação às regras corriqueiras que incidiam nas relações privadas.

Com base nessa linha de raciocínio, nos ordenamentos de matriz romano-germânica, apartaram-se as manifestações do fenômeno jurídico em dois regimes: o regime público, incidente sobre as relações da Administração Pública, e o regime privado, incidente sobre o extrato comum das atividades privadas ordinárias.

Daí entender-se o regime jurídico de direito público, na lição de Jean RIVERO, como o conjunto de *prerrogativas e de sujeições*,<sup>13</sup> previstas por regras

---

13 Nas palavras do autor: "(...) as normas de direito administrativo caracterizam-se em face do direito privado, seja porque conferem à Administração prerrogativas sem equivalente nas relações privadas, seja porque impõem à sua liberdade de acção sujeições mais estritas do que aquelas a que estão



e princípios jurídicos, que disciplinam a organização do Estado e o exercício das tarefas de titularidade estatal, com o objetivo de proporcionar o adequado cumprimento dos fins do Estado. Nesse prisma, enquanto o direito privado tem como característica a igualdade entre as partes e a horizontalidade das relações, o regime de direito público traz consigo um conjunto de sujeições e de prerrogativas que colocam o Estado em posição de superioridade em relação aos privados com quem se relaciona.

Dentre as prerrogativas do regime de direito público reconhecidas no ordenamento jurídico brasileiro, podem ser citadas a estabilidade funcional dos servidores públicos, a imperatividade e presunção de veracidade dos atos administrativos, a impenhorabilidade de bens públicos, o pagamento de dívidas estatais pelo regime dos precatórios, e os prazos processuais diferenciados. Dentre as sujeições, podem ser relacionadas a submissão aos princípios da Administração Pública, em especial, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e interesse público; a exigência de concurso público; a proibição de acumulação de seus empregos com outros empregos ou cargos e públicos; a contratação de obras, serviços, compras e alienações por meio de processo licitatório; o controle de contas pelo Poder Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas; as exigências de padrões de qualidade, atualidade, generalidade e continuidade na prestação de serviços públicos.

A atribuição constitucional de competências, que define as três esferas de titularidade (estatal, privada e compartilhada) consiste em fator *indicativo*, mas não determinante do regime jurídico sob o qual cada atividade será explorada em concreto. É dizer: o fato de uma atividade estar situada na esfera estatal não significa que será explorada sempre e invariavelmente sob um uniforme regime de direito público; assim como o fato de estar situada na esfera privada não importa a exploração sob um unitário regime de direito privado; e assim como o fato de uma atividade se localizar na esfera mista não importa a incidência de um idêntico regime jurídico para todos que a exerçam. A segregação feita no item 1.1.1 acima, portanto, diz respeito estritamente à *titularidade* sobre as atividades em questão, e não ao *regime jurídico* em que se dará sua exploração.

---

submetidos os particulares." (RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Trad. Rogério E. Soares. Coimbra: Almedina, 1981, p. 42).

Isso quer dizer, em outras palavras, que o *locus* de determinada atividade no espectro de titularidades (estatal, privada ou compartilhada) é elemento orientador, e não definidor, do regime jurídico em que se dará sua respectiva exploração. Assim, não é possível traçar uma linha divisória entre o público, o estatal e o privado no que tange ao regime jurídico incidente sobre uma atividade ou a exploração de um bem. Isso porque as sujeições e as prerrogativas que qualificam um regime como público incidem com maior ou menor intensidade conforme uma série de fatores existentes em cada caso concreto. Tais fatores referem-se:

- a) à natureza jurídica e à personalidade jurídica de quem executa a atividade;
- b) à titularidade e natureza dos bens envolvidos na prestação, e
- c) à titularidade e natureza da própria atividade em si.

Essa complexa conjunção de fatores faz com que o regime de direito público incida de modo puro apenas nas hipóteses de execução de *tarefas públicas por entidades estatais de direito público que utilizam bens públicos*. De modo análogo, faz com que o regime de direito privado incida de modo puro apenas nos casos de execução de *atividades de titularidade privada por entidades privadas com uso de bens privados*.

No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro admite uma enorme gama de interações público-privadas para a execução de tarefas públicas, a exemplo da criação de entidades estatais de direito privado e da atuação exógena dos particulares na esfera estatal. Nessas hipóteses intermédias, há uma combinação de fatores cujo produto é um regime jurídico misto, que não é integralmente público e tampouco integralmente privado.

Esse conjunto de regimes mistos, resultado da incidência parcial de regras de direito público e de direito privado, tem sido denominado *regime de direito privado administrativo*.<sup>14</sup> A expressão, criada pela doutrina alemã, serve para ex-

14 Afirma COUTO E SILVA, Almiro do., por exemplo, que “o regime jurídico a que se submete a prestação de serviço público ou é inteiramente de direito público, como sucede com os serviços administrativos ou é, em se tratando de serviços de natureza comercial ou industrial, um regime híbrido, predominantemente de direito privado, mas mesclado com normas de direito público” (COUTO E SILVA, Almiro do. **Conceitos fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, p. 188). Sobre o regime de

plicar a normatividade incidente tanto sobre tarefas privadas desempenhadas por pessoas estatais quanto sobre tarefas públicas desempenhadas por pessoas jurídicas de direito privado (estatais ou não).

Note-se que no caso de *atuação exógena*, o regime jurídico será sempre misto (parcialmente público e parcialmente privado), por dois motivos. A uma, porque as atividades de titularidade estatal executadas por entes privados, mantêm sempre alguns caracteres do regime de direito público. A duas, porque a atuação estatal na esfera de titularidade privada carrega consigo alguns caracteres do regime de direito público. Nesse sentido, a cada modelo de atuação exógena corresponde um regime jurídico próprio, nem integralmente público nem integralmente privado, que contempla prerrogativas ou sujeições mais ou menos intensas – as quais são previstas, nos termos da lei, pelo próprio título habilitante de sua exploração.

Neste ponto, deve-se destacar a possibilidade de que atividades materialmente idênticas sejam exploradas sob regimes jurídicos diversos. Esse é o caso clássico das atividades de dupla titularidade, como os serviços de saúde, previstos no artigo 196 e seguintes da Constituição Federal. Assim, por exemplo, é possível a existência, num mesmo Município, de três hospitais submetidos a regimes distintos: o primeiro hospital pode ser gerido diretamente pela Secretaria de Saúde, pelo regime jurídico puramente público; o segundo hospital pode ser gerido por uma organização social através de um contrato de gestão, pelo regime de direito privado administrativo; o terceiro hospital pode ser gerido por uma empresa privada sem qualquer vínculo com o Estado, pelo regime privado. No primeiro caso incidem todas as sujeições do regime público, tanto em relação à entidade estatal (como, por exemplo, dever de licitação, concurso público e prestação de contas) quanto à atividade de saúde (como, por exemplo, respeito os princípios da universalidade e da gratuidade); no segundo caso incidem algumas sujeições em relação à entidade privada (como, por exemplo, dever de prestação de contas) e todas as sujeições em relação à atividade (como,

---

“Direito Privado Administrativo”, aprofundar em: WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. **Direito Administrativo**. v. 1. Trad. Francisco de Souza. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 305 e ss.; MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. Trad. Luis Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006, p. 42-48; ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 174-179; IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. **El Derecho Administrativo Privado**. Madri: Montecorvo, 1996; MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 62 e ss.; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1-20.

por exemplo, respeito aos princípios da universalidade e da gratuidade); e no terceiro caso não incidem tais sujeições.

Hipótese similar ocorre em alguns serviços públicos econômicos, como a comercialização de energia elétrica. Trata-se de atividade de titularidade estatal, prevista no artigo 21, XII, “b” da CF/88, que pode ser explorada tanto sob regime de direito privado administrativo (por meio de concessão de serviço público), quanto sob o regime de direito privado (no caso do autoprodutor e do produtor independente de energia elétrica, por meio de autorização regulatória). Note-se que nos dois exemplos, a diferença entre o regime jurídico incidente decorre da natureza e da especificação contida no título habilitante para o exercício da atividade.

No mesmo norte, no que diz respeito à *atuação endógena*, tanto atividades de titularidade estatal quanto atividades de titularidade privada possuem peculiaridades que atraem maior ou menor intensidade de restrições ou de prerrogativas para os agentes que as desempenham. Tais restrições e prerrogativas, para cada atividade, são previstas pela legislação, que tem se tornado cada vez mais específica. Essa questão é sintomática da diversidade de regime jurídicos existentes no país, já que, ao contrário do que acontecia há algumas décadas, hoje existem dezenas de normas que disciplinam a organização e funcionamento de cada atividade de relevância econômica e social. A disciplina jurídica de tais atividades tem sido denominada recentemente de *regulação*, que pode ser entendida como a atuação estatal com vistas a normatizar o exercício de atividades econômicas, públicas ou privadas, em prol de interesses públicos delimitados.

Dizer que um setor é mais ou menos regulado significa dizer que tal área de atividades sofre maior ou menor intervenção estatal no que diz respeito à imposição de prerrogativas e, sobretudo, sujeições, para seu exercício. A regulação ocorre tanto em setores de titularidade estatal quanto de titularidade privada, o que implica, muitas vezes a aproximação entre os regimes incidentes entre uma atividade de titularidade estatal e outra de titularidade privada. Inclusive, é possível verificar que existem atividades de titularidade privada que se submetem a um regime jurídico muito mais constritor do que certas atividades do setor público da economia. É o que se percebe, por exemplo, ao cotejar a intensa regulação do setor financeiro (de titularidade privada) e a praticamente inexistente regulação da geração de energia elétrica de matriz eólica (titularidade estatal). Nesse exemplo, a disciplina jurídica da atividade de titularidade privada traz mais sujeições do que a disciplina jurídica prevista pela legislação

e pelo próprio título jurídico habilitante da execução privada de uma atividade de titularidade estatal.

Do exposto, duas questões merecem anotação: (i) a diversidade de regimes jurídicos incidentes sobre as atuações públicas e privadas, no sentido de que a intensidade das prerrogativas e das sujeições varia conforme a atividade e a entidade que a executa; e (ii) a variação do regime jurídico conforme a natureza específica da atividade em questão, o que pode resultar em um regime jurídico de uma atividade de titularidade privada mais constritor do que um regime jurídico aplicável a uma atividade de titularidade estatal executada de modo exógeno por um agente privado.

É por isso que a doutrina vem sustentando com vigor a inutilidade da pura e simples oposição entre regime público e regime privado, de forma dicotômica, a qual se demonstra insuficiente para dar conta da realidade. Cada vez mais, regimes jurídicos intermediários, que intercalam elementos do regime público e do regime privado, imbricam-se na realidade, substituindo-se a oposição entre regime público e regime privado por uma verdade *escala de publicatio*, que vai desde atividades submetidas a um regime puramente privado até atividades submetidas a regime puramente público, com diversos graus intermédios. O “preto e branco” de outrora se desvela numa complexa escala de cinza.<sup>15</sup>

O estudo específico e individualizado dos diversos modelos de interação público-privada e do conseqüente regime jurídico será realizado na Segunda Parte deste estudo.

## 1.2 Contextualização histórica dos modos de execução das tarefas públicas

Considerando o dito nos tópicos anteriores, notadamente o fato de que a atribuição de titularidade ao Estado importa o reconhecimento de um dever de agir, é natural concluir que a formatação da atuação do Estado varia em cada

---

15 Sobre o tema, conferir: MORENILLA, José María Souvirón. *La actividad de la administración y el servicio público*. Granada: Comares, 1998, p. 499 e ss.; SÁNCHEZ, Rafael Caballero. Las técnicas de regulación de la competencia, para la competencia y contra la competencia, y su contexto. In: SANTAMARÍAPASTOR, Juan; SÁNCHEZ, Rafael Caballero. *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*. Madri: Ilustel, 2011, p. 46 e ss.; GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 75-76.

sociedade e em cada momento histórico, conforme o reconhecimento pelo ordenamento jurídico das necessidades sociais e dos mecanismos mais adequados a sua satisfação.

O presente tópico, assim, tem a intenção de compreender o papel do Estado em relação às atividades que lhe foram sendo atribuídas ao longo dos anos.

### 1.2.1 *Constitucionalismo e as primeiras atribuições prestacionais do Estado*

O Estado Absoluto, sucessor do regime feudal e da fragmentação político-administrativa, foi marcado pela extrema centralização do poder nas mãos do monarca, absoluto no território de seu domínio. Autorreferente, essa modelagem estatal tinha como principal preocupação consolidar seu território e resguardar sua soberania, garantindo a ordem e a segurança.

Dotado de uma Administração Pública do tipo patrimonialista, em que se confunde o patrimônio público com o patrimônio do soberano, não havia diretriz quanto à repartição de bens econômicos e riquezas, tanto menos à promoção do bem comum dos cidadãos, então encarados meramente como súditos reais. Nesse contexto, não havia nitidez na delimitação das esferas de titularidade, pois na medida em que o Estado não detinha a qualquer *responsabilidade* de ação (no sentido de dever), ele detinha a *possibilidade* da ação (no sentido de poder) em todos os setores.

Ainda que houvesse na época prestações estatais voltadas ao bem-estar da população, não há que se falar, nesse contexto, em serviços públicos de titularidade estatal, como a prestação de serviços públicos. Conforme notou Gaspar ARIÑO ORTIZ, o serviço público “é uma técnica institucional, finalista, não puramente instrumental, impensável fora do contexto político-social e de uma certa ideia de Estado que provém da Revolução”.<sup>16</sup>

Esse cenário se alterou com as Revoluções Burguesas e o advento do Constitucionalismo Liberal, com a consagração dos *direitos fundamentais de primeira*

---

16 ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La regulación económica: teoría y práctica de la regulación para la competencia*. Buenos Aires: Ábaco, 1996, p. 51.

geração,<sup>17</sup> que trouxeram consigo a delimitação rígida das esferas de titularidade, com predomínio para as atividades de titularidade privada. Daí a noção de que o Estado inaugurado a partir da Revolução Francesa configura-se como um Estado “policial”, “vigia”, “guarda noturno”, responsável apenas por propiciar as condições básicas ao desenvolvimento da economia e da sociedade, atuando diretamente apenas naquilo que fosse considerado essencial e, de resto, limitando-se a balizar a atuação dos membros da sociedade, considerados como os atores por excelência.

Nessa formatação estatal abstencionista, voltada muito mais à vigilância da atuação dos privados do que à concreta e direta realização de prestações pelo Estado, é que tomou corpo o conceito de *poder de polícia*, largamente difundido na doutrina a partir de então. Mas, paradoxalmente, houve também aumento na esfera de titularidade estatal, em especial por meio da atribuição de competência ao Estado para a prestação de *serviços públicos*.

Isso porque, diante das necessidades decorrentes da Revolução Industrial, o Estado Liberal viu-se, na segunda metade do séc. XIX, ante a necessidade de instalar as infraestruturas essenciais ao desenvolvimento da economia, à época inexistentes ou em elevado grau de precariedade. Destarte, para alavancar o capitalismo industrial, teve o Estado de assumir a responsabilidade de criar ou desenvolver as infraestruturas econômicas necessárias ao bom andamento das etapas da cadeia econômica – em destaque as redes de transporte ferroviário, de gás e de eletricidade. Esse conjunto de serviços são aqui denominados de *serviços públicos econômicos* ou *serviços públicos de primeira geração*.

---

17 De acordo com entendimento consolidado na teoria constitucional, os *direitos fundamentais de primeira dimensão* possuem, fundamentalmente, natureza liberal-burguesa. Isso porque se destinam a limitar o poder do Estado em face do cidadão, corroborando os direitos individuais e fixando a autonomia do indivíduo ante o poder estatal. Trata-se dos primeiros direitos reconhecidos pelas Constituições, voltados contra a opressão do monarca absolutista. Tais direitos, por traduzirem fundamentalmente uma abstenção do Estado em relação à esfera jurídica do indivíduo, são chamados também de *direitos negativos* ou *de defesa*. Embora se caracterizem essencialmente por sua relação à liberdade, são tidos como de primeira dimensão os direitos a vida, liberdade, propriedade, igualdade, participação política, entre outros, os quais passaram a ser referidos genericamente como *direitos civis e direitos políticos*. Sobre o tema, conferir: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.; e BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 562-572.

Dessa nova delimitação das esferas de titularidade, com incorporação de atividades à esfera de titularidade estatal, surgiu a noção de *publicatio*.<sup>18</sup> Tal expressão foi cunhada justamente para explicar esse momento em que o Estado de matriz liberal ampliou sua esfera de titularidade, incorporando atividades que por sua natureza econômica (e não política, no sentido de envolver o uso da força) seriam típicas do setor privado. A *publicatio* constituiu, assim, o Toque de Midas do Estado Liberal que, com o passar do tempo, incorporou a sua esfera de competências atividades típicas da iniciativa privada.

Foi, portanto, durante a Revolução Industrial, com o surgimento de novas tecnologias, que o Estado assumiu o dever de prestar (ainda que indiretamente, via outorga a privados) os primeiros serviços públicos, de cunho econômico e caráter infraestrutural. Conforme Georges RIPERT, já durante a Revolução Industrial (sobretudo na Inglaterra e França) as necessidades de modernização da economia conduziram à premência de o Estado adotar mecanismos para estimular investimentos privados, os quais se reverteriam em benesses ao sistema de acumulação capitalista típico do liberalismo ocidental.<sup>19</sup>

O modelo de ação estatal voltado a possibilitar o investimento privado em atividades econômicas instrumentais ao desenvolvimento do mercado (como gás, ferrovias e eletricidade) consistiu na assunção estatal da titularidade de tais atividades, com o imediato trespasse de sua execução pela iniciativa privada, por meio de *concessões*. Ampliou-se, assim, a esfera de titularidade estatal, para encampar atividades tipicamente privadas, com o objetivo imediato de repassá-las à própria exploração privada exógena, por meio de um título habilitante. Com essa estratégia, foi possível ao Estado usar disciplinar o desenvolvimento de tais atividades e proporcionar, por meio de seu poder, utilização de bens pú-

---

18 Estudo dos mais relevantes a respeito da *publicatio* é certamente aquele de autoria de José Luis VILLAR PALASÍ, em meados do século XX. Para o autor, a *publicatio* significa 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. 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 (VILLAR PALASÍ, José Luis. **La intervención administrativa en la industria**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1964, p. 207-218).

19 RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**. Trad. Gilda G. de Azevedo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947, p. 9 e ss.



blicos e privados necessários à execução dos novos serviços (como, por exemplo, efetuar desapropriações para construção de tubulação de gás e linhas férreas). Essas novas atividades assumidas pelo Estado como sua titularidade foram denominadas de *serviços públicos*. Sua exploração pela iniciativa privada tornou possível a criação de infraestrutura e a prestação de serviços indispensáveis ao desenvolvimento da própria atividade econômica. A publicização (*publicatio*) das atividades estratégicas acima referidas não importou, portanto, a estatização da economia. Ao revés, a *publicatio* foi justamente a solução encontrada pelo Estado Liberal para propiciar a ampliação da exploração de tais atividades por parte da iniciativa privada.<sup>20</sup>

### **1.2.2 Ampliação da estrutura estatal: monopólios e novas tarefas prestacionais**

Uma alteração profunda no paradigma de Estado, então liberal, ocorreu no descortinar do século XX, com a eclosão de duas grandes guerras mundiais e a forte crise econômica representada pelo *crack* da Bolsa de Nova Iorque de 1929. Nessa fase, o Estado Liberal de cariz abstenteísta viu-se diante da urgente e inevitável necessidade de reorganizar a economia nacional e de prover sua população de condições mínimas de subsistência, ante a situação de penúria em que se encontrava por conta da insuficiente oferta de bens e serviços pelo mercado. Ao redor do globo, a partir de meados do século passado começaram a surgir Constituições que oficializam a intervenção estatal na ordem econômica como método autêntico de ação estatal para corrigir falhas na economia, guiar sua condução e impulsionar seu desenvolvimento. Tomou forma, assim, o chamado Estado Social, forte interventor na economia e garantidor de novos direitos e prestador de novos serviços públicos à população.<sup>21</sup>

20 Daí a explicação de Pedro Gonçalves e Licínio Lopes: “Na época liberal, a concessão surgiu como um instrumento estratégico, quer sob o ponto de vista ideológico, quer sob o ponto de vista econômico-financeiro”, na medida em que o Estado, ao mesmo tempo em que satisfazia as novas necessidades criadas pela industrialização, preservava os valores liberais de abstenção estatal, e conseguia construir grandes infraestruturas sem violentar as “Leis de mercado” e sem custos ao Erário (GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Os serviços públicos econômicos e a concessão no Estado regulador. In: MOREIRA, Vital (org.). *Estudos de regulação pública*, v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 234-235).

21 Sobre o tema, conferir: BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 2004.

Deve-se notar que a transição ao modelo de Estado Social foi precedida de dois grandes passos. No primeiro, em fins do século XIX, foram reconhecidas iniciativas sociais voltadas à satisfação coletiva de necessidades em áreas como saúde, educação e assistência. No segundo, o Estado passou a incentivar tais atividades privadas, dando início à atividade estatal de fomento social. Apenas ante o insucesso desse modelo estatal de incentivo à atenção privada aos necessitados, em especial após as duas grandes guerras, é que houve a consagração da *segunda geração de direitos fundamentais*,<sup>22</sup> e a consequente atribuição da titularidade estatal pela prestação dos serviços necessários à sua materialização.

Nesse novo Estado, várias atividades tornaram-se serviços públicos, alterando-se a própria finalidade da sua prestação: o Estado Social presta novos serviços públicos para garantir a efetivação de direitos fundamentais a seus cidadãos, em especial aqueles de segunda geração, como a educação, a saúde e a assistência social. Esse conjunto de atividades prestacionais assumidas pelo Estado como sua titularidade são aqui denominados de *serviços públicos sociais* ou *serviços públicos de segunda geração*.

É importante destacar que, mesmo não tendo ocorrido a interdição à prestação privada de serviços públicos sociais, durante várias décadas prevaleceu o entendimento de que o dever estatal no setor social correspondia a um dever de execução direta. Tal compreensão conduziu a uma grande ampliação da estrutura administrativa até então existente.

---

22 Os *direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão* correspondem os direitos econômicos, sociais e culturais. Foram consagrados, como acima delineado, como consequência da realidade social advinda do período de industrialização, a partir da segunda metade do século XIX. Partem das noções de igualdade e liberdade materiais e traduzem primordialmente direitos que, para serem concretizados, impõem ao Estado o dever de atuar positivamente, de modo a intervir na ordem econômica e social. Atualmente a doutrina faz referência, ainda a uma *terceira dimensão dos direitos fundamentais*, na qual se encontram os chamados *direitos de solidariedade e de fraternidade*, cuja consagração decorreu dos impactos ocasionados pela evolução tecnológica e científica. A principal diferença entre eles e os anteriormente citados encontra-se na questão da titularidade. Isso porque, ao contrário das dimensões anteriores, aqui a titularidade pertence a todo o gênero humano, como os *direitos difusos* e os *direitos coletivos*. São dessa dimensão os direitos relativos ao desenvolvimento, autodeterminação dos povos, paz, meio ambiente e qualidade de vida, conservação e utilização do patrimônio comum da humanidade – histórico e cultural, e comunicação. Alguns autores mencionam, por fim, a existência de *direitos fundamentais de quarta dimensão*, decorrentes da globalização dos direitos fundamentais e que compreendem direitos como a informação, a democracia e o pluralismo. Sobre o tema, conferir: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992; e BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 562-572.

Já no que tange aos serviços públicos econômicos, o Estado passou a assumir sua titularidade exclusiva, com preferência a sua execução direta, sendo que em muitos casos houve a instituição de monopólios legais, com a vedação absoluta de sua exploração pela iniciativa privada.<sup>23</sup> Assim, enquanto o Estado Liberal foi marcado pelas concessões da execução de serviços públicos econômicos a agentes privados, o Estado Social é marcado pelos *monopólios estatais* na prestação de serviços públicos econômicos. Nesse sentido, conforme Floriano de Azevedo MARQUES NETO, “durante muito tempo à noção de serviço público correspondeu a ideia de exploração exclusiva, ou impropriamente, monopólio estatal”.<sup>24</sup>

Essas duas mudanças produziram o crescimento da estrutura estatal, que não parou de se alargar até a década de 80 do século XX, formando um imenso setor *público social e econômico*.

### ***1.2.3 Diminuição da estrutura estatal: redefinição das tarefas e dos modelos de sua execução***

Em fins da década de 70 e início da década de 80 do séc. XX houve novas e profundas alterações no perfil da atuação estatal na ordem econômica e, por consequência, na prestação de serviços públicos. Com o agigantamento massivo do Estado no período do pós-guerra, começou-se a disseminar a ideia de que o Estado Social que tudo prestava, tudo garantia e em tudo intervinha, não teria condições materiais de sobreviver sem comprometer seriamente a eficiência da

---

23 Os monopólios públicos são justificados por Pedro Gonçalves e Licínio Lopes: a existência de determinadas atividades necessariamente ligadas a redes (tais como energia elétrica e telecomunicações) denunciava sua vocação para exercício em regime de monopólio, colocando a questão de saber de quem seria sua titularidade. Na Europa, a propriedade estatal dos bens públicos de suporte a essas atividades (as redes) justificou sua assunção pelo Estado, diversamente do que ocorreu nos EUA. É por isso que, para os autores, “[...] a explicação para o fato de o Estado assumir essas novas incumbências não resulta, no início, de uma opção política ou ideológica”, mas, ao revés, a atribuição de titularidade estatal sobre tais atividades derivou da “circunstância de se tratar de atividades que usavam em larga extensão parcelas do domínio público ou que estavam associadas ao estabelecimento e instalação de infraestruturas de natureza pública” (GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Os serviços públicos econômicos e a concessão no Estado regulador. In: MOREIRA, Vital (org.). *Estudos de regulação pública*, v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 176).

24 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, n. 1, fev./abr. 2005. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em: 1 jul. 2015, p. 8.

prestação de serviços à população. Esse modelo de Estado passou por uma sobrecarga e começou a entrar em declínio, o que gerou uma nova onda de transformações em solo europeu. Dentre elas, pode-se citar a redefinição da esfera de titularidade estatal e a adoção de novos modelos de trespasse das atividades de competência estatal à iniciativa privada.

Com apoio filosófico no princípio da subsidiariedade,<sup>25</sup> herança da Doutrina Social da Igreja Católica, o Estado passou a transferir, com vistas à eficiência, diversas atividades à iniciativa privada. A crise fiscal mundial, acentuada na década de 80 do séc. XX, foi outro grande elemento responsável pela nova guinada, oficializando o discurso da ineficiência do Estado Social em cumprir com todas as metas que prometia. Iniciou-se em diversos países, a partir de então, um amplo processo de realinhamento das responsabilidades estatais, instaurado com o intento de retirar do Estado tantas obrigações quantas fossem possíveis, a fim de manter sob sua responsabilidade somente as atividades por ele consideradas como essenciais. Isso ocorreu, como dito acima, mediante o redesenho das esferas de titularidade (com a diminuição do rol de titularidades estatais) e com a adoção de novos modelos de atuação exógena (com a quebra de monopólios estatais e a ampliação de mecanismos de atuação privada na esfera de titularidade estatal).

Na Comunidade Europeia, berço do fenômeno, a política de liberalização implicou o desmantelamento dos monopólios públicos, a transferência *da titularidade* dos serviços à iniciativa privada e a adoção de medidas para eliminação de condicionamentos administrativos que impedissem ou dificultassem a instauração da livre iniciativa e concorrência. A Inglaterra, então sob o governo de Margareth Thatcher, foi pioneira na implementação de políticas visando à transferência das atividades estatais a particulares, num profundo programa nacional de desestatização e privatização da Administração Pública.

Nesse novo formato, denominado por muitos de *Estado Regulador*,<sup>26</sup> o Estado paulatinamente reduziu mecanismos de atuação *direta* no campo econô-

25 Sobre o princípio da subsidiariedade: GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009; TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; GONÇALVES, Vania Mara Nascimento. **Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

26 Utilizam essa denominação, por exemplo: MAJONE, Giandomenico. **La communauté européenne: un État régulateur**. Paris: Montchrestien, 1996; LA SPINA, Antonio; MAJONE, Giandomenico. **Lo**

mico e no campo social – como fazia o Estado Social, mediante a prestação de serviços públicos ou exercício de atividades econômicas –, para privilegiar uma metodologia de intervenção *indireta*, inevitável em razão da importância da atividade em questão: a regulação. O Estado deixou, assim, a responsabilidade de prestação ou de execução direta de serviços e assumiu uma nova responsabilidade perante a atividade, a “responsabilidade de regulação”,<sup>27</sup> direcionada a disciplinar o modo como os agentes privados vão prestar os serviços, tanto aqueles de sua titularidade quanto os de titularidade estatal.

A regulação passou a traduzir, assim, a “pedra de toque do novo modelo de intervenção pública”,<sup>28</sup> formando a raiz do processo de transformação do Estado e assumindo papel de grande transcendência no plano das relações entre o Estado e os atores do mercado.<sup>29</sup> *Regular* passou a ser o método de atuação principal desse novo paradigma de Estado, que deixa de prestar diretamente e monopolisticamente serviços públicos à população, mantendo-se na posição de regulador e fiscalizador da prestação acometida aos particulares.

Sobre o tema, VILLAR ROJAS anota que a principal consequência da privatização de serviços públicos é a sua reordenação jurídica, na medida em que é muito complexo “passar de uma situação de planificação pública e monopólio legal, de falta de mercado, a outra de livre concorrência e livre eleição

---

**Stato Regulatore.** Bolonha: Il Mulino, 2000. No Brasil: MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade.** São Paulo: Singular, 2006.

- 27 GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Os serviços públicos econômicos e a concessão no Estado Regulador. In: MOREIRA, Vital (org.). **Estudos de regulação pública, vol. 1.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 182. Nesse sentido, aduz Floriano de Azevedo Marques Neto: “A explicação para este fenômeno é simples. Aumenta a necessidade regulatória porque, deixando o Estado de ser ele próprio provedor do bem ou serviço de relevância social, tem ele que passar a exercer algum tipo de controle sobre esta atividade, sob pena de estar descurando de controlar a produção de uma utilidade dotada de essencialidade e relevância.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Malheiros, 2006, p. 75).
- 28 GONÇALVES, Pedro. **Regulação, electricidade e telecomunicações: estudos de Direito Administrativo da Regulação.** Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 12. Prossegue o autor, adiante na mesma obra: “Em traços gerais, essa intervenção consiste, por um lado, na definição das condições (normativas) de funcionamento das actividades reguladas, no cumprimento de uma função de ‘orientação de sistema’, e, por outro lado, no controlo da aplicação e observância de tais condições e na punição das infracções não criminais dos regulados” (*Ibidem*, p. 15).
- 29 ARIÑO ORTIZ, Gaspar Ariño; CASSAGNE, Juan Carlos. **Servicios públicos, regulación y renegociación.** Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005, p. 75.

pelo usuário”.<sup>30</sup> No mesmo senso, ARIÑO ORTIZ anota que o processo de privatização implica uma mudança de tarefas, de papéis, entre Estado e sociedade, de modo que “de economias fechadas, presididas por uma empresa pública protegida e uma empresa privada subsidiada, passou-se a economias de iniciativa privada e de livre mercado, abertas progressivamente ao investimento e à concorrência [...]”.<sup>31</sup> Noutra oportunidade reflete a complexidade do tema:

[...] a mudança fundamental consiste na *despublicatio*: as atividades do novo serviço público não são mais de titularidade estatal e sim de iniciativa privada. No entanto, tais atividades são de *responsabilidade estatal* na medida em que suas prestações em um determinado nível deve chegar a todos os cidadãos (o serviço universal).<sup>32</sup>

A quebra dos monopólios estatais, com conseqüente abertura à concorrência privada regulada, é, portanto, uma das marcas mais evidentes e contundentes das privatizações que marcaram a passagem paradigmática do modelo de Estado Social para o modelo Regulador. Com a retirada do Estado da prestação direta dos serviços e a conseqüente extinção dos clássicos monopólios estatais em setores infraestruturais, a política estatal passou a privilegiar a abertura setorial à concorrência privada, regulando-a de modo a garantir a observância do regime jurídico mais adequado para a prestação das atividades que, qualificáveis como serviços públicos, denotam amplo interesse público em sua concretização.

Marçal JUSTEN FILHO, ao tratar do fenômeno em escala mundial, afirma que a intenção das transformações foi “evitar que o Estado (ou um agente privado) valha-se da posição de monopólio para prestar atividades mais inadequadas e onerosas do que seria possível”, de modo que “a melhor alternativa é reduzir a intervenção estatal e ampliar os mecanismos de competição, que são o instru-

30 VILLAR ROJAS, Francisco José. Privatización de grandes servicios públicos. In: *Os caminhos da privatização da administração pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 215.

31 ARIÑO ORTIZ, Gaspar. La Liberalización de los servicios públicos en Europa: hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia. In: ARIÑO ORTIZ, Gaspar; CASSAGNE, Juan Carlos. *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005, p. 9.

32 ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. 3.ed. Granada: Comares, 2004, p. 609-610.

mento mais satisfatório para produzir eficiência”. Com isso, a questão deixou de apresentar contornos políticos, e passou a assumir contornos econômicos.<sup>33</sup>

Pode-se dizer, então, que o “pêndulo do serviço público”<sup>34</sup> entrou, a partir da década de 80 do séc. XX, numa guinada vertiginosa rumo ao outro “hemisfério”, buscando novas possibilidades de exploração privada das atividades de titularidade estatal. Desde então, conforme ARAGÃO, tem havido “um aumento da atuação da iniciativa privada na economia, com a devolução ao mercado de uma série de atividades que dele foram retiradas ao longo do século passado”.<sup>35</sup> A onda de liberalizações europeias ganhou enorme força, atingindo diversos países mundo afora. E o Brasil não passou imune.

#### ***1.2.4 Os movimentos de publicização, estatização e privatização no Brasil***

A partir da década de 30 do séc. XX, sob influência do ideário de Estado Social, principiou-se no Brasil um amplo processo de estatização dos setores infraestruturais da economia (energias, comunicações, transportes), incumbindo-se ao Estado a exploração em caráter exclusivo das atividades, em todas as etapas das cadeias. Exemplo disso foi a criação das empresas do *Sistema Brás*, ilustrado por empresas estatais como a Telebrás, a Petrobrás e a Eletrobrás.

No final do séc. XX, o processo de liberalização acima visto repercutiu na realidade brasileira. Assim, em 12 de abril de 1990 foi promulgada no Brasil a já referida Lei nº. 8.031/90, que criou em solo nacional o chamado Plano Nacional de Desestatização - PND. Inicialmente tímido, o processo acentuou-se a partir de 1995 e tomou corpo com a edição do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado pelo então ministro do Ministério de Administração e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser-Pereira.<sup>36</sup> A reforma envolveu inúmeras transforma-

33 JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 37-38.

34 A expressão é de: TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. In: TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público*, v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 721-733.

35 ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público e as suas crises. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *O Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 425.

36 Sobre a Reforma Gerencial da Administração Pública brasileira na década de 90 do séc. XX, conferir as seguintes obras de Bresser Pereira: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Crise econômica e reforma*

ções no plano constitucional e legal, principalmente com as Emendas Constitucionais nº. 8 e 9 de 1995, nº. 19 de 1998, e com as Leis nº. 9.074/95, nº. 9.427/96, nº. 9.472/97, nº. 9.478/97, nº. 9.491/97 (que substituiu a Lei nº. 8.031/90), nº. 9.637/98 e nº. 9.790/99, dentre outras.

A desestatização<sup>37</sup> prevista na Lei nº. 8.031/90 ocorreu tanto no campo dos serviços públicos quanto no das atividades econômicas em sentido estrito<sup>38</sup> exploradas pelo Estado. Neste último caso, a exemplo dos setores de mineração (VALE), siderurgia (CSN) e bancos (BANESTADO, BANESPA), elas importaram a alienação de ações estatais, com a extinção da atuação estatal exógena em atividades de titularidade privada.

É importante notar que, no campo dos serviços públicos, o processo de privatização brasileiro não possuiu aqui os mesmos contornos que teve em solo europeu. A premissa que deve ser adotada aqui é a de que se deve interpretar ordenamento jurídico pátrio de forma autorreferente, ou seja, a partir dele mesmo, e não de dados externos. Como bem disse Almiro do COUTO E SILVA, deve-se “interpretar a Constituição a partir da própria Constituição”.<sup>39</sup> Tal constatação em nada diminui ou atenua a importância, para a doutrina brasileira, do debate acerca das mutações serviço público em solo europeu, acima analisada; apenas significa que o ponto de partida – e de chegada – deve ser, invariavelmente, as disposições do sistema jurídico pátrio.

---

do estado no Brasil. São Paulo: 34, 1996; Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. **Revista do Serviço Público**, ano 47, jan./mar./abr. 1996, v. 120, nº 1. Brasília: ENAP; Do Estado Patrimonial ao Gerencial. In: PINHEIRO, WILHEIM e SACHS (orgs.). **Brasil: um século de transformações**. São Paulo: Cia das Letras, 2001, p. 222-259; **Reforma do Estado para a cidadania**. São Paulo: 34, 2002; Uma nova gestão para um novo Estado: liberal, social e republicano. **Revista do Serviço Público**, n. 52, janeiro de 2001, p. 5-24.

37 Na classificação aqui adotada, a nomenclatura correta seria despublicização.

38 A distinção entre “serviço público” e “atividade econômica em sentido estrito” encontra amparo teórico, em destaque, no pensamento de Eros Grau, de acordo com o qual o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito são espécies do gênero “atividade econômica”, em sentido amplo. Para Grau, os serviços públicos são atividades prestacionais vocacionadas a satisfazer necessidades dos cidadãos, o que envolve bens, serviços e recursos escassos. Exatamente por esse motivo, integram o rol das atividades econômicas, numa relação entre gênero e espécie: atividade econômica é gênero que comporta duas espécies, atividade econômica em sentido estrito e serviço público (GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 103 e ss.).

39 COUTO E SILVA, Almiro do. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 477-479.



Nessa medida, de acordo com Almiro do COUTO E SILVA, “o Brasil fez com o conceito de serviço público o que a França não fez: deu-lhe rigidez normativa ao fixá-lo na Constituição, atribuindo, por essa particularidade formal, um caráter brasileiro ao conceito”.<sup>40</sup> No mesmo sentido, conforme Marçal JUSTEN FILHO, a peculiaridade que diferencia o Direito brasileiro dos demais ordenamentos jurídicos é a existência de uma solução de nível constitucional acerca do tema, pois ainda que “a Constituição não contenha conceito explícito de serviço público, ela prevê um rol bastante amplo de serviços considerados como públicos”.<sup>41</sup>

É claro que o fenômeno privatizador ocorrido em solo europeu, notadamente por conta da instituição da União Europeia, impactou o cenário brasileiro. No entanto, *não o fez exatamente da mesma forma que na Europa* – ou seja, mediante retirada de atividades qualificadas como tais da esfera de titularidade estatal.

A razão para isso é simples: por força de disposição específica da Constituição de 1988, os serviços públicos não podem perder seu elo com o Estado, como ocorreu na Europa. Nesse sentido, o art. 175 da Constituição Brasileira de 1988 expressamente afirma incumbir ao Estado a prestação de serviços públicos.<sup>42</sup> Ademais, ao se voltar os olhos para o art. 21, X, XI e XII do mesmo diploma constitucional,<sup>43</sup> constata-se que as atividades ali previstas, *qualificáveis como serviços públicos* (notadamente porque atinentes a setores de infraestrutu-

---

40 COUTO E SILVA, Almiro do. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 478-479. A Argentina procedeu de modo semelhante: SALOMONI, Jorge L. **Teoria general de los servicios públicos**. Buenos Aires: Ad-hoc, 1999, p. 345.

41 JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 311-312.

42 Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

43 Art. 21. Compete à União: [...] X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres.

tura), permanecem sendo de titularidade estatal, e assim permanecerão até que haja eventual alteração constitucional (o que, até o momento, não ocorreu).<sup>44</sup>

Destarte, no que toca ao campo dos serviços públicos, não houve transferência da *titularidade* da atividade ao setor privado, mas o trespasse da *execução do serviço*. Vale dizer: inexistiu no Brasil a *despublicização* de serviços públicos, mas sim, pura e simplesmente, sua *desestatização*, conforme classificação adiante apresentada abaixo. Basta analisar o exemplo da TELEBRÁS, em que houve a instauração de diversos regimes de *concessão* de serviços de telefonia, atestando a permanência da titularidade estatal sobre eles.

No Brasil, destarte, pode-se sustentar com boa margem de segurança a manutenção do critério da *publicatio* como definidor das atividades *qualificadas como serviços públicos*. Assim, a inserção do regime concorrencial na prestação de serviços públicos não dependeu do rompimento da titularidade estatal constitucionalmente prevista, mas da superação da ideia de correlação entre *titularidade estatal*, de um lado, e *exploração estatal monopolística*, de outro.

A análise conjunta dos artigos 21 e 175 da Constituição Brasileira de 1988, assim, permite concluir de que, no Brasil, o modelo de prestação das atividades de titularidade estatal qualificadas como serviços públicos varia conforme a opção legislativa adotada em cada caso.<sup>45</sup>

Ademais, como no Brasil o rompimento dos monopólios públicos não implicou a quebra da *publicatio*, acabam por conviver em solo pátrio instrumentos que vêm do Estado Liberal (concessões), do Estado Social (prestação direta, aliada em certos casos a concessões), e agora também do Estado Regulador, numa formatação jurídica absolutamente peculiar e complexa. Assim, se na

---

44 Note-se aqui o reforço na expressão *qualificáveis* ao invés de *qualificadas*. Ou seja: trata-se de atividades titularizadas pelo Estado (atividades públicas), que poderão ou não, a depender de legislação específica, ser qualificadas como serviços públicos no caso concreto. Destarte, definitivamente não quer dizer aqui que as atividades descritas no art. 21 da Constituição serão *necessariamente* qualificadas como serviços públicos.

45 Sobre o tema, afirma Egon Bockmann Moreira que no Brasil a “migração estatal entre os modos de intervenção econômica ainda não está estabilizada”, sendo que há mais de dez anos (atualmente, são quase vinte) o país “experimenta mutações *ad hoc* entre as hipóteses extremas do modelo do Estado-Empresário e aquele [...] do Estado Mínimo, sem encontrar um ponto médio de estabilização”, situação que o autor reputa constituir uma espécie de Mito de Sísifo regulatório, na medida em que “a identidade conferida ao sistema está em sua instabilidade” (MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo da Economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata. In: MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. *Estudos de Direito Econômico*, v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 54).

Europa é admissível a simplificação segundo a qual o Estado que antes prestava serviços públicos agora somente os regula, o Estado brasileiro não só regula tais atividades, como também as continua prestando diretamente e outorgando aos particulares mediante técnicas e instrumentos jurídicos com características absolutamente diversas.<sup>46</sup>

Logo, como afirmou Egon Bockmann MOREIRA, no Brasil “a lógica do ‘ou-ou’ passou a conviver com a do ‘e-e’: Estado e iniciativa privada”,<sup>47</sup> de modo que a onda liberalizante e regulatória que atingiu o país em meados da década de 1990, se de um lado tornou o modelo intervencionista brasileiro “ainda mais esquisito”, de outro lado, não inverteu as premissas do que o autor chama “estilo interventivo brasileiro” (uma espécie de “*brazilian-style regulation*”), plasmadas na Constituição econômica brasileira.<sup>48</sup>

É esse, em linhas gerais, o contexto das grandes privatizações operadas no Brasil na década de 90 do século XX, com os processos de desmonopolização de serviços públicos e de alienação de empresas estatais exploradoras de atividades econômicas.

As privatizações brasileiras, que ganharam relevo na década de 90 do século XX, perderam força no início do século XXI. Na primeira década do novo século, a Administração Pública procurou consolidar a estabilidade econômica obtida com o êxito do Plano Real e galgar importantes avanços no campo social, aproveitando o cenário econômico favorável tanto em âmbito interno quanto internacional. No que toca aos setores de titularidade público e privado, no entanto, nada se alterou.

Em 2006, a economia mundial entra em processo de crise por conta do sistema habitacional estadunidense (a chamada “Crise do *Subprime*”), desencadeando novo colapso no sistema financeiro e novos clamores por auxílio estatal. A crise ganha novo fôlego entre os anos de 2008 e 2009, com a redu-

---

46 A regulação no Brasil, portanto, diversamente do que ocorre em solo europeu, não caracteriza necessariamente uma ação de “alguém que está de fora” da atividade regulada, conforme sustenta Pedro Gonçalves para o caso português (GONÇALVES, Pedro. **Regulação, electricidade e telecomunicações**: estudos de Direito Administrativo da Regulação. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 15).

47 MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do Direito da regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, A. (orgs.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 2.

48 MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo contemporâneo e a intervenção do Estado na ordem econômica. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (coord.). **Direito Público**: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 2-16.

ção da capacidade de fomento estatal, e somente é contornada (parcialmente) por volta de 2011.

Não tendo sido atingido de forma intensa pela crise internacional num primeiro momento, o Brasil passou a vivenciar, a partir de 2014, uma radical alteração de cenário. O déficit público galopante, inviabilizador da continuidade de investimento estatal, bem como o esgotamento da capacidade de consumo da população, inseriram o país numa rápida e vertiginosa situação de crise econômica.

O pêndulo é novamente posto em movimento para o hemisfério privado, fator representado, por exemplo, pelo recente programa federal de concessões de portos, aeroportos, rodovias e ferrovias; pelo novo Programa de Parceria de Investimentos – PPI, instituído pela Medida Provisória n. 727/2016 (convertida na Lei n. 13.334/16); pelo Decreto n. 8.893/16, que disciplina os projetos prioritários a serem privatizados no âmbito do PPI; pela nova lei das empresas estatais – Lei n. 13.303/2016; pela nova legislação das parcerias com o terceiro setor – Lei n. 13.019/2014; dentre outras inovações legais que redefinem os limites e modelos de integração público-privada para execução de atividades de titularidade estatal, privada e mista.

### ***1.2.5 A privatização no ordenamento jurídico brasileiro***

Conforme dito acima, o programa de privatizações em âmbito nacional teve início com a edição da Lei n. 8.031/90. Mas é possível afirmar que esse movimento tem origem muito mais antiga, já que a legislação brasileira há tempos traz incentivo à transferência de atividades estatais a pessoas privadas, como, por exemplo, o contido no ainda vigente Decreto-Lei n. 200/1967:

Art. 10. (...)

[...]

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a **Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.** (Grifou-se).

O dispositivo em comento, constante da Lei de Organização Administrativa da Administração Pública federal, contudo, não produziu efeitos práticos, como se percebe da primazia historicamente comprovada no Brasil pela execução estatal de atividades de titularidade estatal e mista. O panorama passou a ser efetivamente alterado com a edição da Lei n. 8.031/1990, que criou o chamado Programa Nacional de Desestatização – PND e, no seu art. 2º, §1º, conceituou expressamente a privatização:

Art. 2º [...]

§ 1º Considera-se **privatização** a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade. (grifou-se)

O art. 4º, logo a seguir, previa as formas possíveis para se operar a privatização:

Art. 4º Os Projetos de **privatização** serão executados mediante as seguintes formas operacionais:

I - alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações junto ao público, empregados, acionistas, fornecedores e consumidores;

II - abertura de capital;

III - aumento de capital com renúncia ou cessão, total ou parcial, de direitos de subscrição;

IV - transformação, incorporação, fusão ou cisão;

V - alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações; ou

VI - dissolução de empresas ou desativação parcial de seus empreendimentos, com a conseqüente alienação de seus ativos. (grifou-se)

A lei em referência utilizou a expressão *privatização* em um sentido bastante restrito,<sup>49</sup> querendo com ela significar apenas a extinção (por diversas formas) de empresas estatais e sua conseqüente transferência de sua propriedade (por diversas formas) ao setor privado. Note-se que o diploma em referência

---

49 Concorde-se, assim, com Marcos Jordão Teixeira do Amaral Filho, quando afirma que o sentido de privatização da Lei n. 8.031/90 é restritivo, para “designar apenas a transferência de empresas da propriedade do Estado para o setor privado” (AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. *Privatização no Estado Contemporâneo*. São Paulo: Ícone, 1996, p. 43).

não faz referência à privatização enquanto forma de trespasse da execução de atividades estatais ao setor privado, conforme art. 7º do mesmo diploma:

Art. 7º A **privatização** de empresas que prestam serviços públicos, efetivada mediante uma das modalidades previstas no art. 4º, pressupõe a delegação, pelo Poder Público, da concessão ou permissão do serviço objeto da exploração, observada a legislação específica. (grifou-se)

A disposição normativa é nítida, como se percebe, em prever que a privatização – a ocorrer nos moldes do supracitado art. 4º – *não se confunde com a delegação do serviço público em questão*, porquanto a delegação é apenas *pressuposto* da privatização. Assim, mesmo com a alienação da empresa estatal ao setor privado, ainda assim o Estado remanesce titular da atividade material por ela explorada, já que deve outorgar uma concessão/permissão para que a empresa – antes estatal e agora privada – prossiga atuando no mercado. Destarte, o conceito de privatização na Lei n. 8.031/90 pode ser considerado *restritíssimo*, por abranger apenas a movimentação, do público para o privado, de empresas do domínio público.

Ocorre que referida lei foi revogada pela Lei n. 9.491/97, que trouxe sensíveis alterações ao PND. Desvencilhando-se de debates políticos, a nova lei evitou a expressão *privatização*, substituindo-a pela noção de *desestatização*, e deu a esta noção um sentido relativamente mais amplo do que o anterior, consoante se lê do art. 2º, §1º, do novel diploma:

Art. 2º [...]

§ 1º Considera-se **desestatização**:

- a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade;
- b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade.
- c) a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União, nos termos desta Lei. (grifou-se)

Do mesmo modo, a nova redação do art. 4º traduz essa lógica de ampliação conceitual:

Art. 4º As **desestatizações** serão executadas mediante as seguintes modalidades operacionais:

I - alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações;

II - abertura de capital;

III - aumento de capital, com renúncia ou cessão, total ou parcial, de direitos de subscrição;

IV - alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações;

V - dissolução de sociedades ou desativação parcial de seus empreendimentos, com a consequente alienação de seus ativos;

VI - concessão, permissão ou autorização de serviços públicos.

VII - aforamento, remição de foro, permuta, cessão, concessão de direito real de uso resolúvel e alienação mediante venda de bens imóveis de domínio da União.

§ 1º A transformação, a incorporação, a fusão ou a cisão de sociedades e a criação de subsidiárias integrais poderão ser utilizadas a fim de viabilizar a implementação da modalidade operacional escolhida.

[...]

§ 3º Nas desestatizações executadas mediante as modalidades operacionais previstas nos incisos I, IV, V e VI deste artigo, a licitação poderá ser realizada na modalidade de leilão. (grifou-se)

Deve-se notar, assim, que enquanto a legislação anterior atribuía à noção de privatização um sentido restrito, a legislação superveniente, que se encontra em vigência, substituiu-lhe pela denominação *desestatização*, à qual atribuiu significação ampla, abrangendo não só a transferência da *propriedade* de empresas estatais como também a outorga da execução de *atividades* estatais ao setor privado. Para que não paire dúvidas sobre tal ampliação, basta verificar o conteúdo do art. 4º, VI da nova lei, acima transcrito, que faz referência às hipóteses de delegação (outorga) de serviços públicos como modalidade de desestatização, em clara utilização da expressão em seu sentido amplo.<sup>50</sup>

50 Traduzida dos franceses para referir-se às hipóteses exploração privada de serviços públicos, via concessão e permissão, a expressão “delegação de serviços públicos” é inadequada para o caso brasileiro, já que, entre nós, o vocábulo “delegação” assume designação específica por conta dos artigos 11 e seguintes da Lei Federal n. 9.784/99; vale dizer, reporta-se à existência de relações orgânicas, intrassistêmicas na Administração Pública. A tradução mais correta parece ser de “outorga”, que é o título habilitante do exercício, pelo privado, de competências públicas – ou seja, de sua atuação exógena.

O refinamento de tais noções, com a delimitação dos conceitos envolvidos em cada hipótese, é crucial para a compreensão e desenvolvimento do fenômeno da privatização. Para que isso seja feito adequadamente, deve-se antes analisar as tarefas públicas previstas na Constituição de 1988.

### 1.3 Tarefas públicas na Constituição de 1988

Por *tarefas públicas* compreende-se o conjunto de atividades do campo de titularidade estatal, ou seja, atividade em relação às quais o Estado possui responsabilidade de ação, de modo a garantir sua execução como mecanismo de concretização de suas finalidades institucionais. As tarefas públicas são definidas pela Constituição e pela lei através da outorga de competências ao Estado e, como visto, uma parte das tarefas públicas é de titularidade exclusiva do Estado e outra parte é de titularidade compartilhada com a iniciativa privada. As tarefas atribuídas ao Estado, seja no campo de titularidade exclusiva ou compartilhada, podem ser executadas tanto por entidades estatais de direito público e de direito privado (gestão estatal), quanto por entidades privadas (gestão privada), dotadas ou não de finalidade lucrativa, sob os mais diversos modelos de interação público-privada.

O objeto deste tópico consiste na sistematização de cada uma das tarefas atribuídas pela Constituição de 1988 ao Estado brasileiro, com análise acerca da possibilidade e dos limites de sua execução pela iniciativa privada. Essa análise envolve dois conceitos bastante difundidos na doutrina e legislação pátrias: as *atividades típicas de Estado* e as *atividades exclusivas de Estado*. Para o estudo da privatização, essa distinção é de grande importância na medida em que indica o conjunto de tarefas públicas (atividades de titularidade estatal) e as possibilidades de seu trespasse à iniciativa privada.

Nesse espectro, deve-se ir além da tradição doutrinária que costuma reunir, sob a designação de *atividades típicas e exclusivas de Estado*, dois conceitos que indicam realidades distintas.

*Atividades típicas de Estado* são aquelas atividades que o Poder Público exerce em nome próprio, independentemente de um título habilitante e que constituem o fator legitimador de sua existência. O critério de reconhecimento de uma atividade típica de Estado consiste, assim, na atribuição constitucional de competência ao Estado para prestar determinada atividade. A atividade típi-



ca de Estado corresponde, portanto, a toda gama de atividades atribuídas à sua titularidade, como a legislação e a jurisdição, a regulação da economia, a celebração de tratados internacionais, a fiscalização de estabelecimentos privados e a prestação de serviços públicos econômicos e sociais.<sup>51</sup> Essa noção corresponde, assim, à noção aqui adotada de *tarefas públicas*.

Já as *atividades exclusivas de Estado* possuem objeto mais restrito, abrangendo apenas aquela parcela das atividades típicas de Estado não passíveis de trespasse à iniciativa privada. Por óbvio, o fato de uma atividade ser acoetida à exploração estatal não implica, *tout court*, a impossibilidade de sua exploração (endógena ou exogenamente) pelo setor privado, de sorte que os conceitos de “atividade típica de Estado” e “atividade exclusiva de Estado” não são coincidentes. Esse é o sentido adotado no artigo 247 da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 247. As leis previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva **atividades exclusivas de Estado**. (Grifou-se).

O texto constitucional não traz delimitação específica ou um critério único e uniforme que indique quais são as atividades exclusivas de Estado, de sorte que inexistente definição constitucional de quais são, dentre as tarefas públicas, aquelas impassíveis de trespasse ao setor privado.

No campo doutrinário, costuma-se delimitar tais atividades a partir da reserva estatal de competências relacionadas ao uso da violência e ao poder de império. Argumenta-se, nesse passo, que a centralização do poder político, sob a luz do princípio republicano, impõe ao Estado o monopólio do uso da força a ser exercido de modo vinculado ao alcance de seus objetivos institucionais. Assim, ao Poder Público incumbe privativamente o exercício da autoridade e da violência, ou, noutras palavras, o uso legítimo da força.<sup>52</sup> Nessa perspectiva, costuma-se enquadrar como atividades exclusivas de Estado:

51 Expressão similar é encontrada no Código Penal, que ao conceituar *funcionário público*, no § 1º do artigo 327, faz referência à *atividade típica da Administração Pública*.

52 Floriano de Azevedo MARQUES NETO pontua que “o que não pode ser delegado é a autoridade, o poder de impor comandos ou condutas em caráter incontestável e de exercer o monopólio da violência legítima”, sendo esse “o núcleo do poder reservado ao Estado”. Para o autor, “as atribuições indelegáveis são aquelas que decorrem direta e intrinsecamente do exercício da autoridade, do poder

- (i) A atuação típica dos Poderes Legislativo e Judiciário – vale dizer, o exercício das funções legislativas e jurisdicionais;
- (ii) O cerne do Poder Executivo, enfeixado na função de governo;
- (iii) Funções relacionadas à soberania nacional, vinculadas às Forças Armadas: exército, marinha e aeronáutica;
- (iv) Funções relacionadas à segurança pública: polícia federal, polícia civil, polícia militar e corpo de bombeiros;
- (v) O exercício de atividades fiscalizatórias e ordenadoras (poder de polícia administrativa e regulação econômica) por parte da Administração Pública.

Numa tentativa de sistematização, é possível agrupar as atividades exclusivas de Estado referidas usualmente pela doutrina em dois grandes blocos:

- (a) o núcleo duro de atuação dos três Poderes (itens “i” e “ii”, acima);
- (b) as funções estatais que envolvem o exercício de coerção – monopólio legítimo da força (itens “iii”, “iv” e “v”, acima).

Algumas normas infraconstitucionais parecem corroborar tal ponto de vista. É o caso do art. 4º, III da Lei das Parcerias Público-Privadas, que arrola atividades consideradas pela lei como intransferíveis ao parceiro privado:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

[...]

III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;

Em sentido semelhante, prevê o art. 40 da Lei n. 13.019/14, que disciplina os Termos de Colaboração e Termos de Fomento entre o Estado e as Organizações da Sociedade Civil – OSCs:

---

extroverso, do monopólio da violência legítima pelo Estado” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 379-381).

Art. 40. É vedada a celebração de parcerias previstas nesta Lei que tenham por objeto, envolvam ou incluam, direta ou indiretamente, delegação das funções de regulação, de fiscalização, de exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas de Estado.

Todavia, veja-se que tais dispositivos não prescrevem um rol exaustivo de atividades indelegáveis ao setor privado (tanto que utilizam a expressão “outras atividades exclusivas de Estado”), e tanto menos podem ser encarados de forma absoluta (visto que, conforme se discorrerá, algumas atividades ali referidas possuem certa margem de delegabilidade).

A expressão “atividades exclusivas de Estado”, genericamente enunciada (como usualmente ocorre, inclusive no texto constitucional), tem pouca valia. O simples fato de uma atividade estar atrelada ao exercício da soberania e do monopólio legítimo da coação estatal não a exclui automática e integralmente das possibilidades de privatização: em alguma medida e dentro de certas balizas, até mesmo essas atividades poderão ser alvo de algumas de suas modalidades.

### **1.3.1 Tarefas políticas**

Por *tarefas políticas* entende-se aqui o conjunto de atividades de competência estatal vinculadas diretamente ao exercício da soberania e da representação política. Assim, são consideradas tarefas políticas atividades como a criação do Direito e a solução de controvérsias, a elaboração de políticas públicas e a representação diplomática.

#### **1.3.1.1 Legislação**

*Legislar* é competência atribuída a determinados órgãos ou agentes para editar leis, vale dizer, *atos normativos secundários* capazes de criar direitos e obrigações, nos termos da Constituição (*ato normativo primário*). O exercício da legislação envolve a edição de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas e medidas provisórias, que são confeccionadas segundo ritos e requisitos específicos, previstos nos artigos 59 e seguintes da Constituição Federal. Não se confunde o ato de legislar com o *poder regulamentar*, já que este envolve a competência para disciplinar e pormenorizar as leis, mediante edição de decretos, resoluções, portarias e demais atos normativos

infralegais. Do mesmo modo, não se confunde a legislação com a *função regulatória*, já que esta (i) não se limita à edição de leis, (ii) tem como conteúdo específico a disciplina de atividades econômicas.

A legislação é função típica do Poder Legislativo, estruturado na forma dos artigos 44 e seguintes da CF/88, mas seu processo de elaboração pode ter a participação de outros órgãos do Estado, como o Poder Executivo (vide art. 61, §1º, art. 62 e art. 68 da CF/88), o Poder Judiciário (vide art. 93 da CF/88), o Ministério Público (vide art. 128, §5º da CF/88) e, ao que aqui interessa, a própria sociedade civil (vide art. 14 e art. 61, §2º da CF/88). Nesta última hipótese, a iniciativa privada, por meio dos cidadãos no pleno exercício de seus direitos políticos, tem a prerrogativa de participar ativamente do processo legislativo, seja de modo indireto (por meio da escolha de representantes), seja de modo direto, através do *plebiscito*, do *referendo* e da *iniciativa popular de leis*.

O plebiscito consiste em uma consulta prévia à população sobre seu entendimento acerca de determinado tema a ser objeto de atuação legislativa. Já o referendo consiste na consulta à população acerca de determinado dispositivo legal já aprovado, mas com vigência condicionada à aprovação popular. A iniciativa popular de leis refere-se à possibilidade de que cidadãos encaminhem projetos de lei para processamento perante qualquer uma das casas legislativas nas três esferas da Federação.

Casos recentes ilustram a participação privada na legislação brasileira. O primeiro deles foi o plebiscito ocorrido em 1993, para avaliar a forma (monarquia ou república) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que deveriam ser instituídos no Brasil. O segundo foi o referendo a respeito da proibição de comercialização de armas de fogo e munições, passado em 2005, no qual a população opinou pela não entrada em vigência do art. 35 da Lei n. 10.826/2003, com a seguinte redação: “Art. 35. É proibida a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6º desta Lei”. O terceiro exemplo é a Lei Complementar n. 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”), resultado de projeto de lei de iniciativa popular, nos termos do art. 61, §2º da Constituição Federal, que incorporou novas hipóteses de inelegibilidade de agentes políticos, conforme projeto popular.

Pode-se entender que a iniciativa popular em projetos de lei (em maior medida) assim como o plebiscito e o referendo (em menor medida) importam formas de privatização da função legislativa, na medida em que se permitem a execução privada de atividades relacionadas a importantes etapas do processo

legislativo, que ocorrem fora do âmbito estatal. Trata-se de forma louvável de deflagração democrática do processo legislativo, ainda incipiente no Brasil, a ser incentivada e potencializada.

### 1.3.1.2 *Jurisdição*

Por *jurisdição* entende-se a competência estatal de interpretar e aplicar o Direito ao caso concreto, de modo a solucionar, com caráter de definitividade, determinada controvérsia. A jurisdição é tipicamente exercida pelo Poder Judiciário, estruturado na forma dos artigos 92 e seguintes da Constituição.

Tradicionalmente compreendida como atividade exclusiva de Estado, nos tempos atuais tem-se detectado uma forte tendência de execução privada de tarefas de cunho jurisdicional. Não se trata de uma transferência da função jurisdicional do Estado-Juiz para mãos privadas, como que num retorno à autotutela em sede processual. O princípio da inafastabilidade da jurisdição, esculpido de forma sagrada no art. 5º, inciso XXXV da Constituição de 1988,<sup>53</sup> é cláusula pétrea ligada à soberania do Estado e à sua função de garantidor do respeito às leis e à Constituição. E a *jurisdictio*, nos termos da Constituição, é exercida com exclusividade pelo Estado.

Entretanto, a par disso, vislumbra-se o surgimento e mesmo incentivo estatal de modalidades alternativas para a solução das controvérsias, de gênese *privada*, com a finalidade principal de estimular a autocomposição privada de litígios, com diminuição da demanda perante o Poder Judiciário.

É nesse sentido que figuras jurídico-processuais como a *conciliação*, a *mediação* e a *arbitragem* têm funcionado como mecanismos alternativos à judicialização dos conflitos de interesse, e bem assim como forma de privatização do exercício de função jurisdicional, mediante atribuição da competência para a solução dos litígios a arenas privadas de autocomposição extraprocessual.

A arbitragem estatuída pela Lei n. 9.307/96, nesse contexto, é importante forma de privatização da solução de conflitos por intermédio da qual as partes, em livre acordo, renunciam à jurisdição estatal e optam por submeter seus litígios à decisão de um árbitro privado, terceiro imparcial escolhido pelas partes cuja decisão possui efeito vinculante, sendo impassível de revisão pelo Poder Judiciário. A relevância da arbitragem é tal que inclusive pode ser utilizada

53 “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

em litígios que envolvem o próprio Poder Público como uma das partes interessadas – veja-se senão a previsão do art. 11, III da Lei Federal n. 11.079/2004 (Lei de Parcerias Público-Privadas), autorizando a possibilidade de se adotar a arbitragem nos contratos desta natureza.

Acentuando a importância dos mecanismos de solução alternativa de conflitos, o Código de Processo Civil – CPC de 2016 expressamente prevê a necessidade de os juízes *estimularem*, no curso do processo judicial, a solução consensual de conflitos, senão veja-se o conteúdo do art. 3º do novel diploma:

- Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
- § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.
- § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
- § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

É por isso que o novo diploma processual contém, nos artigos 165 e seguintes, inovadoras regras a respeito da conciliação e mediação judicial, tratando, por exemplo, da criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, formados por câmaras de mediação e conciliação, “destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”. Além disso, disciplina a criação de um cadastro nacional de câmaras privadas de conciliação e mediação, oficializando o reconhecimento da autocomposição privada.

Outro exemplo nítido dessa tendência é a figura dos *negócios jurídicos processuais* estatuída no CPC, por meio do qual se autoriza às partes, dentro de certos limites, a negociação do procedimento para solução do conflito instituído, ainda que inserido na atuação jurisdicional. Inclusive, prevê-se a possibilidade de criação de um *calendário* para a prática de determinados atos processuais, a dispensar a intimação das partes. Vejam-se os artigos 190, *caput* e 191 do novel diploma processual:

- Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencio-

nar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

Escancara-se o extremo relevo e incentivo que tem sido dado aos mecanismos privados de solução de litígios, paralelos e complementares à jurisdição estatal de incumbência do Poder Judiciário. Ainda que esta forma de privatização certamente não leve ao extremo de suplantar ou substituir o Poder Judiciário, trata-se de situação que certamente atenua o monopólio estatal da jurisdição em prol da eficiência e adequação de sua finalidade última, que corresponde à solução material dos conflitos.

### *1.3.1.3 Governo*

A noção de *governo* pode ser compreendida como conjunto de atribuições de cunho político-administrativo, emanadas dos órgãos centrais de direção da Administração Pública, com a finalidade de orientar os rumos a serem seguidos pelo ente dirigido. A função de governo é desempenhada de forma típica pelo Poder Executivo, estruturado nos termos dos artigos 76 e seguintes da Constituição. Como manifestações do exercício de tal função, destacam-se a formulação e implementação de políticas públicas, o desenvolvimento de projetos de infraestrutura e a condução das relações internacionais.

#### *1.3.1.3.1 Elaboração de políticas públicas*

Integra a função de governo, em seu núcleo, a formulação de *políticas públicas*, entendidas estas como conjunto de ações, programas e planos formulados e direcionados a atender determinada demanda de interesse público, relacionado a um valor ou diretriz previstos pelo texto constitucional. Conforme Maria Paula Dallari BUCCI:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados [...] visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.<sup>54</sup>

Nesse passo, a definição e implantação de políticas públicas sempre foi tida como atividade tipicamente estatal, competindo ao Poder Público delimitar as áreas de interesse socioeconômico que merecem amparo, delinear os modos e instrumentos de ação que serão adotados em cada área, e programar formas de concretizá-los efetivamente. As políticas públicas são materializadas por leis (mediante atividade legislativa, portanto) e por atos administrativos (mediante atividade administrativa, portanto), emanações tipicamente estatais.

Para colaborar no exercício dessa importante função a Constituição Federal previu a instituição dos chamados *Conselhos de Políticas Públicas*, órgãos colegiados estatuídos pelo Poder Público e dotados de competências específicas, delimitadas pela lei que os institui, para atuar na elaboração e implantação de políticas públicas setoriais.

O texto constitucional não traz disposições específicas acerca de tais conselhos, apenas referindo-se à existência do Conselho de Política Cultural (art. 216-A, §2º, II), do Conselho de Comunicação Social (art. 224) e do Conselho de Saúde (ADCT, art. 77, §3º). O tema é tratado pela legislação infraconstitucional setorial, que cria e regulamenta, em seus respectivos setores socioeconômicos, uma infinidade de conselhos diversos, com natureza, missões e características peculiares. Pode-se citar como exemplos o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA (Lei n. 6.938/81), Conselho Nacional de Saúde (Lei n. 8.142/90), Conselho Nacional de Educação (Lei n. 9.394/96), Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS (Lei n. 8.742/93), Conselho Nacional de Previdência Social – CNPS (Lei n. 8.213/91), Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.242/91) e Conselho Nacional do Esporte (Lei n. 9.615/98).

---

54 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.



Os Conselhos de Políticas Públicas constituem, hoje, uma das principais formas de participação popular na gestão e no controle de ações por parte do Poder Público, na esteira do previsto no art. 37, § 3º da CF/88, funcionando como canal para exercício da democracia na definição, criação, regulamentação e implementação de políticas públicas de interesse social.

Importante emanção das políticas públicas ocorre também no campo da economia, incumbindo ao Estado, nos termos do art. 174 da CF/88, realizar o *planejamento econômico* da nação, mediante elaboração e condução de políticas econômicas que são vinculantes para o setor público e indicativos para o setor privado.

Os reclames populares pela democratização da gestão pública incidem igualmente (e até com mais intensidade) no tema específico da elaboração de políticas públicas. Daí porque tudo quanto dito acima a respeito da privatização da função legislativa, em destaque a necessária aproximação da população na participação do processo legiferante democrático, encontra no tema da formulação de políticas públicas plena realização. Exemplo marcante dessa abertura pode ser extraído do Decreto Federal n. 8.243/2014, que instituiu a Política Nacional de Participação Social – PNPS, com o objetivo de fortalecer a participação popular como método de governança pública. O diploma gerou discussões de ordem política, tendo a Câmara dos Deputados aprovado decreto legislativo sustentando seus efeitos (PDL 1491/2014), encaminhado ao Senado Federal.

### *1.3.1.3.2 Elaboração de projetos*

Ainda que seja discutível sua natureza política ou administrativa, deve-se dar relevo ao recente fenômeno de privatização que vem ocorrendo no que toca à elaboração de *projetos de infraestrutura* pública, movimento iniciado com a Lei das Concessões (Lei n. 8.987/95) e propiciado pela Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei n. 11.079/2004).

Tradicionalmente, sempre foi o Poder Público quem definia, no âmbito estatal, todos os contornos (técnicos, econômicos, gerenciais, etc.) dos projetos de infraestrutura que seriam posteriormente licitados para outorga ao setor privado. Isso muitas vezes gerava um grave atraso, em razão de insuficiências e inconsistências técnicas ou econômicas dos projetos elaborados pela Admi-

nistração, ocasionando a falta de interesse do setor privado e fracassando os intentos de implementação.

Após a Lei das PPPs, criou-se no Brasil cenário favorável à instituição de figura jurídica inovadora no ordenamento brasileiro, que possibilita os privados a, de ofício ou mediante provocação do Poder Público, apresentar levantamentos, estudos e projetos técnicos de sua autoria, com vistas a auxiliar a Administração Pública a estruturar sua posterior licitação para outorga ao setor privado. A figura jurídica em questão foi denominada de Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) ou ainda de Manifestação de Interesse Privado (MIP), sendo verificada também a utilização da expressão Proposta Não Solicitada (PNS), em alguns casos específicos.

Vale referir que, muito embora já houvesse previsão no art. 21 da Lei n. 8.987/95 e no art. 31 da Lei n. 9.074/95 acerca da possibilidade de o setor privado realizar estudos e projetos concessionários ao Poder Público, as disposições eram absolutamente lacunares, tratando apenas do ressarcimento dos estudos e da possibilidade de participação do autor na futura licitação para concessão. Para além disso, a lei silenciava. O quadro mudou sensivelmente após a Lei das PPPs, que acentuou a necessidade de específica regulamentação no que toca ao PMI. Inicialmente disposta no Decreto n. 5.977/2006, tal regulamentação foi recentemente alterada pelo Decreto n. 8.428/2015, diploma que adotou de forma expressa a nomenclatura “Processo de Manifestação de Interesse”.

Tamanha a importância e a atualidade do tema que, na Medida Provisória n. 727, de 21 de maio de 2016, que criou o denominado “Programa de Parcerias de Investimentos – PPI”, foram instituídas algumas regras complementares em relação ao PMI, que recebeu nova denominação – Procedimento de Autorização de Estudos – PAE.<sup>55</sup> Algo semelhante foi instituído pela Lei n. 13.019/2014 que, ao disciplinar novos vínculos entre a Administração Pública e entidades do Terceiro Setor, previu a figura do Procedimento de Manifestação de Interesse Social – PMIS, enquanto “instrumento por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao poder público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria”.

---

<sup>55</sup> As disposições a respeito do PAE foram, no entanto, eliminadas quando da conversão da MP na Lei n. 13.334/16.

É fácil notar que o PMI/PAE/PMIS funciona como autêntica forma de *privatização da elaboração de projetos de infraestrutura*, na medida em que, por seu intermédio, o Poder Público se socorre da iniciativa privada para auxiliá-lo na elaboração de estudos, levantamentos e projetos técnicos, econômicos e jurídicos aptos a subsidiarem uma futura licitação. No PMI/PAE/PMIS, o setor privado analisa um determinado campo de interesse do Estado e, a partir de estudos e levantamentos técnicos, elabora um projeto técnico completo, descrevendo possíveis soluções a serem adotadas em parceria com a iniciativa privada. Em todas as hipóteses, deve-se notar que a decisão final pela celebração de uma parceria, bem como a modelagem a ser adotada, constitui prerrogativa exclusiva da Administração Pública, que em nenhuma das modalidades de estruturação integrada vincula-se às propostas apresentadas pela iniciativa privada.

#### *1.3.1.3.3 Representação diplomática e segurança nacional*

A *representação diplomática* compõe-se de um conjunto de atribuições dos agentes públicos da carreira diplomática, atinentes à representação dos interesses da República Federativa do Brasil no exterior, perante pessoas (cidadãos e autoridades) e órgãos (públicos e privados). Seus princípios basilares constam do art. 4º da Constituição e sua estrutura está regulamentada pela lei n. 11.440/06, que instituiu o denominado Serviço Exterior Brasileiro, composto pelas carreiras de Diplomada, Oficial de Chancelaria e Assistente de Chancelaria. A ocupação dos cargos é privativa para brasileiros natos, na forma do art. 12, §3º, V da CF/88.

Já a *segurança nacional* consiste no conjunto de atividades desempenhadas pelas Forças Armadas – Exército, Marinha e Aeronáutica – com o objetivo primordial de defender o território nacional, garantindo a soberania da República Federativa do Brasil, e de garantir a existência (e independência) dos Poderes. O tema é disciplinado pelo artigo 142 da Constituição de 1988, que assim prescreve:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Ainda que se possa questionar o fato de a expressão “instituições nacionais” descrita no art. 142 da CF/88 não remeter necessariamente a instituições *estatais*, o fato de se tratarem de organizações *permanentes, regulares e sob a autoridade suprema do Presidente da República* tornam as Forças Armadas sensivelmente desajustadas à lógica privada. De todo modo, a estrita e literal dicção constitucional não veda, por si só, que em caso de urgência e necessidade o Estado Brasileiro proceda à contratação de exércitos privados (mercenários), a exemplo do que ocorre ao redor do mundo, sendo a estadunidense *blackwater* o caso mais famoso.

O alistamento militar, previsto no art. 14, §1º da CF/88, não afasta tal conclusão. Por alistamento militar pode-se entender o registro de todos os homens maiores de 18 anos e menores de setenta anos, alfabetizados, perante as Forças Armadas, para comporem os seus quadros (seja em atividade ou em reserva). O alistamento é facultativo para os analfabetos, para os maiores de setenta anos e para aqueles entre 16 e 18 anos.

A lógica do alistamento militar – seja ele obrigatório ou facultativo – não obsta por si só a contratação de exércitos privados. Isso porque a finalidade do alistamento é garantir a existência de combatentes (em atividade ou em potencial) em caso de necessidade, mas não esgotar a mão-de-obra de guerra eventualmente disponível no mercado. Assim, ainda que seja vedada, por questão de lógica, a formação de exércitos privados formados por nacionais (já que todos estarão alistados e poderão ser demandados a guerrear), seria possível cogitar a contratação, pelo Estado Brasileiro, de forças de apoio provenientes de outras localidades para auxiliá-lo em combate.

### 1.3.2 *Tarefas ordenadoras*

*Tarefas ordenadoras* são as atividades estatais voltadas à garantia da ordem e da boa convivência entre os cidadãos, as empresas e as ONGs estabelecidos no território de um Estado. Por meio da atividade ordenadora, o aparato estatal delimita, fiscaliza e sanciona comportamentos incompatíveis com os valores albergados pelo ordenamento jurídico. Trata-se da dimensão que Carlos Ari SUNDFELD denomina *Administração Ordenadora*, compreendida como “parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade,

para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhes é próprio”.<sup>56</sup>

Enquanto a tarefa política é exercida pelo Poder Legislativo, Poder Judiciário e Poder Executivo, por meio da legislação, jurisdição e governo, a tarefa ordenadora é exercida predominantemente pelo Poder Executivo, por meio da *função administrativa*. Trata-se de tarefa essencial à própria existência do Estado enquanto sociedade política, haja vista que a convivência humana depende de organização, dada pela atividade ordenadora.

### *1.3.2.1 Polícia administrativa*

A principal tarefa pública ordenadora das relações sociais e econômicas refere-se à atividade conhecida como *atividade de polícia* ou *poder de polícia*, bastante desenvolvida no seio do Estado Liberal.

Segundo Themístocles Brandão CAVALCANTI o poder de polícia volta-se “à proteção dos bens, dos direitos, da liberdade, da saúde, do bem-estar econômico”, constituindo uma “limitação à liberdade individual”, ao mesmo tempo em que tem por finalidade “assegurar esta própria liberdade”.<sup>57</sup> De modo semelhante, Celso Antônio Bandeira de MELLO define poder de polícia como “a atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos”, referindo-se, portanto, ao “complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos”.<sup>58</sup> Noutra oportunidade, definiu-o o autor como “ação administrativa de efetuar os condicionamentos legalmente previstos ao *exercício* da liberdade e da propriedade das pessoas a fim de compatibilizá-lo com o bem-estar social”.<sup>59</sup> É por essas características que o poder de polícia é essencialmente negativo, ou

56 SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 20.

57 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964, p. 134-135.

58 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 809.

59 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 295.

seja, através de seu exercício o Estado pretende evitar um dano, ordenando uma abstenção (e, excepcionalmente, uma ação positiva) por parte do particular.<sup>60</sup>

Assim, o poder de polícia pode ser compreendido como a atuação da Administração Pública que condiciona ou limita a liberdade e a propriedade privadas em prol de interesses coletivos. Há no ordenamento brasileiro uma definição legal de poder de polícia, encartada no art. 78 do Código Tributário Nacional:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Fica fácil notar o porquê de a noção de poder de polícia ter sido de grande utilidade durante o Estado Liberal. Nas palavras de Carlos Ari SUNDFELD, a ideia de que “foi cunhada para um Estado mínimo desinteressado em interferir na economia, voltado sobretudo à imposição de limites negativos à liberdade e à propriedade”.<sup>61</sup> Em assim sendo, não poderia a noção de polícia escapar do enfoque tradicional do Direito Administrativo oitocentista, girando na órbita da autoridade. Como aponta Marcello CAETANO, “a polícia é *atuação da autoridade*”, visto que “pressupõe o exercício de um *poder condicionante de atividades alheias*, garantido pela *coação* sob a forma característica da Administração”.<sup>62</sup>

O raciocínio é facilmente demonstrável: o Estado Liberal, de cariz abstencionista, atuava apenas subsidiariamente na esfera econômico-social, preferindo deixar ao encargo dos privados a prestação de serviços e oferecimento de bens, utilidades e comodidades à população. A função do Estado Liberal era, portanto, a de “guardião noturno”, de garantidor de que o jogo do mercado seria preservado, sem danificar os “interesses públicos”: para tanto, lançava mão do

60 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 816-817.

61 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 14.

62 CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. T. II. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1151.

poder de polícia, ordenando a atuação dos privados nos moldes desejáveis a fim de preservar o bem comum. Aqui ocupam destaque as leis de cunho policial, limitadoras da liberdade e propriedade privadas.

É de se notar, portanto, que o poder de polícia envolve a interferência estatal com foco na esfera de relações sociais e econômicas privadas, quer dizer, relaciona-se prioritariamente à conformação estatal de bens e atividades do *setor de titularidade privada*. Isso não quer dizer que inexistam exercício de poder de polícia em relação às esferas de titularidade estatal: considerando que houve a assunção estatal de tarefas sociais e econômicas no século XX, naturalmente a noção de polícia foi alargada para abranger também tais supostos, de modo que o Estado, ao policiar funções de sua titularidade, exerce forma de autocontrole. Todavia, a maior relevância do poder de polícia no que toca à esfera de titularidade estatal refere-se aos casos de atuação privada exógena, em que o Estado policia a atuação *privada* no setor de titularidade estatal.

Atualmente, diversos dispositivos outorgam competências de polícia administrativa aos entes federativos, como por exemplo o art. 21 da CF/88, que atribui à União a competência para “autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico” (inciso VI), “administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada” (inciso VIII), “estabelecer as áreas e as condições para o exercício da atividade de garimpagem, em forma associativa” (inciso XXV); e também o art. 23 da CF/88, que disciplina ser competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas” (inciso VI), “preservar as florestas, a fauna e a flora” (inciso VII).

Tradicionalmente, sempre se entendeu ser o poder de polícia absolutamente indelegável, já que se trata de atividades estatais que envolvem o uso da força, da coerção, cujo monopólio legítimo seria atribuído apenas ao Estado. Tal entendimento foi manifestado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 1.717, ao tratar da competência fiscalizatória das entidades de classe e reputar serem os atos de polícia administrativa impassíveis de delegação aos particulares. Mais recentemente, foi reconhecida a repercussão geral do ARE n. 662.186, de relatoria do Ministro Luiz Fux, assim ementada:

Direito constitucional e administrativo. Aplicação de multa de trânsito por sociedade de economia mista. Poder de polícia. Delegação dos atos de fiscalização e sanção a pessoa jurídica de direito privado.<sup>63</sup>

Ocorre que, como bem pontua Gustavo BINENBOJM, “não há óbices constitucionais peremptórios à transferência de competências estatais ordenadoras a pessoas submetidas ao regime jurídico de direito privado”, de sorte que o exercício privado do poder de polícia não é, *per se*, ilegítimo. Doutrou lado, contudo, ressalta o autor ser impossível “extrair da Constituição uma autorização para a delegação ampla, genérica e ilimitada de poderes de polícia a particulares”.<sup>64</sup> É necessário, pois, encontrar o meio termo.

Considerando-se que o cerne da pretensa indelegabilidade do poder de polícia reside, conforme acima visto, na noção do monopólio do Estado sobre o uso legítimo da coação, passou-se mais recentemente a compreender que uma série de manifestações da polícia administrativa não envolvem necessariamente o uso desse poder, bem como de que é possível, dentro da atividade de polícia administrativa, que existam prestações materiais de cunho *accessório* ou *instrumental* ao exercício da função em questão.

A partir daí, operou-se uma *cisão*, dentro do âmbito do poder de polícia, de atividades que envolveriam o exercício da coação, de um lado, e atividades que não demandariam o uso da força em sua prestação, de outro. No que toca ao primeiro grupo de atividades, estas remanesceriam sendo indelegáveis; mas, no que toca ao segundo grupo, tratar-se-ia de atividades que, mesmo relacionadas ao exercício do poder de polícia, poderiam ser privatizadas pelo Estado.

É exatamente nesse caminho o argumento de Marçal JUSTEN FILHO ao raciocinar que “se for possível identificar no âmbito do aludido ‘poder de polícia’ margens de competência não relacionadas com o exercício de poder de coerção, haverá a plena possibilidade da delegação de seu exercício a particulares”.<sup>65</sup> Igualmente, Floriano de Azevedo MARQUES NETO pontua:

63 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 662.186/MG, Relator Ministro Luiz Fux, julg. 22 mar. 2012, *Diário de Justiça da União*, 13 set. 2012.

64 BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 244.

65 JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 29.



[...] dentro do que tradicionalmente podemos considerar poder de polícia, há atividades que podemos facilmente considerar como delegáveis por concessão, seja por representarem etapas que não se traduzem diretamente no exercício do poder extroverso, seja porque são caracterizadas como atividades de apoio ao exercício da autoridade.<sup>66</sup>

É por isso que, para o autor, “a indelegabilidade não alcança atividades que, malgrado necessárias ao exercício da autoridade, são instrumentais e de suporte à manifestação do poder coercitivo”.<sup>67</sup>

Para a compreensão do tema, é útil a classificação de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, que desdobra a atividade de polícia em quatro momentos:

- (i) norma de polícia: edição do ato normativo geral que conterà a descrição da atividade, a proibição ou permissão de sua exploração, os requisitos para sua exploração (se esta for permitida, por óbvio), o processo de fiscalização, as penalidades em caso de descumprimento da norma, etc.
- (ii) consentimento de polícia: ato administrativo que confere anuência do Poder Público ao exercício da atividade (licença/autorização);
- (iii) fiscalização de polícia: realização concreta das diligências de verificação do cumprimento dos requisitos descritos na norma geral de polícia;
- (iv) sanção de polícia: aplicação das penalidades descritas na norma geral de polícia.<sup>68</sup>

A partir daí, conclui o autor que o segundo e o terceiro momentos seriam plenamente executáveis por particulares. Esse entendimento, inclusive, já foi ratificado pelo Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. TRÂNSITO. SANÇÃO PECUNIÁRIA APLICADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE. (...) 2. No que tange ao mérito, convém assinalar que, em sentido amplo, poder de polícia pode ser con-

66 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 380.

67 *Ibidem*, p. 379.

68 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 133.

ceituado como o dever estatal de limitar-se o exercício da propriedade e da liberdade em favor do interesse público. A controvérsia em debate é a possibilidade de exercício do poder de polícia por particulares (no caso, aplicação de multas de trânsito por sociedade de economia mista). 3. As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupo, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção. 4. No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); a emissão da carteira corporifica a vontade o Poder Público (consentimento); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao CTB (sanção). 5. Somente o atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público. 6. No que tange aos atos de sanção, o bom desenvolvimento por particulares estaria, inclusive, comprometido pela busca do lucro - aplicação de multas para aumentar a arrecadação.<sup>69</sup>

A discussão ganhou atualidade em recentes projetos de Parceria Público-Privada que envolvem serviços múltiplos de atendimento ao cidadão, como a UAI (Unidade de Atendimento Integrado) mineira, o paulista Poupatempo, o fluminense Rio Poupa Tempo e o paranaense Tudo Aqui Paraná (este em fase de estudos). Nesses centros de atendimento ao cidadão, condensa-se na figura do concessionário a prestação de serviços como emissão de CPF, RG e Carteira de Trabalho; emissão de alvarás e atestados de antecedentes criminais; obtenção de certidões eleitorais, previdenciárias e tributárias; certificados de registro e venda de veículos; dentre outros inúmeros serviços. Note-se, no caso, tem-se atividades diretamente relacionadas ao conceito de polícia administrativa, mas que, no entanto, não envolvem a utilização de coerção (situam-se no campo do consentimento de polícia e da fiscalização de polícia, referidas acima), pelo que se admitiria sua execução por entes privados.

Outro grande exemplo de privatização de funções de polícia costuma ocorrer no policiamento do tráfego de veículos, mediante contratação de em-

---

69 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 817.534/MG. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julg. 10 nov. 2003, *Diário de Justiça da União*, 10 dez. 2009.

presa privada para instalar e operar radares eletrônicos nas vias públicas. Na formatação mais utilizada, a empresa privada fornece o equipamento eletrônico, instala-o conforme orientações do Poder Público (por vezes é o próprio privado quem realiza os estudos e planeja o melhor local para a instalação), opera-o e envia as multas emitidas ao ente municipal competente (secretaria ou autarquia) para instauração do processo administrativo punitivo. Trata-se de mais um exemplo de privatização de funções instrumentais, não relacionadas ao núcleo de coerção do poder de polícia.

Nesses termos, pode afirmar que a cisão do poder de polícia entre atividades que envolvem o uso de coerção (supostamente indelegáveis) e atividades que não envolvem dito uso (delegáveis), em alguns casos, pode ser artificial. Não é automática a correlação entre uso da coerção, de um lado, e indelegabilidade da atividade, de outro. Noutros termos: não é porque uma atividade envolve a utilização de poder de coerção que ela será, pura e simplesmente por isso, indelegável em absoluto.

Pense-se no exemplo do art. 29, VIII da Lei n. 8.987/95 (Lei das Concessões de Serviços Públicos), que atribui à Administração Pública a opção de outorgar ao concessionário o poder de promover as desapropriações necessárias à execução dos serviços contratados; reprisado no art. 31, VI da mesma lei, que acrescenta ainda o direito da concessionária de promover servidões. Note-se, a toda evidência, que se trata de outorga à concessionária de nítidas funções que envolvem o uso da coerção, posto que a desapropriação é típica forma de exercício de prerrogativa de *puissance publique* por parte do Estado. Sendo assim, se o ordenamento brasileiro admite a delegação, ao privado, da possibilidade de promover desapropriações e servidões, por certo não é vedada em caráter absoluto a delegação de atos que envolvem o uso da coação.<sup>70</sup>

Daí se constata ser preciso superar o *critério da coerção* como baliza para a delegabilidade ou não de funções de polícia administrativa. Em alguns casos, haverá *possibilidade*, em tese, de delegação de funções de polícia mesmo que envolvam o uso de coerção, desde que para tanto haja expressa previsão legal.

---

70 Veja-se que não se está aqui afirmando ser a desapropriação atividade derivada do exercício de poder de polícia. O exemplo é utilizado para ilustrar que funções que envolvem coerção podem ser outorgadas aos particulares.

Em outros casos, mesmo funções que não contenham uso de coerção poderão ser consideradas indelegáveis.<sup>71</sup>

### 1.3.2.2 *Segurança pública*

*Segurança pública* corresponde ao conjunto de atividades estatais voltadas à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, exercidas pelas polícias federal, rodoviária, ferroviária, civil e militar, e pelo corpo de bombeiros. As ações de segurança pública inserem-se no conceito de polícia administrativa, visto acima, mas possuem caracteres especiais relacionados ao uso de armamento. Tanto é assim que os órgãos dentro da estrutura estatal encarregados de exercer a segurança pública são disciplinados segundo padrões de conduta bastante similares às forças armadas.

A tarefa de garantir a segurança pública está prevista pelo do artigo 144 da Constituição Federal, que atribui competência ao Estado, mas reconhece também a responsabilidade dos cidadãos, nos seguintes termos:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...]

Trata-se, portanto, de uma tarefa pública a ser cumprida com apoio da sociedade, que deve zelar pela manutenção da incolumidade física e patrimonial, sendo corresponsável pela manutenção da ordem.

Mesmo que o dispositivo acima citado aponte ser a segurança pública dever do Estado, entende-se que tal redação não impede, aprioristicamente, que o Estado privatize algumas espécies de funções vinculadas ao exercício desta atividade. Vale dizer: nem toda função, simplesmente por se relacionar à segurança pública, será absolutamente vedada à iniciativa privada.

Em primeiro lugar, deve-se fazer referência à *segurança privada*, compreendida como o conjunto de serviços de proteção pessoal e patrimonial, contrata-

---

71 Sobre o tema, conferir: KLEIN, Aline Lícia. **Exercício de atividades de polícia administrativa por entidades privadas**. 457 fls. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014; BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 287 e seguintes; MARRARA, Thiago. O exercício do poder de polícia por particulares. **Revista de Direito Administrativo**, v. 269, p. 255-269, 2015.

dos individualmente pelos interessados junto a empresas de vigilância, dotadas de porte de arma e demais prerrogativas conforme Lei n. 10.826/03, art. 6º, VIII. Nessa hipótese, ainda que a segurança privada acabe por auxiliar o Poder Público no exercício de sua tarefa, seja preventivamente (em razão da presença visual de um vigilante ou guarda-costas coibir a prática de delitos) ou mesmo repressivamente (perseguição e captura de agentes infratores), é inegável que tal hipótese não consiste em trespasse das funções de segurança pública sob responsabilidade do Estado, e sim na prestação privada de funções análogas, em caráter suplementar à prestação estatal.

Hipótese diversa diz respeito à possibilidade de particulares figurarem como *representantes* do Estado no exercício de tais funções. É com base nisso, por exemplo, que há algum tempo se popularizou a prestação de serviços em aeroportos por agentes privados *terceirizados* pela Polícia Federal, responsáveis não apenas por atividades instrumentais, mas muitas vezes por questões como a conferência de documentos e bagagens, nítida atividade finalística da Polícia Federal nos aeroportos. Instituída para contornar greve deflagrada pelos Policiais Federais, a terceirização de serviços nos aeroportos perdura até os dias de hoje, a despeito das determinações do Tribunal de Contas da União.<sup>72</sup>

À margem do tema específico atinente às terceirizações e seus limites, que serão enfrentados no próximo capítulo, o fato de atividades antes desempenhadas por policiais federais, civis e militares estarem sendo delegadas a pessoas privadas ressalta uma tentativa de superação da noção tradicional acerca da indelegabilidade absoluta de funções de segurança pública, haja vista que nem toda atividade será indelegável pura e simplesmente por se relacionar à segurança pública.

Outra questão interessante a propósito da execução privada de tarefas relacionadas à segurança pública, diz respeito à gestão de presídios pela iniciativa privada. Nesse tema, duas experiências adotadas no Brasil merecem destaque.

A primeira refere-se à gestão pela APAC – Associação de Proteção e Assistência aos Condenados. Trata-se de entidade civil, sem fins lucrativos, dedicada à recuperação e reintegração social dos cidadãos condenados a penas privativas de liberdade, funcionando como auxiliar do Poder Judiciário na execução penal e do Poder Executivo na administração do cumprimento das penas privativas

---

72 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1449/2012. Processo n. 026.156/2011-3. Plenário. Relator Ministro Raimundo Carreiro, julg. 13 jun. 2012.

de liberdade. A primeira APAC foi implementada em São José dos Campos/SP, no ano de 1972, e atualmente já há mais de 100 (cem) unidades prisionais, no Brasil e no exterior, sendo destaque a APAC de Itaúna-MG. Vale dizer que as APACs são unidades externas aos presídios, ou seja, trata-se de ambiente *genuinamente privado* de execução penal. Tanto é assim que em diversas APACs sequer há agentes penitenciários e guardas.

A segunda experiência de privatização em presídios refere-se às Parceria Público-Privadas (PPPs), arrimadas na Lei Federal n. 11.079/2004, por intermédio das quais um privado concessionário fica responsável pela construção, manutenção e operação de uma unidade prisional, o que inclui a gestão dos serviços relacionados à segurança (não só a segurança interna, voltada à integridade dos detentos, como também externa, em relação a fugas e rebeliões). Deve notar que nas PPPs, o objeto da parceria é mais amplo que nas APACs, sendo que o parceiro privado é responsável por construir e gerir uma autêntica unidade prisional, que se reverterá à propriedade do Estado ao final do contrato de PPP.

Em razão dessas experiências, a doutrina pátria tem debatido até que ponto seria possível atribuir ao privado a gestão e operação de serviços de segurança no interior da unidade prisional, e se tal não configuraria uma indevida usurpação das funções do Estado relacionadas à segurança pública.<sup>73</sup> Debate-se, assim, qual o ponto ótimo de equilíbrio entre as funções do Parceiro Privado e aquelas que devem remanescer aos cuidados do Parceiro Público. Em Minas Gerais, por exemplo, o concessionário é responsável pela instalação e manutenção do sistema de monitoramento via câmeras e das tecnologias antifuga, mas o pessoal encarregado de exercer o patrulhamento, acompanhamento de presos e demais atividades é composto exclusivamente por agentes penitenciários (agentes públicos, portanto). Em nenhum dos casos, por óbvio, a privatização alcança a persecução penal, atividade indelegável que envolve funções legislativas (tipificação do crime) e jurisdicionais (aplicação da pena).

---

73 Sobre o tema, conferir: KLEIN, Aline Lícia. A utilização de parcerias público-privadas para a gestão de estabelecimentos prisionais. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. São Paulo: RT, 2015, p. 677-702.

### 1.3.2.3 Regulação econômica

*Regulação econômica* consiste num conjunto de técnicas ordenadoras de que lança mão o Estado para disciplinar os mais variados aspectos atinentes à iniciativa em matéria econômica, envolvendo o estabelecimento de critérios para o ingresso num determinado mercado e para a atuação dos agentes econômicos dentro dele, seja ou não em regime de competição. A regulação enquanto disciplina a atividade estatal da exploração de bens e atividades foca-se, portanto, estritamente na dimensão econômica do problema.

Na esteira de Vital MOREIRA, o conceito operacional de regulação pode ser compreendido como “o estabelecimento e a implementação de regras para a atividade econômica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos”.<sup>74</sup> Para o autor, o essencial do conceito de regulação é o de alterar o comportamento dos agentes econômicos em relação ao que eles teriam se não houvesse a regulação.

É tênue a linha divisória entre as noções de regulação e de poder de polícia. Conforme explica Marçal JUSTEN FILHO, “sob certo ângulo, a regulação consiste na utilização permanente, racional e intensificada das competências de poder de polícia”.<sup>75</sup> No entanto, é necessário ressaltar a peculiaridade da função regulatória face à função de polícia, em duas principais dimensões. Em igual senso, Gustavo BINENBOJM pondera que os conceitos apresentam ampla zona de intersecção (já que a regulação utiliza, por vezes, instrumentos de polícia administrativa para atingir seus fins, mas não se equivalem porquanto “a regulação da economia envolve um arsenal amplo de estratégias de interferência no comportamento dos agentes econômicos para alcançar seus objetivos”, combinando-se aos mecanismos próprios do poder de polícia outros tantos bastante diversos, tais como as medidas de fomento e o empreendedorismo estatal.<sup>76</sup>

Quanto ao seu *objeto e finalidade*, diversamente do poder polícia que possui alcance bastante amplo e plural, a regulação tem por foco estritamente o disciplinamento de *atividades econômicas*, sejam elas públicas ou privadas. O fato de as normas regulatórias por vezes envolverem temas atinentes ao meio ambiente

74 MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 34.

75 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 669.

76 BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, ordenação, regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 75-76.

e ao consumidor, por exemplo, não despolariza esse foco da regulação enquanto técnica ordenadora da prática de atividades econômicas. Assim, é possível encontrar no objetivo da atuação administrativa uma importante distinção entre as noções de polícia e regulação: enquanto a noção de polícia é mais ampla, abrangendo a atuação administrativa voltada a averiguar a compatibilidade da atuação privada a uma série de supostos de interesse público (segurança, saúde, bem-estar, etc.), uma noção estrita e operativa de regulação tem como foco a dimensão econômica da equação.

Quanto ao seu *alcance*, diversamente do poder de polícia, constata-se que a regulação incide tanto sobre a atuação estatal (endógena ou exógena) quanto sobre a atuação privada (endógena ou exógena). Relembre-se que a noção de polícia, relacionada à atividade estatal de ordenação (*ordenatio*), conforma espécie de atuação tipicamente interventiva: por intermédio do exercício do poder de polícia, o Poder Público averigua a atuação *privada* a fim de perquirir se ofende ou não determinados bens jurídicos de interesse público. Trata-se, assim, de uma forma de controle estatal sobre a atuação do setor privado – seja ela endógena ou exógena.<sup>77</sup>

A função de regulação é atribuída pela Constituição de 1988 ao Estado pelo art. 174 do diploma constitucional, que afirma ser o Estado o “agente normativo e *regulador* da atividade econômica”. Para desempenhar tal missão, foram criadas no Brasil entidades como o Banco Central (BACEN – Lei n. 4.595/64) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE – criado pela Lei n. 4.137/62 e atualmente disciplinado na Lei n. 12.529/11). Mais recentemente, no contexto da Reforma do Estado apresentada linhas acima, foram instituídas com inspiração nas *Independent Agencies* diversas autarquias a que se atribuiu regime especial, vincado em sua autonomia técnica e administrativa. Trata-se das Agências Reguladoras, entidades dotadas de competências específicas voltadas à regulação de setores econômicos determinados. Nesse vértice, a especialização das agências reguladoras explica-se pela necessidade de adequação de sua atuação ao ambiente econômico a ser regulado.

---

77 Note-se, do exposto acima, ser incorreto afirmar que o exercício de poder de polícia não ocorre em setores de titularidade estatal: a assunção estatal de inúmeras atividades a partir do século XX tornou inevitável a incidência de poder de polícia sobre tais atividades. Mas é inegável que a importância do poder de polícia ganha maior relevo quando se está diante da *atuação privada exógena* em tais setores.



Insta firmar que, para além da regulação de origem estatal, denominada de *heterorregulação*, o ordenamento por vezes abre margem para que o próprio setor econômico crie regras que disciplinem sua atuação, ao que se denomina *autorregulação*. Exemplos típicos são os conselhos de classe (CRM, CRC, CRECI, CREA, etc.), autarquias dotadas de regime *sui generis*, e o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), entidade sem fins lucrativos responsável pelo controle da atividade publicitária.

Os Conselhos de Classe, responsáveis pela regulamentação das profissões, foram historicamente enquadrados como autarquias com regime especial. Em fins do século passado, com a superveniência da Lei n. 9.649/98, foram transformados em entidades de direito privado. Ocorre que, por considerar que tais entidades exercem poder de polícia e que tal poder seria típico de entidades de direito público, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI n. 1.717, suspendeu a eficácia do dispositivo supracitado, retomando sua configuração como autarquias. Tal entendimento não se aplica, contudo à Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, entidade *sui generis* que, nos termos da decisão prolatada pelo STF na ADI n. 3.026, possui personalidade jurídica de direito privado.

### **1.3.3 Tarefas prestacionais**

Além das tarefas políticas e ordenadoras, relacionadas à soberania, também são de titularidade estatal uma série de *tarefas prestacionais* necessárias à consecução dos fins do Estado. Como visto acima, o texto constitucional e a legislação elege, em cada momento histórico, uma gama mais ou menos ampla de prestações a serem assumidas como instrumento de concretização de seus objetivos.

No ordenamento brasileiro, grande parte dessas tarefas prestacionais encontra-se prevista no próprio texto constitucional, que impõe ao Estado a responsabilidade pela prestação de uma série de atividades, as quais são qualificadas pela dogmática jurídica como *serviços públicos* (econômicos e sociais), como *atividades econômicas em sentido estrito* e como *monopólios públicos*.

### 1.3.3.1 Serviços públicos

*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,<sup>78</sup> e não de construções doutrinárias tradicionais, possivelmente desconectadas do texto constitucional e da própria realidade social.<sup>79</sup> É por isso que Marçal JUSTEN FILHO afirma ser “impossível formular um conceito genérico de serviço público com aspiração a uma validade universal”, já que “cada conceito reflete as características de um ordenamento jurídico, num determinado momento histórico”.<sup>80</sup> É também por conta disso que, ao importar conceitos advindos de ordenamentos estrangeiros, deve-se sempre fazê-los passar pelo filtro constitucional, de modo a buscar, ao máximo possível, um “serviço público à brasileira”.<sup>81</sup>

Nessa perspectiva, deve-se ressaltar a maleabilidade da noção de serviço público, que pode assumir acepção mais ou menos ampla, a depender do contexto em que utilizada. Em um *sentido amplíssimo*, serviço público corresponde a toda e qualquer atividade exercida pelo Estado. Nesse sentido, são serviços públicos todas as atividades estatais, incluindo aquelas desenvolvidas pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo. Em *sentido menos amplo*, serviço público

---

78 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 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).

79 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).

80 JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 17. No mesmo passo, afirma Jêze que “para saber se existe serviço público propriamente dito é necessário averiguar se essa foi a intenção dos governantes, e esta vontade se aprecia não por uma característica particular essencial, senão por um conjunto de sinais” (JÊZE, Gaston. **Principios generales del Derecho Administrativo**. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1948, p. 292).

81 Expressão extraída de: COUTO E SILVA, Almiro do. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 479.

é entendido como aquele conjunto de prestações estatais exercidas pelo Poder Executivo, incluindo as atividades ordenadoras, como as atividades de fiscalização, vigilância e controle. Já em *sentido estrito*, serviço público diz respeito ao conjunto de atividades prestacionais em relação às quais o Estado assume responsabilidade pela garantia de sua oferta em favor da sociedade, podendo ser exercidas diretamente pela Administração Pública ou por entes privados, sob um regime jurídico que garanta sua estabilidade, continuidade, eficiência e adequação. Para o Direito, o sentido estrito de serviço público é que possui mais utilidade, pois corresponde a um determinado conjunto de leis que formam seu regime jurídico.

Nessa esquadra, o serviço público não é um *objeto*, ou seja, um dado concreto extraído da realidade. Ao revés, trata-se de uma *qualificação especial legislativamente atribuída a uma atividade*, por possuir características especiais e, conseqüentemente, pelo regime jurídico especial a que deve estar submetida. É mediante uma *decisão política*, normativamente positivada, que determinadas atividades são *qualificadas como serviços públicos*: a atividade não nasce serviço público *ab ovo*, mas é alçada como tal através do Direito.<sup>82</sup>

Portanto, conclui-se nessa primeira aproximação que, salvo algumas exceções constitucionalmente dispostas, não há no Brasil serviços públicos *em si mesmos*,<sup>83</sup> mas sim critérios constitucionais que dirigem sua instituição. E o foco da definição *jurídica* de serviço público está, segundo posição aqui defendida, na presença *concomitante* do critério orgânico (*titularidade pública*) e formal (*regime jurídico* a que está submetida a prestação da atividade legislativamente qualificada como tal, um regime especial, conformado predominantemente por normas de *direito público*, calcado na noção de *serviço adequado*). Noutras palavras: a atividade qualificada como serviço público no Brasil: (i) será de titularidade estatal, nos termos do art. 175 da Constituição (elemento subjetivo ou orgânico); e (ii) submeter-se-á a um regime jurídico especial, essencialmente de direito público, nos termos do mesmo art. 175 e da Lei n. 8.987/95 (elemento formal).

82 Conforme esclarece Cesar Pereira, "a criação é legislativa e a organização, administrativa." PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Usuários de serviços públicos**: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 247.

83 "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).

Vislumbra-se no texto constitucional brasileiro a utilização da expressão *serviço público* ora no sentido amplíssimo supracitado, para se referir a *toda e qualquer atividade desempenhada pelo Estado*,<sup>84</sup> ora em seu 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 atividades:

(i) aquelas direta e expressamente qualificadas como serviços públicos pelo próprio texto constitucional, sendo esse o caso dos serviços públicos de saúde<sup>85</sup> e dos serviços públicos de transporte urbano;<sup>86-87</sup>

(ii) aquelas em relação às quais a Constituição outorgou competência para sua prestação pelo Estado, donde se destacam os serviços previstos no artigo 21 da Constituição, como o serviço postal e o correio aéreo nacional, os serviços de telecomunicações, 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, dentre outros; e

(iii) aquelas em relação às quais há apenas a previsão de critérios gerais para sua qualificação como serviços públicos, extraídos do artigo 173 da Constituição Federal, que determina que o Estado apenas pode desenvolver atividade econômica, como *atividade econômica em sentido estrito*

---

84 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).

85 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).

86 Artigo 30, inciso V.

87 No art. 66 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a CF/88 refere-se aos "serviços públicos de telecomunicações", em consonância com a redação original do art. 21, inciso XI do texto constitucional. Todavia, a redação do art. 21, XI foi alterada Emenda Constitucional n.º 8, de 15 de agosto de 1995, passando a referir-se apenas a "serviços de telecomunicações".

ou por meio da instituição de um *serviço público*, quando necessário *aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo*.<sup>88</sup>

Em qualquer caso, a titularidade estatal sobre as atividades qualificáveis como 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 de uma *garantia pública* pela prestação de determinadas atividades.<sup>89</sup> 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”.<sup>90</sup> Nesse mesmo sentido, segundo Juan Carlos CASSAGNE, a criação de um serviço público apenas expressa a decisão estatal de que determinada atividade sujeite-se às potestades administrativas mediante um regime especial,<sup>91</sup> definido pela lei como o mais apto a garantir a efetiva prestação do serviço.

De outro bordo, é crucial constatar que, *exceto nos casos em que a própria Constituição houver expressamente qualificado determinada atividade como serviço público* – serviços de saúde e de transporte urbano –, nas demais hipóteses a reserva constitucional de titularidades ao Estado sobre determinada atividade econômica *não importa sua automática qualificação como serviço público*.

Nesse passo, costuma-se inadvertidamente confundir duas incidências da *publicatio* que devem ser completamente apartadas: **(a)** a primeira, referente à titularidade estatal sobre determinadas *atividades econômicas*, a exemplo do que ocorre no art. 21, XI e XII da CF/88; **(b)** a segunda, referente à titularidade estatal sobre os *serviços públicos*, prevista no art. 175 do diploma constitucional. Assim, distinguem-se dois campos diversos de incidência da *publicatio*:

88 O entendimento 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, conferir: MÂNICA, Fernando Borges. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 119-122.

89 CAÑADA, Isabel María V. *Público y privado en la gestión de la seguridad social en España. Dimensión Jurídica*. Granada: Comares, 2007. p. 21.

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

91 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.

- a) o das atividades econômicas acometidas à titularidade estatal pelo próprio texto constitucional, em que a *publicatio* independe de sua qualificação legal como serviços públicos (p. ex., art. 21, XI e XII da Constituição);
- b) o das atividades livres à iniciativa privada, em que a *publicatio* ocorre somente após sua qualificação legal como serviço público – e atinge somente o conteúdo semântico dessa qualificação, sob pena de afronta à livre iniciativa.

Vislumbrar a não coincidência de tais previsões constitucionais permite atingir três conclusões.

A primeira delas é que *a titularidade estatal sobre os serviços públicos, nos termos do art. 175 da CF/88, não implica que a atividade material que lhe sirva de substrato deva sê-lo em todos os casos. Assim, desde que o setor econômico em questão não tenha sido atribuído expressamente a algum dos entes federativos* (como ocorre com aqueles descritos no art. 21 da CF/88), haverá sempre a possibilidade de iniciativa privada *paralela* aos serviços públicos, preservando o princípio constitucional da liberdade de iniciativa econômica.

A segunda delas, no vetor oposto, é que *a atividade que tenha sido expressamente atribuída à titularidade do Estado não será necessariamente qualificada como serviço público, apenas por conta de tal atribuição*. Ora, tomado isoladamente, o fato de uma atividade ter sido atribuído pela Constituição à esfera de titularidade estatal não determina *tout court* a existência de um serviço público, sendo necessária a edição de lei que, disciplinando a atividade em questão, opere sua qualificação como serviço público. Daí a possibilidade de que, por exemplo, os serviços de telecomunicações (previstos no art. 21, XI da Constituição) sejam explorados como serviços públicos e como atividades econômicas *concomitantemente*, a depender do regime jurídico a que estiver submetido o seu prestador – regime este que, por sua vez, está intimamente relacionado ao título jurídico habilitante do exercício da atividade em questão (concessão, permissão ou autorização regulatória), nos termos da legislação que disciplina o setor.

Por fim, a terceira conclusão indica que, mesmo nos casos de atividades *reservadas* à titularidade estatal e *qualificadas como serviços públicos*, é possível cogitar na possibilidade de sua exploração privada, independentemente de qualquer título habilitante estatal de atuação exógena. Tal ocorrerá nos casos em que a prestação pelo privado não conflite com o *conteúdo semântico* da qua-

lificação legal da atividade como serviço público, sob pena de ofensa à *publicatio*.<sup>92</sup> Assim ocorre, por exemplo, com o fornecimento de água mineral: ainda que o Poder Público titularize os serviços de saneamento básico, nada impede que privados explorem, sob regime da livre iniciativa, o comércio de água envasada, vendida livremente nos supermercados. É também esse o caso da geração solar de energia elétrica em calculadoras ou da comunicação residencial via interfonos: tais atividades, apesar de integrantes do setor de energia e do setor de telecomunicações, claramente não apresentam os requisitos necessários para sua qualificação como *serviços públicos*, não integrando o cerne da *publicatio* constitucionalmente outorgada ao Estado.

Em última análise, destarte, a atribuição de competências a determinado ente 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 poderá ser por ela qualificada como serviço público.<sup>93</sup> De outro lado, parte das atividades relacionadas, de acordo com o estágio de evolução tecnológica, social e econômica, pode ser prestada de modo desvinculado de qualquer critério que legitime sua qualificação como *serviço público*.<sup>94</sup> Noutras palavras: nem todas as atividades integrantes de determinada área serão necessariamente qualificadas como *serviço público*; dentro de cada setor cuja com-

92 Nesse ponto o raciocínio, ainda que parta de premissa diversa, corrobora as consequências apresentadas por Vitor Schirato, condizentes com a possibilidade de convivência entre serviços públicos e atividades econômicas paralelamente prestadas por particulares. Sobre o tema, conferir: SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 288 e ss.; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social*. 214 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009, p. 52-64.

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

94 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 infraestrutura 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.

petência para exploração foi atribuída a determinado ente estatal, a definição daquelas atividades especificamente qualificadas como *serviço público* constará da lei que regulamentar o respectivo setor.

### 1.3.3.1.1 *Serviços públicos econômicos*

*Serviços públicos econômicos* ou *serviços públicos de primeira geração* correspondem ao conjunto de atividades econômicas em relação às quais a Constituição de 1988 atribuiu competência estatal para prestação direta ou indireta, sob um regime jurídico específico que garanta a estabilidade, continuidade e universalidade de sua oferta a todos que dele necessitem. Tais serviços públicos são qualificados como *econômicos* justamente por terem como objeto uma *atividade econômica*, entendida como a organização dos fatores de produção, voltada ao atendimento de uma necessidade humana, com vistas à obtenção de lucro. Os serviços públicos econômicos podem ser também denominados *serviços públicos de primeira geração*, porque foram instituídos durante o Estado Liberal, em decorrência da consagração dos direitos fundamentais de primeira geração, instituídos a fim de possibilitar a exploração privada, pela via concessória, de atividades voltadas à criação e gestão de infraestruturas, como gás, ferrovias e eletricidade.

Atualmente, a Constituição brasileira relaciona uma série de atividades econômicas *passíveis de qualificação legal* como serviços públicos econômicos:

- serviço postal e correio aéreo nacional (art. 21, X);
- serviços de telecomunicações (art. 21, XI);
- serviços de radiodifusão sonora e de sons e de imagens (art. 21, XII, “a”);
- serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento energético dos cursos d’água (art. 21, XII, “b”);
- navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura aeroportuária (art. 21, XII, “c”);
- serviços de transporte ferroviário e aquaviário (art. 21, XII, “d”);



- serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (art. 21, XII, “e”);
- serviços portuários (art. 21, XII, “f”);
- serviços de cartografia, geologia, geografia e estatística (art. 21, XV);
- serviços e instalações nucleares (art. 21, XXIII);
- serviços de transporte de gás canalizado (art. 25, §3º);
- transporte coletivo (art. 30, V);
- exploração de jazidas e recursos minerais (art. 176);
- exploração de petróleo, gás natural e demais hidrocarbonetos fluidos (art. 177).<sup>95</sup>

Ademais, serão também serviços públicos econômicos aquelas atividades exploradas pelo Estado na forma do art. 173 da CF/88, quando a lei que instituir sua prestação pelo Estado expressamente atribuir-lhe o regime jurídico especial ligado aos serviços públicos.

Em suma, os serviços públicos econômicos correspondem àquelas atividades em relação às quais o texto constitucional brasileiro conferiu sua competência estatal, submetidas ao regime especial dos serviços públicos, passíveis de exploração lucrativa. Por isso, excetuada a hipótese do art. 173 da CF/88, os serviços públicos econômicos localizam-se na esfera de titularidade estatal e apenas podem ser desempenhados pela iniciativa privada de modo exógeno, mediante um *título habilitante* para tanto, conforme previsão geral constante do artigo 175 da Constituição de 1988 e disciplina legal daquela atividade, que

---

95 Estas atividades (previstas pelo art. 177 da CF/88) são tradicionalmente excluídas pela doutrina do rol de serviços públicos e enfrentadas como atividades econômicas exploradas pelo Estado. Todavia, conforme reflete Carlos Ari Sunfeld, o art. 177 da CF “não esclarece se tais atividades são serviços públicos [...] ou se são atividades econômicas em sentido restrito” (SUNDFELD, Carlos Ari. Loterias estaduais na Constituição de 1988. *Revista de Direito Público*, n. 91, v. 22, Rio de Janeiro, jul./set. 1989, p. 97-98). A qualificação de tais atividades como serviço público ou não se dará, portanto, por ação do legislador infraconstitucional, a depender do regime jurídico que atribuir à sua exploração, não havendo uma orientação constitucional para um ou outro sentido.

delineará seu regime jurídico específico, inclusive acaso sua prestação seja acometida à iniciativa privada.<sup>96</sup>

Diferentemente da maior parte dos Estados Democráticos de Direito, a própria Constituição brasileira atribui ao Estado a titularidade sobre setores de atuação econômica passíveis de qualificação como serviços públicos econômicos (representados em grande medida pelo art. 21 da Constituição). Por isso, a *diminuição* dessa esfera de titularidade estatal sobre tais atividades (ou seja, sua *despublicização*, na nomenclatura aqui adotada) apenas pode ocorrer por meio de emenda constitucional.

Já a *ampliação* do rol de serviços públicos econômicos pode ser efetuada mediante inovação legislativa infraconstitucional. Isso porque o próprio texto constitucional prevê hipóteses de intervenção estatal na esfera de titularidade privada, por meio do desempenho de atividades econômicas em casos de *relevante interesse coletivo* e de *imperativos de segurança nacional*. Tais requisitos encontram-se previstos no artigo 173 da Constituição de 1988 e pautam a exploração estatal de tais atividades tanto sob a forma de *atividade econômica em sentido estrito* (adiante estudada) quanto sob a forma de *serviço público econômico*.<sup>97</sup>

No entanto, para que ocorra a instituição de serviços públicos econômicos em setores não previstos pelo texto constitucional, tal instituição deve se dar por meio de lei e *não pode trazer restrição ao princípio econômico da livre iniciativa*, previsto no art. 170, *caput* da Constituição e que configura *direito fundamental em matéria econômica*<sup>98</sup>. Isso significa que a criação legislativa de novos serviços públicos em setores não previstos pela Constituição, a despeito de ser plenamente possível, deve respeitar o direito fundamental econômico da liberdade de iniciativa,<sup>99</sup> instituindo-se serviço público em regime de concorrência com a iniciativa privada.

96 Sobre o tema, conferir: FREIRE, André Luiz. *O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

97 A doutrina costuma referir tais critérios como requisitos para a exploração estatal de atividade econômica em sentido estrito. Mas a fundamentação usada pela mesma doutrina para a instituição de serviços públicos não previstos pelo texto constitucional remete exatamente aos mesmos critérios, ainda que sob outras denominações, como *interesse público* ou *interesse coletivo*. Sobre o tema, conferir: GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 111.

98 Art. 5º c/c art. 170 da CF/88.

99 Direito esse que configura cláusula pétrea, conforme art. 60, §4º IV c/c art. 170 da CF/88.

A compatibilização do art. 173 da Constituição com o princípio da liberdade de iniciativa econômica ordena, portanto, que *sempre que o Poder Público optar por instituir novos serviços públicos econômicos ou atividades econômicas em sentido estrito ante a autorização contida no art. 173, parte final, tal instituição não acarrete reserva de titularidade estatal do setor econômico em questão*. Noutras palavras: a estatização de determinadas prestações dantes acometidas apenas à esfera privada, porque não resguardadas à titularidade estatal por força da Constituição, não pode importar a publicização de todo setor econômico respectivo, com atribuição de titularidade estatal exclusiva daquele setor de atividades e a consequente interdição da exploração à esfera privada. Desta feita, podendo criar novos serviços públicos econômicos, de um lado, o Estado terá de garantir, de outro lado, a manutenção da possibilidade de iniciativa privada paralela, estabelecendo-se cenário econômico de competição entre prestadores estatais e privados. Neste caso, haverá o deslocamento da atividade em questão do setor de titularidade privada para o setor de titularidade compartilhada, de sorte que tanto o setor privado (art. 170, *caput*) quanto o Estado (art. 175) nele atuarão endogenamente. Caso o Estado posteriormente perca interesse na exploração de tal serviço público, bastará que edite nova lei, operando a desqualificação da atividade em questão.

Retomando o que foi dito acima, deve-se notar que os serviços públicos econômicos foram por durante boa parte do século XX monopolizados pelo Estado como se fossem atividades exclusivas e impassíveis de qualquer privatização. O raciocínio era o de que, porque uma atividade era qualificada como serviço público, ela deveria ser explorada monopolisticamente e diretamente pelo Estado, como se serviço público, *publicatio* e monopólio fossem realidades indissociáveis. Mas o Direito hoje vigente trouxe novos modelos de garantia dos serviços públicos, mediante o resgate e a ampliação da técnica concessória como forma de outorga da execução de serviços públicos à iniciativa privada, bem como mediante instituição de novas técnicas de outorga e regulação de tais atividades.

É nesse cenário que despontam as *autorizações administrativas regulatórias* enquanto títulos habilitantes da atuação privada exógena em setores econômicos de titularidade estatal, no entanto para prestar atividades econômicas não qualificadas como serviços públicos, porque exploradas sob regime predominantemente de direito privado. Ora, interessante aspecto da privatização dos serviços públicos econômicos tem consistido na crescente abertura dos mer-

cados ocupados por atividades econômicas de titularidade estatal que têm sido delegadas ao setor privado, preferencialmente em regime de concorrência. Isso tem ocasionado a *convivência, num mesmo setor econômico, de atividades qualificadas como serviço público (prestadas diretamente pelo Estado ou por particulares mediante concessão e permissão) e atividades não qualificadas como tal (prestadas em regime privado por diversos agentes mediante autorização regulatória), em ambiente de competição regulada.*

### 1.3.3.1.2 Serviços públicos sociais

*Serviços públicos sociais* ou *serviços públicos de segunda geração* são atividades prestacionais voltadas à materialização dos direitos fundamentais sociais, inseridas na esfera de titularidade compartilhada, desempenhadas pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob o regime jurídico específico que garanta sua estabilidade, continuidade e universalidade de oferta a todos que dele necessitem.

Do ponto de vista *econômico*, os serviços públicos sociais possuem a mesma natureza dos serviços públicos econômicos, já que sua prestação envolve a organização dos fatores de produção com vistas ao atendimento de necessidades humanas. Nesse ponto, a própria distinção entre os aspectos econômico e social deve ser levada em conta com a devida cautela.<sup>100</sup> Do ponto de vista *jurídico*, os serviços públicos sociais também se assemelham aos serviços públicos econômicos, já que em relação a ambos existe a responsabilidade estatal por sua prestação e a vinculação direta ou indireta aos direitos fundamentais.

Nesse prisma, a principal diferença entre ambos reside no fato de que a titularidade sobre as atividades qualificáveis como serviços públicos sociais é

---

100 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). Conforme Fabio Nusdeo, a própria 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 necessidade humanas (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 96). Assim, por óbvio, as ações e dos serviços de saúde podem ser classificados como bens econômicos, na medida em que envolvem uma conduta pessoal e, normalmente, bens materiais, ambos dotados de escassez, para atendimento de uma necessidade humana.

*compartilhada* entre o Estado e a iniciativa privada. Isso porque, segundo entendimento acolhido pelo constituinte originário, quanto maior a oferta de serviços públicos sociais, maior o grau de satisfação dos respectivos direitos por eles materializados, correspondentes aos direitos fundamentais de segunda geração conhecidos como direitos sociais, consagrados pelos textos constitucionais a partir de meados do século passado. Daí a inexistência de reserva de titularidade estatal sobre as *atividades qualificáveis como serviços públicos sociais*, de modo que a titularidade sobre elas é compartilhada entre Estado e setor privado.

Disso resulta que as prestações voltadas à concretização dos direitos fundamentais sociais podem ser levadas a cabo tanto pelo Estado quanto pela iniciativa privada. No caso de prestação estatal, a atividade será qualificada como *serviço público social*, pois deve respeito aos princípios do serviço público. Já no caso de iniciativa privada endógena, tratar-se-á de atividade considerada como *serviço de relevância pública*, a despeito da existência de interesse coletivo em sua prestação, esta se dará em regime estritamente privado, sem necessidade de observância dos princípios do regime jurídico dos serviços públicos. Como se verá adiante, o serviço de relevância pública é materialmente idêntico ao serviço público social, mas não segue o mesmo regime jurídico, pois a ele não se aplicam os princípios dos serviços públicos (que existem exatamente para reforçar a responsabilidade estatal sobre sua prestação adequada).

Uma tentativa de relacionar os serviços públicos sociais previstos pelo ordenamento constitucional brasileiro deve, portanto, partir da relação dos direitos sociais e avaliar se a competência outorgada ao Estado refere-se a uma competência prestacional ou meramente promocional. Nessa empreitada, constata-se que a Constituição outorga ao Estado competência para a prestação dos serviços públicos sociais de:

- assistência aos desamparados (art. 203 e art. 204);
- saúde (art. 23, II, art. 30, VII, art. 196 e art. 197); e
- educação (art. 30, VI, art. 205, art. 208, art. 211 e art. 213).

Nessa perspectiva, sustenta-se a existência de uma categoria mais ampla de serviços instrumentais à garantia dos direitos sociais, que se pode denominar de *serviços sociais*. O gênero (serviços sociais) subdivide-se em duas espécies: os *serviços públicos sociais* (prestados pelo Estado sob o regime público) e os *servi-*

ços de relevância pública (prestado pelos particulares sob o regime privado, com possível incentivo do Estado).

Deve-se atentar, a partir dessa importante distinção, que o ordenamento brasileiro admite a prestação de serviços públicos sociais por entidades privadas. Essa hipótese claramente difere da prestação privada de serviços de relevância pública, já que sobre ela incide o regime jurídico dos serviços públicos. Daí falar-se que a atuação do setor privado na prestação de serviços públicos sociais depende de um título condicionante, o qual limita a atuação privada pela imposição de uma série de exigências que não incidem sobre a execução de serviços de relevância pública. Esse é o caso, por exemplo das parcerias público-privadas e dos contratos de gestão nos setores de saúde e de educação.

Quando uma empresa ou uma ONG presta serviços de saúde ou de educação nos termos de um contrato de concessão administrativa ou de um contrato de gestão, o regime jurídico incidente não é o mesmo da generalidade dos serviços de relevância pública. Isso porque, nesse suposto, a atuação da entidade privada, ainda que na própria esfera de titularidade mista, submete-se a uma série de restrições próprias dos serviços públicos, como a continuidade, adequação, gratuidade, eficiência, cortesia e atualidade. Tais restrições constam do título jurídico que condiciona o exercício da atividade, materializado pelo próprio contrato de concessão administrativa ou contrato de gestão, instrumentos que carregam, portanto, limitações especiais não incidentes sobre a prestação de tais atividades pela iniciativa privada na condição de serviços de relevância pública.

### 1.3.3.2 Atividades econômicas

Por atividade econômica, em sentido amplo, entende-se toda e qualquer atividade de ordenação dos fatores de produção em prol do atendimento de necessidades humanas. Tal conceito aplica-se tanto aos serviços públicos econômicos quanto aos serviços públicos sociais. Entretanto, o inverso não é verdadeiro: nem todas as atividades econômicas serão qualificadas como serviços públicos.

A partir daí, seguindo a linha de Eros GRAU, costuma-se apontar a existência de um gênero denominado atividade econômica em sentido amplo, a abarcar duas espécies: os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito.

to.<sup>101</sup> A nodal diferença entre as espécies reside no regime jurídico em que se dará sua respectiva exploração: um regime jurídico especial, predominantemente de direito público, no caso dos serviços públicos econômicos, guiado por princípios como o da continuidade, universalidade e atualidade; e um regime jurídico predominantemente privado no caso das atividades econômicas, demarcado pelo art. 173 da Constituição, que afirma:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Note-se que, no que toca à exploração estatal de atividades econômicas em sentido estrito, vigora implicitamente o denominado *princípio da subsidiariedade*, de acordo com o qual apenas em hipóteses excepcionais, devidamente configuradas, o Estado poderá explorar diretamente atividades econômicas. Tais hipóteses excepcionais reportam-se:

- (i) aos casos em que a exploração estatal de uma dada atividade econômica houver sido expressamente prevista pela Constituição, a exemplo do que ocorre no setor de petróleo e gás natural (art. 177 da CF/88); ou
- (ii) aos casos que foram legislativamente qualificados como de relevante interesse coletivo ou de segurança nacional.

Isso significa que, ao explorar diretamente atividades econômicas em sentido estrito, o Estado estará atuando *exogenamente* em esfera resguardada à titularidade privada, por força do princípio da livre iniciativa em matéria econômica (art. 170 da CF/88). E como toda atuação exógena, ela depende da existência

---

101 Para Grau, os serviços públicos são atividades prestacionais vocacionadas a satisfazer necessidades dos cidadãos, o que envolve bens, serviços e recursos escassos. Exatamente por esse motivo, integram o rol das atividades econômicas, numa relação entre gênero e espécie: atividade econômica é gênero que comporta duas espécies, atividade econômica em sentido estrito e serviço público. As atividades econômicas em sentido estrito, ligadas à potencialidade de exploração lucrativa, pertencem à livre iniciativa e são apenas excepcionalmente exploradas pelo Estado (art. 173 da Constituição), ao passo que os serviços públicos são, por definição, de titularidade estatal, exercidos sob regime peculiar, e ligam-se à satisfação do interesse social, com o fito de proporcionar coesão na sociedade. Sobre o tema, conferir: GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 103 e ss.

de um título habilitante para que seja admitida. No ordenamento brasileiro tal título habilitante está configurado, como visto, no art. 173, consubstanciado ou **(a)** na expressa previsão constitucional da atuação estatal em dado setor econômico; ou **(b)** na efetiva presença de relevante interesse coletivo ou de segurança nacional na exploração de dada atividade, cuja configuração deve se dar em sede legislativa.

Após ter assumido a exploração de dada atividade econômica, por diversas razões o Estado pode optar que tal postura não mais lhe interessa – seja porque os motivos que levaram o constituinte originário a atribuir determinada atividade ao Estado desapareceram, seja porque o relevante interesse coletivo ou o imperativo de segurança nacional outrora existente não mais subsiste.

No plano jurídico, a solução dependerá do título habilitante que justifica a exploração estatal da atividade econômica em questão, de modo que: **(i)** se a exploração foi prevista diretamente pela Constituição, como no caso do art. 177 da CF/88, deverá haver a edição de emenda constitucional para autorizar a retirada do Estado do setor econômico em questão; **(ii)** se a exploração foi prevista em lei infraconstitucional, deverá haver edição de nova lei que revogue a anterior. Em ambos os casos, deverão ser exaustiva e concretamente justificadas as razões para a perda superveniente do interesse estatal na exploração da atividade em questão, não bastando alegações genéricas pautadas, por exemplo, no princípio da eficiência.

No plano administrativo e estratégico, há duas posturas alternativas que podem ser adotadas em relação à entidade outrora incumbida de explorar a atividade econômica: **(i)** liquidá-la, com sua posterior extinção; ou **(ii)** despublicizá-la, alienando seus ativos ao setor privado e transferindo-lhe a propriedade e o controle acionário.

### *1.3.3.3 Monopólios públicos*

É comum a utilização da expressão *monopólios públicos* para se referir aos casos em que a Constituição atribui ao Estado a possibilidade de exploração exclusiva e sem concorrência de determinada atividade econômica, qualificada ou não como serviço público.

O conceito de monopólio advém da teoria econômica, e diz respeito às situações em que há exploração de determinada atividade sem a presença de



concorrentes, ou seja, com privilégio de exclusividade. O monopólio ocorre em três espécies de situações:

- a) Monopólio legal: derivado de norma jurídica cria a situação de monopólio;
- b) Monopólio convencional: derivado de acordos (ilegais) celebrados entre agentes econômicos atuantes no setor econômico;
- c) Monopólio natural: derivado de características da atividade econômica que tornam inviável a existência de competição no setor, seja por conta do elevado custo de investimento (fator econômico), seja pela impossibilidade fática de competição (fator natural).

Ao referir-se à expressão monopólio público, a doutrina faz alusão às hipóteses de *monopólio legal*, ou seja, casos de monopólio estatal instituídos diretamente pela própria Constituição. Nesse contexto, a Constituição em sua redação original estabelecia a exploração estatal monopolizada das seguintes atividades, algumas das quais sofreram alterações recentes:

- Serviço postal e correio aéreo nacional (art. 21, X);
- Serviços e instalações nucleares, bem como as atividades de pesquisa, lavra, enriquecimento e reprocessamento, industrialização e comércio de minérios nucleares e seus derivados (art. 21, XXIII e art. 177, V);
- Serviços no setor do petróleo e gás natural: pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos (art. 177, I); refinação do petróleo nacional ou estrangeiro (art. 177, II); importação e exportação dos produtos e derivados básicos (art. 177, III); transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem como transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem (art. 177, IV).

Por se tratar de monopólios atribuídos pela própria Constituição ao Poder Público, tem-se que o trespasse de sua *titularidade* ao setor privado demanda a edição de emenda constitucional. De outro lado, no que toca à possibilidade de *exploração* privada de tais atividades depende do exame da disciplina cons-

titucional e infraconstitucional de cada um dos monopólios públicos instituídos pela Constituição.

No setor do petróleo, a redação original do art. 177 da CF/88 vedava a execução privada das atividades ali arroladas, sendo o Estado não só o titular como o responsável exclusivo pela exploração das atividades no campo do petróleo e derivados. O quadro mudou com a edição da Emenda Constitucional n. 09/1995, que incluiu no dispositivo o §1º, afirmando que “a União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei”. Assim, hoje é possível sua exploração privada, sendo que os requisitos específicos para a desestatização foram previstos na Lei n. 9.478/97.

O setor postal, de acordo com o entendimento dominante, adotado pelo STF no julgamento da ADPF n. 46,<sup>102</sup> é tido como atividade indelegável, a ser prestada com exclusividade pelo Estado. Deve-se notar, contudo, que a empresa estatal de Correios e Telégrafos já há algum tempo tem lançado mão da execução privada de serviços instrumentais a sua função. Trata-se da polêmica figura da *franquia*, prevista na Lei n. 11.668/08, por intermédio da qual a empresa estatal outorga a privados a possibilidade de desenvolver *atividades auxiliares* àquelas desempenhadas pelos Correios. O tema será aprofundado adiante.

Finalmente, o setor nuclear mantém incólume o monopólio estatal consignado constitucionalmente, na esteira do previsto na Lei n. 4.118/62, ainda vigente. Trata-se, assim, do único monopólio estatal existente atualmente, a despeito da tendência de alteração em tal cenário, representada pela PEC n. 53/2014, em tramitação no Senado. É já antiga a sinalização do poder público no sentido de romper tal monopólio, notadamente ante a ausência de recursos públicos suficientes para fazer frente aos enormes investimentos demandados pelo setor.

Constata-se de todo o exposto que a expressão *monopólio público* tem perdido importância para o mundo jurídico. E isso por dois motivos.

Em primeiro lugar, porque o conceito atinge atividades submetidas a regimes radicalmente distintos, já que no Brasil há *serviços públicos* monopolizados (como é o caso do setor postal) e *atividades econômicas em sentido estrito* monopolizadas (como era o caso do setor de petróleo e ainda é o caso do setor nu-

---

102 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 46/DF. Relator Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão Ministro Eros Grau, julg. 05 ago. 2009, *Diário de Justiça da União*, 25 fev. 2010.

clear). Ora, padece de operacionalidade uma noção que, sob um mesmo nome, conjugue atividades exploradas sob regimes tão distintos.

Em segundo lugar, porque os casos de monopólio público previstos na Constituição estão em fase de extinção, passando-se a admitir exploração privada de uma ou outra forma: no caso do petróleo, o monopólio foi rompido pela EC 09/95; no caso dos serviços postais, a prática da figura das franquias vem aniquilando a tradicional exclusividade; no setor nuclear, avizinha-se possível quebra derivada da PEC 53/2014.

### 1.3.4 *Tarefas promocionais: os serviços de relevância pública*

O ordenamento jurídico brasileiro atribui ao Estado um importante plexo de competências, relacionadas ao desempenho de funções de cunho promocional. Ao exercer *tarefas promocionais*, o Estado incentiva, por diversas formas e instrumentos, a prática de determinadas condutas por parte dos privados, estimulando comportamentos tidos como benéficos para determinadas finalidades de interesse público. Aqui, ao invés de prestar diretamente o serviço (seja pela execução *endógena* de tarefas públicas de titularidade estatal ou mista, seja pela execução *exógena* de atividades econômicas privadas), o Estado estimula o privado a fazê-lo, tanto mediante incentivos (estímulos positivos) quanto mediante represálias (estímulos negativos).

Trata-se da tarefa que parcela da doutrina costuma denominar de *fomento*, definida por Luis JORDANA DE POZAS como “(...) 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”.<sup>103</sup> Nesse sentido, segundo Marcos Juruena Villela SOUTO, “o *fomento público* se destina a incentivar que atividades de interesse público sejam desempenhadas por particulares, desafogando a estrutura estatal”.<sup>104</sup>

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

104 SOUTO, Marcos Juruena Villela. Estímulos positivos. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). *Terceiro Setor, empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 33.

É importante destacar que a técnica do fomento e a técnica do serviço público, não se confundem. Como bem afirma Juan Carlos CASSAGNE:

Difere 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 [e sociais].<sup>105</sup>

Pode-se dizer, assim, que as atividades privadas fomentadas pelo Estado são aquelas cuja execução são essenciais para a coletividade, mas que não dependem, para a garantia de sua prestação a todos que delas necessitarem, da criação de um serviço público. Nessa medida, pela importância de tais atividades à coletividade, é comum atribuir-se a elas a denominação de *serviços de relevância pública*.

A locução *serviços de relevância pública*, já referida acima, é utilizada duas vezes na Constituição Federal: para qualificar os serviços de saúde, no art. 197, e para delimitar o rol de atribuições do Ministério Público, no art. 129. Ao que parece evidente, trata-se apenas de exemplos de atividades consideradas de relevância pública pela Constituição, não impedindo o reconhecimento, caso a caso, de outras atividades pela Administração Pública, em cada momento histórico e em cada estágio de evolução da sociedade.

Da mesma forma que os serviços públicos, os serviços de relevância pública também podem ter natureza econômica ou social.

De um lado, a lei pode estabelecer a competência estatal de incentivo a *atividades econômicas*, passíveis de exploração lucrativa, cujo desenvolvimento em determinado momento é conveniente ao alcance dos objetivos do Estado. Muitos são os exemplos de fomento econômico, como a concessão de linhas de crédito diferenciadas e benefícios tributários especiais, como isenções e diminuição de alíquotas.

---

105 CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledp-Perrot, 1994. p. 91.

De outro lado, no setor de *atividades sociais*, os serviços de relevância pública decorrem **(a)** de expressa definição constitucional, ou **(b)** de sua vinculação à garantia dos direitos sociais prestacionais.

No primeiro aspecto, são *expressamente* reconhecidas como serviços de relevância pública – aptas, portanto a receber estímulos estatais – diversas atividades voltadas à garantia dos direitos sociais dependentes de prestação. Note-se que em relação a algumas dessas atividades a Constituição foi além e, a despeito de atribuir ao Estado o dever de promoção, atribuiu-lhe também o dever de prestação de tais serviços: é o que acontece com os serviços públicos de educação, de saúde e de assistência. Já em relação a outros direitos sociais, a Constituição outorgou competência estatal meramente promocional, como é o caso da moradia (art. 23, IX), do desporto (art. 217), da ciência, pesquisa, tecnologia e inovação (art. 23, V e art. 218) e da cultura (art. 23, V e art. 215), que podem ser qualificadas como serviços de relevância pública sob esse aspecto. Além deles, há fundamento constitucional genérico para a promoção dos demais direitos sociais, como alimentação, lazer, trabalho, maternidade e infância. Tal promoção pode ocorrer por meio da própria atuação estatal direta, mas normalmente decorre do incentivo estatal à sua prestação privada (na condição de serviço de relevância pública).

Deve-se ressaltar, nesse ponto, que algumas leis do terceiro setor, ao tratarem das parcerias nas áreas sociais, fazem referência à expressão *fomento* para se referir à natureza jurídica dos repasses realizados pelo Estado a entidades do Terceiro Setor. Esse é o caso das parcerias com as Organizações Sociais e com as OSCIPs, conforme se denota da Lei n. 9.637/98 e da Lei n. 9.790/99. Contudo, deve-se ressaltar que as parcerias com o terceiro setor muitas vezes vão além da mera atividade de *fomento a serviços de relevância pública*, implicando verdadeira *atribuição de um serviço público social*, a ser prestado pela entidade sob o regime de direito público, como se verá no Capítulo 2. De todo o modo, o reconhecimento de uma atividade como sendo de *relevância pública* significa a ênfase atribuída pela Constituição de que tais atividades devem ser regulamentadas, incentivadas e controladas pela Administração Pública.

### 1.3.5 Tarefas instrumentais

Por *tarefas instrumentais* deve-se entender o conjunto de atividades necessárias à criação e manutenção da estrutura física e humana estatal necessária à consecução das tarefas públicas previstas na Constituição e na lei. As tarefas instrumentais podem ser executadas pelo próprio aparato estatal, por meio de servidores públicos diretamente vinculados ao Estado, ou por meio de agentes privados contratados para essa finalidade.

Além das hipóteses de *terceirização* de serviços por meio de contratos administrativos, adiantes estudadas, importante novidade no assunto foi trazida pela Lei n. 11.079/2004, conhecida como Lei das Parcerias Público-Privadas. Tal diploma legal prevê a possibilidade de concessão de *serviços administrativos instrumentais*, referente a atividades de que a própria Administração Pública contratante seja usuária direta.

#### 1.3.5.1 Gestão dos bens públicos

Compreende-se na noção de *bens públicos* o conjunto de todos os bens vinculados, mediata ou imediatamente, à consecução de determinada tarefa cometida ao Estado – tarefa essa integrante, portanto, do setor de titularidade pública. Com eles não se confundem os *bens estatais*, que são todos os bens de propriedade do Estado, estejam eles voltados ou não ao atendimento de determinada finalidade pública. Ora, como nem todos os bens de propriedade do Estado são voltados à consecução de tarefas públicas, nem todos os bens estatais são bens públicos.<sup>106</sup>

No vetor oposto, constata-se que não há impedimento algum a que determinados *bens privados* (ou seja, os bens de propriedade de pessoas físicas ou de pessoas jurídicas de direito privado não integrantes da estrutura administrativa) sejam enquadrados como *bens públicos*, contanto que estejam vinculados à concretização de tarefas públicas, por força da existência de prévio título habilitante da atuação privada exógena no setor público. O exemplo típico, aqui, é o das

---

106 Basta pensar no exemplo da Caixa Econômica Federal: seus bens, a despeito de serem bens estatais (porque de propriedade de entidade integrante da Administração Pública Indireta), não são bens públicos, já que se trata de empresa pública federal que atua exogenamente em setor econômico de titularidade privada (o setor bancário).

empresas privadas concessionárias de serviços públicos, cujos bens, a despeito de privados, são acometidos à satisfação de atividades de interesse público – *in casu*, a prestação do serviço público concedido.

Disso decorre que o critério para a configuração dos bens públicos é *finalístico*, e não *orgânico*: são bens públicos aqueles utilizados para satisfação de tarefas públicas, acometidas ao Estado por força do ordenamento jurídico, independentemente de pertencerem ao Estado ou ao setor privado – é dizer, independentemente de serem bens estatais ou bens privados.<sup>107</sup>

É em reforço dessa linha de entendimento que a Lei das Concessões (Lei n. 8.987/95) menciona a existência de *bens reversíveis*: bens privados adquiridos e gerenciados pelo concessionário, mas que, ao final do contrato de concessão, reverterão ao patrimônio público para que sigam sendo utilizados na consecução da atividade em questão pelo Estado. A justificativa para que se opere essa conversão de bens privados em bens estatais com o término do contrato de concessão é exatamente o fato de que, desde seu gérmen, tais bens são considerados *bens públicos*, e assim, por não perderem o liame relacional com a tarefa pública que concretizam, não faz sentido que permaneçam com o privado após o fim da concessão.

As considerações realizadas acima são importantes pois, consoante sólido entendimento doutrinário e jurisprudencial, o regime jurídico dos *bens públicos* auferem certas proteções especiais não endereçadas ao substrato comum dos demais bens não qualificados como tal. Entende-se, assim, que bens públicos são inalienáveis, inusucapíveis, impenhoráveis e impassíveis de oneração como garantia. Ora, o regime protetivo resguardado aos bens públicos deve atingir tanto os bens *estatais* quanto os bens *privados* que disponham dessa qualidade e, em contrapartida, não pode ser atribuído aos bens estatais não qualificados como tal.<sup>108</sup>

107 Assim sendo, não faz sentido falar em afetação ou desafetação de bens públicos, mas apenas em afetação/desafetação de *bens estatais*, que serão convertidos em bens públicos por força da afetação e perderão tal qualidade quando da desafetação.

108 Exatamente nesse sentido, há tempos as Cortes Superiores fixaram entendimento no sentido de que os bens de propriedade das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, na forma do art. 173 da CF/88, são plenamente penhoráveis para satisfazer suas dívidas. Vide: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 220.906/DF. Relator Ministro Maurício Corrêa, julg. 16 nov. 2000, **Diário de Justiça da União**, 14 nov. 2002.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.422.811/DF. Relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julg. 23 set. 2014, **Diário de Justiça da União**, 18 nov. 2014.

Superada essa análise preliminar, é fácil constatar a ampla gama de possibilidades de privatização de bens do patrimônio estatal, quer sob a via da despublicização, quer sob a via da desestatização. No primeiro caso, trata-se da alienação – venda e doação (gratuita ou onerosa) – de bens estatais ao setor privado, operação mediante a qual, após o devido procedimento de *desafetação*, o Poder Público passa ao setor privado a titularidade sobre o bem móvel ou imóvel em questão. No segundo caso, trata-se das modalidades jurídicas de outorga do direito de uso de bens do patrimônio público mediante as quais a Administração Pública cede ao setor privado o *uso* e o *gozo* do bem em questão. Noutras palavras: enquanto na despublicização de bens públicos há a transferência de *propriedade*, convertendo-se o bem estatal em bem privado, na desestatização transfere-se apenas a *posse* do bem estatal ao privado interessado.<sup>109</sup>

No que toca à despublicização de bens do domínio estatal, insta mencionar o entendimento de parcela da doutrina, que firma a necessidade de que tais bens estejam previamente *desafetados*, vale dizer, desassociados ao exercício de uma função pública específica e, por isso mesmo, não qualificados como bens públicos. Nessa linha de raciocínio, apenas bens dominicais (art. 99, III do Código Civil) poderiam ser alvo de tal modalidade de privatização. Ocorre que, ainda que de fato a regra geral seja a necessidade de prévia *desafetação* para a ocorrência de alienação de bens do patrimônio público, não será sempre e aprioristicamente ilegal a alienação de bens públicos afetados. Basta pensar, por exemplo, na venda a uma empresa ou mesmo doação onerosa com cláusula de reversão a uma entidade filantrópica, de um estabelecimento de saúde operante de forma deficiente por falta de profissionais: devidamente configurada, a venda/doação fomentará o desenvolvimento de serviços públicos de saúde pela entidade em questão, não encontrando óbice no ordenamento jurídico.

Já no que diz respeito às hipóteses de desestatização de bens públicos, a regra é a desnecessidade de prévia *desafetação* do bem em questão, visto que normalmente a utilização do bem pelo privado não afetará sua destinação públi-

---

109 É preciso compreender, na esteira de Floriano de Azevedo Marques Neto, que as hipóteses de exploração privada de bens do domínio público não podem ser reconduzidas simploriamente à clássica tripartição entre concessão, permissão e autorização de uso. Há, ao revés, uma miríade de utilizações dos bens públicos e, consequentemente, uma necessária multiplicidade gradativa dos modos e regimes de uso aplicáveis (concessão, permissão, autorização, arrendamento, aforamento, locação, etc.), de modo que “a cada utilidade associada a um bem público corresponderá um determinado regime jurídico” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 401).



ca (exemplo: autorização para fixação de *foodtrucks* em determinados pontos da cidade). Aliás, em muitos casos de concessão de uso de bem público é até mesmo *vedada* a desafetação do bem concedido, visto que o privado concessionário deverá utilizar o bem *justamente* para a consecução de sua finalidade pública (exemplo: concessão do uso de parques e museus). Deste modo, a prévia desafetação do bem nas hipóteses de desestatização apenas será necessária quando a utilização do bem pelo privado conflitar com sua finalidade pública.

### *1.3.5.2 Gestão dos recursos humanos*

Sob a nomenclatura *gestão de recursos humanos*, faz-se referência ao conjunto de ações tomadas pela Administração Pública para gerenciamento (seleção, admissão, gerenciamento e avaliação) de seu corpo funcional.

Nesse campo, é usual a contratação, pela Administração Pública, de empresas e entidades responsáveis pela condução de concursos públicos, as quais prestam serviços que envolvem a formulação do Edital convocatório, a confecção das avaliações, a organização e aplicação das provas, a correção e divulgação dos resultados, a realização de exames médicos, o cômputo de pontuação em avaliação de títulos e até mesmo a convocação para tomada de posse. É comum, igualmente, a contratação de empresas responsáveis pela gestão das folhas salariais, da concessão de férias e gratificações e demais temas relacionados à vida funcional do servidor.

Trata-se, como se aprofundará adiante, de autêntico exemplo de terceirização de serviços no âmbito da gestão de recursos humanos da Administração Pública.

### *1.3.5.3 Controle da Administração Pública*

Por *controle da Administração Pública* entende-se, assim, o conjunto de técnicas e ferramentas previstos normativamente com a finalidade de aferir a adequação do exercício da função administrativa, tendo por parâmetro os princípios e regras incidentes sobre tal atuação.

A doutrina costuma classificar as modalidades de controle da atividade administrativa em *interno* (aquele realizado internamente, pela própria Administração pública, com fundamento no princípio da autotutela) e *externo* (aque-

le realizado de fora, por instâncias externas de controle como o Tribunal de Contas, o Ministério Público e o Poder Judiciário).

O controle interno está previsto no art. 70, *caput*, parte final da Constituição de 1988, e reforçado no art. 53 da Lei n. 9.784/99; já o controle externo está sedimentado no art. 70, *caput* e art. 71, ambos da Constituição. As competências de controle do Ministério Público estão contidas nos artigos 127 e seguintes da CF/88.

Quanto ao Poder Judiciário, trata-se de uma das mais importantes instâncias de controle da Administração Pública, mediante julgamento de ações como a Ação Popular (Lei n. 4.717/65), a Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), a Ação de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92), o Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/09) e as demais ações de rito ordinário.

Releva destacar aqui o denominado *controle social*, espécie de controle externo da Administração Pública realizado pela sociedade. A base constitucional para a participação popular no controle da Administração Pública encontra-se no inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição, que prevê o acesso à informação de interesse particular, coletivo ou geral, que esteja em poder de órgãos públicos. A regulamentação de tal dispositivo foi dada pela Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação.

Além da garantia de acesso à informação, a Constituição Federal prevê hipóteses de controle social direto, como é o caso do artigo 5º, inciso LXXIII, que prevê a legitimidade de qualquer cidadão para propositura de ação popular; e de controle social indireto, como é o caso do artigo 74, parágrafo segundo, que prevê a legitimidade para qualquer cidadão denunciar irregularidades à própria Administração Pública, ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público, além da possibilidade de questionamento das contas públicas municipais.

Deve-se destacar também que, além de cidadãos, muitas entidades do terceiro setor atuam na fiscalização da atividade administrativa, incluindo as parcerias com o terceiro setor, em especial por meio do acesso, sistematização e divulgação de informações acerca das atividades e gastos realizados pelo Poder Público. Trata-se de importante mecanismo de participação privada no exercício de atividades essenciais à coletividade.

## 1.4 Conceito e taxonomia da privatização

Retomando a noção explicitada no início deste Capítulo, pode-se entender *privatização* como o processo em que: (i) atividades sociais e econômicas deixam de ser reconhecidas como tarefas públicas e, portanto, de serem executadas pelo Estado; ou (ii) a execução material das tarefas públicas passam a ser levadas a cabo por estruturas predominantemente privadas. Essa noção tem como contraponto duas outras noções similares, mas não equivalentes, de público e de estatal. Por *público* deve-se entender tudo aquilo que é realizado em prol do alcance dos fins do Estado previstos pelo texto constitucional, seja mediante execução estatal ou privada. Já por *estatal* deve-se entender tudo aquilo que é desempenhado pela própria estrutura do Estado, independentemente de estar ou não vinculado ao atingimento dos fins previstos pela Constituição.

Com esse raciocínio é possível perceber que a privatização pode ser materializada por diversas técnicas por meio das quais *atividades e bens públicos ou estatais* são explorados pela iniciativa privada. Por tratarem de fenômenos absolutamente distintos, o estudo de cada uma delas depende de uma análise específica e individualizada.

### 1.4.1 As diversas acepções da expressão privatização

A polissemia da expressão privatização é reconhecida pela literatura jurídica, de modo que a doutrina jus-administrativista aborda o tema da privatização e suas múltiplas significações. Nesse sentido, a amplitude do conceito de privatização foi destacada por José María Souvirón MORENILLA, para quem:

O termo privatização vem a resumir um conjunto de variantes e fórmulas que tem em comum o questionamento do chamado setor público e de suas pautas de organização e funcionamento, e como pano de fundo, a ideia de que o setor público tem de ser “devolvido” às mãos privadas, a satisfação das necessidades coletivas pela própria sociedade, e a gestão dos serviços públicos levada a cabo preferencialmente pelo setor privado ou ao menos através de uma gestão pública que utilize as fórmulas jurídico-privadas típicas.<sup>110</sup>

110 MORENILLA, José María Souvirón. *La actividad de la administración y el servicio público*. Granada: Comares, 1998, p. 54-55.

Tratando o tema de modo ainda mais analítico, Paulo OTERO<sup>111</sup> constata a existência de *seis conceitos jurídicos* para a expressão:

**i) Privatização da regulação administrativa da sociedade:** trata-se do processo chamado *desregulação*, mediante o qual o Estado alivia ou elimina a intervenção sobre a sociedade, transferindo para ela o poder de criar normas jurídicas reguladoras de suas atividades (seria a eliminação da *heterorregulação estatal* em prol de uma *autorregulação*);

**ii) Privatização do direito regulador da Administração:** trata-se do processo comumente denominado pela doutrina jus-administrativista de “fuga para o direito privado”,<sup>112</sup> vale dizer, refere-se à “substituição de formas jurídico-públicas de atuação administrativa por formas jurídico-privadas”,<sup>113</sup> de modo a flexibilizar o regime jurídico administrativo que incide sobre a Administração Pública – no Brasil, tal fenômeno é reflexo da *descentralização*;

**iii) Privatização das formas organizativas da Administração:** é o processo de transformação de uma pessoa jurídica de direito público em pessoa de direito privado, ainda que componente da estrutura administrativa – no Brasil, refere-se ao processo de *descentralização* referido no art. 10, §1º, “a” do Decreto-Lei n. 200/1967, mediante o qual ocorre a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista);

**iv) Privatização da gestão ou exploração de tarefas administrativas:** reporta-se ao fenômeno de conferir aos privados a gestão/exploração de tarefas administrativas (notadamente serviços públicos), que aqui se denomina *desestatização*;

**v) Privatização do acesso a uma atividade econômica:** refere-se à abertura, à iniciativa econômica privada, de setores econômicos até en-

111 OTERO, Paulo. Coordenadas jurídicas da privatização da administração pública. In: *Os caminhos da privatização da administração pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 36-43.

112 ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2009.

113 OTERO, Paulo. Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública. In: *Os caminhos da privatização da administração pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 39.

tão vedados, situados na esfera de titularidade do Estado, que aqui se denomina *liberalização*;

**vi) Privatização do capital social de entidades empresariais públicas:** trata-se da abertura do capital social de empresas estatais, permitindo a participação de capital privado, que aqui se denomina *despublicização* – neste caso há uma ulterior distinção, apartando-se os casos que o autor denomina de privatização imperfeita (em que a abertura do capital não retira do Estado a maioria do capital social da entidade – pense-se, no Brasil, na transformação de empresas públicas em sociedades de economia mista) daqueles em que há uma privatização perfeita (em que a totalidade do capital da empresa estatal passa a ser privado – é o que ocorreu, no Brasil, com a VALE e a CSN, por exemplo).

De sua parte, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO constata a existência de três acepções ao termo privatização: (i) fuga para o direito privado; (ii) transferência de uma atividade ou função pública ao setor privado; (iii) criação, pelo Estado, de sociedades mercantis.<sup>114</sup> De outro turno, Jaime RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ entende como privatização um conjunto de *quatro* tipos de atividades: (i) a desregulação ou liberação de determinados setores econômicos; (ii) a transferência de propriedade de ativos estatais (ações, bens, etc.); (iii) a promoção da gestão privada de serviços públicos; e (iv) a introdução de mecanismos de gestão privada na administração de entidades públicas.<sup>115</sup>

Para Gaspar ARIÑO ORTIZ, a significação jurídica da expressão privatização pode ser *ampla* ou *estrita*. Em sentido amplo, o termo faz alusão a toda e qualquer iniciativa estatal que intente reduzir a intervenção pública e aumentar a eficiência econômica, abandonando o “público” em direção ao “privado”. Em sentido mais restrito, privatizar supõe a retirada do Estado (a) das atividades econômicas de produção de bens do patrimônio estatal ou (b) da titularidade ou gestão de tarefas e serviços. Neste sentido estrito, a privatização poderia levar a duas situações: (i) a venda integral de propriedades e empresas estatais

114 MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. Sentido y formas de la privatización de la Administración Pública. In: *Os caminhos da privatização da administração pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 19-30.

115 RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *La privatización de la empresa pública*. Madri: Montecorvo, 1993, p. 75-76.

aos particulares, não se considerando privatização propriamente dita a venda parcial minoritária de capital social público; (ii) a devolução de tarefas e serviços aos particulares, seja mantendo a *publicatio* do serviço e privatizando apenas sua gestão (via concessória), seja procedendo a uma verdadeira *despublicatio* da atividade em questão, liberalizando-a. O autor é expresso em afirmar que o fenômeno da chamada “fuga do direito público” é uma falsa privatização, não devendo ser compreendido como tal – para além de criticá-lo como caminho perigoso por importar a antítese do Estado de Direito.<sup>116</sup>

Após igualmente constatar que o termo privatização possui um conceito genérico e outro específico, José Souvirón MORENILLA delinea o primeiro sentido, mais amplo, como a retirada do Estado da produção de bens e serviços e a conseqüente assunção, pelos particulares, das atividades econômicas respectivas. Nesse sentido amplo, a expressão seria assemelhada a diversos outros conceitos, como “desregulação”, “desnacionalização”, “desmonopolização”, “liberalização”, “despublicização”, “privatização de empresas e serviços”, “transferência de ativos patrimoniais”, “privatização formal”, dentre outros. Já numa acepção restrita, privatizar deve significar apenas o repasse, da mão pública à mão privada, de “titularidades concretas e efetivas sobre bens e direitos”, de sorte que referido conceito se diferenciaria de despublicizar (pois a atividade despublicizada não impede a subsistência de uma atuação prestacional pública *paralelamente* à atuação privada), de desregular (que importa apenas a redução da intensidade da regulação estatal sobre determinado setor), e de liberalizar (que pode se referir não apenas à despublicização, como também à eliminação da necessidade de obtenção de autorizações administrativas para o exercício de dada atividade).<sup>117</sup>

No Brasil, segundo Marcos Jordão Teixeira do AMARAL FILHO, o conceito de privatização foi cunhado no seio de um processo de desestatização levado a cabo no Brasil a partir do Governo Figueiredo, último representante do regime militar. Nesse cenário, enquanto o conceito de “desestatização” teria um cunho ideológico, significando uma “política ampla voltada para a efetiva redução do papel do Estado na vida social e econômica” como “resposta

116 ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. 3. ed. Granada: Comares, 2004, p. 505-507.

117 MORENILLA, José María Souvirón. *La actividad de la administración y el servicio público*. Granada: Comares, 1998, p. 57-62.

à crônica ineficiência do Estado”, o conceito de “privatização” se situaria no campo da realidade concreta, sendo empregado para designar “a transferência das empresas de propriedade do Estado e atividades por ele exercidas para o setor privado”. De acordo com o autor, é este último o sentido dado ao termo pela Lei n. 8.031/1990, instituidora do Plano Nacional de Desestatização. Por intermédio da privatização, para o autor, “processa-se a transferência de ativos, a venda de empresas inteiras e de atividades concentradas e até privativas do Estado, para particulares”.<sup>118</sup>

Odete MEDAUAR, seguindo a doutrina europeia, afirma aparecer o vocábulo privatização num sentido amplo, abrangendo os “vários mecanismos de redistribuição de atividades do setor público para o setor privado”, e num sentido restrito, dizendo respeito “à transferência de empresas estatais ao setor privado”.<sup>119</sup>

Em sentido semelhante, também Maria Sylvia Zanella DI PIETRO constata a existência de um conceito amplo e de um conceito restrito de privatização. O conceito amplo abrangeria, na dicção da autora, “todas as medidas adotadas com o objetivo de diminuir o tamanho do Estado”,<sup>120</sup> englobando, portanto, dimensões como: (i) a desregulação (diminuição da intervenção estatal no domínio econômico); (ii) a desmonopolização de atividades econômicas; (iii) a venda de ações de empresas estatais ao setor privado (para a autora, trata-se do conceito de desestatização ou desnacionalização); (iv) a busca por formas privadas de gestão (concessões e PPPs); (v) a terceirização de bens e serviços; e (vi) a liberalização dos serviços públicos. Num sentido restrito, privatização significaria apenas “a transferência de ativos ou de ações de empresas estatais para o setor privado”, sendo essa, de acordo com a autora, a modalidade prevista na Lei n. 9.491/97.<sup>121</sup> A autora indica preferência pelo sentido amplo da expressão, por abarcar uma maior gama de técnicas aplicáveis; de todo modo, ressalta que, ante a multiplicidade de tais técnicas, a privatização se torna um “processo em aberto, que pode assumir diferentes formas, todas com objetivo de reduzir

118 AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. **Privatização no Estado Contemporâneo**. São Paulo: Ícone, 1996, p. 41-47.

119 MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 249.

120 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 5.

121 *Ibidem*, p. 8.

o tamanho do Estado e fortalecer a iniciativa privada e os modos privados de gestão dos serviços públicos”.<sup>122</sup>

A doutrina jus-administrativista nacional e estrangeira é, portanto, unânime em reconhecer uma miríade de possibilidades hermenêuticas para a expressão, abrangendo diversos fenômenos de natureza distinta. Com base em tais conceitos, algumas classificações da privatização costumam ser adotadas pela doutrina local e estrangeira.

### 1.4.2 Classificações da privatização na doutrina

Considerando a amplitude semântica do termo, a expressão privatização acaba sendo utilizada de forma indistinta para se referir a inúmeras situações diversas, conforme constatado pela doutrina supracitada.

Num esforço de classificação e depuração dos posicionamentos doutrinários expostos, a noção de privatização é usualmente subdividida em duas vertentes:

**(i) Privatização em sentido amplo ou vulgar:** refere-se a toda e qualquer modalidade privatizadora, abrangendo diversos fenômenos como a liberalização de atividades, a desregulação, a chamada “fuga para o direito privado”, a criação de pessoas jurídicas de Direito Privado pelo Estado, a alienação (total ou parcial) do capital social das empresas estatais e as concessões e permissões de atividades estatais (desestatizações);

**(ii) Privatização em sentido estrito:** refere-se exclusivamente às hipóteses de efetivo trespasse de uma atividade ou bem da esfera de titularidade estatal à esfera de titularidade privada, sem contemplar as demais formas usualmente tratadas como tal – nesse sentido estrito, *privatização* corresponde exclusivamente o que aqui se denomina de *despublicização*.

A partir dessa classificação da privatização em *sentido amplo ou vulgar* e em *sentido estrito*, é comum a referência a uma segunda distinção, complementar, que aparta a utilização da expressão em:

**(i) Privatização em sentido próprio, privatização própria ou ainda privatização substancial:** que corresponde à noção de privatização no

---

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 7.

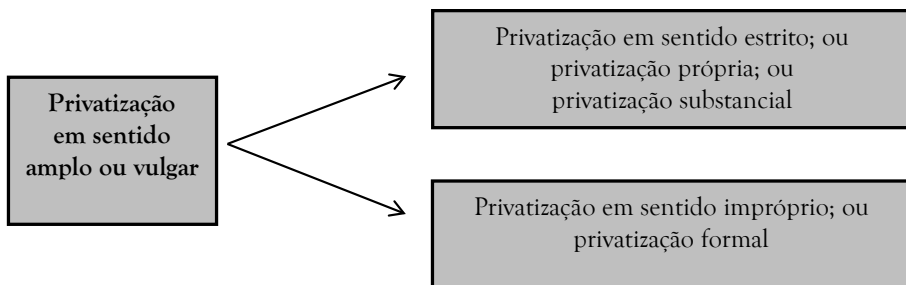


seu sentido estrito acima analisado, que conduz ao efetivo repasse da *titularidade* do bem ou atividade do Estado à iniciativa privada, aqui denominada *despublicização*;

**(ii) Privatização em sentido impróprio, privatização imprópria ou ainda privatização formal:** correspondente a todas as demais utilizações do vocábulo privatização, nas quais não há trespasse da titularidade de uma tarefa do setor público ao setor privado, ou seja, o setor público continua sendo o titular da atividade em questão.

Conforme explica Egon Bockmann MOREIRA, a *privatização substancial* refere-se à desestatização absoluta, de modo que “bens e fatores de produção saem por completo de um setor da ordem econômica (o público) e ingressam noutra (o privado)”, dando-se “a mais completa *despublicatio*”, diversamente da privatização formal, organizatória ou de gestão, em que a desestatização “dá-se na superfície do serviço a ser prestado, não na sua essência”, persistindo a titularidade estatal (*publicatio*) sobre a atividade/bem em questão.<sup>123</sup>

Combinando as duas classificações apresentadas, a *privatização em sentido amplo* costuma ser vista como o gênero que abrange duas espécies: a *privatização em sentido estrito* ou *própria* (que possuem igual conteúdo) e a *privatização em sentido impróprio*. Graficamente:



123 MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 20-23.

### 1.4.3 Proposta classificatória

A multiplicidade semântica e a indefinição legislativa que pairam sobre a expressão *privatização* muitas vezes obnubilam seu uso técnico no discurso jurídico. Considerando todas as manifestações do fenômeno privatizante, propõe-se no presente trabalho uma nova classificação, fundada na Constituição Federal de 1988 e no ordenamento jurídico brasileiro, útil à compreensão do tema e à interpretação do Direito vigente.

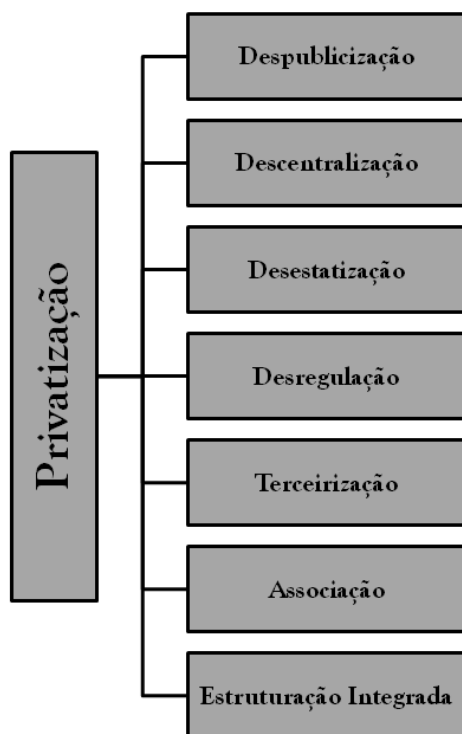
Nunca é demais afirmar que o critério para a avaliação de propostas classificatórias é o da *utilidade*: uma classificação não é certa ou errada, é mais ou menos *útil* para reduzir a complexidade do objeto estudado.<sup>124</sup> Da mesma forma, classificações dificilmente esgotam toda a problemática existente em torno de suas categorias, sempre existindo casos limítrofes e zonas cinzentas que teimam em escapar ao enfeixamento proposto. A classificação, destarte, propõe-se a descrever *tipos ideais* à la Max Weber.

Ante a falta de operatividade da noção ampla ou vulgar da *privatização*, bem como da imprecisão e sobreposição das noções estritas ou próprias da *privatização*, propõe-se uma nova sistematização. Não se tem como premissa qualquer revolução conceitual, mas a mera reorganização de alguns conceitos e fórmulas, com fixação de seu conteúdo técnico, com objetivo de superar a falta de consenso e o uso inadequado do discurso e dos métodos de privatização vigentes no ordenamento brasileiro.

Nesse caminho, a expressão *privatização* será aqui compreendida como *gênero*, correspondendo a *toda e qualquer forma por intermédio da qual se elimina ou atenua o aspecto público ou estatal na gestão de tarefas e bens*. Isso significa o reconhecimento da acepção ampla ou vulgar de *privatização*. Essa amplitude é responsável, em contrapartida, por sua diminuta utilidade no campo do Direito, já que formada por uma miríade de mecanismos dotados de grande especificidade. Nesse prisma, o estudo da *privatização* apenas possui utilidade, em termos jurídicos normativos, se pautado em uma das formas pelas quais o fenômeno se manifesta *in concreto*. Tais formas serão tratadas sob as seguintes denominações:

---

124 Sobre o tema: CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.



Nesse quadrante, a privatização corresponde a todo e qualquer ato ou movimento de passagem de algo (tarefa, personalidade, bem ou regime jurídico) da esfera pública ou estatal para a esfera privada. Daí que o uso da expressão *privatização*, em seu sentido amplo ou vulgar, pode significar tanto a retirada de determinada atividade da responsabilidade do Estado, por meio da redefinição constitucional da esfera de titularidade estatal (*despublicização*), quanto a adoção das diversas técnicas de participação da iniciativa privada na execução de tarefas públicas (*desestatização*). Pode significar, também, a criação pelo Estado de pessoas específicas com autonomia para executá-las (*descentralização*) ou a instituição de regime específico e menos constritor para determinada atividade social ou econômica (*desregulação*). Além disso, é comum o uso da expressão privatização para significar também a contratação de pessoas físicas ou jurídicas para executar serviços em favor do Estado (*terceirização*). E por fim, a privatização pode alcançar a fase prévia a uma contratação, mediante a transferência ao setor privado de atividades de planejamento e estruturação de uma parceria (*estruturação integrada*).

### 1.4.3.1 Despublicização

A *despublicização* corresponde aos casos em que há repasse da *titularidade* de bens e/ou atividades do Estado à iniciativa privada, com a redefinição dos limites de atuação do setor público e o setor privado. Na despublicização não há mera transferência da execução material de serviços ou da exploração de bens submetidos à *publicatio* à iniciativa privada, mas a transferência da própria titularidade sobre o serviço/bem em si, que deixa a esfera de titularidade estatal e passa a integrar a esfera de titularidade privada.

### 1.4.3.2 Descentralização

A *descentralização* diz respeito aos casos de criação, pelo próprio Estado, de pessoas jurídicas de direito privado encarregados de executar tarefas públicas (na esfera de titularidade estatal ou mista) ou mesmo tarefas privadas (no caso de atuação estatal na esfera de titularidade privada). Reporta-se aqui, portanto, à criação de autarquias, fundações estatais, associações públicas e privadas, empresas públicas e sociedades de economia mista, integrantes da chamada Administração Indireta. A descentralização corresponde à mais relevante faceta do fenômeno denominado ‘fuga para o direito privado’,<sup>125</sup> simbolizando uma ação centrífuga da Administração Direta com vistas à atenuação da incidência irrestrita do regime jurídico de direito público – e, por isso mesmo, configura espécie de privatização.

### 1.4.3.3 Associação

A *associação* enquanto forma de privatização é hipótese recente e ainda pouco tratada na doutrina. Diz respeito aos casos em que o Estado se associa empresarialmente à iniciativa privada, sem deter controle acionário da entidade, com o objetivo de atender a determinadas finalidades de interesse público. O Estado figura nesses casos, portanto, na qualidade de acionista minoritário de empresa privada ou de componente minoritário de consórcio de empresas, fenômeno relativamente novo no cenário jus-administrativo nacional.

---

125 Sobre o tema, conferir: ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1996.

#### 1.4.3.4 Desregulação

A *desregulação* é o procedimento pelo qual o Poder Público atenua a incidência de normas jurídicas reguladoras de determinadas atividades econômicas, incentivando a atuação da iniciativa privada. Por meio da desregulação, o Poder Público reduz condicionamentos legislativos ou administrativos contemplados em normas que disciplinam setores econômicos determinados, com a finalidade de facilitar o acesso e a exploração de referidas atividades pelos privados. A desregulação é espécie de privatização na medida em que, ao se eliminar/atenuar a incidência de normas regulatórias sobre dada atividade, reduz-se o campo de ingerência pública, ampliando a margem de liberdade privada em sua exploração.

Deve-se sublinhar que a desregulação não implica a eliminação das normas regulatórias, por vezes importando apenas uma atenuação dos impedimentos normativos ao acesso da iniciativa privada a setores localizados no campo de titularidade estatal. Em alguns casos, ainda que o acesso se torne facilitado, a atividade em questão passa a ser disciplinada de modo mais intenso, num fenômeno chamado de *re-regulação*. Tal fenômeno não acarreta, portanto, a eliminação da regulação estatal, e sim a substituição de uma lógica regulatória por outra, guiada por princípios diversos – também denominada de *soft regulation*.

#### 1.4.3.5 Terceirização

A *terceirização* diz respeito às hipóteses de contratação, pela Administração Pública, de serviços de seu interesse junto à iniciativa privada. Vale dizer, corresponde à grande maioria dos contratos administrativos, do tipo *contrato de desembolso*, nos quais o poder Público adquire serviços instrumentais à consecução de suas finalidades (serviços de engenharia, serviços de limpeza e conservação, etc.).

#### 1.4.3.6 Desestatização

A *desestatização* corresponde ao processo por meio do qual, sem deslocar a titularidade de bens ou atividades do setor público para o setor privado, o Estado repassa apenas sua *gestão/execução* à iniciativa privada, por instrumentos diversos, como a concessão e a permissão. Nessa espécie de privatização, o Estado retira-se da condição de prestador, remanescendo na postura de titular do

bem/serviço em questão, responsável pelas funções daí decorrentes, sobretudo de fiscalização, de regulação e de garantia.<sup>126</sup>

#### *1.4.3.7 Estruturação Integrada*

Denomina-se *estruturação integrada* a modalidade de privatização que ocorre nos casos em que a Administração Pública ajusta com a iniciativa privada, a elaboração de levantamentos, estudos de viabilidade e projetos técnicos de interesse público em setores de infraestrutura, de sorte a subsidiar futura e eventual desestatização. Representada por procedimentos como o PMI/PNS (Decreto n. 8.428/2015) e o PMIS (Lei n. 13.019/2014), trata-se de forma peculiar de privatização que não se confunde com a terceirização, consoante restará esclarecido na segunda parte da presente obra.

---

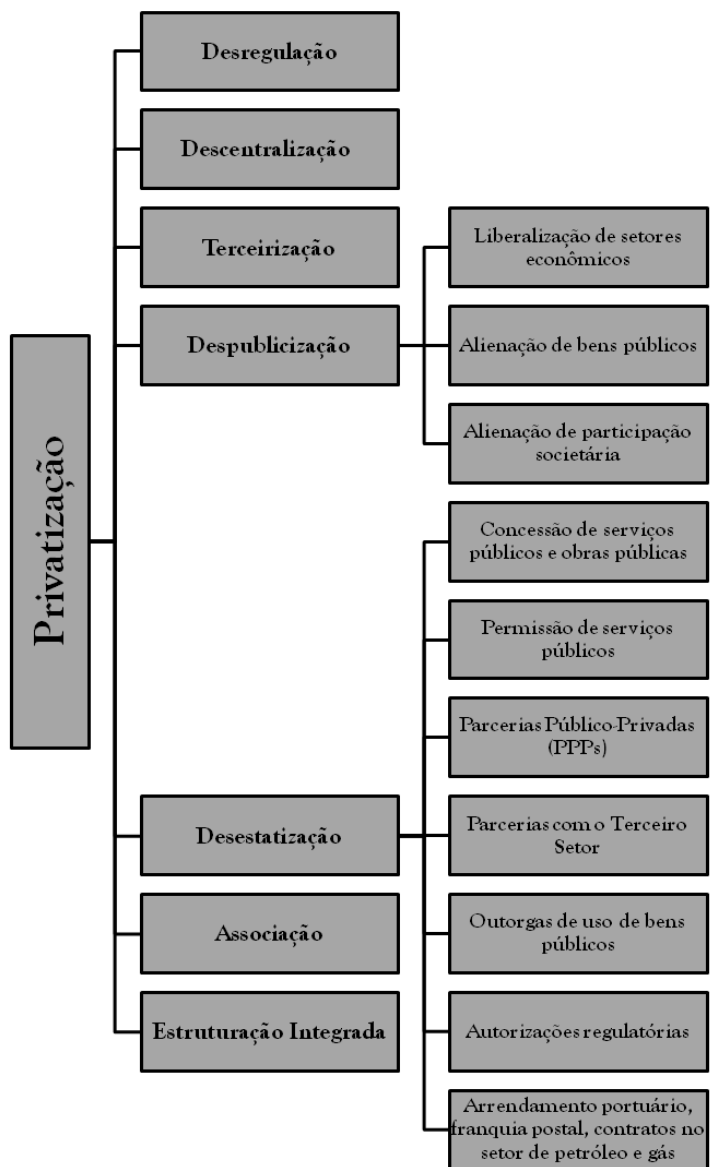
<sup>126</sup> A noção aqui adotada de desestatização diverge de outras encontradas na doutrina, a exemplo da seguinte: “É a retirada da presença do Estado de atividades reservadas constitucionalmente à iniciativa privada (princípio da livre iniciativa) ou de setores em que ela possa atuar com maior eficiência (princípio da economicidade); é o gênero, do qual são espécies a privatização, a concessão, a permissão, a terceirização e a gestão associada de funções públicas.” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões e terceirizações**. Rio de Janeiro: Lumen, 2000, p. 9).

## PARTE 2: Técnicas de Privatização de Tarefas Públicas no Brasil

A Parte 1 desta obra teve como objetivo apresentar noções basilares a respeito da figura da privatização, noções estas que são fundamentais à edificação do raciocínio construído doravante. Aqui, serão verticalizadas todas as espécies de privatizações dantes classificadas, mediante análise dos instrumentos jurídicos utilizados pelo Estado para concretizá-las.

É imperioso ressaltar que as técnicas de privatização em sentido amplo, em sua grande maioria, surgiram historicamente com os principais objetivos de **(i)** promover uma mais ágil satisfação de tarefas públicas assumidas pelo Estado e de **(ii)** reduzir o dispêndio de recursos públicos. Nesse compasso, tomada a expressão em seu sentido lato, a privatização não a necessária desresponsabilização do Estado em relação às tarefas públicas, até porque vem acompanhada de novas ferramentas para o controle e para a garantia de seu efetivo exercício. Como se viu, é equivocado reduzir a privatização apenas aos casos em que há redução do aparato estatal (despublicização), como se a intenção de toda e qualquer atitude privatizante fosse sempre retirar do Estado missões que lhe foram normativamente atribuídas.

Conforme fundamentação trazida no primeiro capítulo, seguir-se-á para fins didáticos a classificação lá delineada, que trata a privatização como gênero e suas espécies. De forma sistematizada:





## 2.1 Despublicização: a privatização das atividades e dos bens de titularidade estatal

A despublicização constitui forma de privatização em que o Estado exclui de sua esfera de titularidade um bem, serviço ou atividade. Há, portanto, na despublicização um deslocamento da esfera pública de titularidade à esfera privada. São três as formas pelas quais a despublicização se manifesta: a liberalização de atividades, a alienação de bens públicos e a alienação de participação do Estado em sociedades empresariais.

É bem verdade que a participação acionária em sociedades empresariais é tida como bem móvel, nos termos do art. 83, III do Código Civil.<sup>127</sup> Contudo, as especificidades de sua alienação pelo Estado permitem que tal técnica de privatização seja tratada de forma apartada em relação à alienação dos demais bens públicos, conforme será adiante esclarecido.

### 2.1.1 Liberalização

Por *liberalização* entende-se a abertura à iniciativa privada de setores econômicos antes reservados à iniciativa estatal exclusiva. Por seu intermédio, o Estado dismantela a *publicatio* sobre determinado setor econômico, originariamente alocado à esfera de titularidade pública, tornando-o acessível ao setor privado independente de um título habilitante, sob o bojo da livre iniciativa. Pela liberalização, destarte, desloca-se uma atividade do campo de titularidade pública ao campo de titularidade privada.

Não se trata de outorgar determinada atividade ao setor privado por meio de títulos habilitantes, porquanto na concessão/permissão/autorização regulatória, a titularidade da atividade remanesce com o setor público. Trata-se, aqui, verdadeiramente, da *abertura à livre iniciativa privada de setores econômicos* antes resguardados à titularidade estatal, de modo que os privados passam a poder neles ingressar e concorrer livremente, independente de um título habilitante. No caso, admite-se, apenas a exigência de uma *autorização de polícia*, conforme art. 170, parágrafo único, da CF/88.

<sup>127</sup> Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais: (...) III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

A hipótese não se confunde, igualmente, com a alienação da participação acionária de empresas estatais ao setor privado. Isso porque na liberalização o que importa não é a transferência de uma *pessoa jurídica* do setor público ao setor privado, mas sim a abertura de *um setor econômico*, que passa a ser acessível aos particulares independentemente de qualquer título habilitante. Quer dizer: a dimensão que importa na configuração da liberalização é a material (da atividade trespassada ao setor privado) e não orgânica (da pessoa jurídica).

Assim, a liberalização *poderá* constituir pressuposto de ordem lógica para se proceder à alienação de empresas estatais. A ênfase à expressão posta em itálico se deve a três razões.

A uma, porque é plenamente possível que determinado setor econômico seja liberalizado e sigam existindo empresas estatais, que passarão a nele atuar exogenamente em concorrência com as empresas privadas.

A duas, porque a liberalização somente será necessária para a alienação de estatais que atuem em atividade componente da esfera de titularidade estatal – ou seja, que atuem endogenamente, já que seria impensável, por exemplo, alienar a maioria da participação acionária estatal na PETROBRÁS (sem antes eliminar o monopólio legal previsto no art. 177 da Constituição) ou nos CORREIOS (sem antes eliminar a exclusividade do art. 12, X do diploma constitucional). Contudo, como visto, as empresas estatais podem atuar exogenamente nos setores econômicos (inclusive sendo essa sua missão precípua), casos em que sua alienação não demandará prévia liberalização, eis que se trata de setor já aberto à iniciativa privada. Basta pensar no exemplo das estatais do setor bancário alienadas na década de 90 do século passado.

A três, porque é possível a alienação de empresas estatais que atuem endogenamente sem prévia liberalização, contanto que tal alienação venha acompanhada da outorga, à empresa privada sucessora, de um título habilitante para sua atuação exógena. É o caso da privatização no setor de telefonia, em que a alienação da Telebrás veio acompanhada da constituição de empresas concessionárias de serviços públicos de telecomunicações.

A liberalização, assim, configura-se como a forma de eliminar barreiras de entrada em setores econômicos dantes submetidos à *publicatio*, autorizando o livre ingresso e concorrência de agentes econômicos privados. Por seu intermédio, franqueia-se aos particulares o acesso a mercado econômico outrora titularizado pelo Estado. Não se trata de instituir a possibilidade de atuação privada por meio de títulos jurídicos habilitantes, mas de deslocar a própria

atividade para a esfera privada, de modo a não se exigir qualquer título para exploração privada. Trata-se, assim de um redesenho, com diminuição da esfera de titularidade pública.

Foi exatamente esse o fenômeno ocorrido recentemente na Europa, enfrentado na Parte 1, acima, com a chamada *crise dos serviços públicos*. Em solo europeu houve verdadeira liberalização das atividades qualificadas como serviços públicos, que se deslocaram do setor de titularidade estatal e passaram a integrar a livre iniciativa econômica dos privados. No Brasil, como visto, tal fenômeno não ocorreu. Houve, em contrapartida, a instituição de novos mecanismos de habilitação para a exploração privada de atividades integrantes de setores econômicos titularizados pelo Estado, em especial por meio das autorizações regulatórias, adiante estudadas.

De qualquer sorte, importa consignar que a liberalização não está atrelada à *desregulação* da atividade econômica trespassada ao setor privado; justo ao contrário: não raro a liberalização é acompanhada de um processo de intensificação da regulação estatal sobre a atividade em questão. É isso por uma razão bastante lógica: o fato de a atividade liberalizada ter pertencido à esfera de titularidade estatal (ou seja, ter sido submetida à *publicatio*) denota a existência de elevado interesse estatal em sua exploração. Nesse sentido, a opção pela liberalização em diversos casos significa muito mais o reconhecimento, pelo Estado, da necessidade de contar com a iniciativa privada autônoma na prestação de tais atividades do que uma perda superveniente de interesse estatal na sua exploração. É dizer: a liberalização e consequente *despublicatio* sobre dada atividade econômica, significa o reconhecimento estatal de que a atividade em questão pode ser explorada de modo satisfatório pela iniciativa privada, ainda que regulada intensamente.

Foi exatamente esse raciocínio que conduziu à liberalização dos serviços públicos na Europa. Longe de ter perdido o interesse finalístico na prestação das atividades qualificadas como tal, a Comunidade Europeia reconheceu a necessidade de prestá-las de modo mais eficiente, o que passaria – na visão então propalada – pela necessidade de sua abertura ao mercado, para prestação em regime de competição. No entanto, considerando que a relevância pública de tais atividades persistia, viu-se a necessidade de, paralelamente à liberalização, intensificar a regulação sobre tais atividades, conformando sua exploração (agora privada) às suas missões, sobretudo de índole social. É por isso que, em solo europeu, o acesso aos serviços públicos pelos privados depende de autorização

específica, na qual o privado se compromete a cumprir as chamadas *obrigações de serviço público* (em destaque a continuidade e a universalidade).

### 2.1.2 Alienação de bens do domínio público

A alienação de *bens componentes do domínio público* diz respeito aos casos em que o Poder Público vende, doa (com ou sem ônus) ou mesmo permuta com o setor privado bens móveis e imóveis de sua propriedade, passando-os à propriedade privada. A hipótese não se confunde com os casos de outorga do *direito de uso* sobre bens públicos, nos quais se repassa meramente a *posse* sobre bens de titularidade estatal, visto que, no suposto cá tratado, há efetivo repasse da *propriedade* do bem público em questão ao particular.

A doutrina jus-administrativista é praticamente unânime em exigir, previamente à alienação do bem público em questão, a realização do procedimento administrativo denominado de *desafetação*, mediante o qual a Administração Pública desvincula o bem público em questão do atendimento às finalidades para a qual servia, tornando-o um bem dominical, na (criticada) classificação trazida pela legislação civil.<sup>128</sup> Trata-se de derivação do contido no art. 101 do Código Civil, que consigna apenas a alienabilidade dos bens dominicais, denotando a impossibilidade de alienação de bens de uso comum e especial:

Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.

Importa sublinhar que a alienação de bens do domínio público deve ser precedida de licitação, a teor do disposto nos artigos 17 e 19 da Lei n. 8.666/93, ressalvadas as hipóteses de licitação dispensada. Além disso, deve ser alvo, em caso de bens imóveis, de autorização legislativa expressa:

Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

---

128 Art. 99, III do Código Civil: Art. 99. São bens públicos: III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência [...]

II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação [...]

Art. 19. Os bens imóveis da Administração Pública, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, poderão ser alienados por ato da autoridade competente, observadas as seguintes regras:

I - avaliação dos bens alienáveis;

II - comprovação da necessidade ou utilidade da alienação;

III - adoção do procedimento licitatório, sob a modalidade de concorrência ou leilão.

É comum a alienação, via licitação, de bens públicos móveis e imóveis qualificados como *inservíveis* pela Administração. Deve-se pontuar que bem *inservível* não é sinônimo de bem *inútil*, já que o fato de um bem público ser qualificado como inservível importa o reconhecimento de sua imprestabilidade à *Administração Pública*, e não a outros potenciais interessados no bem.

### 2.1.3 Alienação de participação societária

A alienação da participação societária refere-se à hipótese de despublicização em que o Estado aliena ao setor privado cotas societárias ou ações de sua titularidade em empresas estatais, convertendo-as em empresas privadas. Esta é, talvez, a modalidade de privatização de maior difusão popular, em razão do amplo processo de privatização de empresas estatais levado a cabo a partir dos anos de 1990.

São aqui entendidas como modelos de despublicização apenas a alienação *total* e a alienação *majoritária* da participação acionária do Poder Público nas empresas estatais, que se referem aos casos em que há efetiva conversão da empresa estatal em empresa privada. A hipótese não pode ser confundida com a alienação *minoritária* de cotas do Estado em empresas públicas e sociedades de economia mista, em que há manutenção da qualificação da entidade como empresa estatal – sobre o tema, vide o capítulo sobre a *descentralização*.

Considerando que diversas empresas estatais são constituídas sob a forma de sociedade anônima, com ações disponibilizadas na bolsa, é bastante

comum a intermediação da negociação por bolsa de valores mobiliários regularmente constituída, que se encarrega da disponibilização dos papéis à venda no mercado de ações.

### 2.1.3.1 *Alienação total ou integral*

No caso da alienação acionária total ou integral, o Poder Público transfere integralmente a participação acionária que possui em empresas públicas ou sociedades de economia mista por ele criadas, repassando totalmente o controle da empresa ao setor privado. Foi esse o caso da privatização da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), por exemplo.

A *alienação* total das cotas de empresas estatais implica, portanto, a substituição do Estado pelos privados adquirentes das cotas vendidas, que sucedem o ente estatal em todos os direitos e obrigações da sociedade empresarial. O poder público afasta-se por completo da sociedade em questão, já que alienou a integralidade das cotas de sua propriedade ao setor privado.

A hipótese não pode ser confundida com o expediente menos comum da *liquidação* de empresas estatais (prevista no art. 4º, V da Lei n. 9.491/97). Enquanto a alienação é modalidade de despublicização, já que por seu intermédio se transfere dada empresa estatal do campo público ao campo privado, a liquidação é forma de extinção *tout court* da sociedade empresária, que deixa de existir e de explorar suas atividades. Consistem exemplos de liquidação o caso da Companhia de Navegação do São Francisco (FRANAVE) e da Rede Ferroviária Federal S.A. – RFFSA, liquidadas em 2007; e da Empresa de Portos do Brasil (PORTOBRAS), extinta em 1990.

### 2.1.3.2 *Alienação parcial majoritária*

No caso da alienação acionária *majoritária*, aliena-se apenas uma parcela da participação societária do Estado em dada empresa, mas que contemple a maioria das ações com direito a voto (capital votante) da empresa. Alienação desta natureza, a despeito de não eliminar por completo a participação estatal na empresa em questão, importará a perda do controle acionário pelo setor público e sua assunção pelo setor privado, ante a detenção por este da maioria do capital votante. Note-se que, aqui, mesmo que a venda da participação

acionária do Poder Público seja parcial e não total, o fato de tal alienação envolver a maioria do capital votante da sociedade converte a empresa pública ou sociedade de economia mista em empresa privada, ainda que com participação estatal minoritária.

A modalidade está prevista no art. 4º, I da Lei n. 9.491/97, e foi utilizada em casos emblemáticos como o da VALE, em que o Poder Público, mesmo após a privatização, remanesceu com a propriedade de ações de classe especial (*golden shares*) emitidas para garantir certas prerrogativas. O mecanismo das *golden shares*, aliás, está expressamente referido no art. 8º da Lei n. 9.491/97 como instrumento a ser utilizado pelo Estado nestes casos:

Art 8º Sempre que houver razões que justifiquem, a União deterá, direta ou indiretamente, ação de classe especial do capital social da empresa ou instituição financeira objeto da desestatização, que lhe confira poderes especiais em determinadas matérias, as quais deverão ser caracterizadas nos seus estatutos sociais.

A alienação parcial majoritária, assim, é expediente de privatização bastante útil para garantir que, mesmo que privatizada, a empresa siga atendendo a certos objetivos de relevância pública que outrora haviam justificado sua gestão estatal.

## **2.2 Descentralização: a privatização das formas jurídicas estatais**

Entende-se por descentralização, em sentido amplo, o movimento centrífugo de distribuição de competências de uma pessoa a outra, sem que se estabeleça necessariamente um grau de vinculação hierárquico entre as partes. Envolve, assim, o repasse de competências de um órgão central a outro, com o fito de capilarizar o exercício de competências outrora concentradas.

Nesse sentido amplo, a expressão pode conter vários sentidos:

- a) Descentralização política: realizada pela Constituição, que repartiu as competências em três níveis federativos (União, Estados e Distrito Federal, Municípios);

- b) Descentralização territorial ou geográfica: típica dos Estados que adotam forma unitária, que descentralizam competências para Províncias, Regiões e Comunas;
- c) Descentralização por colaboração: envolve a passagem de competências públicas a pessoas de direito privado, por meio atos de outorga;
- d) Descentralização por serviços ou funcional: é aquela em que a Administração Pública outorga competências para entidades por ela criadas à margem da Administração Direta, na denominada Administração Indireta, com personalidade jurídica própria e missão específica.

Essa noção ampla de descentralização é endossada pelo Decreto-Lei n. 200/1967, que em seu art. 10, disciplina:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
- b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
- c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

A despeito disso, no presente trabalho optou-se adotar uma *concepção estrita* de descentralização, a abranger exclusivamente a noção de *descentralização por serviços* ou *descentralização funcional*. É dizer: entende-se por descentralização nesse sentido estrito a criação, pela Administração Direta, de pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, com o intuito de auferir maior eficiência administrativa no desempenho de tarefas públicas. Por intermédio da descentralização, a Administração Direta constitui entidades dotadas de missão específica, especializadas para executar determinada tarefa de interesse estatal – o que a doutrina denomina *princípio da especialidade*.

A opção é metodologicamente consentânea à exposição realizada nas páginas precedentes. A uma, porque as noções de *descentralização política* e de *descentralização geográfica* certamente não constituem espécies de privatização.



A duas, porque a espécie *descentralização por colaboração* recebe aqui denominação própria, referindo-se à noção de *desestatização*.

São quatro as espécies de entidades passíveis de criação por conta da descentralização: autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista. Para além dessas, há ainda duas formas especiais de descentralização: os consórcios públicos e os serviços sociais autônomos.

À parte as autarquias, fundações de direito público e consórcios públicos, o tema insere-se no que se costuma denominar de *fuga para o direito privado*, ou seja, casos nos quais a Administração Pública intenta flexibilizar o regime jurídico de direito público a que está jungida por força do ordenamento jurídico. Trata-se, nestes casos, de uma forma de privatização (ainda que parcial) do *regime jurídico administrativo*, uma atenuação da incidência das regras jus-publicísticas sobre a Administração Pública. A descentralização traduz esse intento na medida em que as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações estatais são entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado.

### 2.2.1 Autarquias

Autarquias são pessoas jurídicas de direito público criadas pelos entes federativos por meio de lei, com o objetivo de desenvolverem, de modo autônomo, atividades típicas ou exclusivas de Estado. É essa definição legal constante do Decreto-Lei n. 200/1967, art. 5º, I, que caracteriza como “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

Diante da estrutura administrativa referida pela Constituição brasileira, que acolheu o modelo proposto pelo Decreto Lei n. 200/67, afirma-se que todas as pessoas jurídicas de direito público instituídas por lei para desempenho da descentralização de atividades administrativas típicas ou exclusivas de Estado são reconduzíveis ao conceito de autarquia. É o que acontece com as *fundações públicas de direito público*, os *conselhos profissionais* e as *agências reguladoras*. Ante o costume vincado em nosso sistema jurídico normativo e científico de classificar novos modelos em velhas categorias, acaba prevalecendo a ideia no

Brasil de que tais entidades possuem natureza jurídica de autarquia, com regime, eventualmente, especial.

De outro bordo, de acordo com a pacífica doutrina brasileira, as autarquias, por executarem atividades típicas de Estado, estão submetidas a regime jurídico de direito público idêntico àquele incidente sobre a Administração Direta. Milita em favor desta conclusão o fato de a Constituição, a todo momento, designar as autarquias ao lado da Administração Direta,<sup>129</sup> bem como o fato de terem sua *criação* realizada diretamente por lei, conforme art. 37, XIX da CF/88. Deve-se sublinhar, nessa medida, que a descentralização por meio de autarquias não materializa quaisquer das modalidades de privatização acima apresentadas, já que o regime jurídico sobre elas incidente é idêntico àquele aplicável à Administração Pública direta, com todas as sujeições próprias da estrutura estatal.

## 2.2.2 Fundações

Nos termos do art. 62 do Código Civil Brasileiro, a fundação consiste numa dotação especial de bens livres e destinados a um fim específico, delimitado no momento de sua instituição. Como se percebe, trata-se de espécie de pessoa jurídica instituída pela legislação privada, não sendo uma modalidade peculiar de pessoa jurídica existente apenas no direito administrativo – como é o caso das autarquias. Tendo contornos bem definidos no Código Civil, sua utilização pela Administração Pública não segue a mesma sorte, sendo inúmeras as discussões travadas em se tratando de fundações instituídas pelo Poder Público.

Diversas são as expressões adotadas pelo texto constitucional para se referir ao tema, como por exemplo *fundação*, *fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público*, *fundações controladas pelo poder público* e *Administração fundacional*. Tais expressões podem ser encontradas em numerosos dispositivos constitucionais, a exemplo dos artigos: art. 37, XI, XVII e XIX; art. 38; art. 39 *caput* e seu § 7º; art. 40; art. 71, II e III; art. 150, §2º; art. 157, I; art. 158, I; art. 163, II; art. 165, §5º, I e III; art. 167, VIII; art. 169, §1º; e, finalmente, art. 202, § 3º e §4º. Essa pluralidade de referências constitucionais às fundações públicas

---

129 Vide, por exemplo: art. 22, XXVII; art. 37, XI; art. 38, *caput*; art. 39, §7º e art. 40, *caput*. Acontrario sensu, a redação literal do art. 54, I, “a” da CF/88 embasaria entendimento oposto, de acordo com o qual as autarquias não possuem necessariamente regime de direito público, haja vista serem apartadas pelo dispositivo das pessoas jurídicas de direito público. A opinião, todavia, não parece se sustentar à luz de uma interpretação sistemática do diploma constitucional.

tem gerado discussões quanto a sua localização na estrutura administrativa do Estado e a sua natureza jurídica.

No que tange à localização das fundações da estrutura organizacional do Estado, o principal motivo das discussões acerca da natureza jurídica das fundações decorria da redação originária do *caput* do artigo 37 da Constituição, que fazia referência à *administração pública direta, indireta e fundacional*,<sup>130</sup> como se as fundações não fossem partes integrantes da própria administração indireta. No entanto, a partir da Emenda Constitucional n. 19/98 chegou-se ao consenso de que as fundações integram a administração pública indireta.<sup>131</sup>

Já a natureza jurídica das fundações pode ser tanto de direito público quanto de direito privado. Isso porque o texto constitucional faz referência às duas modalidades de fundações públicas, a depender do dispositivo que trata do tema. Esse é o entendimento desde há muito acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, que reconhece a existência de fundações públicas de direito público – equiparadas às autarquias – e fundações públicas de direito privado. Tal compreensão pode ser ilustrada pelo seguinte julgado, prolatado anteriormente à Constituição de 1988:

ACUMULAÇÃO DE CARGO, FUNÇÃO OU EMPREGO. FUNDAÇÃO INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO.

Nem toda fundação instituída pelo poder público é fundação de direito privado. As fundações, instituídas pelo poder público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos estados-membros, por leis estaduais são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o parágrafo 2º. do art. 99 da Constituição Federal. São, portanto, constitucionais o art. 2º, parágrafo 3º da lei 410, de 12 de março de 1981, e o art. 1º. do decreto 4086, de 11 de maio de 1981, ambos do estado do Rio de Janeiro. Recurso extraordinário conhecido e provido.<sup>132</sup>

130 Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte: (...) (g. n.).

131 Como se sabe, a nova redação do art. 37 da Constituição Federal faz referência apenas à administração direta e indireta, deixando implícito que as fundações fazem parte desta última.

132 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 101.126/RJ. Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julg. 24 out. 1984, *Diário de Justiça da União*, 01 mar. 1985.

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal confirmou o mesmo entendimento ao consignar que:

De tudo se conclui que o ordenamento jurídico brasileiro contempla três espécies do gênero fundação: aquelas tipicamente privadas, melhor dito, particulares, por não registrar qualquer participação, em sua criação, do Poder Público, regidas exclusivamente pelo Código Civil Brasileiro; aquelas criadas pelo Poder Público e que consignam, no ato de sua instituição, personalidade jurídica de direito público; e, finalmente, aquelas que, criadas pelo Poder Público, são constituídas, todavia, como pessoas jurídicas de direito privado. Essas duas últimas espécies – as fundações com personalidade jurídica de direito público criadas pelo Estado, e as fundações com personalidade jurídica de direito privado, também criadas pelo Estado, agora mediante lei e antes por autorização legislativa, - compõem o subgênero dito ‘fundações públicas’, submetendo-se, ambas, aos controles públicos, e integrando, ambas, a Administração Pública Indireta. O que as distingue entre si é que as fundações de direito público nada mais são que autarquias travestidas em forma fundacional.<sup>133</sup>

A locução *fundação pública*, portanto, refere-se a entidades de natureza diversa, sendo que a sistematização das fundações no direito brasileiro envolve o reconhecimento de três espécies de fundações: (i) fundações privadas, constituídas pelos particulares, por meio de testamento ou escritura pública; (ii) fundações públicas de direito privado, constituídas pelo Poder Executivo, por meio do registro de seus atos constitutivos no registro de pessoas jurídicas; (iii) fundações públicas de direito público, constituídas diretamente por meio de lei.

Para facilitar a distinção entre as fundações constituídas pelo Poder Público, tem-se utilizado a designação *fundações estatais* para as fundações públicas de direito privado, e *fundações autárquicas* ou *autarquias fundacionais* para as fundações públicas de direito público. A diferença é de origem formal: as fundações autárquicas ingressam no mundo jurídico a partir da promulgação da lei que as cria, não sendo necessário qualquer ato notarial ou de registro para que, de imediato, passem a existir com personalidade jurídica própria; as fundações estatais, mesmo constituídas pelo Poder Público, adentram o mundo jurídico a partir do registro dos seus atos constitutivos (escritura de instituição e constituição)

133 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo no Recurso Extraordinário n. 219.900/RS. Relatora Ministra Ellen Gracie, Primeira Turma, julg. 04 jun. 2002, *Diário de Justiça da União*, 16 ago. 2002.

no cartório competente, e não a partir da lei que autoriza sua instituição. Só então adquirem personalidade jurídica.

Em outras palavras: ao contrário das fundações autárquicas, que exigem criação mediante lei, as fundações estatais de direito privado necessitam apenas de autorização legal para sua criação, sendo a personalidade jurídica destas entidades adquirida com a inscrição pública do ato de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas. São, pois, dois atos diversos: a lei autoriza a criação, enquanto o ato de registro inaugura a personalidade jurídica de direito privado da fundação. É esta modalidade de fundação a que faz referência a Lei de Organização Administrativa Federal, que assim dispõe em seu artigo 5º:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

[...]

§ 3º As entidades de que trata o inciso IV deste artigo [fundações públicas de direito privado] adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações.

Deve-se ressaltar, contudo, que há casos em que o Poder Público institui fundações diretamente por meio de lei, a qual prevê expressamente que a entidade criada possui personalidade jurídica de direito privado. Ainda que tal procedimento revele uma contradição de termos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido tal possibilidade.

No que concerne ao regime jurídico incidente sobre as fundações estatais, aponta a doutrina a necessidade de observância, por essas entidades, de um mínimo de normas de direito público (uma espécie de *regime jurídico administrativo mínimo*), podendo-se citar (i) a necessidade de realização de concurso público para a contratação de pessoal (ainda que se submetam ao regime celetista), (ii) a necessidade de procedimento licitatório para contratação de compras e de serviços, (iii) a vedação de acumulação de cargos e a submissão ao limite de remuneração do pessoal, (iv) a obrigatoriedade de prestação de contas ao Tribunal de Contas e (v) a submissão dos gastos da entidade dentro do limite de gastos com pessoal, para fins de incidência da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Diante disso, as principais consequências da personalidade jurídica da qual se reveste uma fundação consistem (i) no regime de contratação de pes-

soal e (ii) na aptidão da entidade para exercício de atividades exclusivas de Estado. Enquanto as fundações autárquicas sujeitam-se integralmente ao regime de direito público, com contratação de agentes pelo regime estatutário e com consequente aptidão para exercerem atividades de polícia, as fundações estatais de direito privado submetem-se contratam agentes pelo regime da CLT (empregados públicos), não possuindo aptidão para o exercício de atividades de polícia.

Tais apontamentos permitem concluir que, a bem da verdade, ainda que se possa admitir a existência de fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado, é diminuta a repercussão prática de tal opção atualmente, restringindo-se basicamente ao regime de contratação de pessoal e à possibilidade de uso do poder de império (resguardado às fundações autárquicas).

De outro giro, deve-se fazer referência ao inciso XIX do artigo 37 da Constituição Federal, que atribui à lei complementar a função de definir as áreas de atuação das fundações estatais:

Art. 37 (...)

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.

Referida lei complementar não foi editada até o momento, de modo que ainda não estão normatizadas as áreas passíveis de atuação das fundações estatais instituídas pelo Poder Público. De qualquer sorte, é forte a tradição nacional no sentido de instituição, pelo Poder Público, de fundações para atuar na *prestação de serviços de cunho social*, em áreas como educação, saúde, assistência social, cultura, esporte e lazer. Nota-se, portanto, relativa compatibilização com o disposto no art. 62, parágrafo único, do Código Civil, que trata das áreas de atuação das fundações privadas.

Ante o exposto e na trilha do presente estudo, é certo que a descentralização por intermédio da criação de fundações apenas configura técnica de privatização quando da instituição de fundações estatais (de direito privado), já que as fundações autárquicas, assim como as autarquias, submetem-se ao regime jurídico idêntico àquele incidente sobre a Administração Pública Direta.

### **2.2.3 Empresas públicas e sociedades de economia mista**

A terceira forma de descentralização ocorre mediante criação de *empresas estatais*, gênero que abrange as empresas públicas e as sociedades de economia mista. As diferenças entre as espécies dizem respeito à composição do capital social e à estrutura societária, conforme dispõe a Lei n. 13.303/2016, que instituiu no Brasil o Estatuto Jurídico das Estatais:

Art. 3º Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.

Art. 4º Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.

Assim, enquanto nas empresas públicas o capital social é integralmente público, nas sociedades de economia mista ele deve ser majoritariamente público – e apenas no que toca às ações que atribuem direito a voto, sendo que em relação às demais não há qualquer exigência. De outro lado, enquanto as empresas públicas podem se revestir de qualquer das formas societárias admitidas (são aplicáveis ao caso a forma de limitada ou de sociedade anônima), as sociedades de economia mista necessariamente devem se constituir sob a roupagem de S/A. A criação de ambas se dá após devida autorização legislativa, conforme o já mencionado art. 37, XIX da CF/88.

São exemplos de empresas públicas, em nível federal: a Caixa Econômica Federal (CEF), a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH). Como sociedades de economia mista podem-se citar: o Banco do Brasil, a Petrobrás e a Eletrobrás.

As empresas estatais são vocacionadas para exploração de atividades econômicas, de modo que o regime jurídico a que estão submetidas, para além do art. 37 da Constituição, é verticalizado no art. 173 do diploma constitucional:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

- I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;
- II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;
- III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;
- IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;
- V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

A regulamentação do art. 173, §1º da Constituição de 1988, foi dada pela Lei n. 13.303/16, que trata do tema sob três perspectivas: **(i)** uma perspectiva *estrutural* ou *orgânica*; **(ii)** uma perspectiva *funcional*; e **(iii)** uma perspectiva *teleológica*, que transcende as dimensões anteriores e as conflui em três noções fundamentais: *controle*, *eficiência* e *autonomia*.

No primeiro eixo, destaca-se a preocupação da lei com a estruturação das estatais, dispondo regras a respeito do seu conceito, de seu regime societário e da estrutura de seus órgãos, com foco no atendimento à Lei das Sociedades Anônimas. Destacam-se, aqui, as condições para o exercício de cargos no Con-



selho de Administração e da Diretoria, bem como a previsão de um membro independente no Conselho de Administração e de um Comitê de Auditoria Estatutário. Nesse sentido, vale transcrever as principais inovações:

Art. 17. Os membros do Conselho de Administração e os indicados para os cargos de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor-presidente, serão escolhidos entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento, devendo ser atendidos, alternativamente, um dos requisitos das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso I e, cumulativamente, os requisitos dos incisos II e III:

I - ter experiência profissional de, no mínimo:

a) 10 (dez) anos, no setor público ou privado, na área de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou em área conexas àquela para a qual forem indicados em função de direção superior; ou

b) 4 (quatro) anos ocupando pelo menos um dos seguintes cargos:

1. cargo de direção ou de chefia superior em empresa de porte ou objeto social semelhante ao da empresa pública ou da sociedade de economia mista, entendendo-se como cargo de chefia superior aquele situado nos 2 (dois) níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa;

2. cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público;

3. cargo de docente ou de pesquisador em áreas de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

c) 4 (quatro) anos de experiência como profissional liberal em atividade direta ou indiretamente vinculada à área de atuação da empresa pública ou sociedade de economia mista;

II - ter formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado; e

III - não se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade previstas nas alíneas do inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar no 135, de 4 de junho de 2010.

§ 1º O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias poderá dispor sobre a contratação de seguro de responsabilidade civil pelos administradores.

§ 2º É vedada a indicação, para o Conselho de Administração e para a diretoria:

I - de representante do órgão regulador ao qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista está sujeita, de Ministro de Estado, de

Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados do cargo;

II - de pessoa que atuou, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral;

III - de pessoa que exerça cargo em organização sindical;

IV - de pessoa que tenha firmado contrato ou parceria, como fornecedor ou comprador, demandante ou ofertante, de bens ou serviços de qualquer natureza, com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade em período inferior a 3 (três) anos antes da data de nomeação;

V - de pessoa que tenha ou possa ter qualquer forma de conflito de interesse com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade.

§ 3º A vedação prevista no inciso I do § 2º estende-se também aos parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau das pessoas nele mencionadas.

§ 4º Os administradores eleitos devem participar, na posse e anualmente, de treinamentos específicos sobre legislação societária e de mercado de capitais, divulgação de informações, controle interno, código de conduta, a Lei no 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção), e demais temas relacionados às atividades da empresa pública ou da sociedade de economia mista.

§ 5º Os requisitos previstos no inciso I do caput poderão ser dispensados no caso de indicação de empregado da empresa pública ou da sociedade de economia mista para cargo de administrador ou como membro de comitê, desde que atendidos os seguintes quesitos mínimos:

I - o empregado tenha ingressado na empresa pública ou na sociedade de economia mista por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos;

II - o empregado tenha mais de 10 (dez) anos de trabalho efetivo na empresa pública ou na sociedade de economia mista;

III - o empregado tenha ocupado cargo na gestão superior da empresa pública ou da sociedade de economia mista, comprovando sua capacidade para assumir as responsabilidades dos cargos de que trata o caput.

Art. 19. É garantida a participação, no Conselho de Administração, de representante dos empregados e dos acionistas minoritários.

[...] § 2º É assegurado aos acionistas minoritários o direito de eleger 1 (um) conselheiro, se maior número não lhes couber pelo processo de voto múltiplo previsto na Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Art. 22. O Conselho de Administração deve ser composto, no mínimo, por 25% (vinte e cinco por cento) de membros independentes ou por pelo menos 1 (um), caso haja decisão pelo exercício da faculdade do voto múltiplo pelos acionistas minoritários, nos termos do art. 141 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

§ 1º O conselheiro independente caracteriza-se por:

I - não ter qualquer vínculo com a empresa pública ou a sociedade de economia mista, exceto participação de capital;

II - não ser cônjuge ou parente consanguíneo ou afim, até o terceiro grau ou por adoção, de chefe do Poder Executivo, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado ou Município ou de administrador da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

III - não ter mantido, nos últimos 3 (três) anos, vínculo de qualquer natureza com a empresa pública, a sociedade de economia mista ou seus controladores, que possa vir a comprometer sua independência;

IV - não ser ou não ter sido, nos últimos 3 (três) anos, empregado ou diretor da empresa pública, da sociedade de economia mista ou de sociedade controlada, coligada ou subsidiária da empresa pública ou da sociedade de economia mista, exceto se o vínculo for exclusivamente com instituições públicas de ensino ou pesquisa;

V - não ser fornecedor ou comprador, direto ou indireto, de serviços ou produtos da empresa pública ou da sociedade de economia mista, de modo a implicar perda de independência;

VI - não ser funcionário ou administrador de sociedade ou entidade que esteja oferecendo ou demandando serviços ou produtos à empresa pública ou à sociedade de economia mista, de modo a implicar perda de independência;

VII - não receber outra remuneração da empresa pública ou da sociedade de economia mista além daquela relativa ao cargo de conselheiro, à exceção de proventos em dinheiro oriundos de participação no capital.

Art. 25. O Comitê de Auditoria Estatutário será integrado por, no mínimo, 3 (três) e, no máximo, 5 (cinco) membros, em sua maioria independentes.

§ 1º São condições mínimas para integrar o Comitê de Auditoria Estatutário:  
I - não ser ou ter sido, nos 12 (doze) meses anteriores à nomeação para o Comitê:

a) diretor, empregado ou membro do conselho fiscal da empresa pública ou sociedade de economia mista ou de sua controladora, controlada, coligada ou sociedade em controle comum, direta ou indireta;

b) responsável técnico, diretor, gerente, supervisor ou qualquer outro integrante com função de gerência de equipe envolvida nos trabalhos de auditoria na empresa pública ou sociedade de economia mista;

II - não ser cônjuge ou parente consanguíneo ou afim, até o segundo grau ou por adoção, das pessoas referidas no inciso I;

III - não receber qualquer outro tipo de remuneração da empresa pública ou sociedade de economia mista ou de sua controladora, controlada, coligada ou sociedade em controle comum, direta ou indireta, que não seja aquela relativa à função de integrante do Comitê de Auditoria Estatutário;

IV - não ser ou ter sido ocupante de cargo público efetivo, ainda que licenciado, ou de cargo em comissão da pessoa jurídica de direito público que exerça o controle acionário da empresa pública ou sociedade de economia mista, nos 12 (doze) meses anteriores à nomeação para o Comitê de Auditoria Estatutário.

§ 2º Ao menos 1 (um) dos membros do Comitê de Auditoria Estatutário deve ter reconhecida experiência em assuntos de contabilidade societária.

É nítida, pois, a tentativa de profissionalização e despolitização das estatais, mediante nomeação de dirigentes sem vínculos políticos, com *expertise* para o cargo a ser ocupado, e focados no atingimento de resultados socioeconômicos à empresa e sobretudo à sociedade. Há críticas a essa opção – como, por exemplo, uma possível fragilização da governabilidade em razão da eliminação por completo dos cargos baseados na *fidúcia* –, que seguramente foram sopesadas pelo legislador ao adotar tal modelo.

No segundo eixo, a legislação volta sua atenção para a forma de atuação das empresas constituídas pelo Estado, enfocando sobretudo a forma de contratação de bens e serviços por parte das estatais. Em clara dissonância com o regime da Lei n. 8.666/93, a lei estatui 57 artigos (de um total de 97) especificamente para disciplinar o rito licitatório a ser seguido e as regras contratuais incidentes sobre a atuação das estatais.

Neste campo, destaca-se interessante aproximação da lei em relação ao RDC – Regime Diferenciado de Contratação – descrito na Lei n. 12.462/2011,

a exemplo do que se extrai ao se abordar a questão do orçamento sigiloso (art. 34), o regime de contratação integrada (art. 43, IV) e os procedimentos auxiliares das licitações (artigos 63 e seguintes):

Art. 34. O valor estimado do contrato a ser celebrado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista será sigiloso, facultando-se à contratante, mediante justificação na fase de preparação prevista no inciso I do art. 51 desta Lei, conferir publicidade ao valor estimado do objeto da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

Art. 43. Os contratos destinados à execução de obras e serviços de engenharia admitirão os seguintes regimes:

[...] VI - contratação integrada, quando a obra ou o serviço de engenharia for de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica do objeto licitado ou puder ser executado com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado.<sup>134</sup>

Art. 63. São procedimentos auxiliares das licitações regidas por esta Lei:

- I - pré-qualificação permanente;
- II - cadastramento;
- III - sistema de registro de preços;
- IV - catálogo eletrônico de padronização.

Percebe-se também o compartilhamento, pela nova lei, de alguns pontos de avanço estatuídos pela Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei n. 11.079/04), a exemplo da matriz de riscos contratuais, cuja alocação segue a sistemática da Lei das PPPs, e não da Lei n. 8.666/93:

Art. 42. Na licitação e na contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista, serão observadas as seguintes definições:

[...]

---

134 A definição de contratação integrada consta do art. 42, VI da lei: “VI - contratação integrada: contratação que envolve a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, de acordo com o estabelecido nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo”.

VIII - projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para, observado o disposto no § 3º, caracterizar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

[...]

X - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prorrogação de termo aditivo quando de sua ocorrência;

b) estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de resultado, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação;

c) estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de meio, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico da licitação.

Art. 69. São cláusulas necessárias nos contratos disciplinados por esta Lei:

[...]

X - matriz de riscos.

Ainda, interessante ponto de contato com as PPP's diz respeito à possibilidade de as empresas estatais realizarem Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) para seleção de projetos e estudos a embasarem a realização futura e eventual de licitação, conforme previsão do art. 31, §§ 4º e 5º da Lei:

Art. 31. [...]

§ 4º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão adotar procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos com vistas a atender necessidades previamente identificadas, cabendo a regulamentação a definição de suas regras específicas.

§ 5º Na hipótese a que se refere o § 4º, o autor ou financiador do projeto poderá participar da licitação para a execução do empreendimento, podendo ser ressarcido pelos custos aprovados pela empresa pública ou sociedade de economia mista caso não vença o certame, desde que seja promovida a cessão de direitos de que trata o art. 80.

Para além desses pontos de contato, há diversas disposições inovadoras no ordenamento, tais como a impossibilidade de alteração unilateral dos contratos (art. 72 e 81, §1º) e a existência de restrições aos contratos de patrocínio:

Art. 72. Os contratos regidos por esta Lei somente poderão ser alterados por acordo entre as partes, vedando-se ajuste que resulte em violação da obrigação de licitar.

Art. 81. Os contratos celebrados nos regimes previstos nos incisos I a V do art. 43 contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, nos seguintes casos:

§ 1º O contratado poderá aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

Art. 93. As despesas com publicidade e patrocínio da empresa pública e da sociedade de economia mista não ultrapassarão, em cada exercício, o limite de 0,5% (cinco décimos por cento) da receita operacional bruta do exercício anterior.

§ 1º O limite disposto no caput poderá ser ampliado, até o limite de 2% (dois por cento) da receita bruta do exercício anterior, por proposta da diretoria da empresa pública ou da sociedade de economia mista justificada com base em parâmetros de mercado do setor específico de atuação da empresa ou da sociedade e aprovada pelo respectivo Conselho de Administração.

§ 2º É vedado à empresa pública e à sociedade de economia mista realizar, em ano de eleição para cargos do ente federativo a que sejam vinculadas, despesas com publicidade e patrocínio que excedam a média dos gastos nos 3 (três) últimos anos que antecedem o pleito ou no último ano imediatamente anterior à eleição.

Vale destacar que, pelo regime da nova lei, é necessária a realização de licitação para celebração de contrato de patrocínio, conforme art. 27, §3º c/c art. 28, §2º:

Art. 27. A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.

[...]

§ 3º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão celebrar convênio ou contrato de patrocínio com pessoa física ou com pessoa jurídica para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica, desde que comprovadamente vinculadas ao fortalecimento de sua marca, observando-se, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei.

Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

[...]

§ 2º O convênio ou contrato de patrocínio celebrado com pessoas físicas ou jurídicas de que trata o § 3º do art. 27 observará, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei.

Há disposições relativamente abertas, que merecerão aprofundamento doutrinário e um cuidadoso tratamento jurisprudencial, a exemplo do art. 28,



§3º<sup>135</sup> – que dispensa a licitação para a contratação de “serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais” e “nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio” – e do art. 71, II<sup>136</sup> – que autoriza a celebração de contratos por prazo superior a 5 anos nos casos em que a contratação por prazo maior seja “prática rotineira no mercado e a imposição desse prazo inviabilize ou onere excessivamente a realização do negócio”.

Finalmente, o terceiro eixo perpassa e transcende as perspectivas anteriores, saltando aos olhos a preocupação da lei em relação a três temas de crucial importância para o atingimento da finalidade das estatais: **a)** sua autonomia em relação à Administração Direta; **b)** sua eficiência em matéria socioeconômica; e **c)** o controle (interno e externo) de sua atuação.

Destacam-se aqui diversas previsões como a obrigação de seguir rígidos padrões de transparência, a necessidade de instituição e fiscalização de regras de *compliance*, a necessidade de planejamento de ações e a previsão de um conselheiro independente no Conselho de Administração, a previsão de uma “função social da empresa estatal”, o reforço do princípio da sustentabilidade nas licitações, a existência de regras de “imunidade” da estatal em relação a interferências da Administração Direta, dentre outras. Vejam-se alguns exemplos:

Art. 8º As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência:

---

135 Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30. [...] § 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações: I - comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais; II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

136 Art. 71. A duração dos contratos regidos por esta Lei não excederá a 5 (cinco) anos, contados a partir de sua celebração, exceto: I - para projetos contemplados no plano de negócios e investimentos da empresa pública ou da sociedade de economia mista; II - nos casos em que a pactuação por prazo superior a 5 (cinco) anos seja prática rotineira de mercado e a imposição desse prazo inviabilize ou onere excessivamente a realização do negócio.

- I - elaboração de carta anual, subscrita pelos membros do Conselho de Administração, com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos;
- II - adequação de seu estatuto social à autorização legislativa de sua criação;
- III - divulgação tempestiva e atualizada de informações relevantes, em especial as relativas a atividades desenvolvidas, estrutura de controle, fatores de risco, dados econômico-financeiros, comentários dos administradores sobre o desempenho, políticas e práticas de governança corporativa e descrição da composição e da remuneração da administração;
- IV - elaboração e divulgação de política de divulgação de informações, em conformidade com a legislação em vigor e com as melhores práticas;
- V - elaboração de política de distribuição de dividendos, à luz do interesse público que justificou a criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista;
- VI - divulgação, em nota explicativa às demonstrações financeiras, dos dados operacionais e financeiros das atividades relacionadas à consecução dos fins de interesse coletivo ou de segurança nacional;
- VII - elaboração e divulgação da política de transações com partes relacionadas, em conformidade com os requisitos de competitividade, conformidade, transparência, equidade e comutatividade, que deverá ser revista, no mínimo, anualmente e aprovada pelo Conselho de Administração;
- VIII - ampla divulgação, ao público em geral, de carta anual de governança corporativa, que consolide em um único documento escrito, em linguagem clara e direta, as informações de que trata o inciso III;
- IX - divulgação anual de relatório integrado ou de sustentabilidade.

Art. 9º A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abrangem:

- I - ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno;
- II - área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos;

III - auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário.

§ 1º Deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre:

I - princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude;

II - instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade;

III - canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais;

IV - mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias;

V - sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade;

VI - previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores.

§ 2º A área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos deverá ser vinculada ao diretor-presidente e liderada por diretor estatutário, devendo o estatuto social prever as atribuições da área, bem como estabelecer mecanismos que assegurem atuação independente.

§ 3º A auditoria interna deverá:

I - ser vinculada ao Conselho de Administração, diretamente ou por meio do Comitê de Auditoria Estatutário;

II - ser responsável por aferir a adequação do controle interno, a efetividade do gerenciamento dos riscos e dos processos de governança e a confiabilidade do processo de coleta, mensuração, classificação, acumulação, registro e divulgação de eventos e transações, visando ao preparo de demonstrações financeiras.

§ 4º O estatuto social deverá prever, ainda, a possibilidade de que a área de compliance se reporte diretamente ao Conselho de Administração em situações em que se suspeite do envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou quando este se furtar à obrigação de adotar medidas necessárias em relação à situação a ele relatada.

Art. 10. A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão criar comitê estatutário para verificar a conformidade do processo de

indicação e de avaliação de membros para o Conselho de Administração e para o Conselho Fiscal, com competência para auxiliar o acionista controlador na indicação desses membros.

Parágrafo único. Devem ser divulgadas as atas das reuniões do comitê estatutário referido no caput realizadas com o fim de verificar o cumprimento, pelos membros indicados, dos requisitos definidos na política de indicação, devendo ser registradas as eventuais manifestações divergentes de conselheiros.

Art. 23. É condição para investidura em cargo de diretoria da empresa pública e da sociedade de economia mista a assunção de compromisso com metas e resultados específicos a serem alcançados, que deverá ser aprovado pelo Conselho de Administração, a quem incumbe fiscalizar seu cumprimento.

§ 1º Sem prejuízo do disposto no caput, a diretoria deverá apresentar, até a última reunião ordinária do Conselho de Administração do ano anterior, a quem compete sua aprovação:

I - plano de negócios para o exercício anual seguinte;

II - estratégia de longo prazo atualizada com análise de riscos e oportunidades para, no mínimo, os próximos 5 (cinco) anos.

§ 2º Compete ao Conselho de Administração, sob pena de seus integrantes responderem por omissão, promover anualmente análise de atendimento das metas e resultados na execução do plano de negócios e da estratégia de longo prazo, devendo publicar suas conclusões e informá-las ao Congresso Nacional, às Assembleias Legislativas, à Câmara Legislativa do Distrito Federal ou às Câmaras Municipais e aos respectivos tribunais de contas, quando houver.

§ 3º Excluem-se da obrigação de publicação a que se refere o § 2º as informações de natureza estratégica cuja divulgação possa ser comprovadamente prejudicial ao interesse da empresa pública ou da sociedade de economia mista.

Art. 27. A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.

§ 1º A realização do interesse coletivo de que trata este artigo deverá ser orientada para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação

socialmente eficiente dos recursos geridos pela empresa pública e pela sociedade de economia mista, bem como para o seguinte:

I - ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

II - desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, sempre de maneira economicamente justificada.

§ 2º A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão, nos termos da lei, adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam.

Art. 89. O exercício da supervisão por vinculação da empresa pública ou da sociedade de economia mista, pelo órgão a que se vincula, não pode ensejar a redução ou a supressão da autonomia conferida pela lei específica que autorizou a criação da entidade supervisionada ou da autonomia inerente a sua natureza, nem autoriza a ingerência do supervisor em sua administração e funcionamento, devendo a supervisão ser exercida nos limites da legislação aplicável.

Art. 90. As ações e deliberações do órgão ou ente de controle não podem implicar interferência na gestão das empresas públicas e das sociedades de economia mista a ele submetidas nem ingerência no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas.

O diploma foi regulamentado pelo Decreto n. 8.945/2016, que verticaliza e especifica alguns pontos da lei.

De outro giro, seguindo a trilha do Decreto-Lei 200/67, a tônica do art. 173 da CF/88 é – para além da instituição do *princípio da subsidiariedade da atuação estatal direta em matéria econômica* – estatuir a vocação das estatais para a exploração de atividades econômicas. Assim, porque exploram atividades econômicas, o dispositivo racionalmente define que elas devem submeter-se a regime jurídico avizinjado ao regime privado. Isso porque as estatais atuam (na lógica estatuída pelo art. 173) em esfera econômica de titularidade privada, em regime de competição com outros prestadores, de sorte que submetê-las ao regime jurídico de direito público importaria prejuízo a seu desempenho no mercado.

Contudo, independentemente dessa vocação normativa das estatais, a prática demonstra que desde a sua origem elas foram utilizadas também (e prin-

principalmente) para a exploração estatal de atividades qualificadas como serviços públicos passíveis de exploração lucrativa (os chamados “serviços públicos econômicos”). Aqui, ao que é evidente, não age o Estado em setor de titularidade privada, mas sim pública, e mais: no mais das vezes age o Estado monopolisticamente, sem haver que se falar em competição com outros prestadores. Daí que a lógica da submissão das estatais a regime privado como forma de garantir melhor performance econômica não encontra aqui tanto sentido.<sup>137</sup>

A Lei n. 13.303/16 confirma essa tendência, afirmando em seu artigo inaugural dispor sobre o

[...] estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos. (Grifou-se).

As principais diferenças em matéria de regime jurídico entre as estatais exploradoras de atividades econômicas e as estatais prestadoras de serviços públicos consistem: (i) em sua responsabilização no âmbito civil, que é subjetiva nas primeiras e objetiva nas segundas, ante o disposto no art. 37, §6º da Constituição; (ii) na penhorabilidade dos bens das primeiras e impenhorabilidade dos bens das segundas, desde que afeitos à prestação do serviço público que lhes compete. De resto, o regime jurídico das entidades coincide integralmente, sobretudo a partir da Lei n. 13.303/16, que lhes conferiu tratamento uniforme.

É por isso que, hoje mais do que nunca, independentemente de explorarem atividades econômicas ou prestarem serviços públicos as empresas estatais possuem deveres típicos do regime jurídico administrativo, tais como a realização de concurso público para seleção de empregados públicos e a realização de licitação, ainda que esta se realize nos termos da nova Lei n. 13.303/2016, e não mais da Lei n. 8.666/93.

---

137 Sobre o tema, conferir: JUSTEN FILHO, Marçal. **Empresas estatais e a superação da dicotomia prestação de serviço público / exploração de atividade econômica!**. In: Marcelo Figueiredo; Valmir Pontes Filho. (Org.). Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antonio Bandeira de Mello. Ied. São Paulo: Malheiros, 2006, v. 1, p. 403-423.

### 2.2.3.1 Empresas subsidiárias

Empresas subsidiárias são entidades empresariais constituídas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, com intento de atuar em um segmento específico dentre aqueles que compõem a esfera econômica para a qual a entidade foi originariamente constituída. As subsidiárias são, assim, *vinculadas e controladas* pelas empresas estatais que as constituíram.

A criação de subsidiárias traz como consequência a formação de grandes *conglomerados empresariais estatais*, em que a empresa original converte-se em verdadeira *holding* a controlar todas as suas subsidiárias, cada qual constituída para determinada missão. É o caso da PETROBRÁS e suas inúmeras subsidiárias, tais como a Petrobras Distribuidora, Petrobras Biocombustível, Transpetro, Gaspetro e a Liquigás.

A criação de empresas subsidiárias depende, da mesma forma que a constituição da própria estatal, de autorização legislativa, consoante previsão do art. 37, XX da CF/88. Importa referir que tal previsão não necessita ser específica, bastando que haja previsão genérica acerca de tal possibilidade na lei que autorizar a constituição da estatal. É dizer: havendo previsão, na lei que originariamente autorizou a constituição da empresa, da possibilidade de criação de subsidiárias por parte desta, tal previsão genérica é suficiente para permitir a constituição de subsidiárias, quando assim deliberado pela entidade conforme seus interesses.

A subsidiária passível de constituição pela sociedade de economia mista é a do tipo *integral*, ou seja, aquela que possui como único acionista “uma sociedade brasileira” (art. 251 da Lei das S/A). A redação do dispositivo é, contudo, infeliz. A interpretação que se dá à expressão subsidiária integral, na realidade, é no sentido de que a empresa subsidiária deve ter como único e exclusivo acionista a sua própria sociedade constituinte.

As subsidiárias das estatais, em tese, são entidades empresariais criadas para ordenar a atuação comercial de suas controladoras, de acordo com os diversos segmentos econômicos em que atuam. Ocorre que, não raro, tem-se assistido à constituição de subsidiárias para atuação em setores diversos daqueles tradicionalmente ocupados pelas estatais. Para fins didáticos, propõe-se aqui nova classificação em relação às subsidiárias, que podem ser *homogêneas* – aquelas criadas para atuação no mesmo setor econômico de sua constituinte – ou

*heterogêneas* – aquelas criadas para atuação em setor econômico diverso daquele originariamente explorado pela sua constituinte.

É o caso de diversas empresas do setor elétrico, como a CEMIG e a Copel, concessionárias de distribuição de energia elétrica que possuem, dentre suas subsidiárias, empresas atuantes no setor de telecomunicações. A trajetória societária da empresa paranaense permite digressão interessante. Desde sua constituição até o início do corrente século, a empresa possuía estrutura societária unitária, vocacionada à outorga da concessão para distribuição energética. Autorizada pela Lei Estadual n. 12.355/98 e pelas Resoluções da ANEEL n. 558/2000 e 258/2001, a empresa transformou-se *holding* (Copel S/A) mediante constituição de cinco subsidiárias: a Copel Geração e Transmissão, a Copel Distribuição, a Copel Renováveis, a Copel Telecomunicações e a Copel Participações. Diante disso, a Copel S/A transferiu as concessões que detinha no setor elétrico às respectivas subsidiárias (Geração e Transmissão, Distribuição).

O relevo a ser dado consiste no fato de que tais empresas, genuinamente constituídas para atuar no setor *eletro-energético* prestando *serviço público de transmissão e distribuição de energia elétrica*, constituíram subsidiária para *explorar atividade econômica no setor de telecomunicações*. Tal configuração, repetida em outras estatais como a mineira CEMIG, desafia a doutrina tradicional acerca do empreendedorismo estatal.

Isso porque, de acordo com doutrina remansosa, o princípio que guia as descentralizações é o chamado *princípio da especialidade*, de acordo com o qual a justificativa para se operar a criação de entidade na Administração Indireta é a necessidade de atribuição, a um novo ente dotado de autonomia e personalidade jurídica apartada, de *competências específicas* relacionadas ao exercício de *determinadas atividades* de interesse público. E, em tese, o fato de uma empresa estatal criada para prestar serviços públicos de distribuição de energia elétrica constituir uma subsidiária para explorar atividades no setor de telecomunicações importa desvio a tal princípio. A autorização legislativa para a criação da empresa estatal ou para a constituição, por esta, de sociedades subsidiárias, dificilmente terá dado margem a ampliação de escopo desse porte.

Ademais, deve-se relembrar que a constituição, pelo Poder Público, de empresas estatais para a exploração de atividades econômicas submete-se à previsão do supracitado art. 173 da CF/88, de sorte que, ressalvados os casos previstos na Constituição, a exploração direta de atividades econômicas somente se admite se atender aos imperativos de segurança nacional e/ou relevante in-



teresse coletivo. Ainda que o art. 21, XI da Constituição preveja expressamente a possibilidade de exploração de serviços de telecomunicações, trata-se de previsão destinada à União, e não aos Estados. Daí decorre que, caso os Estados vejam necessidade/utilidade de constituir empresa para atuar em tal setor, não escaparão à necessidade de demonstrar relevante interesse coletivo ou razão de segurança nacional em tal empreitada, nos termos do art. 173 da CF/88.

Diante disso, a situação das subsidiárias acima enfrentadas na óptica da doutrina tradicional seria ilegal, por ofensa ao princípio da especialidade e ao conteúdo do art. 173 da CF/88.

Ocorre que, a partir de uma *hermenêutica teleológica*, é forçoso concluir pela possibilidade de criação, pelas estatais, de subsidiárias com tais características *heterogêneas*. Isso porque a participação de empresas estatais em setores econômicos de tamanha importância certamente provoca importantes alterações mercadológicas em razão da concorrência dilatada (*endorregulação*), situação que tende sempre a favorecer, em última análise, ao consumidor. Em assim sendo, a potencialmente benéfica ampliação da competitividade em setores de infraestrutura – como é o caso do setor de telecomunicações, nos exemplos trazidos acima – permite guerrear a constitucionalidade de empresas subsidiárias heterogêneas. Justamente em razão disso, o princípio da especialidade, sem possuir status positivo e sendo apenas uma construção doutrinária, tem cedido parcela de terreno.

Não se está defendendo aqui, note-se, a possibilidade de ampla e irrestrita constituição de empresas estatais e subsidiárias pelo Poder Público, sem qualquer critério. As balizas existentes no ordenamento nacional são claras: tanto a constituição de uma estatal quanto a eventual ampliação de seu escopo societário (mediante constituição de subsidiária heterogênea) deve acatamento ao art. 173 da CF/88. Assim, para que tal empreitada seja legítima, é necessário averiguar a lei de autorização da estatal em questão e, se for o caso, alterá-la para permitir a atuação no novo setor econômico almejado – contanto que exista relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, lembre-se. O que se sustenta é, apenas, a imprestabilidade do princípio da especialidade para seguir balizando a constituição de empresas estatais em todos os casos.

### 2.2.3.2 *Abertura de capital, aumento de capital e alienação parcial de participação societária em empresa estatal*

Outro assunto de interesse no que toca à análise das empresas estatais diz respeito à *abertura* ou *aumento de capital* das empresas estatais e da *alienação parcial* da participação pública na composição do capital acionário da empresa.<sup>138</sup> As medidas são largamente utilizadas como forma de capitalizar empresas estatais em momentos deficitários, injetando recursos privados em seu caixa, e estão previstas expressamente no art. 4º, I, II e III da Lei n. 9.491/97.

No primeiro caso (abertura de capital), opta-se por converter uma empresa pública (cujo capital social é integralmente estatal, na forma do art. 5º, II do Decreto-Lei n. 200/67 e do art. 3º da Lei n. 13.303/16) em sociedade de economia mista, cuja participação estatal restringe-se à maioria do capital votante, possibilitando a injeção de capital privado na composição acionária, até mesmo mediante abertura de ações em bolsa de valores. O tema tem sido debatido recentemente por conta do anúncio, em fins de 2014, da intenção de abrir o capital da Caixa Econômica Federal, convertendo-a em sociedade de economia mista.

No segundo caso (aumento de capital), a solução utilizada pela Administração Pública é a majoração do capital da entidade estatal, disponibilizando a aquisição das novas cotas pelo setor privado, geralmente mediante oferta dos novos lotes de ações em bolsa de valores. O expediente foi recentemente utilizado na estatal paranaense de energia elétrica COPEL, que ofertou novos lotes de ações preferenciais na BOVESPA para capitalizar a empresa.

No terceiro caso (alienação parcial do capital), trata-se da venda ao setor privado de parcela minoritárias das cotas titularizadas pelo Estado em sociedade de economia mista, diminuindo a participação acionária pública na sociedade em questão, mas mantendo a maioria do capital votante. O expediente está sendo estudado em diversas empresas estaduais Brasil afora, sobretudo dos setores de energia e saneamento.

Sobre essa temática da gestão empresarial do Estado, dois comentários devem ser realizados.

Primeiro: as três hipóteses mencionadas não são auto excludentes. De um lado, porque podem ser utilizadas concomitantemente num dado caso concreto: o Poder Público opta, por exemplo, por aumentar o capital social de dada

---

138 A alienação total do capital público importa despublicização, razão pela qual não é abordada neste tópico.

empresa e, ao mesmo tempo, alienar parte de suas cotas. De outro, porque a primeira das modalidades (abertura do capital) é atingida, justamente, ou (a) mediante majoração do capital social da então empresa pública e disponibilização das novas cotas para compra pelo setor privado, ou (b) mediante alienação parcial das cotas existentes em posse do poder público. As hipóteses apenas foram apartadas porque, em se tratando de sociedades de economia mista já constituídas, a primeira delas (abertura de capital) é logicamente inaplicável.

Segundo: em qualquer dos casos acima analisados, a reestruturação acionária da empresa não pode importar o desvirtuamento do conceito de empresa estatal e sua conversão em empresa privada, devendo ser respeitada a exigência legal de estar a *maioria do capital social votante*<sup>139</sup> em posse do Estado. Caso contrário se operará verdadeira privatização da empresa estatal por via transversa, o que não se admite nos moldes do art. 37, XIX da Constituição de 1988.

Nessa aproximação, a redação do art. 4º, I da Lei n. 9.491/97 (que prevê como modalidade de desestatização a “alienação de participação societária, inclusive de controle acionário”) deve ser tomada com cautela: a alienação – ainda que parcial – do capital social de empresa estatal que importe perda do controle acionário por parte do Poder Público configura hipótese de *despublização*, e como tal deverá seguir o regramento específico previsto para tanto, mais rígido que aquele previsto para a alienação parcial de cotas que não importe perda do controle acionário estatal, notadamente por exigir autorização legislativa para extinção da empresa.

## **2.2.4 Casos especiais**

Afora as hipóteses anteriores, que configuram típicos casos de descentralização, há outras um tanto especiais que, de alguma forma, também podem ser enquadradas no fenômeno descentralizador.

---

139 A doutrina costuma esquecer que o Decreto-Lei n. 200/67, no art. 5º, III, não caracteriza as sociedades de economia mista como aquelas que possuem a maioria do capital *global* de posse do poder público, mas sim que o poder público possua a maioria do capital *votante* – é dizer, as ações que dão direito a voto ou, no jargão da bolsa de valores, as ações ordinárias (ON). Nada impede, portanto, que a maioria do capital social de uma sociedade de economia mista seja privado, desde que as ações com direito a voto pertençam majoritariamente ao poder público. Isso se repetiu na conceituação da Lei n. 13.303/16, art. 4º.

### 2.2.4.1 Consórcios públicos

Os consórcios públicos constituem reunião de pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios) destinada à gestão integrada de serviços de interesse comum dos entes consorciados. O tema é tratado pela Constituição Federal nos seguintes termos:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

A Lei federal n. 11.107/05, que regulamenta o tema, traz a definição de consórcio público como sendo a 'pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos'.<sup>140</sup>

No que tange à personalidade jurídica da entidade criada com a instituição de um consórcio público, deve-se notar que esta pode ser tanto de direito público quanto de direito privado. No primeiro caso tem-se a associação pública (ente de natureza autárquica) e no segundo caso tema a associação privada (ente de natureza similar às fundações estatais), conforme se depreende dos seguintes dispositivos da Lei n. 11.107/05:

Art. 1º [...]

§ 1º O consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado.

Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

I – de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;

II – de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.

---

<sup>140</sup> Essa previsão consta do artigo 2º, inciso I do Decreto federal n. 6.017, de 17 de janeiro de 2017.

§ 1º O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.  
§ 2º No caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

A diferença entre um e outro modelo de consórcio público remonta ao regime jurídico incidente sobre a entidade, que deve ser compatível com a natureza das atividades a serem por ele desenvolvidas. Nessa medida, a instituição de um consórcio de direito público deve ocorrer, necessariamente, nos casos em que este assumam atribuições de interesse comum de seus integrantes, relacionadas ao exercício do poder de império do Estado. Nesta hipótese, o regime jurídico incidente corresponde ao regime das Autarquias. Já nos casos em que as atividades a serem desenvolvidas em conjunto não envolvam o uso da força, é possível a instituição de um consórcio público de direito privado, hipótese que encontra paralelo no regime aplicável às fundações estatais.<sup>141</sup>

A instituição de um consórcio público, independentemente de sua natureza jurídica, segue o trâmite previsto na Lei n. 11.107/05, que prevê basicamente a celebração de um protocolo de intenções entre os entes federativos interessados. Tal protocolo deve conter:

- a denominação, a finalidade, o prazo de duração e a sede do consórcio;
- a identificação dos entes da Federação consorciados;
- a indicação da área de atuação do consórcio;
- a previsão de que o consórcio público é associação pública ou pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos;

---

141 Nesse sentido, de acordo com o artigo 6º, §2º da Lei n. 11.107/05: 'No caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT'.

- os critérios para, em assuntos de interesse comum, autorizar o consórcio público a representar os entes da Federação consorciados perante outras esferas de governo;
- as normas de convocação e funcionamento da assembleia geral, inclusive para a elaboração, aprovação e modificação dos estatutos do consórcio público;
- a previsão de que a assembleia geral é a instância máxima do consórcio público e o número de votos para as suas deliberações;
- a forma de eleição e a duração do mandato do representante legal do consórcio público que, obrigatoriamente, deverá ser Chefe do Poder Executivo de ente da Federação consorciado;
- o número, as formas de provimento e a remuneração dos empregados públicos, bem como os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;
- as condições para que o consórcio público celebre contrato de gestão ou termo de parceria;
- a autorização para a gestão associada de serviços públicos, explicitando:
  - a) as competências cujo exercício se transferiu ao consórcio público;
  - b) os serviços públicos objeto da gestão associada e a área em que serão prestados;
  - c) a autorização para licitar ou outorgar concessão, permissão ou autorização da prestação dos serviços;
  - d) as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso de a gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes da Federação consorciados;
  - e) os critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão; e
- o direito de qualquer dos contratantes, quando adimplente com suas obrigações, de exigir o pleno cumprimento das cláusulas do contrato de consórcio público.

Após a aprovação e ratificação do Protocolo de Intenções por lei de cada um dos entes federativos integrantes do consórcio público, o mesmo passa a ter existência jurídica imediatamente (caso se tenha optado pela constituição de uma associação pública) ou mediante o registro de seu ato constitutivo nos termos da lei civil (caso se tenha optado pela constituição de uma associação de direito privado).

Depois da constituição do consórcio público, a lei prevê a celebração de Contratos de Rateio entre o consórcio e cada um de seus integrantes, para a definição do repasse de recursos de cada um deles para a manutenção das atividades do consórcio. Do mesmo modo, deve ser celebrado com cada ente federativo integrante do consórcio público um Contrato de Programa, entendido como o instrumento pelo qual devem ser constituídas e reguladas as obrigações que um ente da Federação tenha para com um consórcio público, no âmbito da prestação de serviços públicos por meio de cooperação federativa.

Este tipo de entidade submete-se à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio, inclusive quanto à legalidade, legitimidade e economicidade das despesas, atos, contratos e renúncia de receitas, sem prejuízo do controle externo a ser exercido em razão de cada um dos contratos de rateio. Além disso, com o objetivo de permitir o atendimento dos dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal, o consórcio público deve fornecer as informações necessárias para que sejam consolidadas, nas contas dos entes consorciados, todas as despesas realizadas com os recursos entregues em virtude de contrato de rateio, de forma que possam ser contabilizadas nas contas de cada ente da federação na conformidade dos elementos econômicos e das atividades ou projetos atendidos.

#### *2.2.4.2 Serviços Sociais Autônomos*

Os serviços sociais autônomos são pessoas jurídicas de direito privado não integrantes da Administração Pública, criadas por força de lei para a gestão autônoma de serviços de aprendizagem, capacitação profissional e assistência a determinados setores produtivos, sobre os quais incidem contribuições sociais instituídas especialmente para seu financiamento.

O fundamento constitucional dos serviços sociais autônomos encontra-se no artigo 240 da Constituição de 1988, que reconhece expressamente a constitucionalidade das contribuições sociais criadas em lei com o objetivo de garantir seu financiamento.<sup>142</sup> A referência legislativa aos Serviços Sociais Autônomos encontra-se na lei de organização administrativa federal, Decreto-lei n. 200/67, que traz a seguinte previsão geral acerca dos serviços sociais autônomos:

Art. 183. Os entidades e organizações em geral, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, que recebem contribuições parafiscais e prestam serviços de interesse público ou social, estão sujeitas à fiscalização do Estado nos termos e condições estabelecidas na legislação pertinente a cada uma.

Também denominados de “Sistema S”, os serviços sociais autônomos têm origem em lei que determina à própria sociedade civil a criação de uma entidade privada voltada à prestação de dado serviço social, a ser executado com autonomia de gestão e financiado por meio de contribuição social especificamente criada para tanto. Esse foi o processo de criação do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – SENAI e do Serviço Nacional da Indústria – SESI, criados e geridos pela Confederação Nacional da Indústria, que os instituiu por força do Decreto-lei n. 4.048, de 22 de janeiro de 1942, e do Decreto-lei n. 9.403, de 25 de junho de 1946, respectivamente. O mesmo ocorreu com a Confederação Nacional do Comércio, que instituiu o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – SENAC, por força do Decreto-lei n. 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e o Serviço Social do Comércio – SESC, por força do Decreto-lei n. 9.853, de 13 de setembro de 1946. Além deles, mais tarde foram instituídos o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE,<sup>143</sup> o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural – SENAR,<sup>144</sup> o Serviço Social do Transporte – SEST,

142 Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.

143 Criado pelo Decreto n. 99.570, de 9 de outubro de 1990, que transformou o Centro Brasileiro de Apoio à Pequena e Média Empresa – CEBRAE, sendo administrado por uma série de confederações, associações e entidades estatais.

144 Organizado e administrado pela Confederação Nacional da Agricultura (CNA), por força da Lei n. 8.315, de 23 de dezembro de 1991.



o Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte – SENAT,<sup>145</sup> e o Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo – SESCOOP.<sup>146</sup>

O regime jurídico de cada Serviço Social Autônomo é previsto pela lei que determinou sua instituição e definiu sua estrutura geral. Essa mesma lei instituiu uma contribuição social de interesse das categorias profissionais e econômicas, previstas atualmente pelo artigo 149 da Constituição Federal.<sup>147</sup> Esse tributo é denominado pela doutrina de contribuição parafiscal, pois seu objetivo não consiste na obtenção de recursos para o tesouro do Estado, mas no fomento às atividades de interesse público desempenhadas pelos serviços sociais autônomos.

Ainda que tenham sido criados por força de determinação legal, a administração e organização dos serviços sociais autônomos ocorrem sem interferência do Estado, que não possui competência sequer para nomear seus diretores, escolhidos por processos eleitorais próprios. Essa capacidade de autogestão é característica essencial que revela a autonomia dos serviços sociais autônomos.

A denominação “Serviço Social Autônomo” deriva de duas características: (i) a atividade desenvolvida refere-se a um *serviço social*, especialmente voltado à aprendizagem, capacitação profissional e assistência a pessoas vinculadas a determinados setores produtivos; e (ii) a organização e administração das atividades é realizada de modo *autônomo* em relação ao Estado, que não possui qualquer ingerência na gestão da entidade, exceto a garantia de seu financiamento por meio da contribuição criada em lei com esse objetivo.

Essas características fazem com que as entidades do Sistema S sejam qualificadas como *entidades paraestatais*. De um lado, não são estatais porque quem as cria, administra e organiza não é o Estado, de modo que não integram a estrutura da Administração Pública (nem mesmo indireta); de outro, não são privados porque sua criação, organização e administração não decorrem da autonomia da vontade, mas do cumprimento de uma determinação legal.

---

145 Criados, organizados e administrados pela Confederação Nacional do Transporte – CNT, por força da Lei n. 8.706, de 14 de setembro de 1993.

146 Criado pela Medida Provisória 1.715-01, de 1º de outubro de 1998, atual Medida Provisória 2.168-40, de 24 de agosto de 2001.

147 Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

Os Serviços Sociais Autônomos foram criados ao longo do tempo no Brasil com o objetivo de fortalecer e capacitar pessoas para exercer atividades profissionais na indústria, no comércio, na atividade rural, nos transportes, no cooperativismo e nas micro e pequenas empresas. Repare-se, portanto, que há uma dupla atividade de fomento envolvida nos serviços sociais autônomos: a entidade recebe fomento estatal por meio de contribuições sociais cobradas de empresas que atuam na área para, através de seus serviços, fomentar o desenvolvimento do setor produtivo ao que se encontra vinculado.

Por não integrarem a Administração Pública Direta ou Indireta e por não prestarem serviços públicos, os Serviços Sociais Autônomos não se sujeitam a todas as exigências constantes do artigo 37 do texto constitucional, como a contratação de pessoal por meio de concurso público e a contratação de bens, obras e serviços por meio de licitação pública. De outro bordo, por exercerem atividades de interesse público, financiadas por meio de tributos instituídos pelo Estado, consolidou-se entendimento de que há dever de prestação de contas aos Tribunais de Contas, nos termos do artigo 71, II da Constituição Federal; seus dirigentes podem ser responsabilizados por atos de improbidade administrativa nos termos da Lei n. 8.429/92; é possível a impetração de mandado de segurança caso os atos de seus dirigentes provoquem violação de direito líquido e certo; não incide a responsabilidade objetiva do artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal; seus bens são penhoráveis e seus servidores são classificados como funcionários públicos para fins penais, nos termos do artigo 327 do Código Penal.

Além disso, incidem sobre os serviços sociais autônomos os princípios da Administração Pública, de modo que apesar de não haver concurso público ou licitação, as contratações de pessoal e de bens ou serviços devem seguir regulamento próprio editado pela entidade, que respeite a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência.

Recentemente foi editado o Decreto n. 8.688, de 9 de março de 2016, que prevê a celebração de ajustes de cooperação para implementação e execução de programas e ações de interesse público entre a Administração Pública federal e os serviços sociais autônomos. Tais ajustes devem ser firmados por instrumentos específicos, não nominados pela lei, não envolvem o repasse de recursos e devem conter uma série de requisitos, como a previsão de metas e critérios objetivos de avaliação de desempenho.

### *2.2.4.3 Serviços Sociais Autônomos impróprios*

Por Serviços Sociais Autônomos “impróprios” quer-se aqui referir às pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, integrantes da Administração Indireta, com corpo diretivo nomeado pelo Poder Executivo, criadas com objetivo de desenvolver atividades não exclusivas de Estado e financiadas por meio de transferências de recursos públicos, repassados, em regra, mediante a celebração de um contrato de gestão, por meio do qual têm dilatada sua autonomia gerencial, orçamentária e financeira.

Seu surgimento remonta à década de 1990, quando alguns entes federativos passaram a criar pessoas jurídicas estatais, denominadas por lei como Serviços Sociais Autônomos, com o objetivo de:

- (i) executar políticas públicas em setores como exportação; desenvolvimento industrial; desenvolvimento das cidades; investimento, competitividade e geração de empregos; educação; turismo; preservação do meio ambiente; atividade rural;
- (ii) prestar diretamente serviços públicos de saúde; e
- (iii) gerir o sistema previdenciário de servidores públicos estaduais.

Na esfera federal, são exemplos desse fenômeno:

- o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais – APS, instituído pela Lei n. 8.246, de 22 de outubro 1991;
- o Serviço Social Autônomo Agência de Promoção de Exportações do Brasil – APEX-Brasil, instituído pela Lei n. 10.668, de 14.05.03, regulamentada pelo Decreto n. 4.584/03;
- o Serviço Social Autônomo Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial – ABDI, Lei n. 11.080, de 30.12.04, regulamentada pelo Decreto n. 5.352/05;
- o Serviço Social Autônomo denominado Agência Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural – ANATER, instituído pela Lei n. 12.897, de 18 de dezembro de 2013.

Alguns Estados e municípios também criaram seus próprios Serviços Sociais Autônomos. No Estado do Paraná foram instituídos o Paracidade,<sup>148</sup> o Paraná Educação,<sup>149</sup> o Paraná Previdência<sup>150</sup>, o Ecoparaná<sup>151</sup> e a Agência Paraná de Desenvolvimento<sup>152</sup>. No Estado de São Paulo foi criado o Investe São Paulo.<sup>153</sup>

Em vários casos, a própria lei que criou o Serviço Social Autônomo Impróprio promoveu a extinção de uma entidade estatal previamente existente que realizava as mesmas atividades do novo ente. As principais inovações trazidas pelas leis que criaram os novos Serviços Sociais Autônomos podem ser assim sintetizadas: (i) atribuição expressa de personalidade jurídica de direito privado, mesmo que a criação tenha sido realizada diretamente por lei; (ii) utilização da expressão “serviço social autônomo” como suposta modalidade de ente não integrante da Administração Pública Indireta; e (iii) previsão de celebração de um contrato de gestão com a Administração Pública Direta, para definição de metas, objetivos, prazos e responsabilidades a serem cumpridos pela entidade. Cada uma das inovações merece alguns comentários.

No que tange à personalidade jurídica, os serviços sociais autônomos impróprios são criados por lei ou por ato administrativo. Disso decorrem duas consequências: (i) sua natureza é estatal; e (ii) sua personalidade jurídica pode ser de direito público ou de direito privado. A natureza jurídica de uma entidade é de direito público quando sua criação ocorre por meio de lei; e é de direito privado quando sua instituição segue o processo previsto pela legislação civil. No caso de entidades estatais, é competência do próprio Estado escolher o modo de criação e a consequente natureza jurídica de suas entidades, sendo que o critério para essa escolha reside na atribuição ou não de funções de polícia ou regulatórias à nova entidade. O que não se pode perder de vista é que a escolha da personalidade jurídica não decorre do texto da lei, mas do modelo de instituição da pessoa jurídica estatal. Portanto, se uma lei cria um ente estatal, sua personalidade jurídica é de direito público, independente de previsão expressa em contrário.

---

148 Lei Estadual n. 11.498/1996.

149 Lei Estadual n. 11.970/1997.

150 Lei Estadual n. 12.498/1998.

151 Lei Estadual n. 12.215/1998.

152 Lei Estadual n. 17.016/2011.

153 Lei n. 13.179/2008.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a natureza privada do serviço social autônomo criado diretamente por lei, com a consequente ausência de submissão aos limites trazidos pelo artigo 37 da Constituição Federal. A posição foi tomada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1864/PR, ajuizada em face da lei que instituiu o Paraná Educação. Nos debates, o STF concluiu que o rótulo *serviço social autônomo* pode não ser o mais adequado para esse modelo de entidade, mas concluiu que o legislador possui autonomia para organizar a Administração Pública de modo a satisfazer de modo mais eficiente as necessidades sociais. Nas discussões, foram feitas comparações com o regime dos serviços sociais autônomos propriamente ditos, os quais possuem vinculação com o sistema sindical e são financiados por contribuições sindicais, bem como com as organizações sociais.

Pode-se dizer que o reconhecimento da constitucionalidade dos serviços sociais autônomos impróprios ocorreu a reboque do reconhecimento da constitucionalidade do contrato de gestão como instrumento apto a relativizar as sujeições impostas pela Constituição Federal à Administração Pública direta e indireta. Nessa medida, a ADI 1864 reconheceu a constitucionalidade do modelo, bem como o afastamento, com base na celebração de um contrato de gestão, da exigência de licitação e de contratação de pessoal pelo regime estatutário mediante concurso público.

Com essa decisão, o Supremo Tribunal Federal acabou por chancelar a opção legislativa de aproveitar uma denominação antiga e cunhada para outra realidade, para tratar de uma nova espécie de entidade, diversa daquela, mas supostamente também não integrante da Administração Pública. A fim de justificar a inexigência de submissão aos preceitos do artigo 37 da Constituição Federal, acabou-se reconhecendo um novo modelo de serviços sociais autônomos: entidades criadas por lei, com personalidade de direito privado e não integrantes da Administração Pública.

Em uma análise mais detida, contudo, percebe-se que a denominação já consagrada no ordenamento pátrio é imprópria, porquanto as entidades em questão **(i)** não prestam serviços sociais e **(ii)** não possuem autonomia em relação ao Estado. Em termos simples: os novos Serviços Sociais Autônomos não são serviços sociais e não são autônomos. Daí a denominação aqui adotada, na esteira de Marçal JUSTEN FILHO, de serviços sociais *impróprios*.<sup>154</sup>

---

154 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 300.

Note-se que a utilização da expressão “serviço social autônomo” pela lei que cria uma entidade (ou determina ao Poder Executivo que o faça) não tem competência para afastar sua natureza estatal e sua condição de entidade integrante da Administração Pública Indireta. Essa condição é reforçada pela constatação de que a autonomia administrativa e organizatória típicas do Sistema S não existe nos serviços sociais impróprios. Enquanto naquelas entidades, como acima visto, a lei de criação traz apenas sua estrutura organizacional, finalidades e fonte de financiamento, nos serviços sociais autônomos impróprios a lei define minuciosamente o modo de organização e administração, atribuindo ao Poder Executivo a competência para nomear os cargos de direção. É bem verdade que alguns serviços sociais impróprios contêm na composição de seus órgãos executivos e deliberativos representantes da sociedade civil, mas essa participação é minoritária e, não raro, submetida à aprovação do Poder Executivo.

O terceiro traço comum à maior parte dos serviços sociais autônomos impróprios, que os diferencia das entidades do Sistema S, consiste na previsão de celebração de um *contrato de gestão* entre a entidade e a Administração Direta, por meio do qual haverá definição de metas, objetivos, prazos e responsabilidades. Trata-se do contrato previsto no artigo 37, parágrafo 8º da Constituição Federal.<sup>155</sup>

Nesse ponto, é importante destacar que a autonomia dos serviços sociais autônomos não decorre de sua natureza paraestatal e não significa independência em relação ao Poder Executivo central. Pelo contrário, a autonomia dos serviços sociais impróprios decorre da possibilidade de afastamento de algumas sujeições próprias do regime jurídico administrativo e têm como fundamento a celebração de um contrato de gestão com o Estado. A ampliação da capacidade orçamentária, gerencial e financeira dos serviços sociais autônomos que celebram contrato de gestão aproxima o regime jurídico dos serviços sociais autônomos impróprios do regime jurídico das agências executivas. Como visto acima, agência executiva é entendida no Brasil como uma pessoa jurídica estatal que adquire maior autonomia gerencial a partir do momento em que celebra um

---

155 Art. 37. (...). § 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I - o prazo de duração do contrato; II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III - a remuneração do pessoal.

contrato de gestão por meio do qual se compromete a alcançar determinadas metas de desempenho.<sup>156</sup>

Deve-se ressaltar que os serviços sociais autônomos impróprios não possuem fonte de receita tributária específica, como as entidades do Sistema S, sendo dependentes de repasses por meio de dotações orçamentárias do tesouro do Estado, normalmente repassados por meio dos contratos de gestão firmados.

### 2.3 Associação: a privatização da gestão de atividades econômicas

A *associação* consiste na técnica de privatização por meio da qual o Poder Público participa *minoritariamente* de empresas ou consórcios privados que empreendem em segmentos econômicos dos mais diversos. Refere-se, portanto, aos casos de participação minoritária do Estado em estruturas empresariais privadas. Essa peculiar figura possui status constitucional no art. 37, XX, parte final do diploma constitucional, que autoriza a participação das empresas estatais em empresas privadas mediante prévia autorização legislativa, configurando uma espécie de “sociedade de economia mista às avessas”.<sup>157</sup>

São inúmeras as razões que podem levar o Estado a associar-se empresarialmente ao setor privado sem optar por constituir uma empresa estatal, sendo as mais comuns (i) aproveitar de forma mais intensa a *expertise* do parceiro privado e (ii) evitar a incidência de normas constritoras do regime jurídico-administrativo que poderiam atrapalhar a agilidade necessária para atuar no setor econômico em questão. A opção entre constituir uma empresa estatal (seja uma empresa pública, seja uma sociedade de economia mista), de um lado, e associar-se ao setor privado, de outro, é discricionária do ente público, ainda que evidentemente deva ser motivada, principalmente em relação à escolha do parceiro privado que receberá capital público.

156 A expressão *contrato de gestão* tem sido utilizada pela doutrina para designar tanto o ajuste voltado à ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta, nos termos do artigo 37, parágrafo 8º da Constituição Federal, quanto para o ajuste celebrado entre a Administração Pública e entidades do terceiro setor qualificadas como Organizações Sociais. O tema será tratado no Item 2.6.5.6.2.

157 Art. 37 (...) - XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior [referindo-se às empresas públicas e sociedades de economia mista], assim como a participação de qualquer delas em empresa privada” (grifou-se).

A técnica da associação claramente se distingue da descentralização mediante constituição de empresas estatais. Enquanto a descentralização envolve a criação de empresas com capital integral ou majoritariamente estatal, no caso da associação a participação estatal é minoritária, razão pela qual *o regime jurídico incidente é, em integralidade, o regime de direito privado*.

Ora, se a participação do Estado na empresa privada é minoritária, não sendo o Poder Público seu controlador, não há que se falar em qualquer incidência do regime jurídico administrativo no caso, obrigando a empresa privada a, por exemplo, realizar concurso público ou licitação. Trata-se, assim, de uma empresa genuinamente privada, mas que contém, dentre seus acionistas/cotistas minoritários, uma entidade pública – normalmente uma empresa pública ou sociedade de economia mista.

A técnica de privatização por associação, a despeito de pouco tratada na doutrina, foi expressamente reconhecida pela Lei n. 13.303/16, que em seu art. 1º, §7º, prescreve:

- § 7º Na participação em sociedade empresarial em que a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias não detenham o controle acionário, essas deverão adotar, no dever de fiscalizar, práticas de governança e controle proporcionais à relevância, à materialidade e aos riscos do negócio do qual são partícipes, considerando, para esse fim:
- I - documentos e informações estratégicos do negócio e demais relatórios e informações produzidos por força de acordo de acionistas e de Lei considerados essenciais para a defesa de seus interesses na sociedade empresarial investida;
  - II - relatório de execução do orçamento e de realização de investimentos programados pela sociedade, inclusive quanto ao alinhamento dos custos orçados e dos realizados com os custos de mercado;
  - III - informe sobre execução da política de transações com partes relacionadas;
  - IV - análise das condições de alavancagem financeira da sociedade;
  - V - avaliação de inversões financeiras e de processos relevantes de alienação de bens móveis e imóveis da sociedade;
  - VI - relatório de risco das contratações para execução de obras, fornecimento de bens e prestação de serviços relevantes para os interesses da investidora;
  - VII - informe sobre execução de projetos relevantes para os interesses da investidora;



- VIII - relatório de cumprimento, nos negócios da sociedade, de condicionantes socioambientais estabelecidas pelos órgãos ambientais;
- IX - avaliação das necessidades de novos aportes na sociedade e dos possíveis riscos de redução da rentabilidade esperada do negócio;
- X - qualquer outro relatório, documento ou informação produzido pela sociedade empresarial investida considerado relevante para o cumprimento do comando constante do caput.

O expediente tem sido adotado na praxe administrativa recente, sendo possível verificar três grandes espécies: **(i)** as empresas público-privadas; **(ii)** os consórcios público-privados; e **(iii)** as associações público-privadas.

### 2.3.1 Empresas público-privadas

As *empresas público-privadas* são a forma de manifestação por excelência do fenômeno da associação: trata-se daquelas empresas que, controladas pelo setor privado, possuem participação estatal minoritária, de modo que o Estado não detém controle sobre a entidade em questão.<sup>158</sup> Conforme Alexandre ARAGÃO, trata-se de “sociedades comerciais privadas com participação estatal, direta ou indireta, minoritária com vistas à realização de determinado objetivo público incumbido pelo ordenamento jurídico ao Estado”, diferenciando-se das sociedades de economia mista na medida em que o Estado não possui o seu controle acionário.<sup>159</sup> Essa técnica de interação público-privada também recebe da doutrina a denominação de *empresas semiestatais*.<sup>160</sup>

Tais empresas podem ser originadas **(i)** de uma *alienação* parcial de cotas/ações empresariais públicas que envolviam a maioria do capital votante, ou mesmo **(ii)** de uma operação de *aquisição* de cotas/ações da empresa privada pelo Estado.

158 A nomenclatura já foi utilizada em: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresa público-privada. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.) **Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. Belo Horizonte: Fórum, 2015; e SCHWIND, Rafael Wallbach. **Participação estatal em empresas privadas**: as “empresas público-privadas”. 385 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

159 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresa público-privada. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.) **Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 20.

160 SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. *Empresas semiestatais*. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. vol. 36. p. 75-99. out-dez/2011.

No primeiro caso, o Estado aliena via licitação na modalidade leilão (que pode ser realizado em bolsa de valores inclusive) a maioria do capital de uma estrutura empresarial estatal, mantendo-se na propriedade de participação minoritária que não lhe confere controle da entidade. Nessa hipótese, a associação torna-se consequência da despublicização da entidade, que deixa de ser estatal e passa a ser privada. Essa mudança, por certo, exige que a atividade em questão seja passível de exploração pela iniciativa privada, de sorte que, caso a atividade em questão seja de titularidade estatal, haverá necessidade de prévia liberalização, ou ao menos sua desestatização.

No segundo caso, a associação surge por intermédio da aquisição, pelo Estado, de cotas/ações que configurem participação minoritária em estruturas empresariais privadas já existentes. Em tal situação, não há transformação da natureza jurídica da entidade, que permanece privada. Daí que, diferentemente da hipótese anterior, aqui não há necessidade de conjugação da associação com outra técnica privatizante prévia (desestatização ou despublicização).

Existem inúmeros exemplos de empresas controladas pelo setor privado em que o Estado participa com capital minoritário: o exemplo mais marcante é o do BNDES, detentor de capital em empresas como ALL, GERDAU, KLABIN, LIGHT, VALE, TOTVS e JBS.

Como dito acima, o que leva à participação minoritária do Estado em determinada empresa privada é a existência de interesse público, devidamente motivado, de que o Estado acompanhe (mas não controle) a gestão daquela determinada entidade, notadamente a fim de que participe de seus lucros, obtidos com atuação naquele determinado segmento econômico. Por certo, é diversa a premissa para a criação de uma empresa pública ou sociedade de economia mista (existência de relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional) em comparação à participação estatal minoritária em uma empresa privada. Neste último caso o interesse público reside, principalmente, na obtenção de lucros a partir de seu status de sócio minoritário.

Justamente por isso, o Estado pode a qualquer momento optar por alienar sua participação minoritária em tais empresas, procedimento que respeitará o disposto no contrato social da respectiva empresa.

### 2.3.2 Consórcios público-privados

Os *consórcios público-privados* são uma derivação das empresas público-privadas estudadas acima, com uma peculiaridade especial: ao invés de o Estado participar minoritariamente do capital de uma empresa privada, aqui o Estado participa minoritariamente de um *consórcio de empresas*, formado majoritariamente por empresas privadas. A conjugação de capital público e privado é realizada, neste caso, com *intento específico de gerir determinada atividade pública*, seja por interesse das partes ou por imposição do próprio edital de licitação, conduzindo à formação de uma Sociedade de Propósito Específico – SPE da qual o Estado não detém controle. Trata-se de forma de associação na exata medida – e desde – que a participação de empresas estatais no consórcio seja minoritária.

Tem sido relativamente comum em licitações destinadas à concessão de serviços públicos e obras públicas a participação consorciada de empresas estatais com empresas privadas. Inúmeras situações ocorrem diuturnamente no setor de energia elétrica, especialmente em licitações destinadas à concessão de geração e transmissão de energia.

Inclusive, há casos em que o próprio Edital de Licitação impõe ao licitante vencedor a celebração de consórcio com empresa estatal da área. Exemplo disso ocorreu no Leilão de Libra, o primeiro para outorga de área do pré-sal, em que o Edital impunha que o vencedor formasse consórcio com a Petrobrás, no qual a estatal deteria 30% da participação. Mesmo assim, a estatal petrolífera participou já no consórcio formado para a licitação, com 10% do capital, ao lado das empresas Shell (20%), Total (20%) e das chinesas CNPC (10%) e CNOOC (10%). Ao final, portanto, a Petrobrás acabou possuidora de 40% de participação no consórcio.

Deve-se atentar para o fato de que existe no ordenamento brasileiro uma técnica de privatização distinta dos aqui nomeados consórcios públicos-privados, mas com denominação bastante semelhante. Trata-se dos *consórcios públicos*, previstos pelo artigo 241 da Constituição Federal e regulamentados pela Lei n. 11.107/05. Considerando que os consórcios públicos implicam a criação de pessoas jurídicas estatais, eles serão estudados no tópico dedicado aos casos especiais de descentralização, em nada se confundindo com os consórcios público-privados ora tratados.

### 2.3.3 Associações público-privadas

Bastante peculiar é a forma de parceria denominada *associação público-privada*. Trata-se de modelo vigente no setor tecnológico e de previsão recente no cenário jurídico pátrio. Sua instituição ocorreu com a Lei n. 13.243/2016, no ponto em que alterou a Lei n. 10.973/2004.

A Lei n. 10.973/2004 trata sobre os incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e tem como um de seus principais vetores o estímulo à formação de ambientes cooperativos de inovação. Nos termos do art. 3º da Lei:

Art. 3º A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas agências de fomento poderão estimular e apoiar a constituição de alianças estratégicas e o desenvolvimento de projetos de cooperação envolvendo empresas, ICTs e entidades privadas sem fins lucrativos voltados para atividades de pesquisa e desenvolvimento, que objetivem a geração de produtos, processos e serviços inovadores e a transferência e a difusão de tecnologia.

Parágrafo único. O apoio previsto no **caput** poderá contemplar as redes e os projetos internacionais de pesquisa tecnológica, as ações de empreendedorismo tecnológico e de criação de ambientes de inovação, inclusive incubadoras e parques tecnológicos, e a formação e a capacitação de recursos humanos qualificados.

A seguir, no art. 3º-B, inserido em 2016 pela Lei n. 13.243/2016, estatui-se que:

Art. 3º-B. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as respectivas agências de fomento e as ICTs poderão apoiar a criação, a implantação e a consolidação de ambientes promotores da inovação, incluídos parques e polos tecnológicos e incubadoras de empresas, como forma de incentivar o desenvolvimento tecnológico, o aumento da competitividade e a interação entre as empresas e as ICTs.

De acordo com o §1º de referido dispositivo, os ambientes promotores de inovação estabelecerão suas próprias regras para fomento, concepção e desenvolvimento de projetos em parceria e para seleção de empresas para ingresso nesses ambientes.

A seguir, o §2º do mesmo dispositivo carrega a disposição instituidora das associações público-privadas:

Art. 3º-B (...)

(...)

§ 2º Para os fins previstos no **caput**, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as respectivas agências de fomento e as ICTs públicas poderão:

I - ceder o uso de imóveis para a instalação e a consolidação de ambientes promotores da inovação, diretamente às empresas e às ICTs interessadas ou por meio de entidade com ou sem fins lucrativos que tenha por missão institucional a gestão de parques e polos tecnológicos e de incubadora de empresas, mediante contrapartida obrigatória, financeira ou não financeira, na forma de regulamento

II - participar da criação e da governança das entidades gestoras de parques tecnológicos ou de incubadoras de empresas, desde que adotem mecanismos que assegurem a segregação das funções de financiamento e de execução. (Grifou-se).

Constata-se de forma bastante límpida, portanto, que no âmbito do setor tecnológico – mais especificamente, nos ambientes promotores de inovação tais como parques tecnológicos e distritos industriais – há inovadora forma de parceria entre os setores público e privado, na qual o Poder Público *participa da criação e da gestão de entidades responsáveis pela gestão de parques tecnológicos e incubadoras de empresas*.

Note-se que em momento algum a lei restringe a forma jurídica de tais entidades, as quais podem possuir ou não finalidade lucrativa. O único condicionante previsto em lei refere-se à gestão da entidade, que deve adotar mecanismos que segreguem as funções de financiamento e de execução das suas atividades.

Isso significa que, em qualquer caso, setor público e setor privado podem conjugar esforços para a criação de entidade de capital e participação mistos, que não necessariamente deve ser uma sociedade de economia mista, porquanto não há na lei qualquer obrigação de que o Estado detenha maioria do capital votante. O cenário se torna ainda mais complexo considerando-se a potencial participação de entidades públicas ou privadas voltadas ao fomento tecnológico (agências de fomento), bem como a incentivada participação de instituições

públicas ou privadas de ensino/pesquisa – que a lei denomina ICTs: Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação.

Está-se, pois, diante de nova forma de inter-relação institucional entre público e privado para propulsão de inovações tecnológicas no Brasil, a propiciar ineditismo não apenas no plano técnico-científico como também jurídico.

## **2.4 Desregulação: a privatização do regime jurídico de exploração de atividades administrativas e econômicas**

Por desregulação deve-se entender, genericamente, o processo de eliminação ou atenuação das sujeições incidentes sobre determinadas atividades administrativas (desregulação administrativa) ou econômicas (desregulação econômica).

### ***2.4.1 Desregulação econômica: a quebra das barreiras de entrada e atuação no mercado***

A desregulação econômica diz respeito à eliminação ou atenuação de exigências regulatórias estatais relativas ao desempenho de determinada atividade econômica por parte dos agentes que realizarão sua exploração.<sup>161</sup> Tais exigências emanam do Estado e podem estar relacionadas ao ingresso no setor econômico, à forma de exploração da atividade e de desenvolver a concorrência, à forma de fiscalização, às relações com os consumidores, à qualidade dos serviços prestados, etc. Por intermédio da desregulação, assim, reduz-se ou elimina-se a incidência de normas jurídicas constritoras do exercício de atividades econômicas, tornando-as mais livres.

A desregulação pode ocorrer tanto em setores econômicos de titularidade privada quanto de titularidade pública, eis que em ambos os casos pode o Poder Público optar por maleabilizar o influxo de normas regulatórias. No primeiro

---

161 Conforme definição de Marcos Juruena Villela Souto: “É a redução do volume de normas limitadoras da atividade econômica, de modo a reduzir os entraves burocráticos que elevam os custos das transações; ocorre através da desburocratização e da regulação, caracterizada esta como a atribuição legal de poderes a um órgão independente (agência de regulação) para estabelecer diretrizes, dentro de um marco previamente definido, a partir das quais dar-se-ão a normalização, a mediação e a arbitragem de conflitos de interesses entre o Poder Público e a empresa particular e entre estes e os usuários de serviços públicos e demais titulares de interesses difusos.” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*. Rio de Janeiro: Lumen, 2000, p. 9).

caso, pense-se na atividade cafeeira, que já foi alvo de intensa regulação estatal – sobretudo no período imperial. No segundo caso, pode-se citar o exemplo do setor elétrico, em que a regulação, outrora exercida com exclusividade pela Eletrobrás e posteriormente pela ANEEL, foi parcialmente delegada ao ONS (Operador Nacional do Sistema Elétrico), entidade de direito privado encarregada de coordenar a geração e transmissão de energia elétrica no âmbito do Sistema Interligado Nacional – SIN.<sup>162</sup>

Ademais, as manifestações da desregulação econômica podem ocorrer tanto em nível legal quanto infralegal ou regulamentar.<sup>163</sup>

Usualmente, o movimento de desregulação é acompanhado paralelamente por um movimento de autorregulação das atividades econômicas, substituindo-se os condicionamentos estatais outrora incidentes pela criação de entidades privadas com missão específica de controlar determinado setor econômico, estabelecendo condicionamentos.

Sobre o tema, adquire relevo a exposição feita por Gustavo BINENBOJM ao comentar o fenômeno que o autor trata sob a denominação de “desestatização de funções regulatórias”. Após constar que a regulação de base estatal (*heterorregulação*) têm cedido espaço para a regulação setorial da atividade pelo mercado, o autor constata existirem três modelos básicos para tanto:

(i) a *autorregulação propriamente dita*, condizente com os casos em que o mercado, exclusivamente e sem interferência estatal, regula a atividade econômica em questão – podendo-se citar como exemplo o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR);

(ii) a *autorregulação regulada*, que designa os casos em que a regulação é exercida predominantemente pelo setor privado, mas em que há (em diferentes graus e arranjos) controle e supervisão estatal, que praticamente limita-se à garantia do funcionamento da autorregulação – citando-se como exemplo o caso do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) e do Operador Nacional do Sistema elétrico (ONS);

---

162 Não se olvida que o ONS atua sob a fiscalização da ANEEL, de modo que, a bem da verdade, a desregulação foi acompanhada da instituição de um cenário de autorregulação regulada. Sobre o tema se discorre logo a seguir.

163 A expressão “desregulamentação” não abrange, portanto, a totalidade da desregulação.

(iii) a *corregulação*, modelo pautado na divisão equânime de responsabilidades regulatórias entre Estado, agentes econômicos e sociedade, cuja concretização se dá por meio de delegação de tarefas regulatórias por parte do Poder Público ao mercado – bom exemplo aqui seriam a OAB e os Conselhos de Classe (em menor medida, porque configuraram autarquias).<sup>164</sup>

A constatação aproxima-se do que já afirmara Vital MOREIRA, ao aduzir que à parte a regulação de base estatal e a regulação puramente privada, é possível encontrar uma escala intermédia de modelos de *correlação* que partiam desde a *regulação estatal participada* (maior exercício de função regulatória pelo Estado) até a *autorregulação limitada* (maior exercício de função regulatória pelo mercado), passando pela *corregulação em sentido próprio* (equânime distribuição do exercício de função regulatória entre Estado e mercado).<sup>165</sup>

Nota-se de forma clara que a desregulação pode ser vista como modalidade de privatização, na medida em que, por seu intermédio, abranda-se ou elimina-se a incidência de normas regulatórias de gênese estatal sobre determinada atividade econômica (ou seja, a *heterorregulação*), alterando-se o regime jurídico de seu acesso e exploração. De todo modo, como já dito, a desregulação raramente importará a instituição de um cenário de anomia regulatória em substituição à regulação estatal. Ao contrário: a desregulação usualmente importa a substituição da heterorregulação estatal pela autorregulação privada, seja ela pura ou supervisionada pelo Estado.

De outro giro, deve-se atentar para o fato de que a desregulação não se confunde com a desestatização e a despublicização. Primeiro porque, ainda que a despublicização e a desestatização, enquanto técnicas de privatização, possam vir acompanhadas de desregulação, cada uma delas possui características e aplicabilidade próprias. Segundo porque, considerando que em muitos casos as atividades despublicizadas, e sempre as atividades desestatizadas, continuam a apresentar relevância pública em sua prestação, é usual que processos de desestatização e despublicização sejam acompanhados de *reforço e intensificação de normas regulatórias* a incidir sobre a prestação privada. Isso significa que as

164 BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 298 e seguintes.

165 MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 89.



desestatizações e despublicizações costumam demandar, ao contrário da desregulação, uma nova regulação (ou *re-regulação*), que dê conta de normatizar a exploração da atividade dantes resguardada à gestão estatal – e, por isso, não regulada de forma intensa.<sup>166</sup>

A razão para tanto é lógica: atividades submetidas à *publicatio* e geridas diretamente pelo Estado não carecem de regulação estatal, não havendo interesse por parte do ente público ou mesmo efetividade em se editarem normas que constriam sua própria atuação. A questão muda radicalmente de figura quando há o trespasse (da titularidade ou da execução) da atividade ao setor privado. Aqui, considerando que o interesse público sobre a exploração da atividade permanece, faz-se necessário elaborar regras para delimitar a atuação privada, de sorte que não ofenda os interesses relevantes visualizados pelo ente estatal.

É natural, assim, que processos de despublicização e desestatização, por importarem o repasse ao privado de atividades dantes reservadas ao Estado, sejam acompanhados de uma intensificação de normas regulatórias a respeito da atividade em questão, em razão da provável anomia regulatória que vigia quando da exploração pelo próprio Estado.

Foi exatamente esse o caso das reformas ocorridas no Brasil na década de 90 do século passado: diversas atividades econômicas exploradas monopolisticamente pelo Estado (telecomunicações, energia elétrica, petróleo) foram desestatizadas, passando a admitir-se sua exploração pela iniciativa privada mediante outorga de concessões, permissões e autorizações. Como não havia regulamentação suficiente a respeito da prestação de tais atividades (dado que era apenas o Estado quem as prestava), as desestatizações foram acompanhadas de uma intensa proliferação de normas regulatórias, que se principiou com a criação de Agências Reguladoras setoriais, dotadas da missão de regular os setores econômicos não mais monopolizados.

As Agências Reguladoras, destarte, foram criadas por ocasião dos processos de desestatização, vocacionadas a exercer competências específicas voltadas à regulação de setores econômicos de especial interesse estatal – sobretudo os setores econômicos que passaram pela quebra do monopólio estatal de explo-

---

166 É essa a opinião de Vital MOREIRA, ao afirmar que a privatização, “se fez diminuir o papel econômico do Estado, não conduziu por isso a uma diminuição da regulação. Esta mudou de áreas, tomou novas formas, mas não desapareceu. Mais: as políticas de privatização obrigaram em muitos casos a uma densificação da regulação” (MOREIRA, *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 43).

ração. São espécies de autarquia dotadas de regime especial, cuja peculiaridade em relação às autarquias “ordinárias” consiste basicamente: (i) na maior autonomia que possuem, tanto no aspecto administrativo (notadamente por conta do mandato fixo de seus diretores) quanto orçamentário e de pessoal; (ii) na competência que possuem de editar normas jurídicas que disciplinem o exercício de atividades econômicas (função regulatória).

Em nível federal, são elas: a ANEEL (Lei n. 9.427/96), a ANATEL (Lei n. 9.472/97), a ANVISA (Lei n. 9.782/99), a ANP (Lei n. 9.478/97), a ANTT e a ANTAQ (Lei n. 10.233/01), a ANAC (Lei n. 11.182/05), a ANS (Lei n. 9.961/00), a ANA (Lei n. 9.984/00), e a ANCINE (MP n. 2.228-1/ 01). Está em vias de instituição a ANM (Agência Nacional de Mineração), conforme PL n. 5.807/2013 da Câmara dos Deputados. Alguns Estados igualmente instituíram agências em nível local: no Paraná, foi criada a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Infraestrutura do Paraná – AGEPAR (Lei Complementar Estadual n. 94/02); em São Paulo, instituiu-se a Agência de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP (Lei Complementar Estadual n. 914/02) e a Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP (Lei Complementar Estadual n. 1.025/07).

O processo de desregulação econômica, assim, jamais pode ser confundido com a desestatização ou com a despublicização, haja vista que, geralmente, tais processos acabam provocando justamente aumento da regulação, e não sua diminuição. A criação, no Brasil, das Agências Reguladoras é sintomática desse caminhar.

#### ***2.4.2 Desregulação administrativa: os contratos de autonomia de gestão***

Enquanto a desregulação econômica consiste na quebra ou diminuição das barreiras de entrada e atuação dos agentes econômicos em determinado setor de atividades, a desregulação administrativa pode ser entendida como a flexibilização das sujeições impostas à própria Administração Pública direta ou indireta no exercício das atividades de sua titularidade.

O principal mecanismo de desregulação administrativa previsto no ordenamento brasileiro encontra-se no art. 37, §8º da Constituição de 1988, introduzido ao texto constitucional por meio da Emenda Constitucional n. 19/98. Trata-

-se do *contrato de autonomia de gestão*, modelo de vínculo previsto pela Constituição por meio do qual é alargada a autonomia operacional de órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta. Diz o dispositivo em referência:

Art. 37 (...)

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I - o prazo de duração do contrato;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III - a remuneração do pessoal.

Como se percebe da dicção normativa, não há referência constitucional expressa à denominação do vínculo, que é referido apenas pela denominação genérica de *contrato*. No plano doutrinário, os autores referem-se majoritariamente à figura pela denominação de *contrato de gestão*. Não obstante, deve-se ressaltar que tal denominação é expressamente adotada pela Lei n. 9.637/98, que prevê um modelo de ajuste específico, celebrado entre o Poder Público e entidades do terceiro setor qualificadas como organizações sociais. Ainda que haja alguma similaridade entre os dois modelos de ajuste, o contrato de gestão das organizações sociais não corresponde ao contrato referido no artigo 37, §8º da Constituição Federal.

Enquanto o contrato acima referido tem em seus polos dois entes ou órgãos estatais, o contrato de gestão vincula uma entidade do terceiro setor e uma entidade pública. Consequência disso é a celebração de um contrato de autonomia de gestão resulta no alargamento da autonomia operacional da entidade contratada, enquanto a celebração de um contrato de gestão aumenta o grau de sujeições impostas à entidade contratada. Tal distinção implica, portanto, a adoção de denominações diversas para vínculos diversos.

Marçal JUSTEN FILHO, nessa toada, usa a expressão *contrato de gestão interno*,<sup>167</sup> e Paulo MODESTO faz referência a *contrato de autonomia*.<sup>168</sup> Nesse sentido, aproveitando duas características importantes do ajuste previsto no artigo 37, §8º, adota-se nesta obra a denominação *contratos de autonomia de gestão*. Afinal, são vínculos voltados à ampliação da autonomia operacional de órgãos e entidades públicas encarregados da gestão de determinada tarefa pública.

O contrato de autonomia de gestão tem como função ordenar a estrutura interna da Administração Pública, de modo a disciplinar de modo coordenado o desempenho de competências estatais. Por meio dele, um dos polos tem sua autonomia de gestão ampliada em troca da estipulação de metas objetivas de desempenho, de padrões de governança e de critérios finalísticos de controle e avaliação. Trata-se de um modo de implantação de práticas gerencialistas na Administração Pública.

O tema não foi regulamentado por lei, conforme previsão constitucional, de modo que a experiência brasileira com os contratos de autonomia de gestão restringe-se a casos específicos. Assim, ainda que até o momento não tenha sido editada a lei federal de caráter geral referida no art. 37, §8º da CF/88, há previsão da figura do contrato de autonomia de gestão em diversas leis específicas, para diferentes espécies de entidades:

- a) a Lei n. 8.246, de 22 de outubro 1991, que disciplina o *Contrato de Gestão* entre a União, por intermédio do Ministério da Saúde e o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais;
- b) a Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que disciplina o *Contrato de Gestão* entre a União (Ministério de Minas e Energia) e a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica;
- c) a Lei n. 9.649, de 27 de maio de 1998, que disciplina o *Contrato de Gestão* entre a União, por intermédio do Ministério supervisor da res-

167 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 460.

168 MODESTO, Paulo. Legalidade e autovinculação da Administração Pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 113-169. A denominação *contrato de autonomia* é adotada no anteprojeto de lei de organização administrativa elaborado por um grupo de juristas no ano de 2009 e tratado na obra referida.

pectiva área e uma autarquia ou fundação estatal (que poderão passar a ter a designação de *Agência Executiva*);

**d)** a Lei n. 9.724, de 10 de dezembro de 1998, regulamentada pelo Decreto n. 3.011/99, que disciplina o *Contrato de Autonomia de Gestão* entre o Ministério da Defesa e as Organizações Militares da Marinha (que passarão a ser denominadas de *Organizações Militares Prestadoras de Serviços – OMPS*).

**e)** a Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que disciplina o *Contrato de Gestão* entre a União, por intermédio do Ministério da Saúde e a ANS – Agência Nacional de Saúde;

**f)** a Lei n. 10.668, de 14 de maio de 2003, que disciplina o *Contrato de Gestão* entre a União, por intermédio da Chefia do Poder Executivo e o Serviço Social Autônomo Agência de Promoção de Exportações do Brasil - Apex-Brasil;

**g)** a Lei n. 11.080, de 30 de dezembro de 2004, que disciplina o *Contrato de Gestão* entre a União, por intermédio do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e o Serviço Social Autônomo denominado Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial – ABDI;

**h)** a Lei n. 12.897, de 18 de dezembro de 2013, que disciplina o *Contrato de Gestão* entre o Poder Executivo central da União, e o Serviço Social Autônomo denominado Agência Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural – ANATER.

Como não poderia deixar de ser, em todos os casos supracitados o objetivo da avença consiste na ampliação da autonomia de gestão de um dos envolvidos, sejam eles um serviço social autônomo impróprio, uma autarquia, uma agência reguladora ou mesmo um órgão de execução desprovido de personalidade jurídica. A assinatura do contrato de autonomia de gestão pode operar, mediante a edição de decreto específico, a conversão do ente em Agência Executiva, qualificação especificamente dada aos entes que têm ampliada sua autonomia operacional a partir da celebração de um contrato de autonomia gestão. Os mais notórios exemplos de Agências Executivas no Brasil, em âmbito federal, são o

INMETRO (Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial), uma autarquia, e a ABIN (Agência Brasileira de Inteligência), órgão vinculado ao Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República.

A previsão constitucional do contrato de autonomia de gestão no Direito brasileiro trouxe alguns desafios para a ciência do Direito, que tem debatido questões teóricas importantes, como a natureza jurídica do ajuste, a possibilidade de celebração de contrato entre dois órgãos desprovidos de personalidade jurídica e a possibilidade de flexibilização de regime jurídico por meio diverso da lei em sentido formal.

De qualquer sorte, fato é que a figura do contrato de autonomia de gestão constitui interessante exemplo de desregulação, na medida em que opera a atenuação de normas jurídicas componentes do regime jurídico administrativo, que normalmente incidiriam sobre a pessoa jurídica integrante da estrutura estatal, em prol de uma maior autonomia de gestão, voltada à ampliação da eficiência no atingimento das metas de desempenho entabuladas entre as partes signatárias do ajuste.<sup>169</sup>

## 2.5 Terceirização: a privatização de atividades instrumentais, complementares e acessórias

Etimologicamente, *terceirização* significa o ato de inserir numa determinada relação entre dois fatores um terceiro elemento, inicialmente alheio a esta relação. Dessa noção decorre o *sentido amplo* de terceirização, segundo o qual o fenômeno ocorre em todas as hipóteses em que há o trespasse da execução de atividades estatais a um terceiro agente, de natureza privada. De acordo com essa noção alargada, a terceirização ocorre tanto nos contratos de obras e serviços de interesse da Administração Pública, celebrados nos termos da Lei n. 8.666/93, quanto nos casos de contratos de concessão e permissão de serviços públicos, de parceiras público-privadas e de parcerias com o terceiro setor.

A noção ampla de terceirização engloba, portanto, outra técnica de privatização, denominada de desestatização. Assim, tomada em *sentido amplo*, a

---

169 Para uma crítica ao modelo, conferir: NOHARA, Irene Patrícia. Contrato de gestão para ampliação da autonomia gerencial - case jurídico de malogro na importação e novas formas de se alcançar eficiência na gestão pública. A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 55, p. 169-185, 2014.

terceirização faz referência a toda e qualquer modalidade de atuação administrativa que importe a inserção de um *terceiro* no exercício de funções administrativas. É essa a noção adotada por Celso Antônio Bandeira de MELLO, que conceitua da seguinte forma:

*Terceirização* significa, pura e simplesmente, passar para particulares tarefas que vinham sendo desempenhadas pelo Estado. Daí, que este rótulo abriga os mais distintos instrumentos jurídicos, já que se pode repassar a particulares atividades públicas por meio de concessão, permissão, delegação, contrato administrativo de obras, de prestação de serviços etc. Com isso, é bem de ver, falar em *terceirização* não transmite ao interlocutor a mínima ideia sobre aquilo que está de direito a ocorrer.<sup>170</sup>

Mas como ressalta o próprio autor em referência, essa noção ampla de terceirização padece de rigor científico, por envolver fenômenos bastante diversos, os quais não atraem a incidência de um mesmo conjunto de regras e princípios. Dessa percepção decorre a depuração doutrinária do conceito de terceirização, que exclui de seu âmbito semântico as hipóteses de desestatização, nas quais o Estado trespassa a um terceiro tanto a execução quanto o risco envolvido na atividade em questão.

Por tais motivos, possui utilidade para a compreensão e interpretação do Direito o *sentido estrito* de terceirização, que alcança apenas os casos de *contracting out*, ou seja, de contratação de obras e serviços instrumentais, assessoriais ou complementares ao exercício da função administrativa, mediante contraprestação previamente ajustada pela Administração Pública. Essa visão restrita é adotada por boa parte da doutrina pátria, a exemplo de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, ao conceituá-la como “modalidade de transferência de atividades materiais da Administração a terceiros, sempre que estas não demandem o exercício de poder estatal”;<sup>171</sup> de Maria Sylvania Zanella DI PIETRO, que enquadra a terceirização como espécie de contratação de terceiro para realizar

170 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 228.

171 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 138.

obras e prestar serviços à Administração;<sup>172</sup> e de Marcos Juruena Villela SOUTO, ao afirmar ser a terceirização uma “locação de serviços”.<sup>173</sup>

Nessa esquadra, ao se aludir à terceirização, faz-se referência à expressão em seu sentido estrito, tecnicamente mais correto por alijar do estudo do tema objetos diversos. A terceirização é, portanto, a solução adotada pela Administração Pública de contratar junto à iniciativa privada serviços instrumentais, assessoriais ou complementares à concretização de suas tarefas.

### **2.5.1 Disciplina jurídica da terceirização da Administração Pública**

No ordenamento jurídico, o Decreto-Lei n. 200 de 1967 expressamente autoriza a Administração Pública a recorrer à figura da terceirização, bem como a outras formas de privatização, conforme disposição de seu artigo 10, §7º:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

[...]

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Ademais, a contratação de privados para fornecer à Administração bens e serviços de que necessita é hipótese albergada constitucionalmente, a teor do que dispõe o art. 37, XXI da Constituição de 1988:

---

172 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 217 e seguintes.

173 SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Concessões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 331.



Art. 37 [...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública [...]

O dispositivo foi regulamentado pela Lei n. 8.666/93, Lei Geral de Licitações:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Com o fito de esmiuçar os limites da terceirização, sobreveio o Decreto n. 2.271/97, que em seu artigo inaugural dispõe:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

Constata-se com facilidade que o decreto em referência prevê a possibilidade de terceirização de serviços, desde que atrelados às *atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares* à competência legal do ente público, a exemplo dos serviços de conservação, limpeza, segurança, vigilância, copeiragem, reposição e outros que, de acordo com o decreto, devem inclusive ser executados *preferencialmente* via terceirização. Por óbvio, o rol do §1º não esgota os serviços passíveis de terceirização, mas apenas aponta aqueles que deverão ser *executados prioritariamente via terceirizados*, e não pela própria Administração Pública.

Diante das disposições normativas colacionadas, é óbvia a legalidade da terceirização no âmbito do Direito Administrativo, prevista constitucional e infraconstitucionalmente, franqueando-se à Administração Pública buscar no setor privado determinado bem ou serviço que dê conta de realizar alguma tarefa de seu interesse.

O que se faz necessário perquirir são os *limites* a que está submetida a terceirização nessa seara do direito. Nessa trilha, o §2º do artigo 1º do Decreto n. 2.271/97 dispõe:

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

De acordo com o decreto, as atividades terceirizáveis não podem ser “inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade”. Noutras palavras: para ser válida a terceirização, a atividade trespassada ao setor privado não pode corresponder a nenhum cargo público instituído – salvo disposição legal expressa.

É exatamente em razão dessa relação “terceirização – cargos públicos” que boa parcela da doutrina nacional questiona a legalidade da terceirização, alegando ser esta inconstitucional ante a necessidade de realização de concurso público para preenchimento de cargos na Administração. O argumento merece aprofundamento.

### 2.5.2 Terceirização e concurso público

Conforme dito acima, boa parcela da doutrina impõe sérias limitações à terceirização na Administração Pública, alegando que ela jamais poderá afrontar a exigência constitucional de concurso público para provimento de cargos e concursos públicos.

É cediço que a Constituição brasileira exige que os cargos e os empregos públicos no Brasil sejam preenchidos mediante concurso público.<sup>174</sup> Não obstante, daí a defender que tal exigência obrigaria que o Estado exercesse todas as suas funções permanentes por meio de pessoas a ele vinculadas através de cargos ou de empregos públicos é um passo bastante largo.

---

174 Art. 37 (...) II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Ao revés, a hermenêutica constitucional parece conduzir a outra conclusão. Isso porque o mandamento constitucional do art. 37, II não trata da criação de cargos e empregos públicos, ou seja, não exige que a todas as funções permanentes do Estado corresponda um cargo/emprego público determinado. A exigência constitucional é *posterior* à criação do cargo/emprego público, relacionando-se à realização de concurso público para o provimento em cargo ou emprego público *já existente*. Isso significa que o art. 37, II da Constituição não obriga o administrador público a criar cargos e empregos públicos efetivos para toda e qualquer função administrativa existente, mas sim obriga o administrador a, *nos casos de cargos e empregos públicos efetivos existentes*, realizar concurso público para seu provimento, evitando seu preenchimento por via transversa.<sup>175</sup>

Esse raciocínio tem amparo no dispositivo constante do artigo 61, §1º, inciso II, alínea 'a' do texto constitucional.<sup>176</sup> Tal mandamento prevê a competência privativa do Chefe do Poder Executivo para a criação de cargos, empregos e funções públicas. Assim, a existência de cargos, empregos ou funções públicas em cada setor de atuação da Administração Pública não é definida *a priori*, pela Constituição. E nem poderia ser, sob pena de cristalização indevida de um modo de agir estatal em detrimento de outros que possam vir a ser demandados pela prática de cada momento histórico.<sup>177</sup> Não por outro motivo, o texto constitucional outorga a competência legislativa para definição das atividades a serem desempenhas por servidores e empregados públicos a dois Poderes da República: o Poder Executivo (competente para o envio de projeto de lei criando os cargos e empregos públicos) e o Poder Legislativo (competente para deliberação e aprovação de lei sobre o assunto).

Há que se ressaltar, também, que a própria Constituição exige a instituição de cargos públicos, organizados em carreiras, para um conjunto restrito de atividades de Estado. E não por coincidência, tais atividades são aquelas vin-

---

175 Sobre o tema, conferir: MOTTA, Fabricio (Org.). **Concurso Público e Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2005; e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabricio; FERRAZ, Luciano. **Servidores Públicos na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

176 Art. 61 (...) § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: (...) II - disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

177 Sobre o tema, conferir: CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodologia "Fuzzy" e "Camaleões Normativos" na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: \_\_\_\_\_. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2004.

culadas diretamente ao exercício da soberania, como analisado acima. Trata-se dos representantes diplomáticos (art. 12, § 3º, V da CF/88), dos membros do Poder Legislativo (art. 45 e 54 da CF/88), do Poder Judiciário (art. 93, I da CF/88), do Tribunal de Contas (art. 73 da CF/88), do Chefe do Poder Executivo e Ministros de Estado (art. 76 e 87 da CF/88), dos membros do Poder Judiciário (art. 93, I da CF/88), dos membros do Ministério Público (art. 128, §5º da CF/88), dos advogados públicos (art. 131 e 132 da CF/88), dos defensores públicos (art. 134, §1º da CF/88), dos membros das forças armadas (art. 142 da CF/88) e da segurança pública (art. 144 da CF/88).

Afora essas carreiras, todo o restante do quadro de pessoal da Administração Pública deve ser definido por meio de lei de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, no exercício de sua discricionariedade. Tal atividade envolve também, a própria organização administrativa, no que tange à instituição e extinção de órgãos e entidades estatais voltadas ao exercício da função administrativa.<sup>178</sup> É bastante incisiva a Constituição brasileira, portanto, ao delimitar a esfera de competência legislativa para a definição da estrutura administrativa e do quadro próprio de pessoal da Administração Pública, sendo que *a exigência de concurso público é consequência, e não pressuposto, dessa definição*.

O óbice usualmente levantado pela doutrina em relação às terceirizações ante a exigência de concurso público restringe-se, portanto, a uma única hipótese: aos casos em que existirem cargos e empregos públicos criados por lei e vagos para o exercício daquelas atribuições. Assim, nos casos em que houver vacância de cargos, empregos ou funções públicas devidamente previstos em lei, torna-se imprescindível a realização de concurso público para seu preenchimento, vedando-se a realização de terceirização como forma de provimento transversal de cargos públicos existentes, mas vagos. Aqui, a terceirização apenas seria admissível após a extinção de tais cargos, empregos ou funções vagos ou em caso de previsão legal específica.

Infelizmente, não é raro deparar-se com a contratação mascarada de serviços que se identificam com o feixe de atribuições de cargos e empregos públicos já existentes na estrutura do ente público. Trata-se de uma *terceirização ilícita de cargos e empregos públicos*, porquanto se mascara o conteúdo do cargo público (que deveria ser provido por concurso), embutindo-o numa terceirização de serviços. Ora, não basta, para se desvencilhar da exigência constitucional de con-

---

178 Art. 61, §1º, II, 'b' e 'e', da CF/88.

curso público, simplesmente embutir o feixe de atribuições dos cargos/empregos públicos na noção de serviço, abrindo a porta da terceirização.<sup>179</sup> Se a Administração Pública necessita, emergencialmente ou temporariamente, prover um cargo público, a solução a ser utilizada é a da *contratação temporária*, nos moldes do art. 37, IX da Constituição.<sup>180</sup> Não há como substituí-la pela terceirização de serviços, já que seus supostos são diversos.

No entendimento aqui guerreado, em se tratando da terceirização de serviços, o elemento para delimitar a viabilidade da terceirização reside na análise dos requisitos para configuração de cargos/empregos públicos *efetivos*, ou seja, os cargos e empregos públicos ocupados por servidores e empregados *estáveis*,<sup>181</sup> relacionados às *atividades de necessidade perene, contínua e ininterrupta da Administração*, ligadas ao cumprimento de sua função administrativa.

Daí decorre que sempre que um determinado conjunto de atribuições e responsabilidades **(a)** tiver de ser exercido de forma contínua e permanente para a consecução da função administrativa de dado órgão/entidade da Administração Pública; **(b)** corresponder à atuação precípua para a qual aquele órgão/entidade foi criado, nos termos da lei do ente federativo competente, editada a partir de análise *discricionária* do Chefe do Executivo (cf. art. 61, §1º, II, “a”, “b” e “c” da CFRB/88);<sup>182</sup> então tal conjunto de atribuições *poderá* ser en-

---

179 Nesse caminho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro efetua distinção entre a terceirização *de serviços*, de um lado, lícita porque entabulada num autêntico contrato de prestação de serviços (com arrimo na Lei n. 8.666/93), e a terceirização *de mão-de-obra* (muitas vezes mascarada num contrato de prestação de serviços técnicos especializados), ilícita porque burla a regra do concurso público prevista no art. 37, II da Constituição (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 225-227). A distinção é útil, a despeito da utilização da expressão “terceirização de mão-de-obra”, imprecisa ao Direito Administrativo: o que importa não é a terceirização do posto de trabalho em si, mas sim o fato de tal posto se configurar ou não como cargo/emprego público.

180 Infelizmente, também a contratação temporária tem sido desvirtuada e utilizada de forma descolada de sua finalidade constitucional. É comum a realização de sucessivas e infinitas contratações temporárias na área da educação para contratação de professores, hipótese inconstitucional por não atender ao requisito da “necessidade temporária de excepcional interesse público” previsto no art. 37, IX da CF/88.

181 Na linha da Lei n. 9.962/00 e da decisão do STF no RE n. 589.998, crê-se ser possível falar na existência de estabilidade – ainda que relativa – aos empregados públicos.

182 “[...] § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: [...] II - disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços

feixado num cargo/emprego público próprio, devidamente instituído por dentro das balizas fixadas pela lei de criação de cada ente estatal.

O destaque em itálico ao verbo “poderá” serve para sublinhar que a competência do Chefe do Executivo é *discricionária* para, direta ou indiretamente por meio de lei, definir o plano de cargos da Administração Pública Direta e Indireta. A partir dos critérios “a” e “b” acima descritos, o Chefe do Executivo possui embasamento para, *se assim desejar*, criar o respectivo cargo/emprego público efetivo, enfeixando as funções respectivas consideradas. Cargos públicos efetivos são providos por agentes públicos mediante concurso público; as demais funções não enfeixadas em cargos públicos serão, por exclusão, plenamente passíveis de terceirização.

Nessa linha de raciocínio, mostra-se um tanto radical exigir que *sempre* que uma atribuição for permanente, então esta *deverá* corresponder a um cargo público e, assim, ser provida por concurso público. A posição elimina por completo a discricionariedade do administrador público na definição da estrutura administrativa.

Na prática, portanto, funções/serviços que não corresponderem a cargos/empregos públicos efetivos existentes na estrutura do ente federativo em questão serão terceirizáveis, ao passo que aqueles que corresponderem a cargos/empregos existentes nos quadros do ente federativo em questão não serão passíveis de terceirização, por afronta ao art. 37, II da Constituição. É essa a razão de se admitir – na própria Constituição, aliás – a figura da *contratação temporária*, clara exceção à regra do concurso público.

### 2.5.3 Atividade-fim x atividade-meio

No Direito do Trabalho, donde surgiu pela primeira vez a alusão à temática da terceirização, inexistente (até o momento) um marco normativo de regência do tema. Por conta disso, a doutrina e a jurisprudência do TST se encarregaram de adensar o trato do assunto, o que gerou a criação do polêmico binômio da “atividade-fim *versus* atividade-meio”. Em linhas bastante superficiais, admite-se a terceirização de funções relacionadas às atividades-meio do tomador (ou seja, aquelas atividades não constituem a finalidade essencial para a qual a empresa

---

públicos e pessoal da administração dos Territórios; c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria.”

foi criada), ao passo que não se admite a terceirização de funções relacionadas a atividades-fim da empresa. Assim, por exemplo, enquanto um restaurante não pode contratar de forma terceirizada postos de cozinheiro e pode terceirizar vigias, o exato oposto ocorreria numa empresa de vigilância.

No entanto, em muitos casos é árdua a diferenciação do que seria atividade-fim ou não dentro de determinada empresa – o tema teve repercussão geral reconhecida pelo STF no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n. 713.211, ainda não julgado. O assunto efervesce nos dias atuais por conta da aprovação, na Câmara dos Deputados, do Projeto de Lei n. 4330/2004, que pretende normatizar a situação da terceirização no âmbito do Direito do Trabalho – trazendo disposições polêmicas como, por exemplo, a expressa admissão da terceirização de atividades-fim. O projeto atualmente tramita no Senado (PLC n. 30/15).

Parcela da doutrina jus-administrativista pátria pretende importar essa dualidade oriunda do Direito do Trabalho para o âmbito do Direito Administrativo, alegando que o critério da “atividade-meio” e da “atividade-fim” está albergado na Constituição em razão da necessidade de concurso público (art. 37, II da Constituição) para provimento de cargos públicos relacionados à atividade-fim da Administração Pública. Uma leitura atenta da Constituição permite constatar que tal critério é insuficiente para o Direito Administrativo.

De um lado, porque a Constituição expressamente permite que a Administração Pública repasse ao setor privado o exercício de atividade-fim sua, não importando isso de modo algum uma burla à exigência de concurso público. Pense-se na hipótese da concessão de serviços públicos, prevista no art. 175, *caput*, da Constituição de 1988. É óbvio que a concessão importa o repasse de uma atividade-fim do Estado, visto que se está diante de um serviço público. E é óbvio, igualmente, que os empregados da concessionária de serviço público não são aprovados em concurso público, mas sim admitidos em estrita consonância com o regime privado. O argumento da impossibilidade de terceirizar atividade-fim, se fosse válido, tornaria ilegais as concessões de serviço público, que detêm status constitucional.

De outro lado, o raciocínio é igualmente falho porque a Constituição, ao exigir a realização de concurso público para provimento de cargos públicos em seu art. 37, II, *em momento algum restringe o conceito de cargo público aos cargos que sejam relacionados à atividade-fim da Administração Pública*. Ora, a noção de cargo público e de emprego público não se relaciona à atividade-fim da Ad-

ministração Pública, como comprova o art. 3º da Lei n. 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Federais):

Art. 3º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor. Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.

Dá-se se conclui com facilidade que a exigência constitucional de concurso público não guarda relação de exclusividade com os cargos públicos relacionados ao exercício de atividade-fim da Administração, incidindo com idêntica normatividade nos casos de cargos públicos relacionados ao exercício de atividades-meio. Quer dizer: tanto o motorista do Prefeito quanto o médico do posto de saúde, a depender do caso, podem necessitar de prévia aprovação em concurso público para exercerem legalmente suas funções.<sup>183</sup>

O ordenamento em momento algum, portanto, impõe como critério para a terceirização no âmbito do Direito Administrativo o fato de serem as atividades terceirizadas relacionadas à atividade-meio da Administração. Disso decorre a plena possibilidade, em alguns casos, de terceirização de atividade-fim da Administração Pública (basta pensar nos convênios celebrados no âmbito do SUS, nos quais a Administração pactua junto à iniciativa privada o oferecimento de leitos hospitalares); bem como, de outro lado, a impossibilidade de terceirização de atividade-meio da Administração (como ocorre, por exemplo, na terceirização de motoristas por ente público que detenha expressa previsão de cargos efetivos de motorista em sua legislação).

Note-se que a redação do Decreto n. 2.271/97 endossa tal ponto de vista, permitindo superar o tradicional binômio de atividade meio e fim na medida em que insere, como atividades passíveis de execução indireta (= terceirizada), as atividades *materiais acessórias, instrumentais ou complementares* à área de competência legal do órgão/entidade. Nesse passo, ainda que a noção de acessoriedade e de instrumentalidade realmente se reporte a casos de atividades-meio,

---

183 O entendimento é partilhado por Carolina Zockun, ao aduzir que “analisando a Constituição de 1988, vê-se que em momento algum é possível encontrar respaldo para a distinção entre atividades-fim e atividades-meio, especialmente com o propósito de realizar a terceirização” (ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 130).



a noção de *complementariedade* certamente a ultrapassa, sendo plenamente possível que uma atividade seja complementar e, ainda assim, corresponda à atividade-fim do ente em questão.<sup>184</sup>

Em monografia específica sobre o tema, Carolina ZOCKUN procura afastar-se da tradicional dicotomia, efetuando interessante distinção. De acordo com a autora, é fato que todas as atividades temporárias são terceirizáveis, mas o inverso (todas as atividades permanentes não são terceirizáveis) não é verdadeiro, visto que *há atividades administrativas permanentes que, ainda assim, são terceirizáveis*. A autora conjuga ao critério “temporário/permanente” o critério “interno/externo”, segregando entre as atividades prestadas pela Administração Pública de forma intestina (para si própria) daquelas desempenhadas ao âmbito externo. A conjugação dos dois critérios leva a quatro possíveis situações: **a)** atividades internas permanentes; **b)** atividades externas permanentes; **c)** atividades internas temporárias; **d)** atividades externas temporárias. A partir daí, a autora assenta a possibilidade de terceirização de “c” e “d”, já que são atividades temporárias, mas também de “a”: como as atividades *internas permanentes* são “atividades intestinas para prover a própria subsistência dos entes públicos”, desenvolvidas pela e para a Administração, acaba que “nem serviços são”, e sim “meros instrumentos para a realização dos misteres públicos”, sendo, portanto, terceirizáveis.<sup>185</sup> Em conclusão, apenas as atividades externas permanentes seriam impassíveis de terceirização. Deve-se assinalar, em complemento, que algumas atividades externas permanentes são expressamente terceirizáveis, como é o caso de serviços privados de assistência à saúde, como serviços de laboratório e imagem.

Conclui-se de forma clarividente que a viabilidade da terceirização não guarda relação com o caráter instrumental ou finalístico da atividade consi-

---

184 Pense-se, por exemplo, na complementariedade fixada no art. 199, §1º da CF/88, que baliza a atuação do setor privado na prestação de serviços públicos de saúde. Ao prever a possibilidade de prestação privada complementar de serviços públicos de saúde, o constituinte obviamente não limitou tal prestação às atividades-meio (limpeza, segurança e portaria de hospitais), senão expressamente admitiu a prestação de *serviços de assistência à saúde* por parte do particular. Os tradicionais convênios celebrados por hospitais servem exatamente a essa finalidade: habilitar que um privado ofereça leitos ao SUS, de sorte a prestar serviços de assistência à saúde – atividade-fim do sistema único de saúde. Sobre o tema, conferir: MÂNICA, Fernando Borges. *O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

185 ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 132-152.

derada, e sim com o fato de tal atividade estar ou não encartada num determinado cargo/emprego público existente, criado conforme decisão discricionária do Chefe do Executivo. Tal decisão deve ser instrumentalizada por meio de lei e estar em consonância com a natureza da atividade a ser desempenhada, conforme analisado em Item precedente acerca das *atividades exclusivas de Estado*, as quais demandam a criação de cargos públicos.<sup>186</sup> Disso deriva que, nos casos em que as funções, ainda que permanentes, não tenham sido atribuídas pelo administrador público no feixe de atribuições atreladas a determinado cargo ou emprego público, não há que se vedar a ocorrência de terceirização. Isso porque a *perenidade não é o único critério para a configuração de cargos e empregos públicos*. Para além dela, é necessário que as funções em questão passem pelo crivo discricionário do Chefe do Poder Executivo, autoridade competente para criar cargos públicos a partir das necessidades da Administração Pública em cada momento.

## 2.6 Desestatização: a privatização da execução de tarefas públicas

Por *desestatização* entende-se o conjunto de mecanismos por meio dos quais a iniciativa privada explora, em nome próprio, atividades de titularidade estatal. Dentre as técnicas de desestatização é possível mencionar: (i) as concessões de serviços públicos e de obras públicas, (ii) as permissões de serviços públicos; (iii) as autorizações regulatórias; (iv) as parcerias como o terceiro setor; e (v) algumas modalidades específicas, como o arrendamento portuário, os contratos no setor petrolífero e de gás natural e a franquia postal.

Uma das características da desestatização consiste na substituição da prestação estatal de tarefas públicas, submetida ao regime de direito público, pela prestação privada, submetida ao regime de direito privado da Administração Pública. Não se trata, portanto, da realocação de um setor de atividades da esfera de titularidade pública para a esfera de titularidade privada, mas da outorga de *títulos habilitantes* para que a iniciativa privada explore de modo exógeno tarefas da esfera pública de titularidade pública e da outorga de *títulos*

---

186 Item 1.3.

*condicionantes* para que a iniciativa privada explore tarefas estatais da esfera de titularidade mista.

Passa-se a seguir à análise pormenorizada de cada uma das modalidades de desestatização existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

### **2.6.1 Concessões comuns**

As concessões designadas como “comuns” são aquelas previstas no artigo 175 da Constituição de 1988 e regulamentadas pela Lei n. 8.987/95. Trata-se das concessões de obras e serviços públicos em sua feição clássica, em que o Poder Público outorga ao setor privado a exploração de uma obra ou serviço público e o concessionário é remunerado mediante cobrança de tarifas pagas pelos usuários do serviço ou da obra concedidos.<sup>187</sup>

A origem do instituto da concessão remonta à Grécia Antiga,<sup>188</sup> mas o marco inicial das concessões de serviço público enquanto técnica de outorga do exercício de funções públicas a particulares é o liberalismo de meados do séc. XIX, porquanto “até o final do séc. XVIII, [...] a concessão relacionava-se estritamente a conceitos de privilégio”, sendo nada mais que uma “via de proteção do soberano a seus apaniguados”.<sup>189</sup>

---

187 Parcela da doutrina sustenta a necessidade de ampliação do tradicional escopo da figura da concessão, atrelado ao conceito restrito (e problemático, como visto acima) de serviço público. Assim, para Vera Monteiro, “É ainda com base num conceito alargado de serviço público que se tem sustentado a ampliação do cabimento de concessão para fim de permitir a delegação de atividades como a de modernização e gestão de num estádio de futebol (como o Estádio do Maracanã), que, numa visão clássica, não é qualificada como serviço público, porque a gestão de equipamento esportivo não é atividade privativa do Estado. (...) A proposta deste trabalho é que o gênero concessão não depende do conceito de serviço público e admite a delegação de atividade não privativa do Estado”) MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010, p. 156-157). No mesmo senso, Fernando Vernalha Guimarães afirma que concessão não tem configuração única de sorte que “O acolhimento de uma pluralidade de configurações de modelo concessório no direito brasileiro pressupõe a inexistência de traços rígidos desenhados pela Constituição na conformação do instituto da Concessão”. (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de Serviço Público**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 55-56). Sobre o tema, conferir: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessão**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

188 GONÇALVES, Pedro. **A Concessão de Serviços Públicos**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 45.

189 JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 51. Igual orientação pode ser extraída de: MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 18. Aprofundar em: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 35-112.

Como se viu Capítulo anterior, a despeito da postura absenteísta que em regra caracterizava a atuação estatal no liberalismo, as exigências da Revolução Industrial demandaram do Estado sua inserção na economia, obrigando-o a instalar as infraestruturas essenciais ao desenvolvimento do capitalismo em ascensão. Tal responsabilidade, no entanto, não pode ser confundida com o *dever de execução/prestação direta* das obras e atividades de infraestrutura. Nesse diapasão, a figura da concessão surgiu como instrumento estratégico quer sob o ponto de vista político-ideológico (conservação do princípio da abstenção estatal), quer econômico-financeiro (construção de grandes infraestruturas e serviços sem violentar as regras do mercado e sem custos para o Erário).<sup>190</sup> Lançando mão das concessões, ao mesmo tempo o Estado satisfaz as necessidades econômicas criadas pela Revolução Industrial e preservou a autonomia do mercado.

Como acima referido, a previsão que embasa a existência da figura da concessão hodiernamente é a do art. 175 da Constituição de 1988, que assim dispõe:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

O dispositivo foi regulamentado pela Lei Federal n. 8.987/95, que assim adota os seguintes conceitos:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:  
[...]

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento

---

190 GROTTI, Dinorá A. Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 184.

da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

A concessão de serviços públicos e obras públicas não constitui forma de alteração da *titularidade* da atividade em questão da esfera pública para a esfera privada, mas apenas de *trespasse* de sua *execução*. Mesmo quando outorgada ao setor privado pela via da concessão prevista na Lei n. 8.987/95, remanesce a atividade como sendo *pública*, ainda que sua execução não seja *estatal*.

O contrato de concessão, celebrado após devido certame licitatório a ser realizado na modalidade de concorrência ou de leilão,<sup>191</sup> possui algumas características essenciais:

(i) Há detalhamento acerca dos direitos dos usuários do serviço/obra outorgados, notadamente ao se preverem *princípios* que regem a exploração da atividade/obra concedida (art. 6º, 7º e 7º-A da Lei n. 8.987/95);

(ii) A remuneração do concessionário advém eminentemente do pagamento de tarifas por parte dos usuários do serviço/obra concedido, havendo previsão de política tarifária na própria lei geral (art. 9º, 10, 11 e 13 da Lei n. 8.987/95), sem possibilidade de contraprestações pecuniárias pelo Poder Concedente;

(iii) A licitação, bem como o consequente contrato de concessão, possuem diversas especificidades e exigências adicionais em relação aos contratos administrativos da Lei n. 8.666/93, em razão das características e do prazo da concessão (art. 14 *usque* 28-A da Lei n. 8.987/95);

(iv) Os encargos de ambas as partes são muito mais intensos que numa contratação ordinária, por envolverem a exploração de um objeto complexo, como é o caso de um serviço ou obra pública (art. 29, 30 e 31 da Lei n. 8.987/95);

---

<sup>191</sup> Conforme previsão geral do art. 2º, II da Lei n. 8.987/95 e permissivo do art. 27, I c/c art. 29, ambos da Lei n. 9.074/95.

(v) Há novas prerrogativas estatais perante o concessionário, tais como a intervenção e a encampação, bem como novas formas de extinção contratual por penalidade (art. 32 e seguintes da Lei n. 8.987/95).<sup>192</sup>

Para além da complexidade inerente ao objeto do contrato de concessão (vale dizer, a caracterização da noção jurídica de *serviço público*<sup>193</sup> e de *obra pública*<sup>194</sup>), há algumas peculiaridades que envolvem o tema. Para enfrentá-las, passa-se a analisar as espécies de concessão comum existentes no ordenamento jurídico brasileiro: a concessão comum de serviços públicos econômicos, precedidos ou não da execução de obras públicas; e a concessão comum de obras públicas.

### 2.6.1.1 Concessão de obras públicas

A técnica concessória foi historicamente indissociada da construção e gestão das grandes infraestruturas públicas. Como já visto, as primeiras concessões liberais tiveram por objeto justamente a construção de obras públicas de grande vulto (ferrovias, redes de gás, sistemas de iluminação pública).<sup>195</sup> Ao longo do séc. XIX e no início do séc. XX, ante a inexistência de estrutura administrativa, capital e conhecimento técnico estatal, a solução política adotada voltou-se à iniciativa privada, encarregada de construir as obras, bem como de estruturar e prestar serviços de infraestrutura (transportes, eletricidade, gás, etc.).

Dada a inexistência fática das infraestruturas, a forma de concessão inicialmente utilizada foi, naturalmente, a *concessão de obra pública*. Por meio dela, o particular concessionário investia na construção das obras necessárias à instalação das infraestruturas e à montagem do serviço a partir delas. Como contrapartida remuneratória ao concessionário para amortização do capital investido,

---

192 Para aprofundar o tema, conferir: BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Controle das Concessões de Serviço Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

193 Enfrentada acima, no Item 1.3.3.1.

194 Apresentada a seguir, Item 2.6.1.1.

195 Não foi diferente no Brasil, como bem notou Caio Tácito: “a criação e expansão da rede de estradas de ferro, de portos, de energia elétrica, de serviços de transporte coletivo se realizaram satisfatoriamente mediante a concessão destes serviços” (TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público*, v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 754). No mesmo passo: JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 52.

previa-se ao concessionário o direito de explorar as obras durante um período, o que envolvia a exploração da própria infraestrutura recém-construída.

Operacionalmente, o conceito de *obra pública* pode ser apresentado sob duas ópticas:

- a) Obras de engenharia de diversas amplitudes (“construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento”) atinentes às infraestruturas físicas para a exploração de serviços públicos: é o caso de rodovias, portos, aeroportos e instalações de energia elétrica;
- b) Obras de engenharia de diversas amplitudes não relacionadas à prestação de serviços públicos em sentido estrito, mas que se configuram como obras de *interesse público*: é o caso de parques, praças e monumentos.

No âmbito das concessões de obra pública, há divergência doutrinária condizente com a possibilidade ou não de obras públicas figurarem *autonomamente* como objeto das concessões comuns de serviço público, já que a Lei n. 8.987/95 define apenas a “concessão de serviço público” (art. 2º, II) e a “concessão de serviço público precedida da execução de obra pública” (art. 2º, III), sem falar na existência de uma “concessão de obra pública”.

Ao que se interpreta, a despeito de a Lei Geral de Concessões ter silenciado sobre a autonomização desse objeto em face dos serviços públicos, a tônica legal é no sentido da possibilidade de contratação autônoma da concessão de uma obra pública. Basta ver a descrição do art. 2º, III, *in fine* da Lei n. 8.987/95 para constar que a lei expressamente admite que “o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado” (grifou-se). Ora, o fato de o concessionário ser remunerado exclusivamente pela exploração da obra, mediante cobrança de tarifa dos usuários da obra pública executada, torna nítida a permissão legal de concessão pura de obras públicas.

Vale notar que a Lei n. 8.987/95 foi editada para regulamentar o disposto no art. 175 da CF/88, que trata da concessão de serviços públicos, de sorte que a existência autônoma de uma concessão de obras públicas escapa, em certa medida, à finalidade legal precípua. Mas isso jamais poderia levar à conclusão acerca de sua inviabilidade, mas apenas que o legislador regulamentou, além da outorga de serviços públicos, outra forma de participação privada no financiamento e execução de obras de interesse público.

É rica a doutrina anglo-saxã a respeito das diversas formatações (e respectivos modelos de financiamento) para as concessões de obras públicas. Daí advêm siglas bastante comuns na linguagem concessória, como DBFOT (*design, build, finance, operate, transfer*), BOT (*build, operate, transfer*), ROT (*rehabilitate, operate, transfer*), que são utilizadas para designar diferentes formas de configuração dos contratos de concessão de obra pública. Na sistemática DBFOT, o privado projeta, financia, constrói e opera a obra, transferindo-a ao Poder Público ao final do contrato, após o prazo de amortização do investimento. No modelo BOT, mais comum no Brasil, o privado apenas constrói a infraestrutura, opera e a transfere ao Poder Público ao final do contrato. Na forma de ROT, o contrato é semelhante ao BOT, com a diferença que, ao invés de construir a obra, o privado apenas a reforma. Note-se que isso não se confunde com a sistemática de contratação conhecida como *Turn Key*: aqui, o privado é responsável pela construção da obra e pela instalação de toda a parte de equipamentos e mobiliários necessários e suficientes à utilização do prédio pela Administração Pública,<sup>196</sup> o que não supõe necessariamente a construção de uma obra passível de exploração via concessão.

### 2.6.1.2 Concessão de serviços públicos econômicos

Como acima assinalado, as primeiras concessões liberais possuíam a natureza de concessões de obra pública. O surgimento das *concessões de serviços públicos* deu-se em momento posterior, com a autonomização da prestação do serviço em relação à construção da infraestrutura que lhe serve de base. A conclusão é lógica: como no início inexistiam as infraestruturas básicas para prestação dos serviços (estradas de ferro, postes de iluminação, etc.), a solução de recorrer à iniciativa privada mediante concessão obrigava os particulares a primeiro construir a infraestrutura (concessão de obra pública) para, a partir daí, instalar e prestar o serviço em questão (transporte rodoviário, manutenção dos lampiões, etc.).

Após um tempo, amortizado o capital investido e expirado o prazo da concessão, o Estado, titular da infraestrutura agora existente, poderia optar entre manter diretamente a infraestrutura e prestar o serviço, ou conceder sua explo-

---

196 Daí o termo *turn key*: a Administração Pública recebe as chaves do empreendimento e, para utilizá-lo, basta que “vire a chave” na fechadura, haja vista que a infraestrutura estará pronta para uso imediato.



ração econômica e lucrativa a agentes privados. Nesta última hipótese, como a infraestrutura (base física) e o serviço a partir dela prestado são dissociáveis, o Estado passou a poder optar por conceder tanto a exploração da infraestrutura quanto a prestação do serviço – inclusive a pessoas diferentes.

Nota-se, então, que há três momentos autônomos no processo de desenvolvimento histórico das concessões: a construção e instalação das infraestruturas (concessão de obra pública), a sua gestão (concessão de exploração do domínio público) e a gestão do serviço prestado a partir delas (concessão de serviço público). Originariamente, tais momentos estavam funcional e juridicamente unidos numa só concessão (a concessão de obra pública), mas com o tempo houve sua segregação.<sup>197</sup> Daí porque foi a autonomização da construção da obra pública com relação ao serviço a partir dela prestado que permitiu o surgimento das concessões de serviço público, voltados a repassar aos privados a gestão de *serviços públicos de cariz econômico*, ou seja, passíveis de exploração lucrativa.

As concessões de serviços públicos econômicos, de acordo com a Lei n. 8.987/95, devem atender a uma série de direitos dos usuários, condensados na noção de *serviço adequado*, definido no § 1º do art. 6º da lei como sendo aquele “[...] que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”. Eis aí os princípios dos serviços públicos usualmente referidos na doutrina.

O contrato de concessão, nesse caminho, funciona como *título habilitante do exercício, pelo privado, do serviço público outorgado*, possuindo *status* constitutivo à medida que (i) de um lado, cria na esfera jurídica do particular novos direitos, a serem exercidos em face dos usuários (cobrar a tarifa) e de terceiros (promover desapropriações e instituir servidões)<sup>198</sup>; e (ii) de outro lado, atribui-lhe o ônus de garantir a prestação dos serviços delegados conforme as exigências contratuais, respeitando os princípios elencados logo acima.

197 Cf.: GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Os Serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador. In: MOREIRA, Vital (org.). *Estudos de Regulação Pública*, vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 238-240. No mesmo sentido, aduz Vera Monteiro: “A obra pública, no curso do século XIX, era o objeto predominante nos contratos de concessão. Ela aparecia associada à construção de grandes infraestruturas públicas [...]. E é a partir da concessão de obra pública que surge a concessão de serviço público (MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 21).

198 Trata-se de um dos aspectos dos *direitos reais administrativos* do concessionário. Sobre o tema: MOREIRA, Egon Bockman. *Direito das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 139-149.

## 2.6.2 Permissão de serviços públicos

Tradicionalmente a permissão era conceituada pela doutrina pátria como *ato administrativo unilateral, discricionário e precário*, mediante o qual o Poder Público outorgava ao particular a prestação de uma atividade à coletividade, em contraposição à concessão, que era um autêntico contrato – muito mais estável, portanto. Nessa conformação, era nítida a distinção entre as figuras da permissão e da concessão. Ocorre que a Lei n. 8.987/95 impôs a necessidade de revisão do entendimento doutrinário ao atribuir expressamente à permissão a natureza de *contrato* e, nessa medida, avizinhá-la da concessão.<sup>199</sup>

Tanto isso é verdade que ambos os institutos são previstos pelo artigo 175 da Constituição de 1988 como modalidade de outorga do exercício de serviços públicos ao setor privado e encontram-se regulamentados pela Lei n. 8.987/95, que assim conceitua a permissão de serviços públicos:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...)

IV – permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Mais adiante, a mesma Lei 8.987/95 estipula algumas especificidades ao contrato de permissão de serviços públicos e prevê a incidência geral da lei sobre tal modalidade de ajuste:

Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei.

---

199 Interessante raciocínio faz Romeu Felipe Bacellar Filho. Para o autor, a Constituição em vários dispositivos (a exemplo do art. 176, *caput* e §§ 1º, 3º e 4º) atribui similar natureza à concessão, permissão e autorização. Para o autor, destarte, a tentativa de demarcação de uma diferenciação entre a permissão e a concessão “é fruto da imaginação do legislador federal” (BACELLAR FILHO. *Reflexões sobre direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 186).

Diante desse cenário, atualmente esfumaçam-se elementos que doutrinariamente segregavam os institutos da concessão e da permissão,<sup>200</sup> cabendo ao intérprete buscar o traço distintivo entre os institutos – até porque, conforme Luiz Alberto BLANCHET, “se a intenção do legislador constituinte fosse a de extinguir a permissão, tornando-a idêntica à concessão, não teria feito uso dos dois vocábulos”.<sup>201</sup> Destarte, é necessário que se busque no ordenamento pátrio um critério de distinção adequado para nortear a compreensão da permissão, sem perder de vista que, conforme Egon Bockmann MOREIRA, sua exata nitidez somente será aferível no exame do caso concreto.<sup>202</sup>

Antes mesmo da Constituição de 1988, Miguel REALE já reconhecia a absoluta falta de determinação conceitual dos institutos, e após ponderar que “a permissão se constitui como se fora autorização e é exercida como se fora concessão”, concluiu que o legislador estabeleceu uma “gradação entre a autorização, a permissão e a concessão de serviço público, segundo o índice de participação ou de controle do Poder Público no concernente aos bens e aos serviços”.<sup>203</sup>

Já sob a égide do atual diploma constitucional, Carmen Lúcia ROCHA tenta encontrar na figura do contrato de adesão a diferença entre a concessão e a permissão. Para a autora, o elemento diferenciador entre ambas residiria, assim, na “natureza do contrato e nas consequências encontradas nas conduções, cláusulas obrigacionais, garantias”, de modo que a grande diferença entre ambas residiria na natureza das obrigações contratualizadas.<sup>204</sup>

Egon Bockmann MOREIRA vai adiante, e propõe uma delimitação da utilização da figura da permissão a partir de um viés *negativo* – ou seja, hipóteses

---

200 Sobre a aproximação entre as concessões e permissões, aprofundar em: MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 11. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 326-327; SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Concessões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 26 e seguintes; ROCHA, Camen Lúcia Antunes da. **Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 147 e seguintes; MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 162 e seguintes.

201 BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão e Permissão de Serviços públicos: comentários a lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e a lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995**. Curitiba: Juruá, 1995, p. 18.

202 MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 165.

203 REALE, Miguel. Natureza jurídica da permissão e da autorização. In: REALE, Miguel. **Direito administrativo: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 152-153.

204 ROCHA, Camen Lúcia Antunes da. **Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 156.

em que a figura da permissão não pode ser utilizada. Assim, para o autor, estão excluídos do regime da permissão os negócios jurídicos que exijam a execução de obras públicas, os investimentos de longa maturação, os contratos celebrados sem licitação, os contratos que exijam aportes de recursos públicos, os atos unilaterais, os contratos que permitam a apresentação de projeto básico pelos interessados, e os processos seletivos que permitam inovações na minta de edital/contrato por proposta dos particulares.<sup>205</sup>

Com amparo no dito até aqui, é possível afirmar que a grande diferença entre a concessão e a permissão não reside em sua finalidade (já que ambas são instrumentos de outorga de atividades estatais), nem em sua natureza jurídica (já que ambas são formalizadas por contrato, com característica de contrato de adesão). Ao revés, sua diferença se encontra no *grau de vinculação obrigacional estabelecido na relação jurídica entre Poder Público e Privado*, muito mais intenso na concessão. O desafio, a partir daí, é definir **(i)** a fronteira entre a concessão e a permissão, considerando as diferentes intensidades dessa vinculação obrigacional existentes na prática; e **(ii)** quais as características concretas de cada atividade que justificarão sua outorga numa ou noutra modalidade.<sup>206</sup>

Deve-se ressaltar, nessa medida, que a permissão de serviços públicos assume diferentes configurações a depender do setor econômico em que é aplicada. Tal análise permite perceber as deferentes configurações deste modelo de ajuste em cada área, nos termos da legislação setorial sobre ela incidente. Assim, numa breve aproximação, pode-se afirmar que:

- a) no setor de transportes terrestres, a permissão figura como intermédia entre a concessão e a autorização, servindo para os casos de “prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual semiurbano de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura” (art. 13, IV, “a” da Lei n. 10.233/01) e de “prestação regular de serviços de transporte ferroviário de passageiros desvinculados da exploração de infraestrutura” (art. 13, IV, “b” da Lei n. 10.233/01);

205 MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 164-165.

206 Com acerto pontua Floriano MARQUES NETO, assim, que o intérprete deve buscar os limites e condicionantes das concessões e permissões dentro do sistema jurídico e regulatório de cada setor (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regime jurídico dos bens públicos empregados na geração de energia. *Revista de Direito Administrativo*, n. 232, Rio de Janeiro, abr./jun. 2003, p. 342;344; 346).

b) no setor de portos, a Lei n. 12.815/2013 sequer menciona a figura da permissão, prevendo apenas as modalidades de concessão e autorização, o mesmo ocorrendo no setor de petróleo, consoante Lei n. 9.478/97;

c) no setor de transporte aéreo, percebe-se que a Lei n. 7.565/86 (Código brasileiro de aeronáutica) e a Lei n. 11.182/05 não trazem qualquer elemento diferenciador entre as figuras da concessão e da permissão, levando a crer que as encara como sinônimas;

d) no setor de energia elétrica, a permissão ocupa posição secundária, estando adstrita às companhias de eletrificação rural, já que para os demais casos ou se aplica a concessão (art. 5º e 6º da Lei n. 9.074/95) ou a autorização (art. 6º e 7º da Lei n. 9.074/95);

e) no setor de telecomunicações, a permissão figura, tal qual no setor de transportes terrestres, como intermédia entre a concessão (aplicável para outorga de serviços de telecomunicações em regime público, de forma estável) e a autorização (aplicável para outorga de serviços de telecomunicações em regime privado), servindo para os casos de outorga de serviços de telecomunicações no regime público e em caráter transitório, em que, por conta de situação excepcional, não possa ser outorgada a concessão, e durará até que seja normalizada a situação excepcional que a tenha ensejado (art. 118 e parágrafo único, Lei n. 9.472/97).

Percebe-se, destarte, que compete ao legislador, dentro de cada setor econômico regulado, disciplinar qual será o papel ocupado pela permissão de serviços públicos. Disso resulta a impossibilidade de delimitar características gerais e absolutas aplicáveis indistintamente a todas as permissões existentes, sendo inútil a tentativa de atribuir à figura da permissão uma definição estanque, unívoca e atemporal, haja vista a multiplicidade dos contornos que a figura assume em cada setor regulado e, mais do que isso, em cada caso concreto em que for celebrada.

Independentemente da árdua tarefa de discernir, hoje, no ordenamento jurídico a figura da permissão em comparação com a concessão (e mesmo a autorização regulatória, adiante analisada), fato é que funciona a permissão como instrumento de outorga da exploração de serviços públicos aos privados, figurando assim, tal qual a concessão, como modalidade de desestatização de tarefas públicas.

### **2.6.3 Parcerias Público-Privadas**

*Parcerias Público-Privadas* – PPPs são contratos administrativos com características específicas, constituindo uma modalidade especial de concessão de serviço público, diversa da concessão dita “comum” (Lei n. 8.987/95) acima analisada. Destina-se a formar vínculo de cooperação entre poder público e setor privado para concepção, implementação e gestão de infraestruturas e execução de ações e serviços de interesse público.

Tem-se na Parceria Público-Privada uma nova forma de associação entre os setores público e privado em que, diversamente da concessão comum (na qual a tarifa é paga exclusivamente pelos usuários do serviço concedido), há possibilidade de utilização de recursos do parceiro público como forma de contraprestação ao parceiro privado. A PPP, assim, foi pensada pelo legislador para dar conta dos casos em que o retorno financeiro dos investimentos e gastos operacionais por parte do parceiro privado não é viável apenas com receitas advindas da tarifação dos usuários, sendo necessário auxílio do Poder Público na amortização do investimento. As PPPs, assim, podem ser encaradas como um novo mecanismo de financiamento na construção e gestão de infraestruturas públicas.

As Parcerias Público-Privadas são assim definidas pela Lei Federal n. 11.079/2004:

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é 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.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

A especificidade das PPPs em relação às concessões comuns de serviço público pode ser extraída facilmente da análise de suas duas espécies, previstas na Lei n. 11.079/04:

- (i) **Concessão Patrocinada:** modalidade contratual em que, além da tarifa cobrada dos usuários, há aporte de recursos por parte do Poder Público para compor a contraprestação paga ao parceiro privado;
- (ii) **Concessão Administrativa:** modalidade contratual em que o Poder Público arca com a totalidade da contraprestação paga ao parceiro privado.

A *concessão administrativa* é utilizada nos casos em que não é viável a cobrança de tarifa a ser pagas pelos usuários do serviço, situação que ocorre em quatro grandes hipóteses:

- (i) quando a usuária do serviço for a própria Administração Pública, a exemplo da PPP para a construção de um complexo que servirá de sede ao governo;
- (ii) quando, existindo usuários do serviço, estes não forem individualizáveis (*uti universi*), sendo o caso típico da iluminação pública;
- (iii) quando o serviço, por ser gratuito, não puder ser cobrado do usuário, como ocorre nos serviços de saúde;
- (iv) quando, por razões de índole econômica ou política, o Poder Público optar por não instituir tarifa sobre determinado serviço que, *a priori*, seria tarifável.

Já a *concessão patrocinada* volta-se aos casos em que é possível a cobrança da tarifa, mas esta, por razões econômicas, apresenta valor insuficiente para cobrir todos os custos do empreendimento, tornando inviável a utilização da concessão comum. O objeto da PPP será, aqui, idêntico àquele previsto na Lei n. 8.987/95, sendo que a maior diferença residirá, mesmo, na forma de financiamento e amortização do capital investido.

Em qualquer das modalidades de PPP, a remuneração do parceiro privado por parte do poder público pode ser efetuada de diversas formas: dinheiro, bens

públicos desafetados, cessão de créditos, outorga de direitos e quaisquer outros que encontrem guarida legal, conforme art. 6º da Lei n. 11.079/04. A remuneração apenas se inicia a partir da efetiva disponibilização do serviço pelo parceiro privado (art. 7º da Lei), o que não se confunde com a possibilidade de se realizarem aportes de recursos durante a fase de construção e de implementação dos serviços (art. 6º, §2º da Lei).

Considerando as disposições legais que regem o tema, vislumbra-se nas Parcerias Público-Privadas um importante mecanismo de financiamento ao setor público, uma nova forma de associação entre os setores público e privado em que cabe ao parceiro privado arcar com os custos de implantação e operação do serviço concedido, remunerando-se pela exploração do serviço ao longo do lapso contratual.

Nessa perspectiva, dentre as vantagens que justificam a celebração de contratos de PPP, costuma-se elencar as seguintes:

- a) Mobilização de financiamento privado, viabilizando a construção, reforma e implantação imediata de infraestruturas públicas com recursos privados, amortizados em longo prazo;
- b) Possibilidade de obtenção de estudos e projetos gratuitos, por intermédio dos PMI's (procedimentos de manifestação de interesse), em que a iniciativa privada, provocando ou acudindo a convite do Poder Público, participa de processo seletivo especial destinado à apresentação de estudos e projetos de PPP, conforme tratado no item 2.7.1;
- c) Via de regra, pagamentos ao parceiro privado somente após a implantação da infraestrutura e o início da prestação dos serviços;
- d) Transferência das inúmeras dificuldades gerenciais ao setor privado e alocação eficiente de riscos contratuais;
- e) As transferências não são computadas como despesas de pessoal para fins da Lei de Responsabilidade Fiscal;
- f) Remuneração do parceiro privado variável, de acordo com o atingimento de metas de desempenho quantitativas e qualitativas fixadas pelo parceiro público.



### 2.6.3.1 Características e objeto

A PPP, assim, é uma modalidade específica de concessão de serviços públicos, em que há obrigatoriedade de repasse de recursos do parceiro público ao parceiro privado, já que o retorno financeiro dos investimentos e gastos operacionais por este último não é viável ou suficiente apenas com receitas derivadas da cobrança de tarifa.

O Contrato de PPP possui algumas características principais:

(i) O prazo de vigência é de 5 a 35 anos, a ser determinado conforme o volume de investimento privado e a ser amortizado;

(ii) O valor mínimo de 20 milhões de reais;<sup>207</sup>

(iii) O contrato não pode ter como objeto único: a) o fornecimento de mão-de-obra, b) o fornecimento/instalação de equipamentos, c) a execução de obra pública – no entanto, tais objetos podem ser cumulados entre si e com outros, tornando a PPP viável (por exemplo, uma PPP para execução de obra e fornecimento de mão-de-obra);

(iv) O objeto não pode compreender funções de regulação, jurisdicional e o exercício do poder de polícia, por serem consideradas “atividades exclusivas de Estado”, conforme problematizado no Capítulo anterior, Item 1.3.

(v) Há uma sistemática especial de garantias prestadas entre as partes, especialmente pelo Parceiro Público (fundo garantidor, adiante explicitado);

(vi) Previsão de mitigação de riscos contratuais, mediante alocação realizada caso a caso, de forma eficiente de acordo com o parceiro mais apto a suportar cada espécie de risco;

---

207 Há discussão doutrinária a respeito do parâmetro para aplicação de referido valor: para uns, o valor mínimo de 20 milhões de reais deve ser aferido em relação ao *valor anual do contrato*, sob pena de vulgarização da utilização das PPPs; para outros, tal montante diz respeito ao *valor total do contrato*, referindo-se portanto a todo o período contratado, sob pena de inviabilização das PPPs em Municípios de médio e pequeno porte.

(vii) Os pagamentos são realizados conforme o desempenho do particular, aferido tendo por paradigma um plano de metas quantitativas e qualitativas apensado ao contrato.

Além disso, há uma série de cuidados a serem tomados e de limites a serem observados na contratação da PPP, em destaque:

- (i) realização de consulta pública sobre o Edital da PPP (art. 10, IV da lei);
- (ii) previsão de cláusulas contratuais obrigatórias (art. 5º da lei);
- (iii) exigências formais a respeito do processo de licitação para outorga da PPP (artigos 10 a 13 da lei);
- (iv) limites para a constituição da sociedade de propósito específico (art. 9º da lei).

Considerando a sistemática financeira da PPP, que não depende exclusivamente da cobrança de tarifa pelos usuários do serviço concedido, abrem-se novas portas para a celebração de PPPs pela Administração Pública. Assim é que, observados os requisitos específicos de cada modalidade, as PPPs podem ser celebradas para dois principais grupos de atividades:

- a) Serviços públicos e obras públicas, coincidindo com o objeto das concessões comuns e diferindo, sobretudo, na forma de remuneração do privado;
- b) Serviços de que a Administração Pública seja usuária (direta ou indireta), hipótese não admitida nas concessões comuns.

O primeiro grupo já foi enfrentado acima, ao se abordar a concessão comum de serviços públicos. O segundo merece alguma digressão, reportando-se aos casos de PPPs utilizadas para serviços cuja usuária seja – direta ou indiretamente – a própria Administração Pública.

A Administração será *usuária direta* quando usufruir diretamente da obra ou serviço executado pelo parceiro privado, ou seja, quando a atividade for prestada diretamente à Administração (alguns os denominam, por essa caracterís-

tica, de *serviços administrativos*).<sup>208</sup> Interessante exemplo é o da PPP deflagrada pelo Distrito Federal para construção e operação de um complexo de edifícios denominado de Centro Administrativo do Distrito Federal, a abrigar a Administração Direta e Indireta distrital.

Importa diferenciar a PPP celebrada com essa formatação, de um lado, da contratação comum de serviços regida pela Lei n. 8.666/93, de outro. É bem verdade que, no que toca ao seu objeto, a concessão administrativa de serviços em que a Administração Pública é usuária direta assemelha-se ao contrato administrativo ordinário previsto pela Lei n. 8.666/93. No entanto, há importantes diferenças entre as duas modalidades:

(i) na PPP, o investimento por parte do setor privado é amortizado com a exploração da respectiva obra/serviço, de modo diverso ao que ocorre nos contratos ordinários de desembolso, em que os pagamentos por parte do Poder Público ocorrem mensalmente desde o início do contrato, mesmo sem a disponibilização de serviços;

(ii) na PPP, o pagamento pelo Parceiro Público é baseado em resultados, consoante plano de metas quantitativas e qualitativas pré-determinado, fazendo com que o particular tenha de executar serviços de alta qualidade, pois é deles que obterá a amortização de seu capital durante o largo lapso contratual;

(iii) a PPP, como visto, não pode envolver isoladamente a execução de obra, nem apenas a terceirização de serviços ou o fornecimento de equipamentos – vedação que não existe nos contratos ordinários de desembolso.

Extrai-se daí que a PPP de serviços administrativos (Administração como usuária direta), ainda que possua objeto assemelhado ao dos contratos administrativos ordinários da Lei n. 8.666/93, serve para situações fáticas e econômicas sensivelmente mais complexas, culminando na celebração de um contrato com características e lógica de interpretação completamente diferente à dos contratos de desembolso. Pense-se no exemplo de PPPs celebradas para a construção de Centros Administrativos, como a ocorrida no Distrito Federal:

---

208 Sobre o tema, cf.: GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria Público-Privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 180-183.

a responsabilidade o parceiro privado, muito além de construir um prédio, envolve a construção de todo um complexo de prédios públicos interligados, com disponibilização de serviços de conservação e limpeza, segurança, portaria e jardinagem, dentre outros.

De outro lado, a noção de Administração Pública como *usuária indireta* não é tão clara, e é usualmente referida pela doutrina como relacionada às hipóteses de concessão de serviços públicos em que não há pagamento de tarifa pelos usuários – seja porque inviável a cobrança de tarifas, seja porque, por uma decisão política, a Administração Pública optou por desonerar os potenciais usuários diretos do serviço em questão. Ao referir-se à Administração como usuária indireta, portanto, a legislação eclipsa os usuários diretos da obra/serviço, que não serão responsáveis por remunerar o concessionário, e qualifica a o poder concedente como usuário indireto pelo simples fato de que será ele, com exclusividade, quem remunerará o parceiro privado. Os exemplos típicos, aqui, são o das PPPs em presídios (já que seria inadequado considerar os detentos como usuários do serviço propriamente, sendo mais propriamente considerados seus *destinatários*) e no setor de saúde (ante a impossibilidade jurídica de cobrança de tarifa dos usuários diretos do SUS).

### 2.6.3.2 Concessões administrativas de serviços públicos sociais

Há divergência doutrinária acerca da aplicabilidade das concessões para os chamados serviços públicos sociais, vale dizer, as atividades pertencentes ao setor de titularidade compartilhada, passíveis de exploração tanto pelo Estado quanto pela iniciativa privada.

Parte da doutrina, capitaneada por Celso Antônio Bandeira de MELLO, opina que a Constituição de 1988, ao permitir a exploração privada de tais serviços públicos com base na livre iniciativa (ou seja, sem haver necessidade de um título habilitante emanado do Poder Público), veda implicitamente o trespasse à iniciativa privada dessas mesmas atividades via concessão. A razão para isso é que, como a Constituição franqueou o acesso a tais atividades livremente pelos privados, com fundamento na livre iniciativa, não haveria sentido em haver a concessão dessas mesmas atividades pelo Estado, com fundamento no art. 175 da Constituição. Quer dizer: já que os privados podem ter suas próprias escolas e hospitais, não faria sentido o Estado delegar-lhes a gestão de uma es-

cola ou hospital público, até porque nestes casos a Constituição expressamente afirma ser a saúde e a educação dever do Estado.<sup>209</sup>

Esse entendimento tem sido, contudo, superado. Desde a edição da Lei das PPPs, sobretudo, ganha força na doutrina a percepção de que inexistente disposição constitucional proibitiva do *trespasse de serviços públicos não exclusivos* ou *de dupla titularidade* ao setor privado. Não é porque uma atividade submetida à *publicatio* foi também, e ao mesmo tempo, atribuída à titularidade privada que o Estado está impedido de lançar mão da figura da concessão. E isso por uma razão bastante simples: nas atividades de dupla titularidade, o regime jurídico de sua exploração é radicalmente diverso em se tratando de sua vertente pública e de sua vertente privada.

Como já estudado, na esfera de atividades de dupla titularidade, a competência do Estado refere-se ao dever de prestar serviços públicos sociais, regidos pelo regime jurídico dos serviços públicos. Nesse sentido, a atribuição de competência ao Estado e a delimitação de um regime específico para sua prestação opera a qualificação da atividade como autêntico *serviço público*, com os consequentes deveres de continuidade, universalidade, atualidade e etc. Diversamente, quando exploradas pelos privados com base na livre iniciativa, o regime de sua prestação será privado, ainda que dotados de uma regulação mais intensa em face de sua qualificação como *serviços de relevância pública*. Destarte, nas atividades de dupla titularidade há, também e por decorrência disso, uma duplicidade de regimes jurídicos: quando exploradas pelo Estado, tais atividades configurarão *serviços públicos* sociais submetidos a *regime público*; quando exploradas pelos privados com fundamento na livre iniciativa, configurarão *serviços sociais de relevância pública* submetidos a *regime privado regulado*.

Ora, o fato de os privados poderem explorar livremente as atividades de saúde e educação não impede que o Estado, titular do *serviço público* de saúde e educação, possa atribuir à iniciativa privada sua exploração. Nesta hipótese o privado será submetido ao regime próprio dos serviços públicos, que congrega princípios como a regularidade, continuidade, adequação, universalidade e modicidade da tarifa ou gratuidade. Tais exigências não incidem sobre o privado que presta *serviços sociais de relevância pública*, mas incidem sobre os *serviços públicos sociais* – sejam eles prestados pelo Estado ou pela iniciativa privada.

209 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 691.

Portanto, ainda que materialmente a atividade base de um serviço público social seja idêntica à de um serviço de relevância pública, juridicamente o regime incidente é diverso. Enquanto o hospital privado pode cobrar pelos serviços, restringir atendimentos e cessar suas atividades quando bem entender, o hospital público (mesmo que gerido por um ente privado) não possui qualquer dessas liberdades.

Nessa perspectiva, a concessão administrativa dos serviços públicos sociais promove o trespasse da exploração de serviços públicos sociais a empresas privadas, que vão explorar a atividade sob o regime de serviço público, com respeito a todos os princípios sobre ele incidentes. Não se trata, a rigor de uma *habilitação legal* para prestar um serviço, pois o exercício material da atividade é facultado ao privado independente de qualquer título habilitante. Trata a concessão nesta hipótese, tecnicamente, de um *título condicionante*, que impõe ao particular deveres relacionados à execução de um serviço público.

Por meio dessa leitura, pode-se perceber que a hipótese corresponde ao contido no artigo 175 da Constituição Federal, que prevê a concessão ou delegação de serviços públicos à iniciativa privada, sempre por meio de licitação. Ainda que no caso dos serviços sociais de dupla titularidade a concessão não tenha natureza de *título habilitante* ao exercício de uma atividade material vedada ao privado, ela possui natureza de *título condicionante*, que atribui um determinado regime jurídico (o regime do serviço público) sobre essa atividade. A concessão, nesse sentido, não se aplica para facultar a exploração privada exógena, na esfera de atividades de titularidade estatal, mas para atuação endógena na própria esfera de dupla titularidade, sob regime jurídico diverso.

No mais, como parece evidente, a atribuição de um dever ao Estado não guarda relação com a pretensa impossibilidade de sua exploração pelo setor privado. Para desfazer tal imagem, basta voltar os olhos ao art. 175 da CF/88, que, a despeito de atribuir um dever ao Estado, expressamente autoriza que tal dever seja realizado *indiretamente*, mediante recurso à figura da concessão.

Com essa inteligência, a concessão administrativa pode ser importante ferramenta para o desenvolvimento dos serviços públicos sociais no Brasil. O modelo já foi implantado em diversos entes, como é o caso do Hospital do Subúrbio de Salvador, do Hospital Metropolitano de Belo Horizonte e das Unidades Básicas de Saúde da Família de Manaus, para citar alguns exemplos. Ainda, há diversos projetos em andamento: é o caso das PPPs hospitalares de São Paulo

e do Distrito Federal; das PPPs de diagnóstico por imagem do Rio de Janeiro; e da PPP no setor escolar de Minas Gerais.

### *2.6.3.3 PPP's e a questão orçamentária*

A contratação de Parceria Público-Privada submete-se à observância de toda a liturgia prevista na Lei de Responsabilidade Fiscal, sendo obrigatória a previsão dos gastos com PPP nas Leis Orçamentárias (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual), a estimativa de impacto orçamentário da contratação e a emissão de declarações do ordenador de despesas.

De extrema relevância, na óptica orçamentária, a limitação disposta no artigo 28 da Lei n. 11.079/04:

Art. 28. A União não poderá conceder garantia ou 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 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Trata-se da impossibilidade de o ente realizador da PPP receber transferências voluntárias da União se os gastos com PPP ultrapassarem 5% (cinco por cento) das receitas correntes líquidas auferidas pelo ente federativo em questão, fator que, a depender da realidade do ente político, constitui importante baliza orçamentária para as PPPs em nível local. Do art. 28 da Lei Federal de PPP se constata que são de duas ordens as condições para a restrição de transferência voluntária e concessão de garantia pela União:

(i) soma das despesas de caráter continuado exceder 5% da RCL observada do exercício anterior – regula a relação entre a receita presente e as despesas com a contratação da PPP;

(ii) soma das despesas de caráter continuado dos 10 anos subsequentes exceder 5% da RCL estimada para os respectivos exercícios subsequentes – regula a relação entre as despesas futuras do ente federado, de-

correntes dos contratos de PPP celebrados ou em vias de o serem, e as projeções da RCL no horizonte de dez anos.

Deve-se tomar cuidado com uma interpretação literal do dispositivo em comento, que poderia inviabilizar por completo a contratação de Parcerias Público-Privadas em nível municipal.

Em *primeiro lugar*, é preciso lembrar que a Administração Pública já incorre em gastos no custeio de determinados serviços que são prestados à população (saúde, educação, etc.) e, nesses casos, pode legitimamente optar por transferir tais atividades ao setor privado sem que disso resulte a criação de *novas* despesas, e sim apenas o seu remanejamento. Ora, se a celebração da PPP não importar a criação de despesas novas por parte do ente federativo, e sim simplesmente sua transferência a outra fonte, não há porque vincular o valor do contrato nestes casos à limitação carreada no art. 28 da Lei n. 11.079/04.

Nesse passo, veja-se que a redação do art. 28 da Lei de PPP destaca que, para fins de cálculo do montante de recursos comprometidos em face da RCL, serão considerados apenas os gastos que sejam *derivados* dos contratos de PPP (“[...] *soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas [...]*”). O sentido do vocábulo “derivado” utilizado pelo legislador é evidente: somente despesas *novas, oriundas, provenientes, derivadas* do contrato de PPP, é que devem ser contabilizadas no cômputo da limitação legal imposta pelo art. 28. Se já há um gasto público com educação, por exemplo, remanejar tal despesa para a realização de uma PPP em substituição à prestação estatal é ato discricionário da Administração Pública, não sujeitando tal gasto ao percentual do artigo 28 da Lei 11.079/04. Não há criação de nova despesa derivada da PPP, e sim apenas deslocamento da despesa para outro campo.

Milita em favor desse entendimento a análise da complexa sistemática de remuneração do concessionário nas PPPs. Dita remuneração geralmente engloba duas parcelas básicas: **(i)** cobertura dos investimentos efetuados pelo parceiro privado, e **(ii)** remuneração pelo serviço prestado. O primeiro elemento, relacionado à cobertura de investimentos, trata de gastos de capital que abrangem obras (construção, reconstrução, reforma etc.), aquisição de equipamentos e todo tipo de intervenção que é pressuposto para a disponibilização



e continuidade do serviço.<sup>210</sup> O segundo elemento trata da remuneração do concessionário pela execução dos serviços abrangidos pela concessão, ou seja, destina-se ao custeio dos gastos operacionais envolvidos no projeto.<sup>211</sup> Daí que o capital associado ao *aporte* de recursos não se confunde com as *contraprestações* periódicas pagas pelo parceiro público durante a vigência do contrato (essas, sim, “despesas de caráter continuado”).

O primeiro elemento (gastos de capital) tem nítida origem no contrato de PPP; trata-se de elemento novo de despesa até então inexistente, que foi *derivado* da assinatura do contrato (e que, portanto, computa na limitação do art. 28). De forma diversa, o segundo elemento (remuneração dos serviços prestados) não segue a mesma lógica, fazendo-se necessário verificar se a despesa em questão já era total ou parcialmente incorrida pelo Poder Concedente no custeio daquelas atividades, caso em que não haverá criação de despesa nova (e, portanto, não computará na limitação do art. 28).

A interpretação aqui defendida é reforçada ao se tomarem como referência os contratos de PPP versando sobre execução de obras e serviços nas áreas de saúde e educação, as quais têm despesas constitucionalmente vinculadas, ou seja, que devem ser despendidas independentemente da configuração jurídica do modelo escolhido para sua viabilização.

Em *segundo lugar*, deve-se dar adequada interpretação à expressão “despesas de caráter continuado” para fins de incidência da limitação disposta no artigo em comento. Vale aqui repisar a bipartição da remuneração do concessionário em **(i)** cobertura dos investimentos, e **(ii)** remuneração pelo serviço prestado. Nesse espectro, é curial frisar que a cobertura de investimentos realizados em PPPs pode se dar tanto **(a)** por intermédio do pagamento mensal ao concessionário, embutido no valor da parcela, quanto **(b)** por intermédio da figura que se denomina de *aporte*, conforme art. 6º, §2º da Lei de PPP:

§ 2º O contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos dos incisos X e XI do caput do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, desde que autorizado no edital de licitação, se

210 Em economia, usa-se a denominação “CAPEX” (Capital Expenditures – “custos de capital”), para designar os custos relacionados ao investimento.

211 Em economia, usa-se a denominação “OPEX” (Operational Expenditures – “custos operacionais”), para designar os custos relacionados à exploração dos serviços.

contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012.

O aporte de recursos pode ocorrer tanto em um ato único quanto pode ser desembolsado em momentos específicos, em atenção ao cronograma de investimentos do projeto e ao regramento contido no contrato de concessão (art. 5º, XI da Lei de PPP). Quer dizer: o aporte abrange apenas um ou alguns poucos marcos temporais, e por isso não é dotado de continuidade e de regularidade, características inerentes às demais contraprestações.

Da própria natureza e função do aporte (remunerar inversões financeiras), portanto, denota-se que ele não constitui despesa de caráter continuado, já que não implica comprometimento contínuo e permanente da receita orçamentária do ente federativo. Algo muito diverso ocorre com a remuneração mensal do concessionário – esta, sim, efetuada regularmente e, portanto, caracterizável como despesa de caráter continuado.

A própria Lei de Responsabilidade Fiscal afirma que as despesas continuadas só serão assim interpretadas se obrigarem a Administração Pública por mais de dois exercícios, conforme seu art. 17:

Art. 17. Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.

Ora, a preocupação do legislador com a edição do art. 28 da Lei de PPP torna nítido que os gastos que não figurarem como “despesa de caráter continuado” não incidirão para o cômputo da restrição legal. Assim, como a figura do aporte de recursos prevista no art. 6º, §2º da lei não constitui despesas de caráter continuado, não pode ser computada para fins de aferimento da limitação do artigo 28 da Lei n. 11.079/04.

#### *2.6.3.4 Sistemática de garantias*

A lógica que permeia a Lei de PPPs demanda a realização de pesadas inversões financeiras por parte do setor privado. Em razão disso, o diploma não poderia deixar de se comprometer com a criação de um ambiente jurídico e econômico favorável à sua aplicação, o que fez mediante disciplina inovadora

de garantias prestadas tanto pelo setor público ao setor privado quanto no vetor oposto. Sobre as garantias do parceiro privado ao parceiro público, importam os seguintes dispositivos:

Art. 5º. As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

(...)

**VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; (g. n.)**

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

**I – exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993; (g. n.)**

Isso sem dizer que, considerando que o parceiro privado é responsável por adiantar todo o investimento na implantação da infraestrutura, remunerando-se somente após o início de sua exploração e em longo prazo, há uma espécie de *garantia de cunho lógico* nos contratos de PPP: a garantia de que o parceiro privado irá executar os serviços concedidos da melhor forma possível, eis que quanto mais eficiente for, mais rápido garantirá o retorno do pesado investimento feito no início do contrato.

Em contrapartida, sobre as garantias a serem prestadas pelo parceiro público ao parceiro privado, a Lei de PPPs estipula que:

Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

- IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;
- V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;
- VI – outros mecanismos admitidos em lei.

Dentre as modalidades de garantia do Parceiro Público em contratos de PPP, certamente a mais utilizada – e que constituiu inovação da Lei n. 11.079/04 – é a possibilidade de constituição de Empresa Estatal (empresa pública ou sociedade de economia mista) ou de Fundo Garantidor, especificamente vocacionados a garantir a solvabilidade financeira do Poder Público em contratos de PPP.

Tanto a Empresa Estatal quanto o Fundo Garantidor serão constituídos com a finalidade precípua e exclusiva de garantir o pagamento das contraprestações assumidas pelo Parceiro Público em relação aos Parceiros Privados. São modelos semelhantes, sendo que a diferença principal reside na sua estrutura e modo de gerenciamento de cada um - no caso do Fundo Garantidor, este possui natureza estritamente privada, conforme dicção expressa da lei. O patrimônio principal integralizado é o da pessoa política que instituiu, podendo ser acrescido por outros entes administrativos locais (autarquias e fundações, por exemplo). São bens móveis e imóveis, receitas e direitos que constituem esse patrimônio, o qual é depositado em conta bancária e administrado como aplicação financeira – inclusive, os rendimentos provenientes de sua administração também serão utilizados para compor o próprio fundo e, assim, garantir a contraprestação devida.

Existem, portanto, variadas hipóteses de garantia da contraprestação devida pelo parceiro público ao parceiro privado, cabendo ao ente público a escolha da modalidade mais adequada, de acordo com sua realidade financeira. A principal vantagem da existência de tais garantias em matéria de PPPs é a consolidação normativa de um ambiente mais propício à celebração das parcerias, já que o acionamento do Fundo e/ou da Empresa em caso de eventual inadimplemento do Poder Público contorna a trágica sistemática dos precatórios prevista no art. 100 da CF/88. Nesse passo, ainda que sua instituição seja uma faculdade (e não um dever) do Poder Público, o fato de existirem certamente contribui para alavancar a realização dos negócios, já que assegurará ao privado investidor, no mínimo, a mitigação do crescente risco de inadimplemento pelo Poder Público.

### 2.6.3.5 Sistemática de mitigação de riscos

Em matéria de contratações públicas, há tempos o Direito Administrativo brasileiro convive com o dogma da “teoria das áleas” como parâmetro para o reequilíbrio econômico-financeiro dos ajustes. Interpretando a sistemática da Lei n. 8.666/93, é já bastante tradicional e remansosa a doutrina que classifica as hipóteses ensejadoras ou não do reequilíbrio entre as áleas ordinária, extraordinária e administrativa. Nessa lógica, após a assinatura do contrato, todo evento ocorrido deve ser analisado concretamente, a fim de se perquirir se a ocorrência era previsível ou calculável pelo contratado (teoria da imprevisão) ou, doutro vértice, se a Administração Pública foi a responsável, direta ou indiretamente, pelo evento danoso (fato do príncipe, fato da administração e alteração unilateral do contrato).<sup>212</sup>

A publicação da Lei das Parcerias Público-Privadas provocou, nesse cenário, um rompimento paradigmático com a teoria das áleas em matéria de contratações públicas no Brasil.

É bem verdade que, no âmbito das concessões comuns, regidas pela Lei n. 8.987/95, a lógica do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão é diversa daquela estatuída pela Lei n. 8.666/93, sobretudo ante o fato de se tratar de contratos de longa duração e que têm na tarifa cobrada dos usuários do serviço a sua fonte de receita. Análises econômicas como a do Valor Presente Líquido (VPL) e sobretudo da Taxa Interna de Retorno (TIR), que não fazem tanto sentido nas contratações realizadas sob a batuta da Lei n. 8.666/93, são centrais em matéria de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.<sup>213</sup>

Entretanto, tal circunstância derivou mais de uma “mutação” da lógica da Lei n. 8.666/93 aplicada à prática das concessões – haja vista sua natureza de contrato de longo prazo remunerado por tarifa – do que de uma previsão

---

212 Conferir, v.g.: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 624 e seguintes; MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 250 e seguintes; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos Administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 205 e seguintes.

213 Aprofundar em: JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 382 e seguintes; MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 388 e seguintes; MOREIRA, Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

legal expressa da Lei n. 8.987/95 nesse sentido. Tanto é assim que, em matéria de equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão comum, a lei limita-se a afirmar que “os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro” (art. 9º, §2º), que “em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração” (art. 9º, §2º) e que “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”.

Para além de afirmar, de forma lacunar, que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão ocorre enquanto forem “atendidas as condições do contrato”, a lei silencia quase por completo em pontuar que espécies de eventos ocasionam o rompimento de tais “condições”, fazendo referência unicamente à hipótese de alteração unilateral.

É por isso que se afirmou acima que foi a Lei das PPPs o diploma legal responsável por romper a lógica tradicional da teoria das áleas prevista na Lei n. 8.666/93. Isso porque a Lei das PPPs contém dispositivos que, ao contrário de seguir a lógica da alocação aleatória e *ex post* de riscos contratuais, opta pela sua alocação específica e *ex ante*, já no momento da celebração do contrato. Nessa medida, colhe-se do art. 4º, VI da lei em questão que uma das *diretrizes* para a celebração de um contrato de PPP é a “repartição objetiva de riscos entre as partes” (grifou-se). No mesmo passo, o art. 5º, III afirma ser cláusula obrigatória dos contratos de PPP aquela que “preveja a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”.

Uma leitura combinada de referidos dispositivos conduz à conclusão de que, quando da assinatura de um contrato de PPP, deve haver prévia, expressa e objetiva indicação:

- (i) de cada um dos riscos passíveis de incidir sobre a execução do contrato (risco de demanda, geológico, cambial, regulatório, etc.);
- (ii) de qual o parceiro (público ou privado) que será responsável por suportá-lo.

Isso significa que não mais se aguardará a situação danosa ocorrer para então as partes debaterem de quem será a responsabilidade por absorver o dano – e conseqüentemente se haverá ou não reequilíbrio econômico-financeiro da

avença. Em sentido oposto, a lei das PPPs antecipa o debate e obriga o Poder Público a, já no momento da licitação (eis que isso afeta a elaboração das propostas), explicitar objetivamente todos os riscos que entende incidentes sobre a atividade pactuada, tanto atinentes a situações ordinárias como extraordinárias, bem como indicar de quem será a responsabilidade por mitigar cada um deles.<sup>214</sup> Tais informações constarão de cláusula própria, ou até mesmo de documento anexo ao contrato, no que se tem denominado *matriz de riscos*.

É evidente, nessa nova sistemática, que os riscos não são alocados de forma aleatória pelo Poder Público, mas, ao contrário, devem ser alocados de forma *racional e eficiente*, de acordo com a maior ou menor capacidade de cada um dos parceiros de mitigá-lo. Assim, deve-se buscar imputar cada um dos riscos à parte que, ao menos em tese, for a mais apta a evitá-los, mitigá-los ou eliminá-los a um menor custo, impactando da menor forma possível a execução contratual. Daí porque, a repartição objetiva de riscos não impõe uma distribuição *equivalente* de riscos, e sim uma distribuição *equitativa*, de base *racional*, alocando-se a cada parceiro os riscos que pode mais eficientemente gerir.

Deve-se tomar cuidado, nessa medida, para que a alocação de riscos ao privado não seja excessiva a ponto de onerá-lo em demasia, obrigando-o a assumir e mitigar riscos que seriam muito melhor absorvidos pelo Poder Público. Tal situação fatalmente desembocaria em situações como uma excessiva oneração do contrato, à medida que quanto mais riscos o particular assumir, maior será a remuneração exigida para geri-los; ou, o que é pior, a impossibilidade de cumprimento do contrato de PPP por parte do concessionário, ante a incapacidade de contornar um evento danoso sob sua responsabilidade.<sup>215</sup>

De outro bordo, é igualmente certo que os riscos não são todos previsíveis e antecipáveis pela Administração Pública no momento da licitação – senão não haveria que se falar em teoria da imprevisão e álea extraordinária, expressamente referidas no próprio art. 5º, III da lei. Diante disso, a nova sistemática

214 Aprofundar em: GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de riscos na PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004**, p. 233-256; CARDOSO, André Guskow. Ainda a questão da alocação e repartição de riscos nas parcerias público-privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004**, p. 257-281.

215 O tema é abordado em: NESTER, Alexandre Wagner. O risco do empreendimento nas parcerias público-privadas. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord.). **Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: RT, 2005, p. 174-192.

não elimina a possibilidade de ocorrência de eventos imprevisíveis (e nem teria como, ainda mais num contrato de longa duração),<sup>216</sup> mas ao menos determina que já se proceda de antemão à indicação de quem será o responsável por arcar com cada espécie de imprevisibilidade – podendo tal indicação ser revisada ao longo dos anos, em períodos de revisão contratual previamente estipulados.

Por fim, vale referir que a diretriz de repartição objetiva dos riscos analisada no presente tópico, como já dito, está prevista na Lei das PPPs, que trata de duas modalidades específicas de concessão – a concessão administrativa e a concessão patrocinada. No entanto, há quem sustente que uma interpretação sistemática da legislação vigente permite aplicar o regramento da Lei nº 11.079/04 também às concessões comuns, versadas na Lei n. 8.987/95.<sup>217</sup>

De todo modo, fato é que o advento da lei das parcerias público-privadas no direito brasileiro permitiu o surgimento de uma nova possibilidade de engenharia contratual, em que a alocação dos riscos é feita de maneira prévia, no próprio contrato administrativo.

É interessante notar como, seguindo a trilha da Lei das PPPs, o estatuto das estatais (Lei n. 13.303/16) exige a elaboração de matriz de risco em toda e qualquer contratação realizada pela empresa pública ou sociedade de economia mista, conforme se vê de seu art. 69, X. Interessante inovação da lei diz respeito à previsão de uma definição legal para o termo “matriz de riscos”, que consta de seu art. 42, X, nos seguintes termos:

Art. 42. Na licitação e na contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista, serão observadas as seguintes definições:

[...]

X - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e

216 Sobre o tema, conferir: PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006).

217 GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria público-privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 312.



previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência;

b) estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de resultado, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação;

c) estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de meio, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico da licitação.

Nota-se que a lei alargou a concepção até então vigente a respeito das matrizes de risco nos contratos administrativos, à medida que exige não apenas a previsão e alocação dos eventuais riscos incidentes sobre o ajuste (art. 42, x, “a”), mas também a indicação dos elementos contratuais em que haverá liberdade de inovação da contratada para melhor se adequar à realidade dos bens/serviços licitados, seja em obrigações de meio ou de resultado (art. 42, x, “b” e “c”).<sup>218</sup>

Por fim, vale anotar que tramita no Congresso o Projeto de Lei do Senado n. 559/2013, destinado a substituir a Lei n. 8.666/93 por uma nova lei geral de licitações e contratos. Em sua atual redação, encaminhada à Câmara dos Deputados para apreciação, referido projeto segue a linha trilhada mais recentemente pela Lei n. 13.303/2016. Primeiramente, em seu art. 5º, XXV, conceitua “matriz de risco” com redação idêntica à do art. 42, X da Lei n. 13.303/16. Adiante, em dispositivos como o do art. 19,<sup>219</sup> do

218 Conferir: GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais**: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016 – lei das estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

219 **Art. 19.** O instrumento convocatório poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pela entidade contratante.

§ 1º. A matriz deverá promover a alocação eficiente dos riscos de cada contrato, estabelecendo a responsabilidade que cabe a cada parte contratante e, também, mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e que mitiguem os efeitos deste, caso ocorra durante a execução contratual.

§ 2º. O contrato deverá refletir a alocação realizada pela matriz de riscos, especialmente quanto:

I – à recomposição do contrato nas hipóteses em que o sinistro seja considerado na matriz de riscos como causa de desequilíbrio não suportada pelas partes;

art. 86, XIII<sup>220</sup> e do art. 90,<sup>221</sup> estabelece a possibilidade de que o Poder Público, no edital de licitação e no contrato, discipline a matriz de riscos que incidirá sobre a execução contratual.

Por ora, a única diferença em matéria de alocação de riscos entre as Leis n. 11.079/04 e 13.303/16, de um lado, e o PLS 559/13 do outro, é o fato de que nas primeiras a elaboração da matriz de riscos é *obrigatória*, enquanto que a atual redação do PLS afirma ser tal conduta *facultativa* à Administração Pública, exceto no caso de obras e serviços de grande vulto (aqueles superiores a cem milhões de reais, na redação atual do art. Art. 5º, XX do PLS).

---

II – à possibilidade de rescisão amigável entre as partes, quando o sinistro majorar excessivamente ou impedir a continuidade da execução contratual;

III – à contratação de seguros obrigatórios, previamente definidos no contrato e cujo custo de contratação integrará o preço ofertado.

§ 3º Quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto, o instrumento convocatório obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado.

220 **Art. 86.** São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:  
[...] XIII – a matriz de risco, conforme o caso.

221 **Art. 90.** O instrumento contratual poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz alocando-os entre contratante e contratado mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público, pelo setor privado, ou compartilhados.

§ 1º A alocação de riscos de que trata o caput considerará, em compatibilidade com as obrigações e encargos atribuídos às partes no contrato, a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula, e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo.

§ 2º Poderão ser preferencialmente transferidos ao contratado os riscos que possuam cobertura oferecida por seguradoras no mercado.

§ 3º A distribuição dos riscos contratuais será quantificada para fins de projeção dos reflexos de seus custos no valor estimado da contratação.

§ 4º A matriz de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes, resolvendo-se eventuais pleitos dos contraentes mediante observância da matriz de riscos contratada.

§ 5º Sempre que forem atendidas as condições do contrato e da matriz de riscos considera-se mantido equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pleitos de reequilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere:

I – às alterações unilaterais determinadas pela administração pública, nas hipóteses do inciso I do caput do art. 102; e

II – aumento ou redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.

§ 6º Na alocação de que trata o caput poderão ser adotados métodos e padrões usualmente utilizados por entidades públicas e privadas, podendo os Ministérios supervisores dos órgãos e entidades da Administração Pública definir os parâmetros e detalhamento dos procedimentos necessários a sua identificação, alocação, e quantificação financeira.

## 2.6.4 Autorizações Regulatórias

Sob a denominação de *autorizações regulatórias* faz-se aqui referência à figura da autorização prevista no art. 21, XI e XII e art. 223, ambos da Constituição de 1988, como forma de outorga, pelo Poder Público, *in casu* a União, de atividades de sua esfera de titularidade ao setor privado, para exploração sob regime diverso da concessão e da permissão.

As autorizações regulatórias são, destarte, ao lado da concessão e da permissão, instrumentos de desestatização de atividades submetidas à *publicatio*, mas com uma importante particularidade: por não figurarem no art. 175 da Constituição, não constituem instrumento de outorga de atividades qualificadas como serviços públicos, e sim de atividades de titularidade pública que serão exploradas exogenamente pelo setor privado sob regime diverso do regime do serviço público. O tema é usualmente explorado com pouca profundidade.<sup>222</sup>

### 2.6.4.1 As autorizações regulatórias na Constituição de 1988

A figura da autorização, em Direito Administrativo, costuma ser definida pela doutrina de forma estanque como ato *administrativo unilateral, discricionário e precário*, em que a Administração Pública remove obstáculo ou proibição geral existente sobre dada atividade que um particular pretende desempenhar. A autorização é, portanto, encarada como ato declaratório, eis que por seu intermédio a administração levanta óbice previamente existente em relação ao exercício, pelo privado, de atividade de sua esfera de titularidade.

Essa definição deve-se ao fato de que, à época de elaboração de seu conceito pela doutrina italiana, o instituto foi pensado para funcionar como instrumento de exercício, pela Administração Pública do Estado Liberal, da *função de polícia* que lhe competia por excelência. É nessa perspectiva que o artigo 170, parágrafo único, da Constituição de 1988, prevê: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. Todavia, esse tradicional

---

222 Para um aprofundar o tema das autorizações regulatórias, cf.: MENEGAT, Fernando. **Autorizações Administrativas Regulatórias: a evolução do Direito Administrativo e a mutação das autorizações nos setores de infraestrutura.** 352 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

conceito das autorizações administrativas, útil para explicar a atividade administrativa de polícia, não dá conta de traduzir a totalidade da manifestação contemporânea do fenômeno.

De tempos para cá, começou-se a lançar mão da figura da autorização para fins absolutamente diversos aos fins de polícia tradicionais do Estado Liberal. O processo de reformulação dos tradicionais serviços públicos, visto no Item 1.2 da presente obra, permitiu que, ao lado de instrumentos mais antigos e tradicionais como as concessões e permissões, ocupassem as autorizações o papel de *novas figuras habilitantes do exercício, por privados, de atividades de titularidade estatal*.

Nesse quadro, a Constituição brasileira prevê, ao lado da concessão e permissão, um terceiro instrumento/técnica regulatória passível de utilização pela Administração Pública para promover a competição em atividades infraestruturais titularizadas pela União. Trata-se das Autorizações regulatórias previstas no artigo 21 e no artigo 223 da Constituição de 1988:

Art. 21. Compete à União:

[...]

XI - explorar, diretamente ou mediante **autorização**, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante **autorização**, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

[...]

Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e **autorização** para o serviço de radiodifusão sonora e de sons

e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal. (g. n.)

Essas autorizações previstas nos artigos 21 e 223 da Constituição são, hoje, ao lado das concessões e permissões, instrumentos regulatórios passíveis de utilização pela Administração Pública para outorgar aos particulares interessados o direito de explorar atividades atribuídas pela própria Constituição à esfera de titularidade da União, instaurando-se em tais setores cenário de *competição regulada*.

Noutros termos: as autorizações regulatórias não se prestam a remover obstáculo ao exercício de atividade privada, e sim, na qualidade de técnica de desestatização, a habilitar o privado a atuar em campo de *titularidade pública*, outorgando-lhe o direito de explorar uma atividade que, não fosse o título habilitante, ser-lhe-ia vedada. Daí porque elas detêm características muito diferentes das tradicionais autorizações de polícia, principalmente pelo fato de que, no Brasil, habilitam os particulares a atuarem em setores de infraestrutura titularizados pelo Estado (*in casu*, União), e não pelos privados.

No ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, portanto, as autorizações administrativas não podem mais ser encaradas enquanto categoria única, monolítica, a possuir um único sentido. Ao revés, devem as autorizações ser encaradas enquanto *gênero*, a abrigar modalidades autorizatórias absolutamente diversas, tanto em suas previsões normativas quanto em suas características e em seus regimes jurídicos. Daí ser absolutamente incorreto reconduzir toda e qualquer modalidade autorizatória à definição clássica das autorizações de polícia enquanto atos unilaterais, discricionários, precários e declaratórios: há diversas espécies de autorização, sendo as autorizações regulatórias e as *autorizações de polícia* apenas duas delas.

#### 2.6.4.2 *Autorização Regulatória: técnica de despublicização ou de desestatização?*

Para alguns autores, a figura da autorização regulatória importa verdadeira liberalização de setores econômicos – conforme descrito no Item 2.3.4.1, acima. É o caso de Alexandre ARAGÃO, para quem as atividades previstas no art. 21 foram parcialmente *privatizadas*, passando da esfera de titularidade pública para a livre iniciativa privada, e sujeitando-se à regulação exógena pela via da auto-

rização. Nas palavras do autor, houve a “convolação de alguns serviços públicos até há pouco reservados ao Estado em atividades privadas, ainda que sujeitas a intensa regulação”, prestadas em concorrência com os serviços públicos. Segundo esse entendimento, algumas das atividades previstas no art. 21 da CF/88 teriam sido despublicizadas, passando para a esfera de titularidade privada.<sup>223</sup>

Endossa essa corrente Vitor SCHIRATO, para quem as atividades sujeitas à autorização, nos termos do artigo 21 da Constituição Federal, “não têm como objeto a delegação de um serviço público”, e sim de “atividades desenvolvidas em setores que muitas vezes são setores de serviços públicos, as quais, não raro, serão materialmente concorrentes dos serviços públicos”. Em sua visão, as autorizações do art. 21 referem-se a “atividades econômicas privadas que demandam um grau maior de regulação estatal, em razão da estrutura de mercado na qual se inserem”.<sup>224</sup> Ou seja: para o autor, as atividades autorizadas mencionadas pelo art. 21 da CF não são serviços públicos, e sim atividades privadas, exploráveis pelos privados em regime de concorrência com os serviços públicos (a prestação é, portanto, aberta à coletividade, e não restrita ao proveito exclusivo do autorizado).

Como contraponto à opinião dos autores em referência, pode-se sustentar que o artigo 21 da CF/88 é claro ao afirmar que a exploração das atividades arroladas em seus incisos é de competência da União, e exclusivamente dela. Assim, com base na disposição do art. 21, entende-se que sempre e em qualquer caso as atividades ali descritas serão *de titularidade da União, nunca dos privados*,<sup>225</sup> sendo que estes somente podem prestá-las após ato de outorga (con-

223 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 214-217.

224 SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 316-317.

225 Não se evita que a vivência prática, sempre mais rica que a norma, pode apresentar situações limítrofes: cite-se o exemplo da instalação de um interfone residencial (que consiste, afinal, num instrumento de comunicação) e a produção de uma pilha (que é responsável por gerar energia). Contudo, ao que é evidente, o Constituinte não pode ter a pretensão de descer às minúcias de cada uma das atividades descritas, de modo que situações excepcionais como essa sempre ocorrerão. Em assim sendo, compete ao legislador ordinário (e, se for o caso, também às agências reguladoras setoriais) apreender casos como esse, tratando-os com a especificidade que merecem – daí a existência de previsões legais de “meras comunicações” para algumas atividades do setor elétrico e de telecomunicações, por exemplo. Nestes casos – e somente nestes – pode-se cogitar na inexistência de *publicatio*, até porque a “mera comunicação” não é mencionada no art. 21 como instrumento para exploração, pela União, das atividades por ela titularizadas. Nesse ponto, Marçal Justen Filho agrega interessante raciocínio:

cessão, permissão ou autorização) emanado da União, titular da atividade. A autorização regulatória é, assim, título habilitante do exercício, pelo particular, de atividade de exclusiva *titularidade* da União. Daí entender-se nesta obra que a autorização é forma de *desestatização*, e não de *despublicização*.

### 2.6.4.3 Natureza da atividade autorizada

A autorização do artigo 21 da Constituição, conforme concretizada pela legislação atual, surge como instrumento de outorga de uma atividade pública a um privado, conferindo-o o acesso à prestação de uma atividade que, *a priori* e em abstrato, é *qualificável* como serviço público, mas que, diante de características do setor econômico e do caso concreto, pode despir-se de tal roupagem – e, conseqüentemente, do regime jurídico específico de sua exploração.

A atividade autorizada não é qualificada como serviço público, já que o art. 175 da CF/88 desautoriza a utilização desse instrumento para delegar atividade qualificada como tal. Igualmente, não é uma atividade econômica em sentido estrito, atinente à esfera de livre iniciativa, visto que o artigo 21 da CF/88 é claro ao imputar sua titularidade à União. Trata-se de uma *atividade econômica especial*, um *serviço de interesse econômico geral* que, por ser (mesmo nessa hipótese) de titularidade pública, dependerá de um ato estatal de outorga para ter seu acesso franqueado ao particular. É tal ato de outorga, nos termos do artigo 21 da CF/88, será a autorização regulatória.

Assiste razão, portanto, a Egon Bockmann MOREIRA, ao afirmar que a atividade autorizada nos termos dos artigos 21 e 223 da Constituição surge como um *tertium genus*, ou seja, algo que se situa *entre o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito*: não se trata de serviço público, uma vez

---

tratando do setor portuário, sustenta que o art. 21, XII, “f” da Constituição atribui a titularidade à União apenas quando a atividade no setor se configurar como “serviço”, de modo que não haverá competência federal quando um indivíduo resolver valer-se de seus próprios meios para promover o transporte de coisas de sua própria titularidade (JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico dos operadores de terminais portuários no Direito brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 4, n. 16, out./dez. 2006, p. 82). Deve-se problematizar, portanto, a possibilidade de, em situações peculiares assim divisadas pelo legislador ordinário, considerar-se que algumas atividades, a despeito de sintática e literalmente poderem se encaixar nas descrições dos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição, semanticamente não pertencem ao substrato que as compõem, por diversas razões, escapando assim à *publicatio* operada pelo art. 21 da CF/88 – e, conseqüentemente, à necessidade de um título habilitante para sua exploração pela iniciativa privada. De todo modo, isso não elide o ponto de discordância apresentado com relação à corrente doutrinária em questão.

que este não pode ser alvo de autorização, nos termos do art. 175 da CF; mas também não se trata uma atividade econômica em sentido estrito (ao menos não “ordinária”), porquanto não é titularizada pelos privados, e sim pelo Estado.

Também Marçal JUSTEN FILHO anotou a possibilidade de se identificar um conceito intermediário, reconhecendo que “*tais atividades continuam na titularidade do Estado e que, portanto, seu exercício não se enquadra propriamente no âmbito da livre iniciativa*”.<sup>226</sup>

No Brasil, ao que se interpreta, faz sentido *inserir uma categoria híbrida entre o serviço público e a atividade econômica privada* – ainda que de interesse público –, haja vista a existência de atividades *de titularidade pública* que não reconduzíveis a nenhuma das categorias, e conseqüentemente, a existência de poderes administrativos não pautados meramente na função de polícia. Isso porque nenhuma das noções existentes parece dar conta da realidade das atividades autorizadas nos termos do artigo 21 da Constituição. A expressão *serviço público* não serve, por conta da previsão clara do art. 175 da CF que afirma que apenas diretamente ou mediante concessão e permissão os serviços públicos podem ser prestados. De outro lado, tampouco serve a expressão *atividade econômica em sentido estrito* pura e simplesmente, já que esta é, por definição, utilizada para definir atividades do campo de titularidade privada. Ainda, expressões como *serviço público virtual/impróprio*, também denominado *serviço de relevância pública*, são igualmente desajustadas para o caso, já que, de acordo com a linha aqui adotada, servem para qualificar as atividades situadas no campo de titularidade mista, quando prestadas por privados.

Em oportunidade anterior, um dos autores defendeu que a expressão específica para a indicação do campo conceitual das atividades descritas pelo art. 21, XI e XII da Constituição pode ser a de “serviços de interesse econômico geral”, desde que se evite a ligação automática com o conceito europeu. Os *serviços de interesse econômico geral brasileiros*, assim, configurariam atividades de *titularidade pública*, outorgadas aos privados mediante autorização regulatória, submetidas a um regime jurídico essencialmente de direito privado, atinentes a

---

226 JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 323.



setores econômicos infraestruturais (telecomunicações, transportes, energias) e destinadas a neles instituir mercado concorrencial.<sup>227</sup>

#### 2.6.4.4 Regime Jurídico

No que toca à configuração do regime jurídico a que se submeterá, em cada caso, a atividade autorizada, constata-se que este *não será o regime especial do serviço público*, mas sim justamente o contrário, comportando um regime essencialmente de direito privado, ainda que fortemente regulado em respeito às vicissitudes que a titularidade pública da atividade acarreta, conforme previr o legislador ao positivar as autorizações.

A conclusão é corroborada pela análise da legislação infraconstitucional, que evitou reconduzir as autorizações ao regime das concessões e permissões, reconhecendo-se a inexistência de referência constitucional à expressão *autorização* no art. 175 da Constituição e, assim, a impossibilidade de submetê-las ao regime de serviço público. Esse reconhecimento foi importante, inclusive, para possibilitar a concretização do desiderato do legislador com tais autorizações, instituindo-se a assimetria de regimes na exploração de uma mesma atividade.

É de bom alvitre sublinhar que o ordenamento jurídico brasileiro adota solução difusa e específica para cada um dos setores regulados, de sorte que as Autorizações regulatórias estão previstas em leis setoriais esparsas, específicas para cada setor econômico considerado, e neles encontram suas especificidades. Esse quadro normativo acaba fazendo com que, a bem da verdade, mesmo as Autorizações regulatórias não constituam uma espécie estática e unívoca dentro do gênero das autorizações administrativas, haja vista que, em cada setor regulado, serão tratadas pela legislação de regência com algumas peculiaridades. Daí a possibilidade de existirem *diversas subespécies de autorizações regulatórias, ao se considerar cada setor econômico regulado em apartado*.

De todo modo, um denominador comum em praticamente todos os setores de infraestrutura que contemplam a figura da autorização regulatória é a sua previsão como forma de *outorgar determinada atividade pública ao setor privado para que este a explore sob regime diverso daquele atrelado à prestação de*

---

227 MENEGAT, Fernando. **Autorizações Administrativas Regulatórias: a evolução do Direito Administrativo e a mutação das autorizações nos setores de infraestrutura.** 352 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 183.

serviços públicos. Vale dizer: sob a batuta das autorizações regulatórias, o particular autorizado não tem o dever de se submeter a exigências como a continuidade, o controle tarifário e a universalidade, prestando o serviço como bem desejar – ainda que, naturalmente, regulado em seus aspectos técnicos pela Agência Reguladora competente.

Tome-se como exemplo o setor de telecomunicações. Visando à instituição de mercado concorrencial no setor, a legislação prevê de forma inovadora a assimetria de regimes na prestação de serviços de telecomunicações, permitindo que uma mesma atividade seja prestada à *coletividade* sob distintos regimes jurídicos (de direito público e de direito privado), nos termos dos artigos 63-66 da Lei n. 9.472/97:

Art. 63. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados.

Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade.

Art. 64. Comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar. Parágrafo único. Incluem-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral.

Art. 65. Cada modalidade de serviço será destinada à prestação:

I - exclusivamente no regime público;

II - exclusivamente no regime privado; ou

III - concomitantemente nos regimes público e privado.

§ 1º Não serão deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, sendo essenciais, estejam sujeitas a deveres de universalização.

§ 2º A exclusividade ou concomitância a que se refere o *caput* poderá ocorrer em âmbito nacional, regional, local ou em áreas determinadas.

Art. 66. Quando um serviço for, ao mesmo tempo, explorado nos regimes público e privado, serão adotadas medidas que impeçam a inviabilidade econômica de sua prestação no regime público.

Feito isso, a legislação referida trata de apresentar como se dará a prestação do serviço nos regimes público e privado. Primeiramente, define a concessão de serviços (públicos) de telecomunicações:

Art. 83. A exploração do serviço no regime público dependerá de prévia outorga, pela Agência, mediante concessão, implicando esta o direito de uso das radiofrequências necessárias, conforme regulamentação.

Parágrafo único. Concessão de serviço de telecomunicações é a delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causar.

Posteriormente, trata da permissão de serviço (público) de telecomunicações, prevista com caráter transitório – o que merece elogios por permitir ao intérprete diferenciá-la de forma clara da concessão:

Art. 118. Será outorgada permissão, pela Agência, para prestação de serviço de telecomunicações em face de situação excepcional comprometedor do funcionamento do serviço que, em virtude de suas peculiaridades, não possa ser atendida, de forma conveniente ou em prazo adequado, mediante intervenção na empresa concessionária ou mediante outorga de nova concessão.

Parágrafo único. Permissão de serviço de telecomunicações é o ato administrativo pelo qual se atribui a alguém o dever de prestar serviço de telecomunicações no regime público e em caráter transitório, até que seja normalizada a situação excepcional que a tenha ensejado.

Finalmente, a Lei Geral de Telecomunicações trata, nos artigos 126 e seguintes, da exploração do serviço de telecomunicações no regime privado, e prevê como figura habilitante ao particular justamente a autorização. Destacam-se os seguintes dispositivos:

Art. 126. A exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica.  
[...]

Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias.

§ 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.

Fica claro que as disposições da Lei Geral de Telecomunicações acerca das autorizações são contundentes em apontar para uma superação do paradigma de autorização de polícia no que se refere às atividades de telecomunicações (previstas no artigo 21 da Constituição). Aqui, há plena adequação a tudo quanto se disse anteriormente, porquanto:

(i) o *serviço público* de telecomunicações, destinado a satisfazer necessidades coletivas básicas, é prestado exclusivamente mediante *concessão e permissão*, conforme art. 175, e *sob regime jurídico de direito público*;

(ii) há serviços de telecomunicações *abertos à coletividade* e prestados mediante *autorização*, que se submetem a um *regime jurídico de direito privado* (administrativo), baseado nos princípios constitucionais das atividades econômicas, e que claramente não podem ser qualificados como serviços públicos;<sup>228</sup>

(iii) a autorização tem como finalidade primordial instituir a concorrência na prestação de serviços de telecomunicações.<sup>229</sup>

Antes do setor de telecomunicações, o setor de energia elétrica já continha disposições relevantes acerca das autorizações administrativas, conferindo-lhes caracteres que confrontavam com a recorrente noção de autorização de polícia. Mais genérica, a Lei n. 9.074 de 1995 assim previa:

---

228 Isso é reforçado pelo art. 135 da LGT: “A Agência poderá, excepcionalmente, em face de relevantes razões de caráter coletivo, condicionar a expedição de autorização à aceitação, pelo interessado, de compromissos de interesse da coletividade”.

229 Essa busca pela concorrência resta muito bem representada pela Resolução n. 600/2012 da ANATEL, que aprovou o Plano Geral de Metas de Competição no âmbito das telecomunicações.

Art. 6º As usinas termelétricas destinadas à produção independente poderão ser objeto de concessão mediante licitação ou autorização.

Art. 7º São objeto de autorização:

I - a implantação de usinas termelétricas, de potência superior a 5.000 kW, destinada a uso exclusivo do autoprodutor;

II - o aproveitamento de potenciais hidráulicos, de potência superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 10.000 kW, destinados a uso exclusivo do autoprodutor.

Parágrafo único. As usinas termelétricas referidas neste e nos arts. 5º e 6º não compreendem aquelas cuja fonte primária de energia é a nuclear. [...]

Art. 11. Considera-se produtor independente de energia elétrica a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco.

Parágrafo único. O Produtor Independente de energia elétrica estará sujeito às regras de comercialização regulada ou livre, atendido ao disposto nesta Lei, na legislação em vigor e no contrato de concessão ou no ato de autorização, sendo-lhe assegurado o direito de acesso à rede das concessionárias e permissionárias do serviço público de distribuição e das concessionárias do serviço público de transmissão.

Específica para o setor elétrico, no ano seguinte foi editada a Lei n. 9.427/96, que dispõe em seus artigos 25 e 26:

Art. 25. No caso de concessão ou autorização para produção independente de energia elétrica, o contrato ou ato autorizativo definirá as condições em que o produtor independente poderá realizar a comercialização de energia elétrica produzida e da que vier a adquirir, observado o limite de potência autorizada, para atender aos contratos celebrados, inclusive na hipótese de interrupção da geração de sua usina em virtude de determinação dos órgãos responsáveis pela operação otimizada do sistema elétrico.

Art. 26. Cabe ao Poder Concedente, diretamente ou mediante delegação à ANEEL, autorizar:

I - o aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 30.000 kW, destinado a produção in-

dependente ou autoprodução, mantidas as características de pequena central hidrelétrica;

II - a compra e venda de energia elétrica, por agente comercializador;

III - a importação e exportação de energia elétrica, bem como a implantação das respectivas instalações de transmissão associadas, ressalvado o disposto no § 6º do art. 17 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995;

IV - a comercialização, eventual e temporária, pelos autoprodutores, de seus excedentes de energia elétrica.

V - os acréscimos de capacidade de geração, objetivando o aproveitamento ótimo do potencial hidráulico.

VI - o aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 1.000 (mil) kW e igual ou inferior a 50.000 (cinquenta mil) kW, destinado à produção independente ou autoprodução, independentemente de ter ou não características de pequena central hidrelétrica.

Constata-se, assim, que antes mesmo da novel legislação de telecomunicações vir à tona, em 1997, o setor elétrico já apresentava disposições acerca das autorizações administrativas que muito as diferenciavam de sua tradicional concepção, em destaque, pela expressa possibilidade de comercialização de energia elétrica a terceiros por parte do privado autorizado (consubstanciada na figura do produtor independente de energia elétrica), eliminando-se assim a “barreira” da necessária adstrição da atividade autorizada ao proveito próprio do seu explorador.

Confira-se, por oportuno, que a Lei n. 9.427/96, tal qual a legislação de telecomunicações, muito propriamente evitou mencionar o termo “serviço público” quando trata das autorizações, limitando-se a falar em “serviços autorizados”. Referido diploma manteve em linhas gerais a orientação da Lei n. 9.074/95, prevendo a autorização basicamente para os casos de autoprodução e produção independente de energia elétrica (merece destaque o fato de a Lei n. 9.427/96 ter inserido uma modalidade de autorização para o caso do autoprodutor intentar comercializar, eventual e temporariamente, o excedente de sua energia produzida, aproximando-o do regramento do produtor independente).

Os dispositivos da legislação setorial supracitados permitem, portanto, constatar que no setor elétrico a autorização administrativa serve, basicamente, para duas situações específicas e materialmente diferentes:

(a) na geração: (i) para o autoprodutor, que é aquele que requererá uma autorização para produzir energia elétrica e utilizar a energia produzida em seu proveito próprio, e apenas excepcionalmente poderá comercializar eventual excedente; (ii) para o produtor independente, que é aquele que obtém autorização para produzir energia elétrica e *comercializá-la* a terceiros, bem como demais agentes comercializadores de energia elétrica, que igualmente realizam operações de compra e venda de energia elétrica;

(b) na comercialização: (i) para o importador/exportador de energia e (ii) para o agente comercializador no mercado interno, aos consumidores livres.

Eis aí a grande vocação das Autorizações regulatórias: romper os tradicionais monopólios públicos e instituir concorrência na exploração, sob diversidade de regimes, de atividades materialmente idênticas. De um lado o serviço público, prestado pela União ou por concessionárias e permissionárias, sob regime que garanta a observância da noção de “serviço adequado” descrita no art. 6º da lei n. 8.987/95. De outro, os aqui denominados serviços de interesse econômico geral, explorados por autorizatários sob regime essencialmente privado, ainda que intensamente regulado.

### **2.6.5 Parcerias com o terceiro setor**

A celebração de parcerias com o terceiro setor conforma técnica de desestatização, na medida em que tarefas estatais localizadas na esfera de titularidade compartilhada são desempenhadas por entidades de natureza privada. Retomando os conceitos operacionais básicos estudados no Capítulo anterior, a esfera de atuação compartilhada é composta eminentemente pelos *serviços sociais*, atividades em que a Constituição brasileira admitiu a iniciativa concomitante do Estado e do setor privado. Entendeu o Constituinte que quanto maior a oferta de tais serviços, maior o grau de satisfação dos direitos por eles materializados (como saúde, educação e assistência social).

Acontece que, além da atuação estatal e da atuação privada realizadas por iniciativa própria, o ordenamento brasileiro prevê diversos modelos de ajuste por meio dos quais o Estado associa-se à iniciativa privada sem fins lucrativos.

Numa hipótese o Estado atribui ao privado um serviço público social, impondo sua prestação sob o regime jurídico administrativo; noutra, o Estado meramente incentiva sua prestação no regime privado. O conjunto dos vínculos celebrados entre Estado e iniciativa privada sem fins lucrativos é aqui denominado de *parcerias com o terceiro setor*.

Segundo Maria Sylvia Z. DI PIETRO, *parcerias* são “todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre o setor 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 (...)”.<sup>230</sup> Já para Carlos Ari SUNDFELD, são características das parcerias a existência de interesses comuns, a formação de uma relação contínua e a execução prolongada no tempo. Segundo o autor, variados são os exemplos de parcerias entre entes públicos e privados, as quais *podem ou não envolver caráter contraprestacional*, como a concessão de serviço público, os contratos de gestão com organizações sociais e os termos de parceria com as OSCIP.<sup>231</sup>

A desestatização no contexto das parcerias com o terceiro setor corresponde, portanto, ao fenômeno por meio do qual o Estado adota mecanismos de disponibilização conjunta de serviços sociais, que são postos à disposição da sociedade com a colaboração de entidades despidas de finalidade lucrativa.

### 2.6.5.1 Conceito jurídico de terceiro setor

A expressão *terceiro setor* ganhou força a partir da década de 1960, e possui caráter altamente maleável, tendo conotação mais ou menos ampla conforme o contexto em que utilizada. Sua origem remonta à noção genérica de que o Estado corresponde ao primeiro setor, de que o mercado corresponde ao segundo setor e de que todas outras iniciativas sociais, não passíveis de recondução ao Estado e ao mercado, integram o terceiro setor. A partir dessa noção geral, Fer-

---

230 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 24.

231 SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Provadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 18.



nando MÂNICA propõe uma noção jurídica de terceiro setor, traçada a partir de dois critérios – o critério *subjetivo* e o critério *objetivo*.<sup>232</sup>

Em sentido *subjetivo*, terceiro setor corresponde ao conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, voluntárias e sem fins lucrativos. No ordenamento jurídico brasileiro, esse grupo de entidades é formado pelas associações, fundações, organizações religiosas e partidos políticos,<sup>233</sup> bem como pelas cooperativas sociais.<sup>234</sup> Trata-se, nessa medida, do conjunto de entidades criadas por iniciativa da própria sociedade civil, de modo desvinculado do Estado. Desse prisma decorre a denominação *organizações não-governamentais* – ONGs, costumeiramente atribuída às entidades do terceiro setor.

Em sentido *objetivo*, o terceiro setor corresponde ao conjunto de iniciativas sociais que direcionam seus esforços para a consecução do interesse público. Conforme esse critério, vê-se que nem todas as entidades sem fins lucrativos integram tecnicamente o terceiro setor. Isso porque, como se sabe, grande parte das entidades sem fins lucrativos tem como objetivo o desenvolvimento de atividades de interesse egoístico (mútuo ou corporativo) de seus próprios integrantes, como acontece com os clubes recreativos e associações de benefício mútuo. De modo contraposto, é possível sustentar que algumas entidades com fins lucrativos se incluem na noção objetiva de terceiro setor, como é o caso das empresas sociais.<sup>235</sup>

Nessa dimensão objetiva, constata-se que as entidades do terceiro setor atuam na consecução do interesse público de duas principais maneiras: (i) por meio da prestação de serviços sociais a todos aqueles que deles necessitarem; e (ii) por meio da promoção e defesa de direitos fundamentais, atividade conhecida como *advocacy*. Daí dizer-se que as entidades do terceiro setor dedicam-se a atividades *prestacionais ou promocionais*, na medida em que *prestam serviços sociais* ou *promovem direitos*.

---

232 MÂNICA, Fernando Borges. *Curso de Direito do Terceiro Setor*. Inédito.

233 Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: I - as associações; (...) III - as fundações; IV - as organizações religiosas; (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003) V - os partidos políticos. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003).

234 Lei n. 9.867, de 10 de novembro de 1999.

235 *Empresa social* pode ser entendida como uma pessoa jurídica com finalidade lucrativa, integrante do mercado, mas que tem como objetivo principal propiciar benefício social. Sobre o tema: YUNUS, Muhammad. Um mundo sem pobreza - a empresa social e o futuro do capitalismo. Tradução: Juliana A. Saad. São Paulo: Editora Ática, 2008.

Em sentido semelhante, após intenso apanhado doutrinário, pontua Josenir TEIXEIRA que terceiro setor é a “denominação que se dá ao conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que realizam atividades em prol do bem comum e auxiliam o Estado na solução de problemas sociais”.<sup>236</sup>

Nesse contexto, pode-se conceituar o terceiro setor como o conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, voluntárias e sem fins lucrativos, que desenvolvem atividades de interesse público de caráter prestacional ou promocional e são submetidas a um regime jurídico específico, que varia conforme a natureza da atividade desempenhada e de seu vínculo com o Estado.

#### 2.6.5.2 Estado e terceiro setor na esfera de titularidade compartilhada: serviços de relevância pública versus serviços públicos sociais

A esfera de atividades de *titularidade compartilhada* é composta por atividades voltadas à materialização dos direitos sociais, previstos no artigo 6º da Constituição Federal.<sup>237</sup> Tais atividades podem ser desenvolvidas tanto por iniciativa do setor privado quanto por iniciativa estatal. Ao contrário do que ocorre com grande parte das atividades públicas, no setor social a outorga de competência para o Estado não afastou a possibilidade de exploração dos mesmos serviços endogenamente pela iniciativa privada, que também possui competência expressamente reconhecida pela Constituição Federal. Assim, no setor social, Estado e iniciativa privada desempenham atividades materialmente coincidentes.

Nesse passo, todas as atividades privadas de prestação material voltadas à garantia de direitos sociais podem ser qualificadas como *serviços de relevância pública*. Trata-se de atividades privadas, prestadas pela iniciativa privada e submetidas ao regime de direito privado, ainda que sujeitas ao incentivo, à regulação e à fiscalização estatais. É o que acontece, por exemplo, com os direitos à cultura, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à proteção à maternidade e à infância.

236 TEIXEIRA, Josenir. *O terceiro setor em perspectiva: da estrutura à função social*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 65.

237 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Mas o incentivo estatal a iniciativas privadas não é suficiente para garantir todos os direitos sociais. Em muitos casos é necessário que o próprio Estado assuma a prestação de determinados serviços. Isso ocorre nas hipóteses em que o texto constitucional ou a lei qualificam alguns dos serviços sociais como *serviços públicos sociais*. Essa qualificação corresponde à imposição do dever estatal de prestar o serviço, de modo estável e contínuo. É o que acontece com a educação, a saúde, o transporte,<sup>238</sup> a segurança,<sup>239</sup> a previdência social e a assistência aos desamparados.

Nessas áreas, a Constituição brasileira impõe ao Estado não apenas o dever de incentivo, regulação e controle, mas também o dever de prestação. Isso significa que, além de possuírem natureza de *serviços de relevância pública*, tais atividades possuem também natureza de *serviços públicos, quando prestados pelo Estado*.<sup>240</sup> Trata-se de um segundo grau de vinculação do Estado a uma atividade: além de exigir o incentivo estatal (serviços de relevância pública), a Constituição exige a própria prestação estatal, sob o regime dos serviços públicos.

Em suma, as atividades qualificadas como *serviços públicos sociais* são aquelas assumidas pelo Estado e em relação às quais este assume o *dever de prestação* de modo adequado, contínuo e em atendimento a todos os demais princípios do serviço público. A atuação do Poder Público no caso corresponde à sua *atividade prestacional*, efetuada sob regime de direito público. Em contrapartida, a prestação de *serviços de relevância pública* é efetuada pelos privados com fundamento na livre iniciativa, sob regime de direito privado, não sendo

---

238 O transporte foi incluído como direito social pela Emenda Constitucional n. 90/15, como resultado de manifestação de rua contra o aumento das tarifas de transporte público municipal e intermunicipal em todo o país. A garantia desse direito depende de serviços públicos passíveis de exploração econômica, razão pela qual não se cogita a celebração de parcerias com o terceiro setor.

239 O direito à segurança depende do exercício do poder, razão pela qual não se admite sua prestação pelo terceiro setor.

240 Sobre essa questão, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar no ADI n. 1007, tendo definido que os serviços públicos sociais são serviços públicos quando prestados pelo Estado ou quando prestados pelo particular (de modo autônomo). Mas essa qualificação tem como base o critério material – da atividade em si. Levando-se em conta o critério formal, que diz respeito ao regime jurídico, a diversidade é evidente. Na decisão em referência consta que um serviço social pode ser qualificado como serviço público mesmo quando prestado de modo autônomo por ente privado, o que legitima a regulação estatal sobre tal atividade, de modo a funcionalizar a autonomia da vontade. Acontece que, não se pode olvidar que o regime jurídico a ser observado pelo Estado é diverso daquele seguido pelo particular autônomo ou mesmo fomentado.

competência do Estado, que nesse caso tem apenas o *dever de incentivo*, componente de sua *atividade promocional*.

Ocorre que a atribuição constitucional ao Estado de um dever de prestação, como já enfrentado no presente trabalho, não consubstancia a obrigação de que esta prestação seja efetuada, diretamente, pelo próprio Estado. Ao revés: a atribuição de um dever de prestação, em última análise, assume no ordenamento brasileiro os contornos de um *dever de garantia da prestação*, que pode ser realizada diretamente, pelo próprio Estado, ou indiretamente, por entidades com as quais este celebre parcerias.

Daí decorre que, independentemente da possibilidade de iniciativa privada espontânea nos serviços sociais, há também a possibilidade de que o setor privado neles atue a partir de uma iniciativa do Estado. É dizer: a iniciativa privada, nos setores de titularidade compartilhada, atua tanto por iniciativa própria (prestando serviços de relevância pública) quanto por iniciativa estatal (prestando serviços públicos sociais). No primeiro caso, poderá receber incentivos do Estado como *fomento* à sua atuação de índole social; no segundo, o Estado estará *remunerando* o privado por serviços prestados em seu nome, por força de um *título condicionante* da atuação privada.<sup>241</sup>

Ao que se nota, destarte, as parcerias com o terceiro setor podem instrumentalizar, por parte do Poder Público, tanto (i) o exercício de atividade promocional (fomento) de serviços de relevância pública, sob regime privado, quanto (ii) a outorga da exploração de um serviço público social, sob regime de direito público.

### 2.6.5.3 Estado e terceiro setor na esfera de titularidade compartilhada: fomento e atribuição

A disciplina constitucional dos direitos sociais e a previsão da prestação de serviços públicos sociais no Brasil demonstram a insuficiência da clássica

---

241 Um exemplo pode ilustrar a questão. Uma entidade privada que atua na área da saúde, prestando assistência a idosos de determinado bairro, pode celebrar uma parceria com o Estado, por meio da qual receberá incentivo para atender de modo mais intenso e qualificado seus pacientes. Mas ela pode também celebrar uma parceria por meio da qual vai prestar serviços de atendimento oftalmológico à saúde de quem necessitar, como observância dos princípios da universalidade, da igualdade e da continuidade, próprios dos serviços públicos de saúde. No primeiro caso, pode-se dizer que o Estado exerceu *atividade de fomento* a um serviço de relevância pública; no segundo, *exerceu a atribuição* de um serviço público social, que deverá ser prestado seguindo todas as diretrizes do sistema único de saúde – SUS.

noção de fomento para explicar a atividade estatal envolvida nas parcerias com o terceiro setor. Tanto do ponto de vista técnico, no sentido de mera *oferta de estímulos*, quanto do ponto de vista sociológico, de *distribuição de benesses*, a atividade de fomento não satisfaz os deveres do Estado brasileiro no setor social.

A atividade estatal envolvida nas parcerias com o terceiro setor vai muito além do mero incentivo. Muitas parcerias com o terceiro setor não apenas estimulam o privado a prestar um serviço de relevância pública, mas investem o parceiro privado no regime de serviço público, para que ele preste o serviço com respeito a todos os condicionamentos que seriam observados caso o Estado o prestasse diretamente. Ou seja: muito mais do que mera atividade de fomento, diversas parcerias com o terceiro setor entabulam verdadeiras hipóteses de outorga de serviços públicos sociais por parte do Estado às entidades sem fins lucrativos.

A distinção acerca da natureza da atividade prestada em parceria decorre da *causa do negócio jurídico*, entendida como a função prática a ser efetivada pelo ajuste, a qual vincula a competência estatal exercida com o resultado prático ao final obtido. Enquanto no *fomento* a causa corresponde ao incentivo de uma atividade privada de relevância pública, na *outorga* a causa do negócio jurídico corresponde à investidura do regime de serviço público à atuação privada. Nesse contexto, é possível perceber que as parcerias com o terceiro setor podem instrumentalizar:

- a) atividade de fomento a uma atividade privada de interesse público (como a defesa e promoção de direitos) ou a um serviço privado de relevância pública, que são incentivados pelo Estado; ou
- b) atividade estatal de outorga de um serviço público social a uma entidade do terceiro setor, que passa a exercê-lo fazendo as vezes do Estado, com estrita observância dos princípios do serviço público.

Por meio do ato de outorga, o Poder Público não apenas incentiva o privado a realizar determinada atividade privada de relevância pública mediante oferta de estímulos, mas *investe a entidade privada parceira no dever de executar uma ação de competência estatal, sob o mesmo regime jurídico que seria seguido pelo próprio Estado caso este executasse a atividade diretamente*.

Note-se que, no campo dos serviços sociais, não há propriamente uma *delegação* em sentido clássico, pois a atividade é materialmente passível de execu-

ção pelo privado de forme endógena, independentemente de qualquer vínculo com o Estado, já que se está diante da esfera de titularidade compartilhada. O que ocorre é a *atribuição* de novos padrões jurídicos que devem ser seguidos na realização do objeto da parceria, decorrente de uma mudança no regime jurídico da exploração da atividade pelo privado, que passa a se submeter aos ditames do serviço público.

Assim, enquanto nos demais serviços públicos (os serviços públicos econômicos) o contrato de concessão ou de permissão funciona como um *título habilitante* da exploração de referida atividade exogenamente pela iniciativa privada, nos serviços públicos sociais as parcerias com o terceiro setor funcionam como espécie de *título condicionante*. Isso porque tal título não habilita o exercício da atividade social pelo privado, que já existe em sua esfera de iniciativa, e sim impõe que seu exercício, em substituição ao Estado, obedeça aos princípios do serviço público.

A conclusão permite formular uma classificação ainda inédita na doutrina pátria: a separação entre os atos de *outorga de serviços públicos (econômicos) mediante delegação*, de um lado, e os atos de *outorga de serviços públicos (sociais) mediante atribuição*, de outro.

No primeiro caso, o ato de outorga funciona como título habilitante do exercício, pelo privado, de atividade que não se encontra em sua esfera de iniciativa, porque resguardada com exclusividade ao Estado. No segundo caso, o ato de outorga funciona como título condicionante do exercício, pelo privado, de atividade que se encontra em sua esfera de iniciativa, correspondente ao setor de titularidade compartilhada com o Estado. No entanto, esse título *condiciona a atuação do privado em substituição à prestação estatal, sob regime especial do serviço público*. Trata-se, ainda assim, de ato de *outorga*, na medida em que o título é acompanhado da criação de novas competências na esfera jurídica do privado, relacionadas a prerrogativas que poderá exercer por atuar em parceria com o Poder Público.

Além de uma mudança de rótulo, o reconhecimento da atribuição de serviços públicos sociais ao terceiro setor por meio de parcerias traz consigo a exigência de que essa modalidade de ajuste ofereça às entidades privadas parceiras a segurança e a estabilidade necessárias para que possam executar, de modo eficiente e contínuo, prestações que materializam deveres do Estado e concretizam direitos fundamentais dos cidadãos.

Nesse ponto, deve-se ressaltar que o regime de uma parceria que tem como objeto um serviço público social deve trazer tanto garantias voltadas à continuidade de sua prestação quanto o respeito a outros princípios, como regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia.<sup>242</sup> Tais princípios, que tem reconhecida incidência apenas sobre as concessões de serviços públicos (sejam elas concessões comuns, concessões administrativas ou concessões patrocinadas), devem incidir também sobre os serviços públicos sociais prestados por entidades do terceiro setor. E o reconhecimento da atividade de atribuição do regime de serviço público social por meio de tais parcerias é essencial para tal incidência.

Essa percepção, que dá um passo a mais no desenvolvimento da noção clássica de fomento, começa a ser reconhecida pela jurisprudência nacional. Em voto proferido da ADI 1923, que julgou constitucional os Contratos de Gestão com Organizações Sociais, o Ministro Luiz FUX classificou a atividade estatal materializada pelo Contrato de Gestão como sendo fomento. No entanto, de modo perspicaz, enfatizou que “é justamente dessa forma, optando pelo *fomento acompanhado de uma regulação intensa*, que os serviços públicos sociais ainda continuarão a ser efetivados pelo Estado brasileiro após a vigência da Lei nº 9.637/98”. É exatamente essa regulação intensa que traz ao privado parceiro a exigência do respeito aos princípios do serviço público e a prerrogativa de exigir do Poder Público segurança e estabilidade do vínculo.

Ainda que o tema seja bastante novo no Direito brasileiro, é importante que a teoria jurídica pátria avance e reconheça a diferença entre as parcerias voltadas ao *fomento* (em sentido clássico) e as parcerias voltadas à outorga, mediante atribuição, da execução de uma atividade de competência estatal. Isso porque há importantes repercussões dessa dicotomia no que se refere ao regime jurídico aplicável, especialmente quanto aos direitos e deveres da entidade privada e à natureza da responsabilidade civil decorrente de eventuais danos causados.

#### *2.6.5.4 Características gerais das parcerias com o terceiro setor*

As parcerias com o terceiro setor envolvem um universo multifacetado de vínculos celebrados com uma multiplicidade de entidades, cuja disciplina jurídica encontra-se em ampla ebulição no Brasil e no mundo. O crescimento e o

---

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

refinamento da legislação que disciplina tais vínculos insere-se em um contexto conhecido como *concertação administrativa*, por meio da qual a Administração Pública negocia com representantes da sociedade civil, de modo não impositivo, estratégias mais eficientes de resposta às demandas sociais.<sup>243</sup>

Cada modalidade de parceria com o terceiro setor possui legislação própria, com especificidades que variam conforme (i) o objeto e a finalidade da avença; (ii) a natureza da atividade administrativa materializada pelo vínculo. Dentre as características gerais que são comuns às parcerias com o terceiro setor, é possível relacionar:

- a existência de uma relação contratual de parceria, com direitos e deveres não recíprocos, previamente ajustados;
- a existência de três polos: um polo ocupado por um ou mais entes da Administração Pública direta ou indireta; um polo ocupado por uma ou mais entidades do Terceiro Setor;
- e um polo formado pelos cidadãos beneficiários da atividade realizada em parceria;
- um objeto correspondente a uma atividade de interesse público, qualificada ou não como serviço público, de competência do ente estatal parceiro;
- o repasse estatal de recursos financeiros, físicos ou humanos;
- a materialização da atividade estatal de *fomento*, caso o objeto seja uma atividade de interesse público, ou a materialização da atividade estatal de *atribuição*, caso o objeto seja um serviço público social;
- a exigência de realização de processo prévio de seleção pública e impessoal, em todos os casos em que for possível a realização do objeto por mais de uma entidade, ressalvados os casos de dispensa e previstos na lei;

---

243 Segundo Vital MOREIRA, “concertação é o esquema que consiste em as decisões serem apuradas como resultado de negociações e do consenso estabelecido entre o Estado e as forças sociais interessadas, limitando-se o Governo e a Administração a dar força oficial às conclusões alcançadas” (MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*, 1996. p. 56.).



- a previsão de que os recursos repassados pelo Estado sejam aplicados, direta ou indiretamente, na consecução do objeto pactuado;
- a incidência do controle estatal sobre as atividades desenvolvidas em parceria, que devem ser objeto de prestação de contas ao parceiro público e, em alguns casos, aos Tribunais de Contas.

Tais características são comuns a todas as modalidades de parceria do Estado com o terceiro setor atualmente previstas no ordenamento jurídico brasileiro, as quais possuem natureza contratual e devem ser interpretadas a partir de sua própria legislação, à luz do texto constitucional.

De resto, cada modalidade específica de parceria com o terceiro setor possuirá suas peculiaridades, que conformam a entidade num regime jurídico próprio e específico para cada instrumento de ajuste.<sup>244</sup>

#### *2.6.5.5 Objeto das parcerias com o terceiro setor*

As parcerias com o terceiro setor têm como objeto uma ação, organizada sob a forma de projeto ou de atividade,<sup>245</sup> materializada pela prestação de um serviço de relevância pública, de um serviço público social ou da atividade de defesa e promoção de direitos, vinculada à área de atuação do parceiro privado, inserida no âmbito de competência do parceiro público e voltada ao cumprimento de um programa governamental.

Nos termos do artigo 165 da Constituição Federal, os programas governamentais devem ser planejados e organizados pelas leis orçamentárias, em especial pelo Plano Plurianual – PPA e pela Lei de Diretrizes Orçamentárias –

---

244 É por isso que afirma Rafael Carvalho Rezende Oliveira que, quando as entidades do terceiro setor formalizam vínculos com o Estado e dele recebem benefícios, “tal parceria acaba por influenciar o regime jurídico dessas pessoas, fazendo incidir, quando expressamente previsto no ordenamento, normas de caráter público[...]” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 338).

245 Uma ação assume a forma de atividade quando envolve um conjunto de operações que se realizam de modo contínuo e permanente, das quais resulta um produto necessário à manutenção da ação de governo. De modo diverso, a ação assume a forma de projeto quando envolve um conjunto de operações, limitadas no tempo, das quais resulta um produto que concorre para a expansão ou aperfeiçoamento da ação de governo. A título de exemplo, considera-se uma atividade a prestação de serviços de assistência social a crianças carentes de determinado bairro; de outro bordo, considera-se um projeto a prestação de auxílio para desabrigados por uma enchente.

LDO. Tais leis constituem o principal instrumento de planejamento da atuação estatal, contendo os objetivos e metas de ação pública. Assim, o objeto das parcerias com o terceiro setor, organizado sob a forma de atividades ou projetos, deve voltar-se à solução de um problema ou ao atendimento de uma necessidade ou demanda da sociedade, as quais devem estar previstas pela legislação orçamentária.

Nessa toada, o objeto das parcerias, sob a forma de projeto ou de atividade, pode corresponder (i) à prestação de serviços de relevância pública, mediante fomento estatal, (ii) à prestação de serviços públicos sociais, mediante atribuição estatal, e (iii) à defesa de direitos estabelecidos e promoção de novos direitos, desde que correspondam aos objetivos previstos nos instrumentos orçamentários de planejamento governamental. Pode-se perceber, assim, que as parcerias com entidades do terceiro setor não *substituem* os programas de ação governamental, mas justo ao contrário, *concretizam* e *materializam* ações específicas voltadas ao alcance dos objetivos previstos em tais programas.

A principal área em que são celebradas parcerias entre o Estado e o terceiro setor é a prestação de serviços de relevância pública e de serviços públicos sociais. Isso porque, de um lado, as entidades privadas necessitam cada vez mais de recursos para darem conta de atender à crescente demanda social; de outro lado, porque tais ações constam de programas governamentais de todas as esferas federativas. Afinal de contas, como visto acima, é dever estatal atuar nesse setor, seja pela atribuição constitucional de competência para o incentivo da prestação privada dos serviços de relevância pública, seja pela atribuição constitucional de competência para a prestação de serviços públicos sociais.

Já na área de atuação do terceiro setor voltada à defesa e promoção de direitos, é menor o número de parcerias celebradas com o Estado. O principal motivo para tanto consiste na autonomia que as entidades privadas defensoras e promotoras de direitos buscam manter em face do próprio Estado, que muitas vezes é o próprio destinatário de suas atividades. Isso não significa, contudo, que parcerias voltadas a atividades e projetos de defesa e promoção de direitos não sejam admitidas pelo ordenamento brasileiro: por se tratar de atividade vinculada à concretização de direitos fundamentais, é absolutamente possível,

desde que previsto em programa governamental, o apoio estatal a determinadas causas defendidas por entidades que atuam na defesa e promoção de direitos.<sup>246</sup>

Além da previsão nos programas governamentais, o objeto das parcerias com o terceiro setor é também delimitado pela legislação que disciplina cada modalidade de parceria. As leis que tratam do tema de modo mais específico são a Lei n. 9.637/98 (Lei das Organizações Sociais) e a Lei n. 9.790/99 (Lei das OSCIPs), as quais estabelecem um rol taxativo das áreas de atuação, em relação as quais é possível a celebração de Contratos de Gestão e de Termos de Parceria.<sup>247</sup> Além delas, a Lei n. 13.019/14, ao tratar dos Termos de Colaboração, Termos de Fomento e Acordos de Cooperação, prevê de modo genérico a celebração de tais parcerias com entidades que tenham “objetivos voltados à promoção de atividades e finalidades de relevância pública e social”.<sup>248</sup> Por fim, os convênios com o terceiro setor, nos termos da Lei n. 13.019/14, apenas podem ter como objeto a participação privada na prestação complementar de serviços públicos de saúde.<sup>249</sup>

#### *2.6.5.6 Modalidades de parceria com o terceiro setor*

O ordenamento jurídico brasileiro prevê os seguintes modelos de parceria com o terceiro setor, cada qual dotado de disciplina, finalidade e regime jurídico próprios:

- a) os Convênios com o terceiro setor, disciplinados em âmbito federal pelo art. 116 da Lei n. 8.666/93 e pelo Decreto n. 6.170/07;
- b) os Contratos de Gestão, disciplinados pela Lei n. 9.637/98;
- c) os Termos de Parceria, disciplinados pela Lei n. 9.790/99; e

---

246 A Lei 9.790/99, que trata dos Termos de Parceria com as OSCIPs, por exemplo, prevê expressamente a possibilidade de celebração do referido ajuste tendo como objeto a promoção de direitos estabelecidos e a construção de novos direitos.

247 Lei n. 9.637/98, art. 1º e art. 5º; e Lei 9.790/99, art. 3º e art. 9º.

248 Lei n. 13.019/14, art. 33, inciso I.

249 Art. 84, inciso II.

d) os Termos de Colaboração, Termos de Fomento e Acordos de Cooperação, disciplinados pela Lei n. 13.019/14.

Cada uma das modalidades de parceria com o terceiro setor possui disciplina jurídica própria, a qual deve ser estudada de modo individualizado.

#### 2.6.5.6.1 *Convênios*

Convênio, em sentido amplíssimo, pode ser entendido como a relação entre duas ou mais pessoas que conjugam esforços para obtenção de um objetivo comum previamente ajustado, inserido na esfera de competência dos envolvidos e voltado ao benefício próprio ou de terceiros. Nessa perspectiva, podem ser denominados convênios todos os ajustes em que haja colaboração ou cooperação entre as partes para a obtenção de uma finalidade comum, seja ela pública ou privada.

Deve-se notar, nessa medida, que o convênio consiste em modalidade de vínculo que disciplina tanto a relação de parceria entre duas entidades estatais, entre dois entes privados ou mesmo entre uma entidade estatal e um ente privado.<sup>250</sup> Daí a denominação de *convênios públicos* para o primeiro caso, de *convênios privados* para o segundo e de *convênios público-privados* para o terceiro caso.

No que toca ao tema ora tratado, deve-se ressaltar que o ordenamento brasileiro adota duas acepções aos convênios público-privados. Em sentido amplo, trata-se de uma categoria jurídica da qual fazem parte todas as modalidades de parceria com o terceiro setor hoje existentes no Brasil. Já em sentido estrito, trata-se de uma das diversas modalidades de parceria com o terceiro setor previstas na legislação brasileira, disciplinada especificamente pelo artigo 116 da Lei n. 8.666/93.

É importante neste momento traçar a distinção entre as duas acepções, cuja origem remonta ao processo histórico de desenvolvimento das parcerias com o terceiro setor no Brasil.

---

250 Essa ambivalência dos convênios possui explicação histórica (como se verá em tópico subsequente) e foi acolhida em sede constitucional. Enquanto os convênios públicos são referidos no artigo 241 da Constituição Federal, com a designação específica de convênios de cooperação, os convênios públicos privados são mencionados no §1º do artigo 199 do texto constitucional.

### 2.6.5.6.1.1 Convênios público-privados em sentido amplo

No momento em que a Constituição de 1988 foi promulgada, havia apenas uma modalidade de ajuste voltado à instrumentalização de parcerias com o terceiro setor. Essa modalidade de vínculo correspondia aos convênios, que foram referidos expressamente no texto constitucional em seu artigo 199, parágrafo primeiro, que assim prescreve:

Art. 199 (...)

§1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

O convênio referido no dispositivo acima colacionado foi regulamentado pelo artigo 116 da Lei n. 8.666/93 e por atos infralegais que tratam especificamente do tema. No entanto, com o passar do tempo, novas modalidades de parceria foram introduzidas no ordenamento pátrio por legislação específica, como é o caso da Lei n. 9.637/98 (Contratos de Gestão), Lei n. 9.790/99 (Termos de Parceria) e Lei n. 13.019/14 (Termos de Colaboração, Termos de Fomento e Acordos de Cooperação). Todas elas também instrumentalizam a soma de esforços para a obtenção de um resultado de interesse comum, inclusive a prestação complementar de serviços ao SUS.

Com isso, o panorama legislativo pátrio demandou nova leitura ao disposto no parágrafo primeiro do artigo 199 da Constituição Federal, de modo que a expressão *convênio* lá referida passasse a significar não apenas os convênios disciplinados pelo artigo 116 da Lei n. 8.666/93, mas todas as modalidades de parceria com entidades do terceiro setor marcadas pela conjugação de esforços em prol de um interesse comum.<sup>251</sup>

Nesse novo quadro institucional, cumpre à ciência jurídica distinguir as duas acepções do vocábulo *convênio*, uma acepção ampla e outra acepção estrita. Em sentido amplo, convênio refere-se a toda e qualquer modalidade de parceria com o terceiro setor. Em sentido estrito, convênio significa a espécie

---

251 Sobre o alcance da participação privada complementar ao SUS, por meio de contratos de direito público e de convênios, consultar: MÂNICA, Fernando Borges. *O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde*. Belo Horizonte: Forum, 2010.

de parceria com o terceiro setor disciplinada especificamente pelo artigo 116 da Lei n. 8.666/93.

É possível, portanto, reconduzir todas as parcerias com o terceiro setor previstas pelo ordenamento pátrio a uma categoria jurídica denominada de convênios (em sentido amplo). Não obstante, deve-se ter claro que as características historicamente atribuídas pela doutrina jurídica aos convênios foram elaboradas tendo como base a regulamentação do tema vigente no século passado, antes mesmo da entrada em vigência do texto constitucional de 1988. Deve-se perceber, nessa perspectiva, que as parcerias com o terceiro setor atualmente vigentes no ordenamento pátrio possuem características próprias, nem sempre coincidentes com aquelas classicamente atribuídas aos convênios.<sup>252</sup>

#### *2.6.5.6.1.2 Convênios público-privados em sentido estrito*

Em sentido estrito, convênios público-privados correspondem a uma das espécies de parceria com o terceiro setor existentes no ordenamento jurídico brasileiro, disciplinada especificamente pelo artigo 116 da Lei n. 8.666/93. De acordo com o Decreto federal n. 6.170, de 25 de julho de 2007, que regulamenta tal dispositivo, convênio é conceituado como o acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando à execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação.

Esta modalidade específica de ajuste com o terceiro setor sofreu importante impacto com a entrada em vigência da Lei n. 13.019/14,<sup>253</sup> que restringiu sua aplicação aos vínculos firmados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos para a prestação privada de serviços de assistência à saúde complementar ao SUS, conforme previsão expressa no já citado § 1º do art. 199 da Constituição Federal. Portanto, atualmente apenas podem ser celebrados

<sup>252</sup> Sobre o tema conferir: MÂNICA, Fernando Borges. *Curso de Direito do Terceiro Setor*. Inédito.

<sup>253</sup> Art. 84-A da Lei n. 13.019/14, com redação dada pela Lei n. 13.204/15.

convênios público-privados que tenham como objeto a prestação de serviços públicos de saúde no âmbito do SUS.

O artigo 116 da Lei n. 8.666/93 faz genérica à aplicação da Lei n. 8.666/93, *no que couber*, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres, bem como estabelece exigências em relação ao plano de trabalho, liberação de recursos e saldos financeiros.<sup>254</sup>

O Decreto n. 6.170/07, alterado quase uma dezena de vezes desde sua entrada em vigência,<sup>255</sup> traz regramento detalhado aos convênios. Dentre os requisitos a serem observados no processo de celebração, acompanhamento e prestação de contas dos convênios público-privados, podem ser destacados: (i) cadastro prévio no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV; (ii) realização de chamamento público prévio à escolha da entidade parceira; (iii) oferecimento de contrapartida pelo parceiro privado; (iv) abertura de conta bancária específica para recebimento e movimentação de recursos; (v) prestação concomitante de contas, durante a execução da avença; (vi) possibilidade de remuneração da equipe dimensionada no Plano de Trabalho, inclusive de pessoal próprio da entidade, podendo contemplar despesas com pagamentos de tributos, FGTS, férias e décimo terceiro salário proporcionais, verbas rescisórias e demais encargos sociais; (vii) exigência de processo seletivo prévio para a contratação de terceiros pela entidade conveniente; e (viii) padronização de objetos.

O controle e fiscalização da aplicação dos recursos públicos repassados a entidades privadas nos convênios é prévio, concomitante e posterior. Isso porque ele se inicia antes da celebração do ajuste, ocorre durante toda a execução do objeto e apenas termina após a aprovação das contas apresentadas pela entidade quando da extinção do convênio.

O controle prévio tem início com a elaboração do edital de chamamento público e a exigência de requisitos que demonstrem a capacidade de a entidade cumprir adequadamente o objeto. Nesse momento, a análise do Plano de Trabalho, com a descrição exaustiva de todos os aspectos materiais, formais e

---

254 Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

255 Decreto n. 6.428, de 14 de abril de 2008; Decreto n. 6.497, de 30 de junho de 2008; Decreto n. 6.619, de 29 de outubro de 2008; Decreto n. 7.568, de 16 de setembro de 2011; Decreto n. 7.641, de 12 de dezembro de 2011; Decreto n. 8.180, de 30 de dezembro de 2013; Decreto n. 8.244, de 23 de maio de 2014; e, especialmente, o Decreto n. 7.594, de 31 de outubro de 2011.

temporais de execução do ajuste é essencial como mecanismo de controle das atividades a serem desempenhadas. A execução do objeto conveniado ocorre nos termos do Plano de Trabalho, sendo que cada repasse de recursos, conforme previsto no plano de aplicação, apenas ocorre após a aprovação pelo Poder Público das atividades realizadas até o momento. A prestação de contas nos convênios ocorre, portanto, durante toda a execução da avença e apenas chega ao fim com a provação final das contas pelo Poder Público parceiro.<sup>256</sup>

Havendo irregularidades, a entidade pública parceira deverá promover a responsabilização dos envolvidos e a tomada de medidas necessárias ao ressarcimento de eventuais prejuízos causados ao Poder Público. Caso não sejam tomadas tais medidas, o Tribunal de Contas, tem competência para, em Tomada de Contas por ele instaurada, apurar a responsabilidade de todos os envolvidos, inclusive dos representantes do Poder Público que deixaram de cumprir com seus deveres de fiscalização e que, eventualmente, beneficiaram-se da conduta tenha lesado o patrimônio público.

#### *2.6.5.6.2 Contrato de Gestão com Organizações Sociais*

O Contrato de Gestão é modalidade de parceria por meio da qual o Poder Público repassa recursos financeiros, físicos e/ou humanos a uma entidade privada qualificada como Organização Social, que assume a gestão de uma estrutura pública voltada à prestação de serviços públicos sociais ou serviços de relevância pública, com o objetivo de alcançar padrões de eficiência e qualidade previamente definidos no instrumento de ajuste.<sup>257</sup>

Sua disciplina jurídica é dada pela Lei federal n. 9.637, de 15 de maio de 1998, e também por leis estaduais e municipais que regulamentam o tema em suas respectivas esferas federativas. Os dispositivos da lei federal que tratam da

---

256 Nesse sentido, o processo de prestação de contas é definido pelo Decreto n. 6.170/07 como o “procedimento de acompanhamento sistemático que conterà elementos que permitam verificar, sob os aspectos técnicos e financeiros, a execução integral do objeto dos convênios e dos contratos de repasse e o alcance dos resultados previstos.”

257 A Lei n. 9.637/98 conceitua o Contrato de Gestão nos seguintes termos: 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 [ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde].



relação contratual entre a Administração Pública e as Organizações Sociais possuem natureza de norma geral, nos termos do artigo 22, inciso XXVII da Constituição Federal, razão pela qual devem ser observados pela legislação estadual e municipal sobre o tema.<sup>258</sup>

Conforme previsão legal expressa, apenas podem celebrar Contrato de Gestão, as entidades do terceiro setor qualificadas pelo Poder Público contratante como Organizações Sociais. A Lei federal n. 9.637/98 dispõe que o Poder Executivo pode qualificar como Organizações Sociais, mediante critérios objetivos e transparentes, as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

Deve-se atentar, nessa medida, que o título de Organização Social é previsto por lei do respectivo ente federativo, a qual especifica uma série de exigências para sua concessão. No caso da lei federal, pode-se elencar os seguintes requisitos, que devem constar do estatuto da entidade a ser qualificada:

- a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;
- b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;
- c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um Conselho de Administração e uma Diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;
- d) previsão de participação, no Conselho de Administração, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral, em percentual mínimo definido pela própria lei;
- e) composição e atribuições da diretoria;
- f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;

---

258 Deve-se atentar que o Contrato de Gestão com Organizações Sociais, previsto na esfera federal pela Lei n. 9.637/98, não se confunde com o *contrato* previsto pelo parágrafo 8º do artigo 37 da Constituição Federal, que foi estudado no Item 2.4.2. Ainda que ambos os modelos de ajuste tenham como objetivo ampliar a capacidade operacional e a eficiência na produção de serviços de interesse coletivo, o contrato previsto pelo parágrafo 8º do artigo 37 da CF/88, denominado por parte da doutrina também como *Contrato de Gestão*, aplica-se a ajustes celebrados entre dois órgãos ou entidades estatais. Já o Contrato de Gestão com as Organizações Sociais são modelos de vínculo celebrados exclusivamente entre o Poder Público e entidades do terceiro setor.

- g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;
- h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade.

Uma vez qualificada como Organização Social, a entidade torna-se apta a participar de processos seletivos públicos, dotados de objetividade e transparência, por meio dos quais a Administração Pública escolhe a entidade mais apta a desenvolver o objeto da parceria.

O Contrato de Gestão é a modalidade de ajuste com o terceiro setor que mais tem causado discussões doutrinárias e jurisprudenciais. O motivo da disputa decorre de o contrato de gestão prever uma relação bastante íntima entre Estado e terceiro setor, na qual a entidade privada assume a própria gestão de uma estrutura estatal, figurando o Contrato de Gestão como autêntico instrumento de outorga de atividades estatais ao setor privado. O Contrato de Gestão instrumentaliza, em regra, a atribuição de uma atividade do setor de titularidade compartilhada a uma Organização Social, que passa a exercê-la segundo a mesma regulamentação incidente sobre a atividade quando prestada pelo Poder Público. Nessa medida, ao contrário de grande parte das parcerias com o terceiro setor, que utilizam a capacidade instalada das próprias entidades parceiras, por meio do Contrato de Gestão o Poder Público atribui ao parceiro privado a gestão de uma estrutura/atividade estatal.

O modelo de gestão por Organizações Sociais foi instituído durante o processo de reforma do Estado brasileiro, liderado pelo então Ministério de Administração Federal e Reforma do Estado, iniciado em meados da década de 1990. Um dos objetivos desse processo foi a readequação da estrutura administrativa brasileira, de modo a torná-la mais capacitada a oferecer resultados efetivos em suas diversas áreas de atuação. O principal objetivo das mudanças implantadas pode ser ilustrado pela eficiência, que foi à época alçado, pela Emenda Constitucional n. 19/98, à condição princípio constitucional explícito da Administração Pública Direta e Indireta.<sup>259</sup>

---

<sup>259</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) - (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) - (g. n.).

Nesse cenário, no que tange ao Contrato de Gestão com Organizações Sociais, a busca pela eficiência na prestação de serviços de natureza social foi materializada pela transformação da natureza jurídica da entidade prestadora dos serviços (pelo trespasse da gestão de uma entidade pública para uma entidade privada), bem como pela definição, no instrumento de ajuste, de metas, prazos de execução e critérios objetivos de avaliação de desempenho, com indicadores de qualidade e produtividade.<sup>260</sup>

Deve-se notar que no contrato de Gestão com Organizações Sociais, o objeto da avença é executado mediante o uso de bens públicos e possivelmente com a utilização de servidores públicos, os quais são cedidos pelo Poder Público à entidade parceira. Daí o Contrato de Gestão ser entendido como uma técnica de gestão pública por intermédio da qual o Estado se vale da capacidade gerencial de entidades privadas para alcançar melhores resultados na produção de serviços públicos sociais e de serviços de relevância pública, que são explorados pela entidade parceira na própria estrutura pública. A lei federal prevê que os bens públicos envolvidos na execução da avença (tanto aqueles cedidos quanto aqueles adquiridos com recursos públicos) não perdem a qualificação de bens públicos durante o prazo contratual, sendo revertidos ao Estado ao término do Contrato de Gestão. Do mesmo modo, a cessão de servidores públicos é temporária, sem extinção de seu vínculo com o Estado.

É possível, nos termos do Contrato de Gestão, a contratação de pessoas, bens e serviços pela Organização Social com objetivo de dar cumprimento ao objeto da avença. Tais contratações não estão submetidas à exigência de concurso público ou de licitação pública, mas devem seguir um regulamento próprio de aquisição de bens e serviços, instituído pela própria entidade, com observância dos princípios da isonomia, moralidade e impessoalidade.

O sistema de fiscalização e controle dos Contratos de Gestão é descrito minuciosamente pela lei, sendo que a competência recai sobre órgãos internos da entidade, sobre a Administração Pública parceira e, subsidiariamente, pelos Tribunais de Contas. Nesse sentido dispõem os artigos 8º, 9º e 10 da Lei n. 9.637/98:

---

260 Na dicção da Lei n. 9.790/98: Art. 7º Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos: I - especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;

Art. 8º A execução do contrato de gestão celebrado por organização social será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada.

§ 1º A entidade qualificada apresentará ao órgão ou entidade do Poder Público supervisora signatária do contrato, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro.

§ 2º Os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão devem ser analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação.

§ 3º A comissão deve encaminhar à autoridade supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.

Art. 9º Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

A constitucionalidade dos Contratos de Gestão com Organizações Sociais foi reconhecida, definitivamente, pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2015, quando foi julgado o mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n. 1923, a qual questionava a integralidade do modelo trazido pela Lei n. 9.637/98.<sup>261</sup> O voto vencedor da ADI foi dado pelo Ministro Luiz FUX, que julgou o pedido parcialmente procedente, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição, de modo que:

- (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98;

---

261 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923/DF. Tribunal Pleno, Relator para o acórdão Min. Luiz Fux. Diário de Justiça da União, 17 dez. 2015.

(ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF;

(iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF;

(iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade;

(v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e

(vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.

Com a decisão do Supremo Tribunal Federal, os Contratos de Gestão com Organizações Sociais passaram a ter maior segurança jurídica, razão pela qual sua utilização pela União, Estados e Municípios tende a aumentar nos próximos anos.

### *2.6.5.6.3 Termos de Parceria com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs*

Termo de Parceria é a modalidade de ajuste por meio da qual o Poder Público repassa recursos a uma entidade privada sem fins lucrativos qualificada como OSCIP, a qual assume o dever atividades de interesse público definidas em lei, conforme padrões de eficiência e qualidade previamente definidos no instrumento de ajuste.<sup>262</sup>

<sup>262</sup> A Lei n. 9.790/99 conceitua o Termo de Parceria nos seguintes termos: Art. 9º Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público

Sua disciplina jurídica é dada, em âmbito federal, pela Lei n. 9.790 de 23 de março de 1999, regulamentada pelo Decreto n. 3.100/99. Ao contrário do que ocorre com os Contratos de Gestão, são raras as leis estaduais e municipais que preveem a qualificação OSCIP e a celebração de Termos de Parceria, de modo que a imensa maioria dos Estados e Municípios que adotam essa modalidade de ajuste conforme disciplina dada pela lei federal.

Nos termos da Lei n. 9.790/99, apenas podem celebrar Termo de Parceria as entidades do terceiro setor qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP pelo Ministério da Justiça. A lei em referência prevê expressamente que o ato de qualificação como OSCIP é vinculado ao cumprimento das exigências legais, que podem ser classificadas em três grandes grupos: (i) entidades que não pode ser qualificadas; (ii) áreas de atuação passíveis de qualificação; e (iii) requisitos estatutários para qualificação.

Nos termos do artigo 2º da Lei 9.790/99, não podem ser qualificadas como OSCIP:

- as sociedades comerciais;
- os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional;
- as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais;
- as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações;
- as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios;
- as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados;
- as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras;
- as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras;
- as organizações sociais;
- as cooperativas;
- as fundações públicas;
- as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas;

---

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.

- as organizações creditícias que tenham quaisquer tipos de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal.

No que concerne às áreas de atuação das OSCIPs, a Lei n. 9.790/99 prevê que podem ser qualificadas as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que tenham sido constituídas e se encontrem em funcionamento regular há, no mínimo, 3 (três) anos. A lei exige também que deve ser observado o princípio da universalização dos serviços no respectivo âmbito de atuação

De acordo com a lei, a atuação da OSCIP em parceria com o Poder Público pode dar-se mediante **(i)** execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas; **(ii)** doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou **(iii)** prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins. No que concerne às áreas de atuação, o artigo 3º da Lei n. 9.790/99 exige que a entidade a ser qualificada tenha ao menos uma das seguintes finalidades:

- promoção da assistência social;
- promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;
- promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
- promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
- promoção da segurança alimentar e nutricional;
- defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;
- promoção do voluntariado;
- promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;
- experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;
- promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;
- promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;
- estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.

- estudos e pesquisas para o desenvolvimento, a disponibilização e a implementação de tecnologias voltadas à mobilidade de pessoas, por qualquer meio de transporte.

A Lei das OSCIPs exige também que a entidade traga expressamente em seu estatuto social as seguintes determinações:

- a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência;
- a adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação no respectivo processo decisório;
- a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade;
- a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta;
- a previsão de que, na hipótese de a pessoa jurídica perder a qualificação instituída por esta Lei, o respectivo acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que perdurou aquela qualificação, será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social;
- a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação;
- as normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade, que determinarão, no mínimo: a) a observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade; b) que se dê publicidade por qualquer meio eficaz, no encerramento do exercício fiscal, ao relatório de atividades e das demonstrações financeiras da entidade, incluindo-se as certidões negativas de débitos junto ao INSS e ao FGTS, colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão; c) a realização de auditoria, inclusive por auditores externos independentes se for o caso, da aplicação dos eventuais recursos objeto



do termo de parceria conforme previsto em regulamento; d) a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público será feita conforme determina o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.

Uma vez qualificada como OSCIP, a entidade passa a usufruir de alguns benefícios, dentre os quais participar dos *Concursos de Projetos*, denominação dada pelo decreto federal n. 3.100/99 para o procedimento de seleção realizado pela Administração Pública, com o objetivo de escolher a entidade privada mais apta a celebrar o Termo de Parceria.<sup>263</sup>

A disciplina jurídica que incide sobre celebração, execução e fiscalização dos Termos de Parceria com OSCIPs é bastante similar àquela prevista pela lei das Organizações Sociais, acima analisada. No entanto, a lei das OSCIPs não surgiu de um movimento de reforma do aparelho do Estado, mas de demandas sociais voltadas à desburocratização e ampliação do acesso do terceiro setor às parcerias com o Poder Público. Nesse sentido, costuma-se destacar como principais objetivos buscados pela Lei n. 9.790/99: **(i)** proporcionar acesso a certificações estatais para entidades sociais que atuam em áreas não alcançadas pelo Título de Utilidade Pública<sup>264</sup> e pelo Certificado de Entidade de Assistência Social – CEBAS;<sup>265</sup> **(ii)** definir critérios objetivos e vinculantes de certificação; **(iii)** oferecer ao Poder Público a possibilidade de celebração de um modelo de ajuste com o terceiro setor menos burocrático e complexo do que os Convênios.

Nessa perspectiva, enquanto os Contratos de Gestão são vocacionados a promover o trespasse da gestão de estruturas estatais a entidades privadas qualificadas como Organizações Sociais, os Termos de Parcerias são vocacionados a incentivar e reforçar o desempenho de atividades e projetos de relevância pública não dependentes do uso de infraestrutura estatal.

No que atine ao instrumento de ajuste, a Lei n. 9.790/99 prevê que são cláusulas essenciais do Termo de Parceria: (i) a do objeto, que conterà a especificação do programa de trabalho proposto pela Organização da Sociedade

---

263 Determina o Decreto n. 3.100/99: Art. 23. A escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, deverá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultoria, cooperação técnica e assessoria.

264 Lei n. 91/35, atualmente revogada.

265 Lei n. 12.101/09, regulamentada pelo Decreto n. 8.242/14.

Civil de Interesse Público; (ii) a de estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma; e (iii) a de previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado.

Assim como acontece com as Organizações Sociais, as OSCIPs podem contratar terceiros para o desempenho de atividades relacionadas ao objeto da avença. Para isso, devem publicar, no prazo máximo de trinta dias contados da assinatura do Termo de Parceria, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público.

O controle sobre a execução da avença deve ser realizado por meio da atuação de diversas instâncias, sendo que a primeira delas consiste na exigência de consulta prévia ao Conselho de Políticas da área relacionada ao objeto da avença. Ainda que o resultado da consulta não seja vinculante, eventuais questionamentos, críticas e objeções devem ser respondidas de modo motivado pela Administração Pública antes mesmo da realização do Concurso de Projetos. Tanto o Conselho de Políticas Públicos quanto a Administração Pública parceira devem acompanhar a execução da avença, sendo que os resultados atingidos com a execução do Termo de Parceria devem ser analisados por uma Comissão de Avaliação, composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a OSCIP. A Comissão de Avaliação, por sua vez, deve encaminhar à autoridade competente relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.

No que tange à prestação de contas, a Lei n. 13.019/14 incluiu o artigo 15-B à Lei das OSCIPs, com a especificação dos documentos a serem apresentados ao Poder Público parceiro quando da prestação de constas pela OSCIP:

Art. 15-B. A prestação de contas relativa à execução do Termo de Parceria perante o órgão da entidade estatal parceira refere-se à correta aplicação dos recursos públicos recebidos e ao adimplemento do objeto do Termo de Parceria, mediante a apresentação dos seguintes documentos:

- I - relatório anual de execução de atividades, contendo especificamente relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, bem como comparativo entre as metas propostas e os resultados alcançados;
- II - demonstrativo integral da receita e despesa realizadas na execução;
- III - extrato da execução física e financeira;
- IV - demonstração de resultados do exercício;
- V - balanço patrimonial;
- VI - demonstração das origens e das aplicações de recursos;

- VII - demonstração das mutações do patrimônio social;
- VIII - notas explicativas das demonstrações contábeis, caso necessário;
- IX - parecer e relatório de auditoria, se for o caso.

Seguindo o mesmo padrão de controle previsto pela Lei n. 9.637/98, o artigo 9º da Lei n. 9.790/99 prevê que os responsáveis pela fiscalização do Termo de Parceria, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública pela organização parceira, darão imediata ciência ao Tribunal de Contas respectivo e ao Ministério Público, sob pena de responsabilidade solidária. Além disso, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União, para que requeiram ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público, além de outras medidas previstas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/93) e na Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar n. 64/90).

#### *2.6.5.6.4 Termos de Colaboração, Termos de Fomento e Acordos de Cooperação*

O Termo de Colaboração e o Termo de Fomento possuem natureza e disciplina jurídica idênticas e são conceituados pela Lei n. 13.019/14 como modalidades de parceria firmadas pela Administração Pública com entidades do terceiro setor qualificadas como Organizações da Sociedade Civil – OSCs para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que envolvam a transferência de recursos financeiros. A diferença entre eles consiste na iniciativa de celebração do vínculo, que é da Administração Pública no caso dos Termos de Colaboração,<sup>266</sup> e das próprias entidades no caso dos Termos de Fomento.<sup>267</sup>

266 Conforme art. 2º, VII da Lei n. 13.019/14, o termo de colaboração consiste no “instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros”.

267 De acordo com o art. 2º, VIII da Lei n. 13.019/14, o termo de fomento corresponde ao “instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações

De outra parte, os Acordos de Colaboração foram conceituados como os vínculos que não envolvem o repasse de recursos financeiros, independentemente de quem parta a iniciativa para celebrá-los.<sup>268</sup>

De modo diverso da Lei n. 9.637/98 e da Lei n. 9.790/99, a Lei n. 13.019/14 não prevê a certificação formal das entidades como Organizações da Sociedade Civil - OSC, por meio da outorga de um título legal. Adotando uma lógica diversa, nos termos da Lei n. 13.019/14, são consideradas Organizações da Sociedade Civil – OSC:

a) as entidades privadas sem fins lucrativos que não distribuam entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os apliquem integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva;

b) as sociedades cooperativas previstas na Lei no 9.867, de 10 de novembro de 1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social;

c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos.

---

da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros”.

268 Nos termos do art. 2º, VIII-A da Lei n. 13019/14, acordo de cooperação é o “instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos financeiros”.

Importante inovação trazida pela Lei n. 13.019/14 refere-se ao dever de dar transparência às parcerias por meio da internet, tanto no sítio eletrônico do Poder Público quanto no da OSC parceira. Dentre as informações a serem publicadas, devem constar data de assinatura e identificação do instrumento de parceria e do órgão da administração pública responsável; nome da organização da sociedade civil e seu número de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ; descrição do objeto da parceria; valor total da parceria e valores liberados, quando for o caso; situação da prestação de contas da parceria, que deverá informar a data prevista para a sua apresentação, a data em que foi apresentada, o prazo para a sua análise e o resultado conclusivo; quando vinculados à execução do objeto e pagos com recursos da parceria, o valor total da remuneração da equipe de trabalho, as funções que seus integrantes desempenham e a remuneração prevista para o respectivo exercício.

A Lei n. 13.019/14 distingue, como acima mencionado, o Termo de Colaboração do Termo de Fomento a partir a iniciativa para celebração da avença. Os Termos de Fomento têm origem na própria sociedade civil, por meio de um procedimento denominado de Procedimento de Manifestação de Interesse Social – PMIS, definido pela lei como o instrumento por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao poder público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria. A proposta a ser encaminhada à administração pública deverá conter o diagnóstico da realidade que se quer modificar, aprimorar ou desenvolver e, quando possível, indicação da viabilidade, dos custos, dos benefícios e dos prazos de execução da ação pretendida. Havendo conveniência e oportunidade para realização do PMIS, a Administração Pública o instaurará, conforme regulamento próprio de cada ente federado. Deve-se notar que a realização do PMIS não obriga o Poder Público a celebrar a parceria e não impede a entidade que o realizou de participar de eventual Chamamento Público dele decorrente.<sup>269</sup>

À exceção das hipóteses de dispensa e de inexigibilidade previstas expressamente nos artigos 29 a 31 da Lei n. 13.019/14, os Termos de Colaboração e Termos de Fomento deverão ser antecedidos de *Chamamento Público*, instaurado mediante edital público, a ser divulgado em página do sítio oficial da

---

269 O Procedimento de Manifestação de Interesse Social – PMIS configura modalidade de privatização da fase de estruturação das contratações públicas e é estudado especificamente no Item 2.7.3 desta obra.

Administração Pública na internet. O processo de chamamento público, bem como as exigências a serem preenchidas pelas OSCs para a celebração do ajuste, é disciplinado de modo bastante detalhado pelo texto da Lei n. 13.019/14.<sup>270</sup>

Dentre as principais exigências incidentes sobre as entidades, é possível relacionar: (i) que seus objetivos sejam voltados à promoção de atividades e finalidades de relevância pública e social; (ii) existência prévia mínima de 1, 2 ou 3 anos, conforme a ajuste seja celebrado com Municípios, Estados ou União; (iii) experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou de natureza semelhante; e (iv) condições materiais e capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das atividades ou projetos previstos na parceria e o cumprimento das metas estabelecidas, independentemente da existência de capacidade instalada prévia. Também em relação à participação das entidades, interessante inovação da Lei n. 13.019/14 consiste na possibilidade de cumprimento do objeto das parcerias por meio de atuação em rede.

Uma das grandes preocupações da Lei n. 13.019/14 refere-se ao monitoramento e avaliação das dos Termos de Colaboração e Termos de Fomento, razão pela qual a lei é pródiga em exigências relacionadas a tais atividades. Nesse sentido, a lei prescreve uma ampla gama de providências a serem tomadas pela Administração Pública antes da celebração de uma parceria, bem como uma extensa lista de vedações a que determinadas entidades e pessoas físicas participem de chamamentos públicos. Em que pese a importância do controle sobre as parceiras com as OSCs, a estrutura fiscalizatória prevista é tão complexa que torna difícil sua aplicação em ajustes que tenham envolvimento de municípios, entidades e objetos de pequena monta.

Para realizar o monitoramento e avaliação das parcerias, a Administração Pública pode valer-se do apoio técnico de terceiros, bem como delegar competência ou firmar parcerias com órgãos ou entidades que se situem próximos ao local de aplicação dos recursos. Como resultado desse trabalho, deve ser emitido Relatório Técnico de Monitoramento e Avaliação, que deve ser submetido a uma Comissão de Monitoramento e Avaliação.

---

<sup>270</sup> O chamamento público é conceituado pela Lei n. 13.019/14 da seguinte forma: Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se (...) XII - chamamento público: procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos;

Além disso, a parceria será acompanhada e fiscalizada tanto pelo Conselho de Políticas Públicas da área correspondente quanto pelo gestor da parceria. Tal gestor deve ser indicado pela Administração Pública e tem como atribuições: acompanhar e fiscalizar a execução da parceria; informar ao seu superior hierárquico a existência de fatos que comprometam ou possam comprometer as atividades ou metas da parceria e de indícios de irregularidades na gestão dos recursos, bem como as providências adotadas ou que serão adotadas para sanar os problemas detectados; e emitir parecer técnico conclusivo de análise da prestação final de contas pela OSC.

A seu turno, a OSC parceria tem o dever de prestar contas, que deve realizar-se por meio de plataforma eletrônica, permitindo a visualização por qualquer interessado. A prestação de contas deve conter elementos que permitam ao gestor da parceria avaliar o andamento ou concluir que o seu objeto foi executado conforme pactuado, com a descrição pormenorizada das atividades realizadas e a comprovação do alcance das metas e dos resultados esperados. A manifestação conclusiva sobre a prestação final de contas pela Administração Pública deve concluir, alternativamente, pela: (i) aprovação da prestação de contas; (ii) aprovação da prestação de contas com ressalvas; ou (iii) rejeição da prestação de contas e determinação de imediata instauração de tomada de contas especial. Esta última hipótese ocorrerá nos casos em que houver: (i) omissão no dever de prestar contas; (ii) descumprimento injustificado dos objetivos e metas estabelecidos no plano de trabalho; (iii) dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico; ou (iv) desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos.

Além da disciplina dos ajustes tratados, a Lei n. 13.019/14 alterou o texto da Lei de Improbidade Administrativa, que passou a conter a especificação de novos atos de improbidade administrativa relacionados às parcerias com o terceiro setor. Além disso, a Lei n. 13.019/14 revogou a Lei n. 91/35, que previa a concessão do Título de Utilidade Pública Federal. Por fim, a Lei n. 13.019/14 prevê alguns benefícios às OSCs que, independentemente de qualquer certificação oficial, tenham atuação nas áreas definidas pelo artigo 84-C do texto da lei.<sup>271</sup> Dentre os benefícios constam receber doações de empresas, até o

---

271 As áreas de atuação que proporcionam os incentivos previstos pela Lei n. 13.019/14, correspondem àquelas previstas pelo artigo 3º da Lei n. 9.790/99 (acima elencadas), com apenas duas diferenças. Ao contrário da Lei das OSCIPs, a Lei das OSCs: (i) prevê a atuação de organizações religiosas

limite de 2% (dois por cento) de sua receita bruta; receber bens móveis considerados irrecuperáveis, apreendidos, abandonados ou disponíveis, administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil; e distribuir ou prometer distribuir prêmios, mediante sorteios, vale-brindes, concursos ou operações assemelhadas, com o intuito de arrecadar recursos adicionais destinados à sua manutenção ou custeio.<sup>272</sup>

A Lei n. 13.019/14 alterou alguns dispositivos da Lei n. 9.790/99, que disciplina as OSCIPs, bem como trouxe alterações em diversos outros textos legais, dentre os quais merecem destaque a revogação da Lei n. 91/35, que disciplinava o título de Utilidade Pública federal, e a inclusão de novas hipóteses de atos de improbidade administrativa, previstos na Lei n. 8.429/92. Deve-se notar, contudo, que nos termos do artigo 3º da Lei n. 13.019/14, sua disciplina jurídica não se aplica aos demais modelos de parceria com o terceiro setor, como os Contratos de Gestão, Termos de Parceria e Convênios no setor de saúde, os quais seguem vigentes. Por fim, nada impede que entidades qualificadas como Organizações Sociais, OSCIPs e Entidades Beneficentes de Assistência Social, desde que preencham os requisitos legais específicos, celebrem Termos de Colaboração, Termos de Fomento e Acordos de Cooperação.

### ***2.6.6 Outorga de uso de bens públicos***

Uma das tarefas instrumentais mais importantes do Poder Público consiste na gestão dos bens necessários à execução de suas tarefas finalísticas e ao próprio desenvolvimento da sociedade.<sup>273</sup> A concretização de tal tarefa ocorre, muitas vezes, por meio da outorga do uso de bens públicos à iniciativa privada, modalidade de desestatização que reúne ampla gama de instrumentos utilizados pela Administração Pública para conferir a um agente privado a gestão de bens do domínio público.

---

que se dediquem a atividades de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos; e (ii) não prevê atuação voltada a estudos e pesquisas para o desenvolvimento, a disponibilização e a implementação de tecnologias voltadas à mobilidade de pessoas, por qualquer meio de transporte.

272 Tais benefícios são também reconhecidos por leis esparsas para entidades qualificadas como OSCIPs.

273 O tema foi tratado no Item 1.3.5.1.



A outorga de uso de bens públicos é instrumentalizada por diversos modelos de atuação exógena do setor privado sobre bens de titularidade estatal, os quais são explorados em favor da coletividade ou mesmo para fins privados. Usualmente renegada pelos estudiosos do Direito Administrativo, a gestão do domínio público é temática ainda a ser aprofundada na doutrina.<sup>274</sup>

De forma semelhante ao que ocorre nas modalidades de outorga de serviço público acima analisadas, a outorga do uso de bens do domínio público não tem o condão de transferir ao privado a titularidade – ou seja, a *propriedade* – sobre o bem público em questão, mas única e exclusivamente sua *posse*, com os direitos dela decorrentes (uso, gozo, fruição), exercíveis dentro dos limites da lei e do *título habilitante* da outorga. Trata-se, portanto, do traslado ao particular de uma *posse condicionada* que não possui a amplitude da legislação civilista, porquanto a exploração do bem público outorgado deve ser realizada em estrita conformidade com o disposto no ato de outorga. Nessa perspectiva, qualquer desvio de finalidade na utilização do bem pelo privado certamente conduzirá à extinção do título habilitante outorgado.

De outro bordo, é importante constatar que *nem todas as formas de utilização de bens públicos por particulares dependem da existência de um título habilitante outorgado pelo Poder Público*. Isso deriva da própria natureza dos bens públicos, sobretudo os bens de uso comum do povo, que *pressupõe* sua utilização pela coletividade de forma livre. Assim, de modo sistematizado, pode-se dizer que depende de um título habilitante específico:

(i) A outorga de usos privativos ou exclusivos ao particular,<sup>275</sup> que impeçam a fruição concomitante do mesmo bem pelo restante da coletividade (ex.: concessão de exploração de potencial energético em curso d'água);

(ii) A outorga ao particular da exploração econômica do bem público para fins privados, ainda que não impeçam a fruição concomitante do mesmo bem pelo restante da coletividade (ex.: autorização para instalação de barraca de cachorro quente na via pública); ou

274 Sobre o tema: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. MARRARA, Thiago. **Bens públicos: domínio urbano: infra-estruturas**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

275 Sobre a distinção entre a utilização privativa e a utilização exclusiva dos bens públicos, cf.: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 316; 326-327.

(iii) A outorga ao particular da exploração econômica do bem público para substituir o Estado em sua *tarefa instrumental* de gestão (ex.: concessão da gestão de um parque público, com cobrança de ingresso pelo particular ou outra modalidade de remuneração).

Independentemente da nomenclatura, a outorga do uso deverá ser precedida de certame licitatório no caso de (i) e de (iii), mas será via de regra desnecessária em (ii), já que a exploração do bem não impede sua fruição pela coletividade – a exceção fica por conta dos casos em que, por qualquer razão, houver limitação do número de outorgas a serem feitas, quando então será necessária a licitação mesmo em (ii).

No que toca à forma da licitação, seu processamento e às condições contratuais em que se operarão as modalidades de outorga do uso, inexistente lei específica de regência do tema. Na lacuna normativa, parece-nos que a Lei de Concessões de Serviço Público (Lei n. 8.987/95) é de incidência muito mais adequada, por analogia, haja vista que diversas de suas disposições aplicam-se com muito mais pertinência às concessões e permissões de uso de bens públicos do que a Lei n. 8.666/93.

As figuras típicas de outorga de bens públicos são a *concessão*, a *permissão* e a *autorização* de uso de bem público. A nomenclatura nitidamente equivale às formas de outorga de serviços públicos analisadas acima, já problematizada no que toca à sua tênue distinção em alguns casos. A esse cenário soma-se o vácuo normativo acerca do tema no que atine aos bens públicos, concorrendo para a formação de intensa zona de incertezas. A bem da verdade, o legislador costuma utilizar as expressões “concessão, permissão e autorização de uso” de forma indiscriminada, sem grande rigor técnico. A segregação teórica das espécies fica a cargo da doutrina, que as define de maneira muitas vezes destoante da legislação.

De sua parte, a *concessão de uso de bem público* é tradicionalmente referida como um vínculo de natureza contratual e estável entre as partes, de longo prazo, por meio do qual o particular vencedor do certame licitatório de outorga tem reconhecida a faculdade de explorar um bem público com vistas a atender determinada finalidade de interesse social. Comum utilização da figura ocorre nas concessões para exploração de parques e demais espaços de uso público, a exemplo do que ocorreu recentemente com a Pedreira Paulo

Leminski, conhecido bem público voltado à realização de grandes espetáculos artísticos na cidade de Curitiba-PR.

De outro lado, a *autorização de uso de bem público* constitui, de acordo com a doutrina majoritária, ato unilateral, discricionário e precário, destinado a autorizar um particular a gozar de determinado bem público predominantemente no seu próprio interesse, sem importar exclusão do uso do mesmo bem pelo restante da coletividade. O exemplo típico é o da autorização para instalação de bancas, barracas e *foodtrucks* em feiras, praças, parques e logradouros públicos. A realização de prévia licitação é desnecessária ante a natureza e o regime do vínculo, devendo a Administração Pública, no entanto, respeitar os mínimos padrões de moralidade e impessoalidade na outorga das autorizações. Há, todavia, algumas autorizações de uso com características um tanto diversas, a exemplo daquela descrita no art. 9º da MP n. 2.220/01:<sup>276</sup> trata-se de autorização para utilização, com fins comerciais, de imóveis públicos em áreas urbanas, à qual certamente não pode ser atribuída a nota de precariedade – o exemplo reforça a atecnia legislativa referida acima.

No meio termo entre a concessão e a autorização, a *permissão de uso de bem público* opera como *instrumento dúctil*:<sup>277</sup> definida (após o advento da Lei n. 8.987/95) como ato negocial e relativamente estável por meio do qual o Poder Público outorga ao privado uso privativo sobre dado bem público no interesse da coletividade, a permissão na prática se situa em zona de fronteira ora com a autorização (a exemplo das permissões para instalação de barracas em mercados públicos, rodoviárias, aeroportos e CEASAs), ora com a concessão (a exemplo das permissões de uso relacionadas aos Contratos de Gestão com Organizações Sociais, em decorrência do art. 12, §3º da Lei n. 9.637/98).<sup>278</sup>

Para além dessas definições tradicionais, há no ordenamento brasileiro modelos específicos de outorga de bens públicos ao uso particular, tratados por leis próprias. Dentre eles, podem ser citados:

276 Art. 9º É facultado ao Poder Público competente dar autorização de uso àquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para fins comerciais.

277 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 344.

278 Art. 12. Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão. [...] § 3º Os bens de que trata este artigo serão destinados às organizações sociais, dispensada licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do contrato de gestão.

- (i) a concessão florestal, prevista na Lei n. 11.284/06, art. 3º, VII;
- (ii) o aforamento (também denominado enfiteuse) sobre terrenos de marinha, conforme art. 99 a 124 do Decreto-Lei n. 9.760/46;
- (iii) a concessão especial de uso para fins de moradia, prevista no art. 183, §1º da CF/88 e disciplinada na Medida Provisória n. 2.220/01 e na Lei n. 11.481/2007;
- (iv) a inscrição de ocupação, descrita na Lei n. 11.481/07;
- (v) a cessão de uso prevista no art. 64, §3º do Decreto-Lei n. 9.760/46;
- (vi) a cessão de uso prevista no art. 18, II da Lei n. 9.636/98;
- (vii) a locação, conforme art. 87 do Decreto-Lei n. 9.760/46;
- (viii) o arrendamento, nos termos do art. 64, §1º e art. 96 do Decreto-Lei n. 9.760/46;
- (ix) a exploração de jazidas minerais, conforme art. 176, §1º da CF/88, disciplinada em diversos diplomas constitucionais diversos (Lei n. 6.567/78, Decreto n. 62.934/68);
- (x) a exploração de hidrocarbonetos como o petróleo e o gás natural, conforme art. 177 da CF/88, Lei n. 9.478/97 e Lei n. 11.909/09;
- (xi) as outorgas de uso no setor portuário, conforme Lei n. 12.815/13 – conforme se verá adiante.

Entende-se ser crucial, nesse cenário, a edição de norma federal que discipline os institutos da concessão, permissão e autorização de uso de bens públicos, apresentando seus traços fundamentais e seu regime jurídico basilar. Com isso, cada lei específica deve referir-se, com maior rigor, à disciplina das diversas hipóteses de exploração privada de bens públicos.

## 2.6.7 Modalidades específicas

Para além das modalidades de desestatização acima analisadas, há ainda outras bastante peculiares, que foram segregadas no presente tópico por serem aplicadas estritamente a um determinado setor econômico. É o caso da figura do arrendamento portuário, aplicável apenas às desestatizações do setor de portos; da partilha de produção, existente no setor de petróleo, e das franquias aplicadas no âmbito da atividade postal.

### 2.6.7.1 Arrendamento portuário

A nova lei do setor de portos, Lei n. 12.815/13, previu que a gestão dos serviços portuários poderá ser desestatizada mediante a utilização de três instrumentos: a concessão, o arrendamento e a autorização regulatória. Enfrentadas acima a concessão e a autorização regulatória, a novidade fica por conta da figura do *arrendamento portuário*.

O *arrendamento portuário* é modalidade de “cessão onerosa de área e infraestrutura públicas localizadas dentro do porto organizado, para exploração por prazo determinado” (art. 2º, XI), diferindo da *concessão de serviços públicos portuários*, que consubstancia “cessão onerosa do *porto organizado*, com vistas à administração e à exploração de sua infraestrutura por prazo determinado” (art. 2º, IX). É dizer: o arrendamento portuário constitui modalidade de outorga ao setor privado de uma determinada área que se situa dentro do chamado “porto organizado”,<sup>279</sup> para exploração destinada à movimentação de carga. Assemelha-se, assim, a uma *sub-concessão parcial*, com a principal diferença de que os arrendamentos não são realizados pelo concessionário de serviços públicos portuários (responsável pela administração da área do porto organizado), e sim pela ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários, mediante licitação.

---

279 O *porto organizado* é definido pela lei como “bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária”, enquanto que a *área do porto organizado* está conceituada como “área delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado”.

Note-se a diferença entre as duas espécies: a *concessão* é modalidade de outorga do *porto organizado* em si, que corresponde a toda a área delimitada para instalação e operação do porto, compreendendo a totalidade dos diversos serviços portuários; já o *arrendamento* configura outorga apenas de uma *determinada área dentro do porto organizado*, cuja exploração se destinará a uma atividade específica, qual seja a movimentação de cargas. A dualidade de figuras foi prevista por conta de questões de índole técnica, já que se faz necessário cindir a administração geral do porto (e a gerência das diversas unidades de operação que dentro dele existem) da administração específica de terminais de movimentação de carga. Tal formatação foi pensada de forma inteligente, como mecanismo de inserção de competição entre diferentes prestadores da atividade finalística portuária.

Tal qual a concessão e a autorização regulatória, o arrendamento é também forma de desestatização no setor portuário na medida em que, por seu intermédio, opera-se a transferência ao setor privado do direito de explorar e gerir, por prazo determinado, certa área delimitada dentro do porto organizado. O raciocínio que subsidia o arrendamento é semelhante ao das outorgas de uso de bem público acima analisadas: há outorga da exploração de determinado bem público para que o privado arrendatário o utilize – e com isso se remunere – nos termos e limites contratualmente dispostos.

### 2.6.7.2 Contratos de partilha de produção

Para entender os contratos de partilha de produção, é importante lembrar que a exploração de petróleo e gás natural está submetida a monopólio estatal, conforme prevê o artigo 177 e o artigo 25, §2º da Constituição Federal.<sup>280</sup> No entanto, desde a Emenda Constitucional n. 19/98, admite-se a con-

---

280 Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do **caput** do art. 21 desta Constituição Federal. Art. 25. [...] § 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante

tratação de empresas privadas para a realização de ditas atividades, na forma do parágrafo primeiro do artigo 177 da Constituição, que assim prescreve:

Art. 177 (...)

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

Isso significa que, anteriormente à Emenda Constitucional n. 19/98, as atividades do setor de petróleo e gás natural eram não apenas submetidas à *publicatio* (reserva de titularidade estatal), mas também ao monopólio estatal em sua exploração, de sorte que não poderiam sequer ser outorgadas aos particulares para exploração em nome do Estado. Mas a partir da E.C. n. 19/98 passou a Constituição a permitir a desestatização de ditas atividades.

Nessa esteira, a Lei n. 9.478/97, que instituiu a Agência Nacional do Petróleo – ANP, prevê e disciplina dois títulos habilitantes de atuação privada exógena no setor petrolífero e de gás natural:

- (i) a *concessão*, destinada à exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural, bem como à distribuição de gás canalizado;
- (ii) a *autorização*, voltada às atividades de refinação, liquefação, regaseificação, carregamento, processamento, tratamento, transporte, importação e exportação estocagem e acondicionamento de petróleo e gás natural, bem como todas as atividades relacionadas à indústria de biocombustíveis.

Ocorre que a Lei n. 9.478/97 claramente dá enfoque sobremaneira privilegiado ao setor do petróleo, deixando diversas lacunas no que concerne ao gás natural. Por conta disso, sobreveio a Lei n. 11.909/09, esta específica ao setor do gás natural. A nova legislação manteve a previsão das figuras da *concessão* e da *autorização* como habilitantes da exploração, pelos privados, de atividades relacionadas à cadeia econômica do gás natural. Todavia, diferentemente da Lei n. 9.478/97, a lei em referência não diferencia, via de regra, as figuras da concessão e da autorização em razão do objeto contratual, já que ambas servem

---

concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

para transporte, estocagem e acondicionamento de gás natural, por exemplo.<sup>281</sup> A diferença entre as figuras fica por conta de elementos acessórios, tais como o prazo da exploração e a estabilidade do vínculo.

Com a descoberta do Pré-Sal e a necessidade de atribuir à sua exploração um regime específico, sobreveio a Lei n. 12.351/10 – denominada a “Lei do Pré-Sal”, que, procedendo a importantes inovações no setor petrolífero, criou inédita modalidade de outorga, denominada de *partilha de produção*. A nova modalidade está conceituada no art. 2º, I de referido diploma:

Art. 2º Para os fins desta Lei, são estabelecidas as seguintes definições:  
I - partilha de produção: regime de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos no qual o contratado exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção e, em caso de descoberta comercial, adquire o direito à apropriação do custo em óleo, do volume da produção correspondente aos royalties devidos, bem como de parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato;

A partilha de produção é, assim, instrumento de outorga da exploração de atividades no setor de petróleo, gás natural e demais hidrocarbonetos fluidos, em que o contratado se responsabiliza pelas etapas iniciais da cadeia produtiva (exploração, avaliação, desenvolvimento e produção do bem econômico) e, em caso de sucesso, adquire o direito de obter *in natura* (ou seja, em óleo), quantia correspondente (i) ao custo de produção incorrido, (ii) ao percentual de *royalties* pela produção, definido contratualmente, e (iii) a uma parte de eventual excedente de produção.

Importante consignar que o regime de partilha de produção constitui uma modalidade *adicional* de outorga no setor petrolífero e de gás natural, prevista especificamente no âmbito do pré-sal, e portanto não substitui as figuras da concessão e da autorização, que seguem aplicáveis às demais atividades no setor.

As outorgas no setor petrolífero e de gás natural, como parece evidente, constituem hipóteses de desestatização e não de despublicização, na medida em que há o repasse apenas do direito de *exploração* de atividades econômicas

---

281 É bem verdade, contudo, que há atividades submetidas exclusivamente à autorização: é o caso (i) da importação e exportação de gás natural; bem como (ii) da construção, ampliação de capacidade e operação de unidades de (ii.a) processamento ou tratamento de gás natural, (ii.b) liquefação e regaseificação de gás natural, (ii.c) gasodutos de transferência e de escoamento da produção.



estatais ao setor privado, e não de sua titularidade, que remanesce exclusiva do Poder Público, por força do art. 177 da CF/88.

### 2.6.7.3 *Franquia postal*

A franquia é instituto originário do direito privado, mais especificamente do direito empresarial. Atualmente, está disciplinada na Lei n. 8.955/94, onde é definida como “sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício”. Por intermédio da franquia, assim, a empresa franqueadora concede ao franqueado a licença de uso de sua marca, bem como seus métodos mercantis e seu *know how*, para que este empreenda em nome próprio, mediante pagamento ao franqueador de *royalties* pelo uso da marca.

Já a *franquia postal* é figura existente desde a década de 90 do século passado, criada com o objetivo de repassar a agentes privados a exploração de atividades no setor postal. Os privados franqueados exploram as denominadas Agências dos Correios Franqueadas – ACFs. Atualmente, este modelo de desestatização é disciplinado pela Lei n. 11.668/08.

Ocorre que, para o setor postal, a denominação *franquia* padece pela falta de rigor técnico. Como visto, os serviços postais são de competência da União, consoante disposto no artigo 20, inciso X da CF/88,<sup>282</sup> sendo que o regime de sua exploração é o regime de serviço público, conforme prevê a Lei n. 6.538/78. Em assim sendo, somente podem ser outorgados aos privados por concessão ou permissão, nos moldes do art. 175 da CFRB/88, de sorte que o contrato de franquia jamais poderia suplantar o regramento da Lei n. 8.987/95. Além disso, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, os serviços postais no Brasil configuram monopólio da União (ou seja, são atividades *exclusivas* da União),<sup>283</sup> sendo vedada a entrega de correspondências por qualquer outra

282 Art. 21. Compete à União: [...] X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional.

283 Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 46 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 05/08/2009.

empresa que não a estatal Empresa Brasileira de Correio e Telégrafos – ECT, conhecida como *Correios*.

Nos termos da Constituição de 1988, o ato de outorga à iniciativa privada do direito de atuação exógena deve obedecer a requisitos específicos para tanto. No caso dos serviços públicos, o requisito maior consta do art. 175 da Constituição, que exige a celebração de contratos de concessão ou de permissão, como visto acima. A figura da *franquia*, destarte, não poderia substituir tais modelos de delegação de serviços públicos.

Na prática, contudo, não é o que ocorre: a ECT costuma celebrar contratos de franquia como se fossem uma mera terceirização de serviços, quando a bem da verdade trata-se de autêntico caso de concessão. O argumento para defender a utilização da franquia enquanto forma de *terceirização* se sustentaria apenas caso o privado fraqueado desempenhasse **(a) atividades auxiliares do setor postal**, como por exemplo a coleta e a triagem de correspondências; ou **(b) serviços prestados pela ECT que não integrassem o cerne de sua exclusividade constitucionalmente assegurada**, a exemplo do serviço de entrega de *encomendas comerciais*.<sup>284</sup> Tanto isso é verdade, que a própria Lei n. 11.668/08 faz a ressalva:

Art. 1º O exercício pelas pessoas jurídicas de direito privado da atividade de franquia postal passa a ser regulado por esta Lei.

§ 1º Sem prejuízo de suas atribuições, responsabilidades e da ampliação de sua rede própria, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT poderá utilizar o instituto da franquia de que trata o caput deste artigo para desempenhar atividades auxiliares relativas ao serviço postal, observado o disposto no § 3º do art. 2º da Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978.

Art. 2º É de responsabilidade da ECT a recepção dos postados das franqueadas, sua distribuição e entrega aos destinatários finais.

Todavia, na prática e ao arripio legal, as atividades franqueadas aos privados têm envolvido o recebimento, processamento e entrega de *correspondências*, atividades típicas do setor postal e que constituem a finalidade precípua do monopólio postal assegurado à União pela CF/88 (art. 21, X). Está-se, assim,

284 A diferença entre “correspondência” e “encomenda” foi tratada na supracitada ADFP n. 47. A distinção foi utilizada como base para a conclusão de que o privilégio de exclusividade detido pela ETC, nos termos do art. 21, X da CF/88, abrange apenas a entrega de correspondências (atividade típica do setor postal), não atingindo o transporte de encomendas – que deve ser, portanto, compreendido como atividade econômica aberta à livre iniciativa.

diante de típico caso de outorga de atividades do campo de titularidade estatal que, quando envolver o processamento de *correspondências*, está legalmente enquadrado como serviço público, passível de outorga apenas por concessão ou permissão.<sup>285</sup> Daí o desajuste na utilização da franquia na prática.

Em razão disso, foi ajuizada perante o STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.437, em que se discute a constitucionalidade da franquia postal. Deve-se ressaltar, contudo, que a inconstitucionalidade da figura não deriva da forma como está prevista na Lei n. 11.668/08 (como forma de terceirização), mas sim na forma como ela tem sido aplicada na prática (como substituto da concessão).

Deve-se ressaltar que o ordenamento jurídico-constitucional não traz óbice à caracterização da franquia postal como modalidade de concessão/permissão de serviço público postal, com requisitos específicos dispostos para regê-la, em detrimento da Lei Geral de Concessões – Lei n. 8.987/95. Setores como o do petróleo e o da energia elétrica, por exemplo, possuem diversas disposições específicas a respeito da concessão que suplantam o regime geral da Lei n. 8.987/95. O problema está em que a lei n. 11.668/08 expressamente não caracterizou a franquia postal como hipótese de outorga de serviço público postal, mas como hipótese de terceirização de serviços auxiliares (art. 1º, §1º da lei, supracitado).

De todo modo, se devidamente interpretado o contrato de franquia postal como contrato de concessão/permissão de serviço público, percebe-se que se trata de um mecanismo de desestatização, visto que o privado detentor da franquia não é o titular do serviço postal, mas seu mero executor material exógeno, por força do ato de outorga estatal.

Importa consignar que, na opinião de DI PIETRO, a utilização da franquia no Direito Administrativo não se restringe ao setor postal, podendo ocorrer amplamente pela Administração Pública. Todavia, considerando a inexistência de previsão legal de especificidades ao contrato administrativo de franquia, entende a autora que este ora configurará ora uma concessão (estando sujeito à Lei n. 8.987/95), ora um contrato administrativo ordinário (ou seja, uma terceirização, estando sujeito à Lei n. 8.666/93). A única especificidade do contrato de franquia em relação à concessão e à terceirização consistirá no fato de a franquia demandar uma padronização de técnicas de organização e de

---

285 A autorização não pode ser aqui utilizada ante a ausência de sua previsão no art. 21, X da CF/88.

trabalho, que serão dispostas pelo particular franqueado da mesma forma que pela Administração franqueadora.<sup>286</sup>

Concorda-se com tal raciocínio: independentemente de previsão legal, pode a Administração Pública modular seus contratos da forma que entender melhor para concretizar o interesse público. Nesse passo, nada impede que a Administração Pública entabule ajuste com as características do contrato de *franchising*, em que o privado franqueado terá de atuar observando padrões organizacionais do setor público, por alguma razão específica. Ocorre que o fato de um contrato administrativo conter características de contrato de franquia não o converte num instrumento especial ao qual se destina um regime jurídico tão peculiar a ponto de merecer um rótulo apartado.<sup>287</sup> Como bem reconhece DI PIETRO, o contrato de franquia ora configurará uma concessão de serviço público (nos casos em que envolver a outorga da exploração de um serviço público ao particular “franqueado”), ora configurará um contrato administrativo ordinário, no caso de mera terceirização de serviços. O fato de o particular ter de observar padrões de atuação do Poder Público não altera essa marca.<sup>288</sup>

## 2.7 Estruturação integrada: a privatização da elaboração de projetos de infraestrutura

A Administração Pública, por diversas razões – notadamente por falta de recursos humanos com capacidade ou qualificação técnica suficiente – pode optar por contar com o auxílio de terceiros para a realização de estudos e projetos de que necessita para posterior licitação. Desde projetos de engenharia e arquitetura até o planejamento da gestão de unidades/serviços dotados de maior complexidade, passando pelo *Project Finance* de empreendimentos concessórios,

---

286 DI PIETRO, *Parcerias na Administração Pública*. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 218 e seguintes.

287 Até mesmo porque, em se tratando de concessões de serviço público, é raro que o Poder Público exija do concessionário que este se submeta aos padrões de organização de atividades do poder concedente – ou seja, é escassa a utilidade da figura da franquia. Isso porque uma das razões para a outorga da concessão é justamente a tentativa de se imprimir maior eficiência à exploração do serviço, o que se faz possível, entre outras coisas, mediante utilização pelo privado de suas próprias técnicas, *know-how* e formas de organizar o serviço, naturalmente diversas daquela do Poder Público.

288 Sobre o tema, conferir: MOTTA, Fabricio; SANTOS, M. T. Franquia na Administração Pública e permissão das loterias federais: regimes jurídicos e semelhanças. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, v. 166, p. 36, 2015.

são diversos os estudos técnicos de que o Poder Público pode carecer para a estruturação de certames licitatórios futuros.

Tradicionalmente, a única forma de a Administração Pública contar com o auxílio de terceiros nessa empreitada era a figura da *terceirização*. Assim, ficava-se na dependência da realização de um procedimento licitatório, nos moldes da Lei n. 8.666/93, para prévia seleção do particular que seria responsável pela realização dos estudos, conforme requisitos previstos em edital. Após a execução do objeto contratado (realização de estudos e projetos), a Administração Pública utilizaria então o produto obtido para, aí sim, realizar uma nova licitação – agora para a execução do próprio projeto de infraestrutura. Há, portanto, uma “licitação-meio” e uma “licitação-fim”.

Tal sistemática, é fácil perceber, jamais garantiu que a Administração Pública obtivesse os melhores estudos por parte da iniciativa privada, por diversas razões, mas principalmente porque a contratação autônoma de estudos e pesquisas voltados à estruturação de uma parceria não estabelece um vínculo direto entre o contratado e o resultado efetivo da parceria estruturada. Com isso, são comuns falhas e inconsistências no projeto contratado, verificados apenas na fase de execução dos serviços, o que ocasiona desgastes e infundáveis discussões, derivadas da necessidade de ajustes de projeto e consequente reequilíbrio do contrato. A situação agrava-se quando o projeto é licitado no tipo “menor preço”, certamente o pior critério de julgamento possível para a contratação de projetos de estruturação.

Uma tentativa de superação desse modelo ocorreu com a Lei n. 12.462/11, instituidora do RDC – Regime Diferenciado de Contratação. Referido diploma inovou ao criar, no caso de obras e serviços de engenharia, a modalidade contratual denominada *Contratação Integrada*, a qual compreende “a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto” (art. 9º, §1º da Lei n. 12.462/11). Ou seja: ao invés de celebrar uma licitação prévia para contratação do projeto e outra posterior para sua execução, reúnem-se ambas as etapas para que ocorram de uma vez só, de modo que o licitante vencedor cumula as obrigações de elaborar o projeto e executar a obra projetada.

Ocorre que o RDC tem sido objeto de críticas por transferir a um mesmo agente privado toda a responsabilidade de projetar e executar a obra. Sem o devido controle do Poder Público e sem uma devida parametrização no edital de

licitação, tal cenário incentiva o particular a projetar a obra da forma que mais maximize seus lucros quando de sua execução, ao invés de projetá-la da forma que melhor concretize o interesse público.

De outra banda, ainda que a contratação integrada constitua importante inovação legal, ela em alguma medida continua seguindo a lógica tradicional da terceirização: o projeto ainda assim será definido *ex post*, pelo vencedor da licitação que projetará a obra e a executará. A Administração Pública não seleciona dentre vários projetos postos à sua disposição, mas sim seleciona *quem* será o responsável por elaborá-lo (e executá-lo na sequência). Há, portanto, apenas um único projeto – o do vencedor da licitação –, pelo que a maior vantagem do modelo reside no ganho de tempo, substituindo-se a realização de duas licitações por uma só.

As tentativas de superação não param por aí. Especificamente em matéria de concessões de serviços públicos, o legislador autorizou a adoção de postura diversa da lógica tradicional da terceirização. Aqui, ao invés de a Administração Pública selecionar *o agente* que será responsável por realizar o projeto que será posteriormente licitado, permitiu-se que a Administração Pública seleccione *o projeto*, independentemente de seu autor, dentre vários postos à sua análise. Trata-se de procedimento similar à modalidade de licitação denominada *concurso*,<sup>289</sup> mas que naturalmente não se amolda à Lei n. 8.666/93, como adiante se verá.

Essa forma de contratação pública de projetos, que será aprofundada no presente artigo, pode ser denominada de *Estruturação Integrada*, entendida como:

O conjunto articulado e completo de atividades e serviços técnicos, incluindo estudos, projetos de engenharia, arquitetura e outros, levantamentos, investigações, assessorias, inclusive de relações públicas, consultorias e pareceres técnicos, econômico-financeiros e jurídicos, para viabilizar a liberação, a licitação e a contratação do empreendimento, segundo as melhores práticas e com transparência, podendo esses servi-

---

289 Segundo o artigo 22, parágrafo 4º, da Lei n. 8.666/93: 'Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias'.

ços incluir a revisão, aperfeiçoamento ou complementação de subsídios obtidos em trabalhos paralelos ou anteriores.<sup>290</sup>

Encontram-se em vigência no ordenamento jurídico brasileiro duas modalidades parceria que correspondem à noção de estruturação integrada: o Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI, previsto no artigo 21 da Lei n. 8.987/95 e regulamentado pelo Decreto Federal n. 8.428/15, e o Procedimento de Manifestação de Interesse Social – PMIS, previsto na Lei n. 13.019/14. Em comum, as hipóteses de Estruturação Integrada carregam um modelo de interconexão entre público e privado na elaboração de projetos de interesse público, por meio de parceria com entidades privadas interessadas em executar o próprio projeto.

O tema é recente, sendo parca a bibliografia nacional produzida até o momento.<sup>291</sup> A seguir, passa-se a aprofundar as modalidades de Estruturação Integrada previstas atualmente no ordenamento jurídico brasileiro.

### ***2.7.1 Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI***

Desde 1995, com a edição da Lei de Concessões (Lei n. 8.987/95), há a possibilidade de a Administração Pública selecionar, em procedimento preliminar próprio, estudos e projetos para posterior licitação. Trata-se do contido no art. 21 da Lei de Concessões:

Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.

---

290 Esse conceito de estruturação Integrada foi dado pela redação original da Medida Provisória n. 727/2016. Contudo, em sua conversão na Lei n. 13.334/2016, foram excluídos os dispositivos que tratavam do tema. De todo o modo, as duas modalidades de estruturação integrada já existentes à época da MP 727/15 continuam vigentes no ordenamento pátrio.

291 Conferir: LIMA, Mário Márcio Saadi. **O Procedimento de Manifestação de Interesse à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2015; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

O art. 31 da Lei n. 9.074/95 traz disposição complementar:

Art. 31. Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços.

Ocorre que essas eram as únicas disposições existentes sobre o tema, que carecia de mais densa regulamentação – razão pela qual seguia soberana a utilização da figura da terceirização para contratação de tais projetos.

A aprovação da Lei das PPPs (Lei n. 11.079/04), aliada ao incremento da atividade concessória do Estado Brasileiro nos últimos anos, propiciou o surgimento de ambiente favorável à regulamentação de tal modalidade de contratação. E tal disciplina sobreveio originariamente com o Decreto n. 5.977/2006, que, no entanto, ainda continha muitas lacunas – sobretudo por conta da parca experiência nacional no assunto.

Mais recentemente, com o fito de tratar do tema de forma mais detalhada, sobreveio o Decreto n. 8.428/15, instituindo procedimento específico para a seleção de projetos e estudos de interesse público a subsidiar eventual processo futuro de outorga de permissão ou concessão (seja ela comum, administrativa ou patrocinada). Referido procedimento recebeu a denominação de Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI.

Na dicção do Decreto n. 8.428/15, o PMI pode ser instaurado de duas formas: pela própria Administração Pública, de ofício (o que alguns denominam de PMI “espontâneo” ou simplesmente PMI); ou mediante provocação do particular interessado em apresentar os estudos e projetos (denominado de PMI “provocado” ou PNS – Proposta Não Solicitada). Note-se que compete a cada ente federativo regulamentar o PMI em sua respectiva esfera, de modo que a estrutura aqui analisada diz respeito estritamente ao regime do PMI em âmbito federal.

O PMI desenrola-se de acordo com a seguinte sequência de etapas principais:

- a) **Iniciativa:** pode ser pública (PMI espontâneo) ou privada (PMI provocado), sendo sempre pública e definição da necessidade e conveniência de se efetuar o PMI;
- b) **Abertura:** independentemente da iniciativa, ocorre mediante publicação de Edital de Chamamento Público, que conterà as regras do



procedimento – que em quase nada se assemelha ao procedimento licitatório descrito na Lei n. 8.666/93;

c) Autorização: após o prazo consignado no Edital, a Administração analisará os requerimentos de autorização para realização de estudos advindos da iniciativa privada, aprovando aqueles que estiverem de acordo com os requisitos previstos;

d) Acompanhamento: após a expedição das autorizações, a Administração pode acompanhar a realização dos estudos, garantindo que sejam adequados às suas necessidades – isso pode ocorrer mediante fornecimento de documentos, realização de visitas técnicas e reuniões com os particulares, etc. (art. 4º, §4º e art. 8º);

e) Avaliação: finalizado o prazo para realização dos estudos, a Administração irá, por sua conta, avaliá-los;

f) Reapresentação: se for o caso, a Administração pode exigir que os particulares reapresentem seus estudos, caso necessitem de detalhamentos ou correções, conferindo-lhes novo prazo para tanto (art. 9º, §1º);

g) Seleção: ao final, a Administração selecionará aquele(s) estudo(s) que lhe parecer(em) suficiente(s) e estiver(em) em melhores condições de subsidiar a futura e eventual licitação da concessão, mediante publicação em Diário Oficial, e remunerará o(s) particular(es) interessado(s) proporcionalmente de acordo com a suficiência de seu estudo;

h) Revisão e solicitação de ajustes: após a seleção e até a publicação do Edital de licitação do empreendimento que foi objeto dos estudos, a Administração pode solicitar, do particular cujos estudos foram selecionados, a atualização, revisão, complementação ou realização de ajustes que entender necessários, sendo o particular obrigado a realizá-las – exceto se os valores que apresentar à Administração Pública para tal empreitada forem recusados (art. 1º, §2º, art. 4º, §6º e art. 15, §§ 5º e 6º).

Para além desse peculiar procedimento, o regime do PMI possui uma série de outras especificidades, dentre as quais:

(i) a realização de PMI é facultativa à Administração Pública, não sendo um pré-requisito para a realização de licitação, que pode ser deflagrada sem prévio PMI;

(ii) em sentido oposto, caso seja aberto PMI e até mesmo caso sejam selecionados estudos ao seu final, não há obrigação de a Administração Pública realizar licitação futuramente, daí não decorrendo nenhum direito de indenização aos particulares;

(iii) a autorização para realização de estudos é conferida sem exclusividade, de sorte que pode haver competição entre vários agentes na elaboração dos estudos;

(iv) o fato de um particular ter participado do PMI não veda que ele participe futuramente da eventual licitação para outorga da concessão;

(v) o particular apenas será ressarcido pela realização dos estudos caso seu trabalho seja selecionado (total ou parcialmente), e na proporção do que for aproveitado pela Administração, sendo que a remuneração ocorrerá exclusivamente por conta do particular vencedor da licitação futura para outorga da concessão;

(vi) a Administração Pública, ao final do PMI, pode não selecionar nenhum estudo (se considerar que todos são insuficientes), selecionar um estudo em sua totalidade (se considerar que está totalmente satisfatório), ou ainda selecionar apenas parcialmente um ou mais estudos, combinando-os entre si – hipótese em que a remuneração de cada particular selecionado será proporcional ao montante aproveitado de seus estudos.

A recente Lei n. 13.303/16, que disciplinou o estatuto das empresas públicas e sociedades de economia mista, seguiu a tendência e foi expressa em autorizar a realização de PMI para obtenção de projetos de interesse da companhia, a serem posteriormente licitados. Trata-se da previsão contida no art. 31, §4º de referida lei, que dispõe:

§ 4º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão adotar procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos com vistas a atender neces-

sidades previamente identificadas, cabendo a regulamentação a definição de suas regras específicas.

Embora a lei em referência tenha sido regulamentada pelo Decreto n. 8.945, de 27 de dezembro de 2016, o dispositivo aludido nele não foi alvo de pormenorização. Diante disso, para que as estatais lancem mão do PMI na fase prévia de estruturação de suas licitações, faz-se necessário exigir do Executivo Federal que dê urgente regulamentação ao art. 31, §4º da lei – nem que o faça de forma remissiva ao Decreto n. 8.428/15.

Nessa esquadra, constata-se a peculiaridade do PMI em face da tradicional forma de licitação para seleção de projetos de interesse público. Há diversas vantagens do procedimento para a Administração Pública, sobretudo em matéria econômica (já que quem remunera o particular vencedor do PMI não é a Administração, e sim o vencedor da licitação a ser deflagrada – caso ela ocorra), e em matéria técnica (já que a competição entre os particulares não ocorre *pelo projeto*, e sim *no projeto*, potencializando as chances de a Administração receber diversos projetos e selecioná-los ao invés de contratar apenas um). Além disso, por meio do PMI há envolvimento dos possíveis participantes da futura licitação, de modo a que o projeto apresentado seja interessante para a iniciativa privada.

Como pontos negativos do PMI, deve-se ressaltar (i) a possível existência de vantagem competitiva que possuirá o agente privado que elaborou o projeto escolhido, e (ii) o risco de captura do interesse público pelo agente privado participante do PMI. Tais desvantagens podem (e devem) ser equalizadas, por meio de atitudes como (i) a ampla publicidade de todos os atos do processo, bem como do julgamento e do projeto vencedor; (ii) o respeito aos prazos de publicação dos documentos para consulta pública e o incentivo à participação popular; (iii) a interlocução com órgãos de controle, tais como Ministério Público e Tribunais de Contas, para que acompanhem e garantam a lisura do procedimento. Ainda, em razão desses riscos, há vozes na doutrina que sustentam a necessidade de modificação do regime do PMI, sugerindo-se, por exemplo, que o particular que teve o projeto selecionado seja impedido de participar da licitação futura destinada à sua contratação.

Por fim, deve-se ressaltar que a avaliação, escolha e decisão por um modelo de parceria é competência exclusiva da Administração Pública, que deve

ter condições técnicas de decidir motivadamente pela modelagem escolhida e levada para licitação pública.<sup>292</sup>

### **2.7.2 A Medida Provisória n. 727/2016 e a Lei n. 13.334/2016**

No dia em que tomou posse interinamente como Presidente da República, ante o afastamento (à época provisório) da ex-Presidente Dilma Rousseff no processo de *impeachment*, Michel Temer fez publicar a Medida Provisória n. 727, de 12 de maio de 2016, criando o denominado Programa de Parcerias e Investimentos (PPI). A MP foi posteriormente convertida em lei, resultando na edição da Lei n. 13.334/2016.

O PPI tem diversas finalidades, dentre as quais proporcionar a “ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada” (art. 1º) e a “expansão da infraestrutura pública” (art. 2º, II), “fortalecer o papel regulador do Estado” (art. 2º, V) e garantir estabilidade e segurança jurídicas, com a “mínima intervenção nos negócios e investimentos” (art. 2º, IV).

Integram o PPI todos os empreendimentos públicos de infraestrutura a serem devidamente definidos por Decreto (art. 4º), o que abrange tanto empreendimentos executados diretamente pela União (art. 1º, §1º, I) quanto empreendimentos executados pelos demais entes federativos, mas por ela fomentados (art. 1º, §1º, II), sem prejuízo do disposto no Programa Nacional de Desestatização (Lei n. 9.491/97). Os empreendimentos infraestruturais atingidos pelo PPI são aqueles efetuados mediante celebração de um gênero contratual que a lei definiu como “Contratos de Parceria”. São características dos Contratos de Parceria, de acordo com o §2º do artigo 1º:

- (i) o fato de serem ajustes público-privados, ou seja, celebrados entre Poder Público e iniciativa privada;
- (ii) o fato de serem celebrados em setores assim considerados estratégicos (setores de infraestrutura);

---

292 Nesse sentido, dispõe o Decreto n. 8.428/15: Art. 11. Nenhum dos projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados vincula a administração pública e cabe a seus órgãos técnicos e jurídicos avaliar, opinar e aprovar a legalidade, a consistência e a suficiência dos projetos, levantamentos, investigações e estudos eventualmente apresentados.

(iii) sua complexidade, derivada de diversos fatores como o volume de investimentos realizado, o longo prazo necessário à sua amortização, os elevados e cambiantes riscos envolvidos e demais elementos ínsitos aos contratos de longa maturação.

Como exemplos de Contratos de Parcerias, pode-se apontar: os contratos de concessão comum e de permissão de serviços públicos (Lei n. 8.987/95); os contratos de concessão patrocinada e administrativa (ou seja, as Parcerias Público-Privadas, conforme Lei n. 11.079/04); os contratos de concessão previstos na legislação setorial dos setores regulados, a exemplo dos contratos de partilha de produção no setor de petróleo (Lei n. 12.351/10); e o arrendamento portuário (Lei n. 12.815/13). No entanto, o rol não é taxativo: qualquer ajuste que, “em função de seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos” (art. 1º, §2º), reunir as características dos ajustes referidos acima, será, independentemente de seu rótulo, interpretado como Contrato de Parceria para fins de incidência do regramento em questão. Recentemente, o Decreto n. 8.893/16 dispôs sobre os empreendimentos do PPI que serão tratados como prioridade nacional, nos setores de energia e de mineração.

Em seu artigo 12, a Lei n. 13.334/16 regulamenta a forma como ocorrerá a seleção de projetos no âmbito do PPI, para posterior licitação e assinatura do Contrato de Parceria. Foram previstas cinco formas de a Administração Pública selecionar projetos e estudos para posterior licitação:

- (i) a estruturação interna, utilizando-se do corpo funcional da própria Administração;
- (ii) a contratação de serviços técnicos profissionais especializados, nos termos da lei (incidindo aqui a hipótese de inexigibilidade de licitação do art. 25 da Lei n. 8.666/93);
- (iii) a abertura de chamamento público (para realização de PMI);
- (iv) o recebimento de sugestões de projetos, vedado qualquer ressarcimento;

(v) a contratação direta (sem prévio procedimento de seleção) de um fundo a ser constituído pelo BACEN nos termos do art. 16 da mesma MP, denominado “Fundo de Apoio à Estruturação de Parcerias” – FAEP.

Aqui já se nota uma importante inovação da lei em referência: ao lado do PMI, instituiu-se nova forma de contratação de estudos, que ocorre independentemente da deflagração de processo público de escolha. Trata-se da contratação direta (sem licitação ou outro procedimento público) do Fundo de Apoio à Estruturação de Parcerias, um fundo constituído, administrado e representado pelo BACEN, que possuirá prazo inicial de dez anos, renovável por iguais períodos, de natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio do administrador e dos cotistas, e que “terá por finalidade a prestação onerosa, por meio de contrato, de serviços técnicos profissionais especializados para a estruturação de parcerias de investimentos e de medidas de desestatização” (art. 14, *caput*).

Nos termos do art. 16 da lei, o Fundo poderá contratar terceiros (profissionais e empresas de elevada especialização) para a execução dos serviços técnicos sob sua responsabilidade, resguardando-se aos agentes públicos componentes do Fundo a coordenação geral dos trabalhos e a articulação com a administração pública e com as autoridades. Trata-se de autêntica forma de *subcontratação*, permitida pela lei.

Ademais, nota-se que a Lei n. 13.334/16 *suprimiu* da redação da MP n. 727 um interessante mecanismo que havia sido previsto, atinente ao procedimento denominado “PAE” – Procedimento de Autorização de Estudos. Tratava-se, a bem da verdade, apenas de uma nova denominação ao PMI, no entanto com duas principais inovações que acabaram não sendo incorporadas na lei.

A primeira inovação diz respeito à possibilidade de a Administração Pública outorgar autorização *exclusiva* a determinado particular para realização dos estudos, desde que o autorizado, seus financiadores e sua equipe profissional responsável pelos estudos, renunciassem expressamente ao direito de participar do futuro certame licitatório para contratação do objeto do estudo, bem como do direito de figurar como contratado do eventual vencedor do certame.

A inovação era deveras interessante, mas devia ser interpretada com cautela: a exclusividade na outorga da autorização para a realização de estudos e projetos não poderia significar, por óbvio, a possibilidade de a Administração Pública direcionar a seleção dos particulares autorizados a realizar estudos ape-

nas porque eles aceitaram não participar da futura licitação para outorga do Contrato de Parceria. Ao revés: a outorga de autorização com caráter de exclusividade apenas seria válida se o interessado comprovar estar plenamente apto à realização dos serviços exigidos, mediante demonstração de sua experiência pretérita, da capacidade intelectual de sua equipe e de outros fatores que atestem de forma inquestionável e insuperável sua *expertise*. O raciocínio a ser utilizado é semelhante, *mutatis mutandis*, à contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de serviços técnicos de natureza singular com profissional/empresa de notória especialização, prevista no art. 25, II e §1º da Lei n. 8.666/93.

A segunda inovação no âmbito do PAE operada pela MP referia-se à previsão carreada no seu art. 14, §4º, que permitia que o particular cujos estudos tivessem sido selecionados fosse remunerado, não apenas pelas despesas em que houvesse incorrido quando de sua realização, mas também pelo risco assumido e pelos resultados alcançados com os estudos. Tratava-se de importante mecanismo de incentivo à participação dos interessados nos PMI/PAE, minimizando o efeito negativo dos diversos riscos incidentes no processo.

De todo o modo, o PMI é previsto como método de elaboração de estudos e projetos para posterior licitação, conforme prevê o artigo 12, III da Lei n. 13.334/16, que faz referência ao *chamamento público*, disciplinado pelo artigo 3º do Decreto n. 8.428/15.

### **2.7.3 Procedimento de Manifestação de Interesse Social – PMIS**

Procedimento semelhante ao PMI visto acima foi previsto, recentemente, no âmbito das parcerias travadas entre a Administração Pública e as entidades do Terceiro Setor. Nesse passo, a Lei n. 13.019/2014, que instituiu o Termo de Fomento, o Termo de Colaboração e o Acordo de Cooperação com Organizações da Sociedade Civil – OSCs, instituiu o chamado Procedimento de Manifestação de Interesse Social – PMIS. O tema está previsto nos artigos 18 a 21 da Lei e nos artigos 75 a 77 do Decreto federal n. 8.726/16.

Na dicção do art. 18 da Lei n. 13.019/14, o PMIS consiste em “instrumento por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao poder público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebra-

ção de parceria”. A inspiração é idêntica àquela que conduziu à instituição dos PMIs no âmbito dos contratos de concessão, mas deve-se atentar a algumas peculiaridades do instituto.

O PMIS principia-se sempre por provocação da sociedade civil, movimentos sociais ou cidadãos interessados (ou seja, o PMIS é sempre provocado). Daí que o PMIS, caso seja realizado e efetivamente culmine na celebração de uma parceria, naturalmente conduzirá à assinatura de um Termo de Fomento, que é o “instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco *propostas pelas organizações da sociedade civil*, que envolvam a transferência de recursos financeiros”, conforme prescreve o art. 2º, VIII da Lei n. 13.019/14.

A provocação deve se dar por intermédio do preenchimento de um formulário, cujo modelo será disponibilizado pela Administração Pública (art. 76, *caput* do Decreto n. 8.726/16). O requerimento será encaminhado ao órgão ou à entidade da administração pública responsável pela política pública a que se referir, e deve conter, no mínimo: (i) identificação do subscritor da proposta; (ii) indicação do interesse público envolvido; e (iii) diagnóstico da realidade a ser modificada, aprimorada ou desenvolvida e, quando possível, indicação da viabilidade, dos custos, dos benefícios e dos prazos de execução da ação pretendida. Vale destacar a interessante previsão do art. 76, §2º do Decreto n. 8.726/16, que exige que a Administração Pública estabeleça um período mínimo de 60 (sessenta) dias anuais para o recebimento de requerimentos de PMIS.

Após receber o requerimento de PMIS por parte dos interessados e em estando ele de acordo com os requisitos descritos, a Administração Pública avaliará se há interesse em sua realização e, em caso positivo, deverá tornar pública a proposta em seu sítio eletrônico, de sorte a permitir a oitiva da sociedade sobre o tema. Inclusive, exige o Decreto n. 8.726/16, em seu art. 77, §2º, que seja constituído portal eletrônico único com esta finalidade. Após ouvida a sociedade, a etapa final do PMIS consiste na análise, pela Administração Pública, a respeito da realização ou não do chamamento público proposto. Diante disso, por óbvio, a realização do PMIS não importa obrigação para a deflagração do chamamento público, que acontecerá de acordo com os interesses do Poder Público. Todo esse processo (do recebimento do PMIS até seu julgamento final) não pode levar mais de 6 (seis) meses (art. 77, §1º do Decreto).

Por fim, vale frisar no tocante ao PMIS que:



- (i) a realização de chamamento público ou a celebração de parceria não depende da prévia ocorrência de um PMIS, que é procedimento facultativo;
- (ii) em sentido oposto, a prévia realização de um PMIS não dispensa a realização de chamamento público para escolha da OSC parceira parceria;
- (iii) a participação de uma OSC no PMIS não a impede de participar no eventual chamamento público subsequente.

Como se pode perceber, o PMIS, assim como o PMI, configura hipótese de privatização da estruturação de projetos sociais e de infraestrutura. Por meio deles, a Administração Pública busca construir uma modelagem de parcerias que sejam adequadas ao atendimento do interesse público e atrativas para a participação da iniciativa privada, com e sem fins lucrativos. Trata-se, portanto, de importante técnica posta à disposição do Estado para o cumprimento de suas tarefas prestacionais tanto na esfera de titularidade pública quanto na esfera de titularidade compartilhada.

### ***2.7.4 Tratamento do tema no projeto da nova lei de licitações***

Tramita no Congresso o Projeto de Lei do Senado n. 559/2013, que tem por finalidade substituir a Lei n. 8.666/93 por uma mais moderna lei de licitações. Incorporando a lógica das leis mais recentes que abordam a temática das licitações – notadamente Lei n. 10.520/2002, Lei n. 11.079/2004, Lei n. 12.462/2011 e Lei n. 13.303/2016 –, o Projeto contém diversas inovações à atual sistemática de licitações no país.

Nesse passo, sublinhe-se que, na tônica dos diplomas supracitados e diferentemente da atual redação da Lei n. 8.666/93, o PL contém expressa referência à possibilidade de realização de procedimento de manifestação de interesse no âmbito de licitações “comuns”, destinadas à compra de bens e serviços. Trata-se da previsão do art. 24 do Projeto, em sua atual redação:

Art. 24. A administração pública poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse, a proposição e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos, na forma de regulamento.

§ 1º Os estudos, investigações, levantamentos e projetos vinculados à contratação, e de utilidade para a licitação, realizados pela administração pública ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, conforme especificados no edital.

§ 2º A administração pública poderá limitar ou impedir a participação na licitação do autor dos estudos, investigações, levantamentos e projetos referidos no § 1º.

§ 3º A realização pela iniciativa privada de estudos, investigações, levantamentos e projetos em decorrência do procedimento de manifestação de interesse mencionado no caput:

I – não atribui ao realizador qualquer direito de preferência no processo licitatório;

II – não obriga o Poder público a realizar licitação;

III – não implica, por si só, direito a ressarcimento de valores envolvidos em sua elaboração; e

IV – somente será remunerada pelo vencedor da licitação, não sendo possível, em nenhuma hipótese, a cobrança de valores do Poder Público.

Na atual redação do PL, constata-se uma grande aproximação do procedimento ali instituído – a ser posteriormente regulamentado por Decreto específico – com aquele previsto atualmente no Decreto n. 8.428/15, com uma grande diferença: a possibilidade de que a Administração Pública limite ou impeça a participação do autor do projeto vencedor do PMI na futura licitação destinada a contratá-lo (art. 24, §2º do PL). Trata-se, como visto acima, de disposição que vai ao encontro da opinião de parcela da doutrina, que vê com maus olhos a possibilidade de participação do autor do projeto vencedor na licitação, ante a elevação do risco de quebra da isonomia e de direcionamento do certame.

Independentemente de sua previsão legal atual (sujeita a alterações na Câmara e a vetos da própria Presidência), fato é que, para além das concessões comuns, das parcerias público-privadas e das contratações realizadas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, tudo indica que o PMI será em breve passível de utilização para todo qualquer caso em que a Administração Pública tiver interesse.

## Considerações Finais

A compreensão dos papéis do Estado passa, na História, por movimentos cíclicos de dilatação e compressão. A cada momento histórico, em cada sociedade, institucionaliza-se um discurso dominante acerca de quais as incumbências esperadas daqueles responsáveis por governar. Todas essas mudanças carregam profundas alterações no conteúdo e na forma de exercício das funções estatais.

Assim é que, nos tempos antigos, a principal função dos governantes relacionava-se à conquista e defesa de seu território. Posteriormente, começaram a ser relevadas atuações como a ordenação da vida em sociedade e a organização das atividades econômicas, sob a forma do poder de polícia. Após as Revoluções Liberais, a garantia às liberdades públicas entrou na pauta dos países ocidentais e, com as duas grandes guerras mundiais, ampliou-se a missão estatal de oferecimento de prestações materiais aos cidadãos. A recente crise do Estado prestador de serviços importou novo movimento de atenuação de suas atividades prestacionais, com a redefinição de algumas de suas tarefas e a instituição de novos modelos de interação público-privada.

Circunscrito no espaço e no tempo, o presente trabalho intentou fornecer alguns elementos técnico-jurídicos para a compreensão desse recente movimento, denominado em sentido coloquial de *privatização*, bem como dos antigos e novos institutos jurídicos voltados à sua materialização. Como é evidente, não foi objetivo do texto descer às minúcias de cada uma das modalidades apresentadas, mas sim enquadrá-las num contexto de potencialidades e limites com vistas a debater o tema em bases normativas.

A partir das três esferas de titularidade sobre as atividades e bens, tal como previsto pelo texto constitucional brasileiro, foi possível compreender a extensão dos deveres de cada ator social bem como analisar as hipóteses de interação entre eles em cada uma das esferas de atuação. Seja em nome próprio – seja por meio de um *título habilitante* ou *título condicionante* – Estado, mercado e terceiro setor são responsáveis, diretos ou indiretos, pelo atendimento das necessidades sociais e econômicas do país.

Nesse espectro, não incumbe ao jurista oferecer hermenêutica parcial do ordenamento, restritiva de suas potencialidades, com fundamento em suas pai-

xões e visões de mundo. Tolher o alcance da norma jurídica por discordar do conteúdo de sua previsão é conduta doutrinária inadequada. Assim, se de um lado vislumbra-se no ordenamento jurídico nacional um cenário propício para potencializar o uso de instrumentos de privatização de bens e tarefas públicas, de outro lado, é flagrante a existência de forte limitador a impedir seu uso indiscriminado. Tal limitador decorre sobretudo, da previsão constitucional de direitos fundamentais que o Estado tem a obrigação de garantir, especialmente através da prestação de serviços públicos. Nessa medida, a Constituição brasileira traz limites bastante claros à privatização – ao menos em sua espécie mais radical, a *despublicização*. As constantes crises demandam do Estado de hoje uma maior sinergia com o setor privado na busca da concretização de suas tarefas, mas jamais permitem ao Estado desresponsabilizar-se em relação às missões que lhe foram incumbidas pela Constituição.

Assim, se é incorreto considerar a prestação estatal de uma tarefa pública como a única possível para atender às necessidades coletivas, sempre crescentes e mais complexas, é também falso crer de forma intransigente que a exploração privada sempre será mais adequada. Isso porque a opção pela privatização jamais pode ser resultante de uma decisão embasada em raciocínio de índole puramente ideológica, eis que a privatização, *de per si*, jamais será boa ou ruim, benéfica ou maléfica. Ao revés: será útil ou inútil, eficiente ou ineficiente, a depender da forma como for implementada no caso concreto, a partir de decisão devidamente motivada.

Afora a *despublicização*, que implica a retirada de determinada tarefa da esfera de responsabilidade pública, todas as demais modalidades de privatização podem ser adotadas como estratégias para a gestão de tarefas e bens que permanecem públicos, a serem adotadas em casos específicos, conforme legislação própria e decisão política devidamente motivada. Assim ocorre com a criação pelo Estado de pessoas específicas com autonomia para executá-las (*descentralização*), com a adoção das diversas técnicas de participação da iniciativa privada na execução de tarefas públicas (*desestatização*), com a instituição de regime específico e menos constritor para determinada atividade social ou econômica (*desregulação*), com a contratação de pessoas físicas ou jurídicas para executar serviços em favor do Estado (*terceirização*), e com a transferência ao setor privado de atividades de planejamento e estruturação de uma parceria (*estruturação integrada*). Todas essas modalidades de privatização, como visto no decorrer

deste trabalho, devem ser adotadas como instrumento de fortalecimento da capacidade de ação pública.

A defesa do campo social e do campo econômico não é um embate entre público e privado em searas opostas. Nesse passo, é preciso superar essa visão binária de mundo: ao invés da alternância entre Estado e Privado, a confluência, a sinergia, a *síntese* de Estado e Privado. O ato de privatização, portanto, depende de motivação que demonstre ser a privatização a melhor forma de conferir máxima utilidade social e eficiência econômica aos deveres estatais. A análise e crítica de cada uma das modalidades de interação público-privada para a prestação de tarefas públicas previstas no ordenamento jurídico pátrio é essencial para a devida concretização dos deveres estatais *hic et nunc*.



## Referências Bibliográficas

- AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ALESSI, Renato. **Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo Italiano**. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1960.
- AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. **Privatização no Estado Contemporâneo**. São Paulo: Ícone, 1996.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresa público-privada. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.) **Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público e as suas crises. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **O Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar Ariño; CASSAGNE, Juan Carlos. **Servicios públicos, regulación y renegociación**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **La regulación económica: teoría y práctica de la regulación para la competencia**. Buenos Aires: Ábaco, 1996.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Princípios de Derecho Público Económico**. 3. ed. Granada: Comares, 2004.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

- BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação:** transformações político-jurídicas econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Controle das Concessões de Serviço Público.** Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão e Permissão de Serviços públicos:** comentários a lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e a lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995. Curitiba: Juruá, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. Carlos Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.422.811/DF. Relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julg. 23 set. 2014, **Diário de Justiça da União**, 18 nov. 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 817.534/MG. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julg. 10 nov. 2003, **Diário de Justiça da União**, 10 Dez. 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo no Recurso Extraordinário n. 219.900/RS. Relatora Ministra Ellen Gracie, Primeira Turma, julg. 04 jun. 2002, **Diário de Justiça da União**, 16 Ago. 2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 46/DF. Relator Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão Ministro Eros Grau, julg. 05 ago. 2009, **Diário de Justiça da União**, 25 Fev. 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 101.126/RJ. Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julg. 24 out. 1984, **Diário de Justiça da União**, 01 Mar. 1985.



- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 220.906/DF. Relator Ministro Maurício Corrêa, julg. 16 Nov. 2000, **Diário de Justiça da União**, 14 Nov. 2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 662.186/MG, Relator Ministro Luiz Fux, julg. 22 mar. 2012, **Diário de Justiça da União**, 13 Set. 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923/DF. Tribunal Pleno, Relator para o acórdão Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça da União**, 17 Dez. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 46 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 05 Ago. 2009.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1449/2012. Processo n. 026.156/2011-3. Plenário. Relator Ministro Raimundo Carreiro, Julg. 13 Jun. 2012.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Crise econômica e reforma do estado no Brasil**. São Paulo: Editora 34, 1996.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. **Revista do Serviço Público**, ano 47, jan./mar./abr. 1996, v. 120, n. 1. Brasília: ENAP; Do Estado Patrimonial ao Gerencial. In: PINHEIRO, WILHEIM e SACHS (orgs.). **Brasil: um século de transformações**. São Paulo: Cia das Letras, 2001.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania**. São Paulo: Editora 34, 2002; Uma nova gestão para um novo Estado: liberal, social e republicano. **Revista do Serviço Público**, n. 52, janeiro de 2001.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. 10. ed. T. II. Coimbra: Almedina, 1997.

- CAÑADA, Isabel Maria V. **Público y privado en la gestión de la seguridad social en Espana. Dimensión Jurídica.** Granada: Comares, 2007.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodologia “Fuzzy” e “Camaleões Normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. *In:* CANOTILHO, J. J. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2004.
- 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 economía de mercado (hacia una nova concepción). **Revista de Administración Pública**, n. 140, p. 103, maio/ago. 1996.
- CASSAGNE, Juan Carlos. **La intervención administrativa.** 2. ed. Buenos Aires: Abeledp-Perrot, 1994.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Curso de Direito Administrativo.** 7. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964.
- CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative.** 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.
- COUTO E SILVA, Almiro do. **Conceitos fundamentais do Direito no Estado Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2013.
- COUTO E SILVA, Almiro do. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. *In:* MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito Privado Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabricio; FERRAZ, Luciano. **Servidores Públicos na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.
- DOURADO, Maria Cristina. O repensar do conceito de serviço público. **Revista Interesse Público**, n. 9, p. 95, 2001.
- ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 1996.
- ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003.
- FORTINI, Cristiana; PIEVE, Flávia da. **Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. 3. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- FREIRE, André Luiz. **O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas**. São Paulo: Malheiros, 2014.
- GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GONÇALVES, Pedro. **A Concessão de Serviços Públicos**. Coimbra: Almedina, 1999.
- GONÇALVES, Pedro. **Regulação, electricidade e telecomunicações: estudos de Direito Administrativo da Regulação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Os serviços públicos econômicos e a concessão no Estado regulador. *In*: MOREIRA, Vital (Coord.). **Estudos de regulação pública**, v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- GONÇALVES, Vania Mara Nascimento. **Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

- GROTTI, Dinorá A. Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016 – lei das estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de Serviço Público**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria Público-Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. **El Derecho Administrativo Privado**. Madri: Montecorvo, 1996.
- JÈZE, Gaston. **Principios Generales del Derecho Administrativo**. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1948.
- JÈZE, Gaston. **Principios Generales del Derecho Administrativo**. Tomo II. Trad. Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1949.
- 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. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Empresas estatais e a superação da dicotomia prestação de serviço público / exploração de atividade econômica'. In: Marcelo Figueiredo; Valmir Pontes Filho. (Coord.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antonio Bandeira de Mello**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

- JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico dos operadores de terminais portuários no Direito brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 4, n. 16, out./dez. 2006.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004**
- KLEIN, Aline Lícia. A utilização de parcerias público-privadas para a gestão de estabelecimentos prisionais. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). **Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. São Paulo: RT, 2015.
- KLEIN, Aline Lícia. **Exercício de atividades de polícia administrativa por entidades privadas**. 457 fls. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.
- LA SPINA, Antonio; MAJONE, Giandomenico. **Lo Stato Regolatore**. Bolonha: Il Mulino, 2000.
- MAJONE, Giandomenico. **La communauté européenne: un État régulateur**. Paris: Montchrestien, 1996.
- MÂNICA, Fernando Borges. **Curso de Direito do Terceiro Setor**. Inédito.
- MÂNICA, Fernando Borges. **O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, n. 1, fev./abr. 2005. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em: 1 jul. 2015.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regime jurídico dos bens públicos empregados na geração de energia. **Revista de Direito Administrativo**, n. 232, Rio de Janeiro, abr./ jun. 2003.
- MARRARA, Thiago. **Bens públicos: domínio urbano: infra-estruturas**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- MARRARA, Thiago. O exercício do poder de polícia por particulares. **Revista de Direito Administrativo**, v. 269, p. 255-269, 2015.
- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. Sentido y formas de la privatización de la Administración Pública. *In: Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade**. São Paulo: Singular, 2006.
- MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. Trad. Luis Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MEDAUAR, Odete. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos: comentários à Lei 11.107/2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- MENEGAT, Fernando. **Autorizações Administrativas Regulatórias: a evolução do Direito Administrativo e a mutação das autorizações nos setores de infraestrutura**. 352 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.
- MODESTO, Paulo. Legalidade e autovinculação da Administração Pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa. In: MODESTO, Paulo (Coord.). **Nova organização administrativa brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif**. 7. ed. Paris: Montchrestien, 2001.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- MOREIRA, Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016
- MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo contemporâneo e a intervenção do Estado na ordem econômica. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (coord.). **Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo da Economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata. In: MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. **Estudos de Direito Econômico**, v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

- MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do Direito da regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, A. (Coord.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997.
- MORENILLA, José María Souvirón. **La actividad de la administración y el servicio público**. Granada: Comares, 1998.
- MOTTA, Fabricio (Coord.). **Concurso Público e Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- MOTTA, Fabricio; SANTOS, M. T. Franquia na Administração Pública e permissão das loterias federais: regimes jurídicos e semelhanças. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, v. 166, p. 36, 2015.
- NOHARA, Irene Patrícia. Contrato de gestão para ampliação da autonomia gerencial - case jurídico de malogro na importação e novas formas de se alcançar eficiência na gestão pública. *A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 55, p. 169-185, 2014.
- NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômico**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- OTERO, Paulo. Coordenadas jurídicas da privatização da administração pública. In: **Os caminhos da privatização da administração pública**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.



- REALE, Miguel. Natureza jurídica da permissão e da autorização. In: REALE, Miguel. **Direito administrativo: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.
- RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**. Trad. Gilda G. de Azevedo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.
- RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Trad. Rogério E. Soares. Coimbra: Almedina, 1981.
- ROCHA, Camen Lúcia Antunes da. **Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **La privatización de la empresa pública**. Madri: Montecorvo, 1993.
- SALOMONI, Jorge L. **Teoría general de los servicios públicos**. Buenos Aires: Ad-hoc, 1999.
- SÁNCHEZ, Rafael Caballero. Las técnicas de regulación de la competencia, para la competencia y contra la competencia, y su contexto. In: SANTAMARÍA PASTOR, Juan; SÁNCHEZ, Rafael Caballero. **Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados**. Madri: Ilustel, 2011.
- SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos Administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- SCHIEFLER, Gustavo Henrique. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social**. 214 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

- SCHWIND, Rafael Wallbach. **Participação estatal em empresas privadas:** as “empresas público-privadas”. 385 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões e terceirizações.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Concessões.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. Estímulos positivos. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). **Terceiro Setor, empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador.** São Paulo: Malheiros, 1997.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador.** São Paulo: Malheiros, 2003.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias Público-Privadas.** São Paulo: Malheiros, 2005.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Malheiros, 2006.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Loterias estaduais na Constituição de 1988. **Revista de Direito Público**, n. 91, v. 22, Rio de Janeiro, jul./set. 1989.
- SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. *Empresas semiestatais.* **Revista de Direito Público da Economia – RDPE.** vol. 36. p. 75-99. out-dez/2011.
- TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. In: TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público**, v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

- TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público**, v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- TEIXEIRA, Josenir. **O terceiro setor em perspectiva: da estrutura à função social**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- VILLAR PALASÍ, José Luis. **La intervención administrativa en la industria**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1964.
- VILLAR ROJAS, Francisco José. Privatización de grandes servicios públicos. *In: Os caminhos da privatização da administração pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. **Direito Administrativo**. v. 1. Trad. Francisco de Souza. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.
- YUNUS, Muhammad. **Um mundo sem pobreza: a empresa social e o futuro do capitalismo**. Tradução: Juliana A. Saad. São Paulo: Editora Ática, 2008.
- ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2014.

