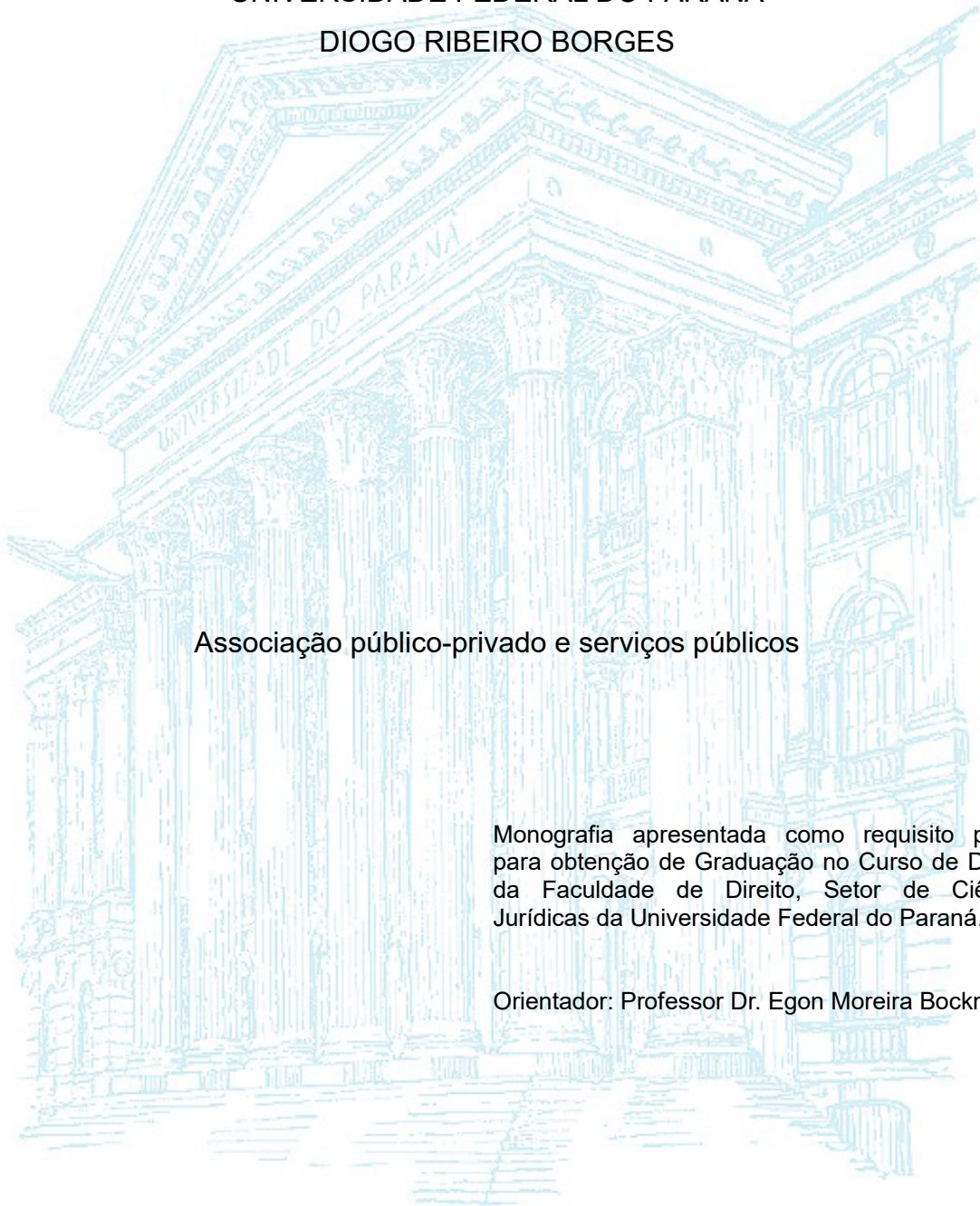


UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
DIOGO RIBEIRO BORGES



Associação público-privado e serviços públicos

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Dr. Egon Moreira Bockmann.

DIOGO RIBEIRO BORGES

Associação público-privado e serviços públicos

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção de Graduação no Curso de Direito,
da Faculdade de Direito, Setor de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do Paraná

Orientador: Professor Dr. Egon Moreira Bockmann.

Curitiba
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

DIOGO RIBEIRO BORGES

Associação público-privado e serviços públicos

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

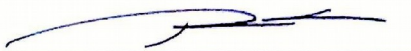


EGON BOCKMANN MOREIRA
Orientador

Coorientador



ALEXANDRE DITZEL FARACO
Primeiro Membro



RODRIGO LUÍS KANAYAMA - Direito Público
Segundo Membro

RESUMO

A presente monografia se refere à associação entre o poder público e a iniciativa privada visando a prestação de serviços públicos. No capítulo 2 é demonstrado o desenvolvimento que marcou a construção histórica da noção de serviço público, culminando com o que consideramos uma posição mais contemporânea, e sua vocação natural para a concretização de direitos fundamentais. No capítulo 3 traremos à baila os instrumentos pelos quais o Estado pode desenvolver parcerias com a iniciativa privada, com especial ênfase às modalidades de concessão, permissão e autorização, onde se buscou ressaltar o potencial que essas formas de parcerias têm para a instituição de políticas públicas, contribuindo para a realização dos princípios orientadores dos serviços públicos, e para possibilitar a efetiva prestação desses serviços em um ambiente marcado pela escassez de recursos públicos. Pretendeu-se aqui demonstrar que, diante da realidade econômica e jurídica em que se encontra o Brasil, a forma mais eficiente de o Estado satisfazer as necessidades sociais, concretizando direitos fundamentais, é através da associação com a sociedade civil.

Palavras-chave: serviço público, direitos fundamentais, delegação de serviço público, associação e parceria.

RESUMEN

Esta monografía se refiere a la asociación entre el poder público y el sector privado buscando la prestación de servicios públicos. En el capítulo 2 se demuestra el desarrollo que marcó a la construcción histórica del concepto de servicio público, que culmina en lo que consideramos una posición más contemporánea y su vocación natural para la realización de los derechos fundamentales. En el Capítulo 3 vamos traer para la discusión los instrumentos por los cuales el Estado puede establecer asociaciones con el sector privado, con especial énfasis en los procedimientos de concesión, permisión y autorización, donde trató de poner de relieve el potencial que estas formas de asociación tienen para la institución de política pública, lo que contribuye a la consecución de los principios rectores de los servicios públicos, y para permitir la efectiva provisión de estos servicios en un entorno marcado por la escasez de recursos públicos. Se pretendió demostrar aquí que, delante de la realidad económica y jurídica en que se encuentra el Brasil, la mejor manera del Estado satisfacer a las necesidades sociales, trayendo la realización los derechos fundamentales, es a través de la asociación con la sociedad civil.

Palabras-llaves: servicio público, derechos fundamentales, delegación de servicio público, asociación y cooperación.

SUMÁRIO

RESUMO	4
RESUMEN	5
1.0 INTRODUÇÃO	7
2.0 SERVIÇO PÚBLICO	16
2.1 PRINCÍPIOS ORIENTADORES DO SERVIÇO PÚBLICO.....	19
2.2 CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	20
2.3 SERVIÇO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE SATISFAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	32
2.4 TITULARIDADE E PRESTAÇÃO EXCLUSIVA PELO PODER PÚBLICO.....	37
3.0 DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	44
3.1 INSTITUIÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS POR MEIO DE CONTRATOS DE DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	57
3.2 ESCASSEZ DE RECURSOS PÚBLICOS E O ASPECTO INSTITUCIONAL DO SERVIÇO PÚBLICO.....	60
4.0 CONCLUSÃO	71
REFERÊNCIAS	74

1.0 INTRODUÇÃO

Esta monografia tratará da prestação de serviços públicos pelo Estado através da delegação dessa tarefa a pessoas privadas. E tratar de serviços públicos é tratar, ainda que como pano de fundo, da definição das funções atribuídas ao Estado, avaliar os seus limites de atuação e o âmbito reservado à livre iniciativa dos particulares.¹ Isso é reflexo dos aspectos políticos, econômicos e sociais subjacentes à noção jurídica de serviço público, ou seja, é um instituto jurídico fortemente suscetível às mudanças ocorridas no mundo dos fatos.

Ao longo da história a noção de serviço público teve um conteúdo variável conforme a ideologia de Estado dominante. Assim, no Estado Liberal, no Estado de Bem-Estar Social, no Estado Neoliberal, e mais recentemente com influência do direito comunitário europeu e do desenvolvimento tecnológico, em cada momento histórico a noção de serviço público teve uma conformação distinta.

Da mesma forma que a noção de serviço público varia no tempo, também varia no espaço. Cada realidade social tem sua própria noção de serviço público, com um conteúdo específico àquela realidade, nas palavras de Dinorá Adelaide Musetti Grotti “cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico”.²

A doutrina aponta para o fato de a noção de serviço público “estar em constante formação”³, passando por várias crises, ou como prefere Alexandre Santos de Aragão, “serviço público é, desde sua origem, uma noção em permanente crise”.⁴ Crises e transformações que não lhe retiraram sua utilidade prática, importância social e, em especial no ordenamento jurídico brasileiro, sua relevância jurídica, uma vez que consagrada no texto constitucional.

1 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A configuração jurídica clássica do serviço público e suas mutações**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 28/2011, p. 81 – 118, Jul – Dez, 2011. pág. 1.

2 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A configuração jurídica...** op. Cit. pág. 6.

3 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. **Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 63-77, abr./jun. 2014. pág. 63.

4 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O serviço público e as suas crises**. *Interesse Público IP* Belo Horizonte, nº 46, ano 9 Novembro/Dezembro, 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=51132>>. Acesso em: 30 ago. 2015, pág. 1.

Ainda que tradicionalmente a construção doutrinária nacional da noção de serviço público tenha recebido forte influência do direito francês, cada vez mais se faz presente a influência do direito norte-americano e inglês.⁵

Desta forma, para bem compreender o instituto do serviço público, faz-se necessário inicialmente fazer uma, ainda que breve, regressão histórica, percebendo sua evolução histórica. Mas também é essencial estar atento para essas novas tendências anglo-saxônicas. Sem, contudo, deixar de lado a realidade social brasileira e os dispositivos normativos que regulam essa atividade estatal.

Ponto essencial desse trabalho monográfico será a questão da titularidade do Estado sobre as atividades erigidas a serviços públicos. De acordo com a doutrina mais tradicional quando uma atividade é considerada serviço público, através da atividade legislativa, ela é retirada “do regime de liberdade, de livre concorrência, para serem avocadas pelo Estado”⁶, ocorrendo a *publicatio*. Corolário da titularidade estatal é a prestação exclusiva dessas atividades pelo Estado e o fato de uma vez o Estado assumindo essas atividades, devam elas necessariamente se submeter ao regime jurídico de direito público.

A titularidade sobre a atividade considerada serviço público será questionada, buscando, sumariamente, discutir as raízes dessa noção no direito brasileiro.⁷

A consequência da titularidade exclusiva do Estado sobre dada atividade econômica é a sua exclusão do campo de possibilidade à livre iniciativa. Outra consequência é a necessária submissão a um dado e único regime jurídico de direito público. Consequências essas não encontradas na Constituição ou mesmo na legislação infraconstitucional.⁸ O serviço público será aqui tratado como uma obrigação do Estado, da mesma forma serão tratadas as consequências que derivam dessa concepção.

Partir-se-á do pressuposto que a titularidade exclusiva é a exceção no

5 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. **Notas sobre o conceito**. Op. Cit. pág. 65.

6 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. **Notas sobre o conceito**. Op. Cit. pág. 66.

7 SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. 309 fls. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. pág.61.

8 SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. Op. Cit. pág. 63.

ordenamento jurídico brasileiro, nas palavras de Alexandre Santos de Aragão:

podemos afirmar que a titularidade estatal sobre serviços públicos, com prestação por particulares apenas mediante delegação, é mantida quando, apesar dos programas e controles impositivos pelas autorizações, a livre iniciativa não for eficaz para realizar os objetivos de interesse público visados.⁹

De forma didática, Floriano de Azevedo Marques Neto enumera três características naturais às atividades consideradas serviço público, segundo a visão da doutrina clássica; afirma o autor que a essas atividades são atribuídas:

(i) a qualidade de atividade exclusiva do Estado, enquanto titular da prerrogativa de prestá-lo; (ii) a restrição à livre-iniciativa e ao princípio da livre concorrência, que interdita, em qualquer caso, o exercício da atividade por particulares; e (iii) a incidência de um regime especial de direito público na sua prestação, derogatório do direito comum.¹⁰

Características essas que estão esvaziadas¹¹ diante da nova concepção de serviço público aqui adotada.

Outro problema relacionado à temática dos serviços públicos e que também será abordado no decorrer do trabalho é o que diz com a amplitude da noção de serviço público, quais atividades deveriam integrar essa noção e qual o critério é possível utilizar para se escolher uma determinada atividade e não outra para ser um serviço público.

A doutrina clássica distingue atividade econômica *stricto sensu* e serviço público, considerando as duas espécies do gênero atividade *lato sensu*. Essa distinção ressalta uma separação rígida entre o Estado e sociedade. Será

9 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Serviços Públicos e Concorrência**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional AeC. Belo Horizonte, n.17, ano 4, Julho/Setembro 200. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12683>>. Acesso em: 30 ago. 2015. pág. 12.

10 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. **Notas sobre o conceito**. Op. Cit. pág. 68.

11 *Ibidem*. p. 71.

demonstrado que tal dicotomia não é benéfica e perde sua utilidade ante a nova concepção de serviço público.

Será adotado o princípio da subsidiariedade ou como prefere Juarez Freitas, “princípio da intervenção estatal promotora do núcleo essencial dos direitos fundamentais”. Nesse sentido a atuação do Estado deve se restringir ao essencial, fiscalização, incentivo e planejamento.¹² Superando o papel de Estado provedor, passando “para a posição de regulador da ordem econômica, mediante a transferência de competências e atividades tipicamente públicas aos particulares”¹³; o que implica em atividades até então consideradas serviços públicos liberalizadas e outras atividades consideradas privadas submetida a um regime jurídico mais rígido, de acordo com a necessidade da satisfação de direito fundamental.

A concepção adotada nesse trabalho será aquela que concebe o serviço público como um dos instrumentos disponíveis à Administração Pública para realização de direitos fundamentais.¹⁴ Assim, entende-se que em observâncias às regras e princípios constitucionais só faz sentido falar em atividades econômicas prestadas pelo Estado como serviço público, ante o princípio da subsidiariedade, se for para atender a direitos fundamentais, nas palavras de Vitor Rhein Schirato “A competência estatal para prestar os serviços públicos só existe porque existem direitos fundamentais a serem concretizados”.¹⁵

Assim, além de impor uma limitação a intervenção do Estado na economia, essa concepção de serviço público garante um preenchimento do conteúdo da noção de serviço público mais consentâneo com o texto constitucional, mais uma vez nas palavras de Vitor Rhein Schirato, “a prestação dos serviços públicos, neste trilhar, é uma obrigação esteada pelos direitos fundamentais contidos no texto constitucional”.¹⁶ Nesse sentido, a escolha de quais direitos fundamentais serão concretizados por meio do instrumento serviço público são variáveis no tempo e

12 FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 3. ed, rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 80-82.

13 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. **Notas sobre o conceito**. Op. Cit. pág. 68.

14 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. **Notas sobre o conceito**. Op. Cit.; SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. Op. Cit.; JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11º ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015; FINGER, Ana Cláudia. **Serviço Público: Um instrumento de concretização de direitos fundamentais**. Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro, 232: p. 59-82, abril/Junho, 2003.

15 SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. Op. Cit. pág. 74.

16 *Idem*, p. 71.

espaço e reconhecidos por meio da positivação legislativa, que em atendimento aos anseios sociais e a realidade econômica, social e política fará essa opção, vinculada essa criação de serviços públicos ao rol de direitos fundamentais existentes na Constituição.

Com essa concepção de serviço público, aqui adotada, não faz mais sentido em se dividir de forma estanque serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito. Na realidade existirá uma gama variada de restrições impostas a determinadas atividades econômicas, graduadas conforme a importância dessa atividade para o atendimento de direitos fundamentais. Assim, existirão atividades econômica em sentido estrito, próprias da iniciativa privada; *public utilities*¹⁷, que ainda que estejam no campo disposto à iniciativa privada, sofrerão, de forma mais ou menos intensa, alguma forma de intervenção estatal; e serviços públicos, que são uma obrigação imposta ao Estado pelo ordenamento jurídico, em observância ao exposto acima (subsidiariedade, atendimento a direitos fundamentais etc).

A classificação das atividades econômicas se dará conforme a carga valorativa dada a essas atividades em cada sociedade e a necessidade de garantir a universalização, continuidade, igualdade. O controle/intervenção estatal será maior quanto mais próxima a atividade estiver do polo "serviço público", ou seja, quanto mais valor essa atividade tiver para a sociedade. "O debate hoje é qual é o grau de intervenção desejável".¹⁸ Isso implicará em uma modulação do regime jurídico, que deverá ser guiada pela proporcionalidade e razoabilidade¹⁹, ocorrendo uma ponderação entre os direitos fundamentais da livre iniciativa e do serviço público adequado (o qual visa atender também a um direito fundamental, compatibilizando-os).

Parte-se da definição de serviço público adotada por Marçal Justen Filho²⁰:

serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da

17 Designação proposta por MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. **Notas sobre o conceito**. Op. Cit.

18 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A configuração jurídica...** op. Cit. pág. 6.

19 SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. Op. Cit. pág. 229.

20 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Op.Cit.

livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob o regime de direito público.

Tal definição será compatibilizada com a instrumentalidade dessa atividade pública para a realização de direitos fundamentais presente em Vitor Rhein Schirato e Floriano de Azevedo Marques Neto.

Para dar conta dessa complexidade que é definir o que vem a ser serviço público, qual seu conteúdo, qual sua noção atual e suas tendências, o primeiro capítulo da monografia será dedicado a esse fim.

Os serviços públicos são atividades administrativas que invariavelmente exigem a mobilização de muitos recursos para sua prestação. Tal constatação remete a questão do seu financiamento, de onde sairão e a quem caberá os recursos necessários a sua prestação.²¹

A problemática do financiamento será abordado em contraste com a escassez de recursos da Administração Pública. Cada vez mais se exige do Estado prestações relacionadas a concreção de direitos, muitos dos quais realizados por meio de serviços públicos. Por outro lado, esse Estado prestador vem sofrendo com crises fiscais cada vez mais severas, arrecadações que não fazem frente as atividades imputadas ou avocadas por ele. Nessa mesma linha se tem a questão da tributação, principal forma de arrecadação dos Estados Fiscais. A cada atividade assumida pelo Estado há de se ter uma fonte de financiamento correspondente, o que, via de regra, importa em aumento nas despesas públicas, que em última análise exige um aumento na arrecadação.

A escassez de recursos exige que o Estado faça escolhas. Isso implica em eleição de preferências, que, por sua vez, implica em preteridos. Essa constatação leva a indagação de quais serão os critérios adotados para eleição de quais atividades serão desenvolvidas e quais deixaram de ser. Voltando para os serviços públicos, se é verdade que são eles instrumentos de realização de direitos fundamentais, como selecionar qual direito fundamental será realizado e qual será preterido?

Essa escassez de recursos relacionada à prestação de serviços públicos

21 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. **Notas sobre o conceito ...** *Op. Cit.* pág. 74.

leva à consideração sobre o regime jurídico de serviço público, universalização, continuidade e modicidade tarifária.²² Evidentemente fica extremamente difícil ao Estado garantir esse regime jurídico sem os suficientes recursos financeiros. Mas também não pode o Estado se esquivar de prestar esses serviços públicos em observância desse regime jurídico, uma vez que são obrigações impostas constitucionalmente.

Esse será o ponto central desta monografia. Buscará demonstrar que a forma mais adequada de prestação de serviços públicos é através da associação entre o Estado e a iniciativa privada. Ainda que busquem fins distintos, o bem público e o lucro, respectivamente, vislumbra-se como possível a compatibilização desses interesses, convergindo para a satisfação de direitos fundamentais. Entende-se essa associação como uma forma de "apropriação" do capital da iniciativa privada para a consecução de direitos fundamentais, potencializando sua prestação.

O instrumento jurídico para essa associação é a delegação da prestação de serviços públicos à particulares. Para além da escassez de recursos, Dinorá Adelaide Musetti Grotti aponta a falta de organização como outro fator que leva o Estado a delegar à particulares a prestação dessa atividade:

Estado percebeu que não dispunha de organização adequada à realização desse tipo de atividade; em consequência, começou a haver a gestão de serviços públicos por particulares, por meio dos contratos de concessão de serviços públicos e, posteriormente, por meio de pessoas jurídicas de Direito Privado criadas para esse fim, sob regime jurídico predominantemente privado.²³

Delegação de serviço público nesse novo cenário deve ser entendido como um “arranjo contratual por meio do qual o Estado transfere ao particular uma obrigação que lhe é imposta pelo ordenamento jurídico, deixando de ser o Estado o responsável primário pelo cumprimento de tal obrigação e passando a ser o garantidor de seu efetivo cumprimento”.²⁴

Buscar-se-á demonstrar que a delegação da prestação de serviços públicos

22 SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição.** Op. Cit. pág. 203.

23 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A configuração jurídica...** op. Cit. pág. 3.

24 SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição.** Op. Cit. pág. 245.

é uma forma de contratualizar os governos²⁵, retirando da influência política a prestação de serviços públicos, atividades de suma importância, pois, em última análise, concretiza direitos fundamentais. Entendida dessa forma, a delegação também contribui para dar cumprimento ao regime jurídico de serviço público, uma vez que a continuidade na prestação será assegurada também por força dos contratos, os quais o particular tem interesse em cumprir, haja vista ser essa a forma de ele obter o lucro que almeja com sua atividade econômica.

Esse movimento de contratualização da Administração Pública aponta para uma forma de gestão da coisa pública mais democrática, consensual. Trata-se de uma nova mentalidade, “onde o acordo aparece em substituição aos atos unilaterais de autoridade, trazendo a lume o que se tem chamado de Administração Pública consensual”.²⁶

Alexandre Santos de Aragão aponta que as parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada é uma necessidade que se impõe diante da realidade de muitas exigências sobre o Estado e a escassez de recursos, que a cada vez é mais comum. Daí decorre uma ampliação dos “lindes conceituais tradicionais do instituto da concessão, fazendo cada vez mais com que ela seja considerada um gênero no qual se manifestam diversas modalidades de delegação de serviços públicos”.²⁷

A opção política de promover a concessão, ou outra forma de delegação da prestação de serviços públicos, implica em opção da atuação estatal diante da obrigação de prestar o serviço público, ou como regulador ou como prestador. Tendo essa opção consequências econômicas, refletindo no investimento financeiro que o Estado terá que realizar se optar a ser o prestador direto.

Os serviços públicos na configuração apontada nesta monografia são vocacionados para a prestação em regime de concorrência, no qual muitos benefícios²⁸ à qualidade do serviço e ao regime jurídico de serviço público (continuidade, universalização e modicidade das tarifas) são possíveis. Adotando a posição que será a exceção a prestação de serviços públicos em regime de

25 MOREIRA, Egon Bockmann. **O governo por meio de contratos administrativos**. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 244, p. 537-539, jun. 2014.

26 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A configuração jurídica...** op. Cit. pág. 6.

27 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Delegação de serviço público**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 8, n. 40, nov./dez. 2006. pág. 1.

28 SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. Op. Cit. pág. 209.

monopólio, somente justificável quando na ponderação de valores constitucionais, for essa a forma mais indicada para a satisfação de direitos fundamentais.

2.0 SERVIÇO PÚBLICO

Antes de adentrar definitivamente na discussão aqui proposta, uma ressalva de caráter terminológico se faz necessária. Concordamos com o professor Eros Roberto Grau quando ele alerta sobre a inviabilidade de tratar a temática de serviço público referindo-se a expressão como um "conceito", preferindo o termo 'noção', ou seja, 'noção de de serviço público' e não 'conceito de serviço público'. Partindo de ensinamentos de Sartre, Eros Roberto Grau ressalta que um conceito é algo atemporal, não varia com o transcurso do tempo. Já quando se queira delinear um objeto que sofra alterações de ordem temporal o mais acertado é utilizar a expressão noção, a qual comporta o desenvolvimento interno de uma ideia experimentado por contradições intrínsecas e superações dessas contradições, resultando em algo novo, diverso da ideia original.²⁹ Deste modo, no desenvolvimento desse trabalho nos utilizaremos da expressão noção de serviço público em preterimento da expressão conceito de serviço público, pois, considerando as mudanças ocorridas desde a concepção original da noção de serviço público até os dias presentes, parece ser a escolha mais acertada.

Parece não haver discordância na doutrina o entendimento de que a noção de serviço público é decorrência direta de uma opção política em determinado momento histórico e em determinada sociedade. Para que uma certa atividade seja qualificada com um serviço público é indispensável uma escolha política, escolha que pode estar refletida na constituição, em leis, na jurisprudência ou mesmo nos costumes vigentes em um dado momento de um Estado, pois são esses instrumentos que veiculam uma decisão política. Cada Estado promove essa escolha política visando da melhor forma atender os encargos e tarefas que ultrapassem os interesses individuais, as necessidades coletivas mais relevantes daquela sociedade. Trata-se, portanto de uma questão diretamente ligada ao momento histórico, às características e as circunstâncias das necessidades experimentadas por dada sociedade nesse momento, assim sendo, cada Estado

29 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14^o ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 133.

desenvolve essa noção de maneira bastante particular.³⁰

Em outras palavras, o Estado existe, ou deveria existir, para, exclusivamente e nessa exata medida, satisfazer as necessidades coletivas, atendendo os interesses coletivos. Nesse sentido, os serviços públicos surgem como um instrumento por excelência para que o Estado promova essa satisfação, cumprindo sua função, para Vitor Rhein Schirato “a noção do serviço público está diretamente relacionada à instituição e manutenção do Estado atualmente existente”.³¹

Para a professora Dinorá Adelaide Musetti Grotti são diversos os motivos que impelem o Estado, refletindo uma opção política, a considerar determinada atividade como sendo um serviço público, exemplifica da seguinte forma.

retirar da especulação privada setores delicados; propiciar o benefício do serviço aos menos favorecidos; suprir carência da iniciativa privada; favorecer o progresso técnico”; “ordenar o aproveitamento de recursos finitos (como os hidroelétricos); controlar a utilização de materiais perigosos (como os potenciais nucleares); favorecer o rápido desenvolvimento nacional; manter a unidade do país e assim por diante.³²

Falando especificamente da noção de serviço público à luz da Constituição de 1988, Dinorá Adelaide Musetti Grotti, afirma que há no texto constitucional dois critérios associados à expressão serviço público, um critério de acepção subjetiva ou orgânica e um de acepção objetiva, querendo significar, respectivamente, o aparato administrativo do Estado, ou seja, foco em quem realiza a atividade, e uma modalidade de atividade de natureza pública, isto é, qual atividade é prestada.³³

Ainda segundo a autora, pode, desse modo, o Estado criado pela Constituição Brasileira de 1988 contemplar as diversas concepções acerca do serviço público, a depender do enfoque doutrinário e mesmo ideológico de quem fala

30 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A configuração jurídica...** op. Cit.. p. 06; LEAL, Rogério Gesta; CAVALHEIRO, Andressa Fracaro. **A natureza social do serviço público no Brasil: contributos para a formação de um modelo centrado no cidadão.** Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, vol. 1/2013, p. 139, Jul / 2013. p. 04; SCHIRATO, Vitor Rhein. **A regulação dos serviços públicos como instrumento para o desenvolvimento.** Interesse Público IP Belo Horizonte, nº 30, ano 7 Março/Abril 2005. p. 02.

31 *idem*.

32 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A configuração jurídica...** op. Cit.. p. 06.

33 *Ibidem*, p. 07.

sobre o assunto, “sendo certo que ninguém pode arvorar-se o direito de dizer que, dentre os conceitos apresentados pela doutrina, uns mais amplos, outros mais restritos, um seja mais verdadeiro que o outro”³⁴. Há doutrinadores no Brasil que se filiam às mais diversas correntes e se utilizam de diferentes critérios para definir se uma dada atividade é ou não um serviço público.

Dentre tantas noções acerca da ideia de serviço público encontradas na doutrina nacional, consideramos a mais adequada à atual noção desse instituto jurídico aquela presente no curso do professor Marçal Justen Filho, que pela sua relevância e clareza passamos a reproduzir.

Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetível de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificadas legislativamente e executada sob regime de direito público.³⁵

Prefere-se essa noção as demais, pois, consideramo-la a que melhor sintetiza o atual estado da arte em que se encontra o serviço, a que fornece os melhores elementos para a compreensão atual do instituto, atento a atual concepção da noção de serviço público que se demonstrará adiante, e que melhor revela os valores e princípios constitucionais estampados na Constituição vigente.

Além disso, essa noção congloba um ponto que parece convergir para um aparente consenso doutrinário. Tal ponto de convergência é a consideração do conteúdo material do serviço público. Nesse aspecto serviço público seria toda atividade voltada a satisfazer concretamente as necessidades sociais, de caráter individual ou transindividual, i.e., fruíveis *uti singuli* e *uti universi*, são atividades voltadas à prestação de utilidade ou comodidade material ou imaterial destinada a satisfazer as necessidades coletivas. São espécies de atividades econômicas que o Estado se vê obrigado a explorar, obrigação decorrente de uma decisão política.³⁶

³⁴ *Idem*.

³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...** *op.cit.*, p. 723.

³⁶ *ibidem*. p. 724; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Serviço Público e Poder de Polícia: Concessão e Delegação**. Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE, Salvador, nº 7, 2006, p. 04; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social**. 214 fl. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009; NÓBREGA, Theresa Christine de Albuquerque; SÁ, Anna Dolores Barros de

Em outras palavras, os serviços públicos são atividades econômicas em sentido amplo, atividades que objetivam a produção, circulação e comercialização de bens e serviços escassos (i.e., bens e serviços no sentido econômico das expressões) idôneos para satisfazer alguma necessidade humana³⁷, nesse caso, alguma necessidade que tenha por lastro algum direito fundamental.

2.1 PRINCÍPIOS ORIENTADORES DO SERVIÇO PÚBLICO

Quando se fala em serviço público é comum também mencionar os princípios que norteiam a matéria, que caracterizariam o instituto e de observância obrigatória. A esses princípios também se referem alguns como Leis do Serviço Público ou mesmo Leis de Rolland, fazendo referência ao doutrinador francês, vinculado à Escola de Serviço Público que os primeiramente formulou, ainda que com pretensão que se prestassem a orientar todo o direito administrativo e mesmo todas as funções exercidas pelo Estado. São eles os princípios da continuidade, da igualdade e da mutabilidade.³⁸

Considerando que a definição de um serviço público implica em um dever estatal em sua prestação e que essa implicação tem como fundo e razão determinante uma necessidade coletiva de extrema importância social, sempre associada a um direito fundamental, é mais do que óbvio que tal atividade não pode, em regra, ser interrompida ou suspensa, sob pena de causar graves danos aos direitos fundamentais da coletividade³⁹.

Tratando do princípio da igualdade aplicado aos serviços públicos, Marçal Justen Filho, afirma que o serviço público deve ser prestado de forma a não

Oliveira. **Serviço público: evolução conceitual e técnicas atuais de exploração**. Revista dos Tribunais Nordeste. Vol. 4/2014, p. 15 – 33, Mar, 2014; MOREIRA, João Batista Gomes. **Conceito material de serviço público**. Interesse Público IP, Belo Horizonte, ano 12, nº 64, nov./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70914>>. Acesso em: 30 ago. 2015, p. 2.

37 HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=107635>>. Acesso em: 30 ago. 2015, p. 2.

38 MOREIRA, Egon Bockmann. **Breves notas sobre a parte geral da lei das parcerias público-privadas**. Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo | vol. 5 | p. 537 - 558 | Nov / 2012, p. 243; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 692; JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...** *op.cit.*, p. 736

39 MOREIRA, Egon Bockmann. **Breves notas ... op. cit.**, p.244; SCHIRATO, Vitor Rhein. **A regulação dos serviços...** *op.cit.*, p. 02. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso ... op. cit.**, p. 694.

discriminar nenhum usuário, bem como atingir o maior número possível de beneficiados. Assim, pessoas que se encontrem em igualdade de condições não devem ter o acesso aos serviços públicos negados. Para melhor compreensão desse princípio, o referido doutrinador o desdobra em outros dois princípios, o da universalidade e o da neutralidade. O princípio da universalidade cria o dever de o serviço ser prestado a todos aqueles que se encontrem nas mesmas condições, sendo o mais abrangente possível, atingindo o maior número possível de usuários⁴⁰. Revela “um dever *positivo* de instituir as condições fáticas necessárias para que o acesso aos serviços públicos seja realmente universal e esteja efetivamente ao alcance de todos no plano da realidade”⁴¹. Como próprio do princípio geral da isonomia, restrições serão possíveis, desde que haja critérios objetivos e correlação lógica entre esses critérios, a finalidade buscada pela restrição e valores protegidos pelo ordenamento jurídico.

Por fim, o terceiro e último princípio da formulação clássica aplicado ao serviço público é o da mutabilidade. Nas palavras de Marçal Justen Filho esse princípio determina que na prestação de serviços públicos devem ser observadas “a adaptação permanente e contínua das condições jurídicas e técnicas pertinentes à atividade, de modo a incorporar avanços e aperfeiçoamentos”⁴². A mutabilidade deve ser obedecida como forma de assegurar a “contínua prestação do melhor serviço possível”⁴³. Tal princípio tem também como consequência a ausência de direito adquirido pelo usuário e mesmo pelo prestador do serviço de que determinado serviço público continuará sendo prestado nas mesmas condições que inicialmente foram prestadas.⁴⁴

2.2 CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

É unânime na doutrina nacional que o instituto serviço público é um tema desde sua origem polêmico e em constante crise, em constante transformação.⁴⁵

40 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...* *op.cit.*, p. 737; SCHIRATO, Vitor Rhein. **A regulação dos serviços...** *op.cit.*, p. 02.

41 HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental** ... *op.cit.*, p. 9.

42 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...** *op.cit.*, p. 738.

43 MOREIRA, Egon Bockmann. **Breves notas ...** *op. cit.*, p. 244.

44 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...** *op.cit.*, p. 738; MOREIRA, Egon Bockmann. **Breves notas ...** *op. cit.*, p. 244.

45 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O serviço público** ... *op. cit.*, p. 01; MARQUES NETO, Floriano de

Isso decorre da constatação de que de fato ao se discutir essa temática está a se discutir, ao fim e ao cabo, “a função do Estado, avaliar os seus limites de atuação e o âmbito reservado à livre iniciativa dos particulares”⁴⁶, discussão que inexoravelmente leva ao enfrentamento tanto de questões de âmbito jurídico, como questões de ordem política.

Como dito só é possível compreender o serviço público a partir de uma delimitação histórica, cultural, econômica de determinada sociedade. Assim, é indissociável à discussão acerca de serviços públicos a discussão do modelo de organização estatal e econômico-social.⁴⁷ Isso, pois ao se alterarem essas bases, teremos uma nova realidade social e por consequência uma nova noção de serviço público, que sofrerá transformações para se aquedar a essa nova realidade.

Nesse mesmo sentido é demonstrando a necessidade de as instituições jurídicas, dentre as quais se inclui os serviços públicos, transformarem-se e se adaptarem, Dinorá Adelaide Musetti Grotti afirma que

As instituições jurídicas estão intimamente vinculadas às relações entre o Estado e a sociedade existentes no momento histórico em que se desenvolvem. Estas relações são dinâmicas e se alteram de acordo com as circunstâncias ideológicas, políticas, sociais e econômicas que se vão apresentando nas distintas épocas e nos diferentes países. E as instituições jurídicas nunca se mantêm incólumes frente as transformações, pois, para poderem sobreviver, precisam adaptar-se às exigências da realidade.⁴⁸

Nessa perspectiva, faz-se necessário fazer uma breve incursão histórica para se bem entender o papel e a noção que o instituto serviço público teve desde sua concepção original até a sua conformação atual.

Costuma-se atribuir a Jean-Jacques Rousseau, séc. XVIII, a primeira utilização da expressão serviço público, em sua famosa obra *Do Contrato Social*. Rousseau deu um sentido bastante amplo à expressão, delineando uma noção política de serviço público. Sua definição comportava duas acepções distintas. A primeira no sentido de satisfazer uma necessidade sentida coletivamente. E a

Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. **Notas sobre o conceito ...** *Op. Cit.* p. 63.

46 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A configuração jurídica...** *op. Cit.* p. 01.

47 CARVALHO, Juliane Erthal de. **A noção contemporânea de serviço público.** *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo* | vol. 0/2013, p. 121 – 138, Mai - Jun / 2013, p. 02.

48 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A configuração jurídica...** *op. Cit.* p. 01.

segunda no sentido de todo assunto de interesse coletivo da nação, materializando-se em uma atividade estatal. Pode-se afirmar que essa é a raiz francesa da ideia de serviço público.⁴⁹

A ideia de serviço público surge em um contexto de pós-Revolução Francesa. Esse ambiente político e cultural exigia um distanciamento do Estado em relação à vida social, econômica e religiosa dos cidadãos, uma verdadeira separação entre o Estado e a sociedade, conceito do denominado Estado Liberal do séc. XIX. Essa separação, por outro lado, exigia do Estado, quando pretendesse intervir em uma área que não era de seu domínio típico, promovesse a declaração de que tal atividade era de sua competência, tornando-o público⁵⁰. Tal procedimento, de passagem do campo da sociedade civil para o campo de titularidade de atuação do Estado, denomina-se *publicatio*.

Esse é o contexto histórico de surgimento da ideia de serviço público. Não houve uma produção legiferante que lhe determinasse o conteúdo e limites normativos. O instituto foi sendo criado por atuação da jurisprudência e doutrina francesa, por necessidade de dar contornos jurídicos às atividades assumidas e prestadas pelo Estado.

Também na França, teve gênese a Escola do Serviço Público, ou Escola de Bordeaux, que teve por destaque nomes como o de Léon Duguit e Gaston Jéze. Nessa Escola a teoria do serviço público se desenvolveu sobremaneira no início do séc. XX. Época em que era grande as atividades intervencionistas do Estado. Essa Escola se funda na ideia que serviços públicos são um “conjunto de atividades, prestações, que incumbem ao Poder Público prover (provimento de utilidade pública). Essa necessidade é, ao mesmo tempo, esse dever estatal de prover o bem comum, são capazes de justificar um regime jurídico próprio para as atividades consideradas ‘serviço público’”.⁵¹

O primeiro grande nome a se dedicar ao estudo do serviço público foi Léon Duguit. Ele não pretendeu apenas criar uma teoria do serviço público, mas sim criar uma teoria do Estado. Até então o Estado era compreendido como um conjunto de poderes que ele, o Estado, exercia sobre os súditos, os administrados, era a

49 *Idem*.

50 *Ibidem*, p. 02.

51 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. **Notas sobre o conceito ...** *Op. Cit.*, p. 63.

chamada *puissance publique*. Para Duguit não era a ideia de poder que definiria o Estado e por consequência o direito administrativo, mas sim a ideia de serviço público, afirmando que de fato era o Estado um conjunto de serviços públicos, organizados, prestados e fiscalizados pelo governo, visando a satisfazer os interesses da coletividade e de promover e garantir a interdependência e solidariedade social.⁵²

Para Duguit o fundamento da existência do Estado era a prestação de serviços públicos, bem como seu limite de atuação. Duguit não teve preocupação jurídica em sua formulação, pois carente de elementos de configuração jurídica que conformaria a ideia de serviço público, ficando sua noção mais no campo sociológico.⁵³ Nesse sentido, serviço público seria toda atividade cuja prestação deve ser providenciada, regulada e controlada pelo Estado, pois dela dependeria a realização e o desenvolvimento da interdependência e solidariedade social. Diante da importância e da natureza dessa atividade, ela não “pode ser realizada completamente a não ser pela intervenção da força governante mediante o monopólio da força”.⁵⁴

Com uma aproximação maior ao positivismo jurídico, Gaston Jèze foi outro importante jurista da Escola do Serviço Público. Defendia a ideia de que os serviços públicos estavam intimamente ligados a um procedimento de direito público. Procedimento esse que visava a satisfação das necessidades coletivas. Para ele seriam marcas indeléveis caracterizadores do serviço público um regime jurídico especial ou procedimento de direito público, derogatório do direito comum, a satisfação de uma necessidade sentida coletivamente e a possibilidade de, unilateralmente, o Estado modificar a organização da prestação desse serviço.⁵⁵

Por essa concepção, afirmar que determinada atividade se caracteriza como um serviço público é afirmar que os agentes que a executam têm um poder de se valer de um regime jurídico especial, de todas as prerrogativas e, por outro lado, sujeições inerentes a tal regime. Assim, transformar certa atividade em serviço público é reconhecer que essa atividade tem potencial de satisfazer uma necessidade coletiva e por conta disso tornar possível a aplicação dos princípios e

52 *Idem*.

53 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A configuração jurídica... op. Cit.. p. 02. e MOREIRA, João Batista Gomes. **Conceito** ... op. cit., p. 03.

54 MOREIRA, João Batista Gomes. **Conceito** ... op. cit., p. 03.

55 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A configuração jurídica... op. Cit.. p. 02.

regras próprios do regime jurídico de direito público Gaston Jèze, assim como Duguit, passou a entender o direito administrativo como conjunto de princípios e regras voltados à ideia de serviço público.⁵⁶ “Nesta concepção, o poder de império, o poder soberano, só se legitimaria se atuando em função de um serviço público, e somente para isso é possível se falar em poder extroverso, em regime jurídico-administrativo e em jurisdição administrativa”.⁵⁷

A noção francesa experimenta grande desenvolvimento muito em decorrência da realidade econômica e política observada no contexto histórico que possibilitou a estruturação e avanço de um Estado Social. Essa noção teve especial influência no Brasil no período entre guerras⁵⁸.

Na esteira do legado deixado, e ainda muito presente, pela experiência francesa acerca dos serviços públicos, é bastante comum encontrar na doutrina nacional, sem grandes discussões, certos elementos que caracterizariam a noção clássica de serviço público. Classicamente para se definir certa atividade como sendo um serviço público se faz necessário a presença, ainda que em determinados momentos se desse maior importância ora a um, ora a outro, de elementos subjetivo, material ou objetivo e elemento formal. O elemento subjetivo leva em consideração quem presta a atividade considerada; se tal atividade estiver sendo prestada pelo Estado, estaríamos diante de um serviço público. O elemento material leva em consideração o que se presta, qual a atividade exercida; seria serviço público aquela atividade voltada a satisfação de necessidades sentidas coletivamente. O elemento formal se importa com o modo como essa atividade é prestada; se determinada atividade é prestada sobre um regime especial de direito público, afastando o direito comum, tal atividade seria um serviço público.

O Estado Liberal pregou a dissociação entre o Estado e a economia que, por sua vez, deveria ser estimulada e regulada pelo próprio mercado. Devendo o Estado e suas instituições manter distância das relações sociais privadas. Tal comportamento fiava-se na ideologia liberal de que as próprias leis de mercado dariam conta de regular essas relações sociais⁵⁹. Nesse modelo de Estado, as atividades estatais deveriam se resumir às tradicionais atividades típicas de Estado,

56 MOREIRA, João Batista Gomes. **Conceito** ... *op. cit.*, p. 05.

57 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. **Notas sobre o conceito** ... *Op. Cit.*, 65.

58 *Idem.*

59 LEAL, Rogério Gesta; CAVALHEIRO, Andressa Fracaro. **A natureza social**... *op. cit.* p. 02.

garantir a segurança, a liberdade e a propriedade, em outras palavras, essencialmente o Estado deveria se ocupar da atividade de poder de polícia.

Para Dinorá Adelaide Musetti Grotti “no período do Estado liberal era válida a combinação desses três elementos para definir o serviço público. Todavia, pouco a pouco, a noção foi abalada em face da dissociação de seus elementos, ocorrida por vários fatores.”⁶⁰ Os fatores apontados por Dinorá Adelaide Musetti Grotti levaram a desconstrução da noção clássica de serviço público vigente no modelo de Estado Liberal.

A ideologia absenteísta do Estado liberal foi abalada devido às consequências da “lógica marginalizante da concentração de riqueza e exclusão social provocadas ao longo das revoluções industriais e do capitalismo transnacional, gerando um exército de flagelos humanos e problemas coletivos nunca antes visto”.⁶¹

A superação do Estado liberal processou-se com maior intensidade após as Grandes Guerras Mundiais. Período em que o Ocidente experimentou o surgimento de uma nova forma de Estado, que buscava uma igualdade social, igualdade em bases materiais, superando, a até então missão do Estado, busca pela igualdade formal. Ou seja, o foco de interesse estatal muda da garantia de liberdade para a garantia da igualdade. Trata-se do Estado Social, no qual a preocupação com o bem-estar social e a igualdade material possibilita uma intervenção maior do Estado nas esferas do domínio econômico e social. Nesse período ampliou-se sobremaneira o rol dos direitos sociais e econômicos. Fato que teve por consequência, e na mesma proporção, um inchaço das atribuições estatais. Isso fez o Estado absenteísta dar lugar a um Estado prestador, que não se limitava a apenas prestar serviços de interesse público, mas também, e sob a mesma justificativa, promover a igualdade, a intervir na economia como um agente econômico.⁶² Tal fenômeno teve especial impacto na América Latina, onde o inchaço da máquina administrativa, fazendo frente as novas prestações exigidas do Estado, foi potencializado pela crise financeira enfrentada por essa região.⁶³ Esse movimento de desmedida expansão das atribuições do Estado ficou conhecido como primeira crise

60 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A configuração jurídica... op. Cit.. p. 03. No mesmo sentido LEAL, Rogério Gesta; CAVALHEIRO, Andressa Fracaro. **A natureza social**... op. cit. p. 02.

61 LEAL, Rogério Gesta; CAVALHEIRO, Andressa Fracaro. **A natureza social**... op. cit. p. 02.

62 *Ibidem*, p. 04.

63 *Ibidem*, p. 05.

do serviço público.⁶⁴

Essa primeira crise abalou os alicerces teóricos que sustentavam o instituto serviço público. A conceituação até então vigente não dava conta de explicar tamanha intervenção no domínio econômico pelo Estado, seja pela sua atuação direta na economia, atuando como agente econômico, seja pela intensificação da atividade regulatória. No que se refere a atuação direta, em muitas oportunidades o Estado atuou utilizando-se do instrumentário próprio do Direito Privado, por meio da criação de empresas públicas e sociedades de economia mista. Tal apropriação não visa somente as atividades econômicas em sentido estrito, mas também a prestação de serviços públicos que exigiam uma estrutura empresarial mais complexa, e teve por consequência lógica o afastamento ao menos parcial das regras de direito público, “quebrando, definitivamente, o critério formal pelo qual serviço público seria apenas a atividade regida pelo Direito Público”⁶⁵. Isso explica o porquê a doutrina denominou essa fase de crise do serviço público. Primeiro, o Estado passou a exercer tarefas até então consideradas próprias da iniciativa privada. Segundo, os elementos distintivos caracterizadores de um serviço público nem sempre estavam presentes, muitas vezes apenas um elemento era percebido.

Paralelamente e por consequência dessa inflação das atividades estatais, começou-se a perceber que o Estado não detinha, no mais das vezes, a qualificação técnica e a organização exigidas para a prestação dessas atividades. Teve vez então a participação de particulares na gestão dos serviços públicos. Participação que se fazia possível por meio de contratos de concessão. Um novo fenômeno emergiu, particulares prestando atividades com características de serviço público. Aqui outro elemento até então essencial para configuração de um serviço público ruía, não mais podia-se prender ao elemento subjetivo da noção clássica de serviço público.⁶⁶ Enfim, “o que houve foi o declínio da noção tradicional que passou a mostrar-se em dissonância com a realidade, em face da mudança de condições sociais traduzidas em vários procedimentos do Estado pós-liberal...”⁶⁷

Enquanto a denominada primeira crise do serviço público consistiu em uma expansão do campo de atuação no domínio econômico, nos anos de 1980

64 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. **Notas sobre o conceito ...** *Op. Cit.*, p. 67.

65 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O serviço ...** *op. cit.*, p. 02.

66 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A configuração jurídica...** *op. Cit.*, p. 03.

67 *Idem.*

ocorreram circunstâncias diametralmente opostas, um desmonte do Estado prestador, com o Estado retraindo sua atuação, devolvendo ao mercado diversas atividades avocadas sobre égide do Estado Social, e a iniciativa privada experimentando um avanço sobre atividades até então dominadas pelo Estado. Esse período ficou conhecido como segunda crise dos serviços públicos.⁶⁸ Período marcado por privatizações e liberações de certas atividades. A questão relativa aos serviços públicos toma nova forma e é retomada “na esteira de um amplo processo de privatização, por um lado, e liberalização por outro, de alguns dos principais setores da economia, que até então se encontravam submetidos a um planejamento e gestão estatal, quase sempre monopólica.”⁶⁹

Tais atividades continuaram a representar formas de satisfação de necessidades coletivas, mas nesse período se compreendeu que essas atividades seriam atendidas de forma mais eficiente e efetiva se fossem exploradas em um regime de mercado. Porém, ainda que exploradas em uma lógica de mercado, essas atividades, como dito, ainda representavam interesses coletivos, por isso, manteve-se, por parte do Estado uma intensa regulação, representando uma remodelagem da configuração estatal, diminuindo sua atuação como agente econômico e consolidando sua atuação como agente regulador da atividade econômica.⁷⁰

Essa crise conduz a uma aproximação entre a noção de serviço público e a ideia de atividade econômica e por via de consequência uma revisão da concepção *publicatio*, nota marcante da noção clássica de serviço público, consistindo em uma reserva ou exclusividade de certas atividades em favor do Estado.⁷¹

Mais recentemente outro fator vem a contribuir para a continuidade da constante crise da noção do serviço público, trata-se da influência do direito comum europeu, decorrentes das inovações normativas da Comunidade Europeia. Tais inovações buscam “dar um tratamento econômico a atividades que sempre foram consideradas serviços públicos, em especial mediante a inserção da concorrência nestas atividades como fundamento da eficiência, com base na ideologia do mercado.”⁷²

68 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O serviço** ... *op. cit.*, p. 03.

69 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A configuração jurídica**... *op. Cit.*. p. 03 – 04; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. **Notas sobre o conceito** ... *Op. Cit.*, p.67.

70 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A configuração jurídica**... *op. Cit.*. p. 03 – 04

71 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. **Notas sobre o conceito** ... *Op. Cit.*, p. 67.

72 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A configuração jurídica**... *op. Cit.*. p. 04.

Nessa nova realidade proposta questionou-se a necessidade de se manter a noção até então desenvolvida do serviço público. Tais questionamentos partem de duas constatações. Primeiramente a noção originalmente surgiu dentro de um modelo econômico em que o Estado atuava, no que diz respeito aos serviços públicos, de modo monopolista, porém, esse modelo de atuação estatal “experimenta uma tendência de declínio no mundo todo, haja vista a cada dia a evolução tecnológica permitir a superação dos limites à ampla concorrência e os pilares que sustentam a teoria do monopólio natural”.⁷³ Junto a isso o fato de que a tradicional noção de serviço público atendia a uma realidade social e econômica simples, por isso, era uma noção relativamente simples, todavia, essa realidade mudou, complexou-se, muito devido ao desenvolvimento e as mudanças nos cenários político, econômico e social.⁷⁴

As consequências da dita segunda crise dos serviços públicos somadas à influência do direito comum europeu resultaram em um novo paradigma para a noção de serviço público. Um paradigma com grande conotação econômica, onde a regulação estatal substitui a prestação direta e o monopólio na prestação dá lugar à competição.⁷⁵ Essa nova realidade exige “uma transformação dos modos de interpretação e de aplicação de muitos dos princípios de organização e regime jurídico que disciplinaram o funcionamento dos serviços públicos”.⁷⁶

Nas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto:

A introdução da competição e a convivência de operadores econômicos privados na atividade de prestação de serviços públicos *liberalizados* trazem consigo a necessidade de uma verdadeira reformulação da teoria do serviço público tradicional, na medida em que muitos dos seus pressupostos — como a exclusividade estatal da prestação, a unicidade de regime jurídico e as prerrogativas estatais — são agora esvaziados diante da revisão da noção e abrangência de *serviço público* na atualidade⁷⁷.

Esse novo modelo de serviço público, marcado pela intensa atuação da

73 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O serviço** ... *op. cit.*, p. 03.

74 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O serviço** ... *op. cit.*

75 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A configuração jurídica**... *op. Cit.*, p.

76 *Ibidem*, p. 04.

77 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. **Notas sobre o conceito** ... *Op. Cit.*, p. 71.

iniciativa privada, competição e regulamentação, possibilitado pelo atual estágio de desenvolvimento tecnológico, vem possibilitando que determinadas atividades sejam segmentadas em atividades-partes e que cada uma dessas partes seja regulamentada por regimes jurídicos distintos. É o que Dinorá Adelaide Musetti Grotti define como desintegração vertical.⁷⁸

Dinorá Adelaide Musetti Grotti entende que para se compreender o atual estágio de transformação da noção de serviço público se faz necessário perceber que houve “uma dissociação entre a atividade de regulação e de prestação do serviço público”, que por consequência promoveu uma transição no modelo estatal, passando o Estado de prestador para regulador.⁷⁹

Dinorá Adelaide Musetti Grotti afirma que há certas atividades configuradas como serviço público em que o modelo ideal de prestação é aquele próprio da iniciativa privada, ou seja, orientado pela livre concorrência. Todavia, ainda que assim seja, pode sofrer em determinado grau uma intervenção estatal para amoldá-lo aos interesses públicos.⁸⁰ Por outro lado Almiro do Couto e Silva afirma que há certas atividades

em que o regime de monopólio é praticamente inevitável, comportando, por vezes combinações com o da concorrência. Modernamente, todavia, compatibilizam-se os interesses do proprietário da rede com o interesse geral, quando este for mais bem atendido pela concorrência, impondo àquele, obrigação de dar acesso à rede a outros prestadores de serviços, garantindo-se, assim, o regime de competição.⁸¹

Essa diversidade de atividades, ora próprias da iniciativa privada, ora próprias do poder público, outras vezes uma mistura dessas duas realidades, botaram por terra a uniformidade do regime jurídico do serviço público, outrora marca distintiva dessa atividade.⁸² Isso trouxe novos desafios, mas também novas possibilidades, propiciando diversas formas de participação e de colaboração dos

78 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A configuração jurídica...** op. Cit., p. 04.

79 *Ibidem*, p. 05.

80 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A configuração jurídica...** op. Cit., p. 04.

81 Silva, Almiro do Couto e. **Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares.** Serviço público “à brasileira”? *Revista de Direito Administrativo*. n. 230. p. 47-48. Rio de Janeiro: Renovar, out.-dez. 2002.

82 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A configuração jurídica...** op. Cit., p. 05.

particulares com o Estado, potencializando o alcance e a qualidade da prestação de atividades de interesse coletivo.

Ponto positivo dessa nova realidade é o que Dinorá Adelaide Musetti Grotti chamou de Administração Pública consensual⁸³. Termo utilizado por ela para se referir a nova fase de relação do Estado com a iniciativa privada no que toca a prestação de serviço público. Fase marcada pela contratualização, cooperação e colaboração entre Estado e iniciativa privada, possibilitando diversas novas formas de prestação de serviços públicos.⁸⁴

Contemporaneamente a noção do serviço público no Brasil, desde sua origem marcada por grande influência do direito francês, vem a cada dia incorporando novas ideias estrangeiras, em especial as de origem norte-americanas⁸⁵. Dessa nova realidade, em se tratando do tema serviço público, Alexandre Santos de Aragão destaca o modelo das *public utilities, no qual* “o Estado não seria mais o titular de uma série de atividades, recentemente liberalizadas, que ficaram, contudo, sujeitas a uma forte, constante e dinâmica regulação”.⁸⁶ Ao lado dessas *public utilities*, ainda existiriam outras tantas atividades consideradas serviços públicos, porém, em número bastante reduzido.

Então, pela construção proposta por Alexandre Santos de Aragão, existiriam dois conceitos atinentes à ideia de serviço público. Algumas poucas atividades que continuariam sendo de titularidade do Estado, denominadas serviço público, e outras liberalizadas à iniciativa privada, mas regulamentadas, tendo em vista o interesse público dessas atividades, denominadas *public utilities*, o que parte da doutrina considera “serviços públicos impróprios’ ou ‘virtuais’”.⁸⁷

Carlos Ari Sunfeld atento à nova realidade a que está sujeita a ideia de serviços públicos, propõe uma superação dessas categorias jurídicas, até então utilizadas para a compreensão desta temática, e sugere outras. Tal proposta foi por ele explanada na palestra “*Regulação e controle de preços*” proferida por ele em 2004. Dessa palestra Alexandre Santos de Aragão teve acesso ao roteiro de apresentação, a qual se reproduz na íntegra.

83 *Ibidem*, p. 06.

84 *Ibidem*, p.05 – 06.

85 *Ibidem*, p. 08.

86 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O serviço ... op. cit.**, p. 04.

87 *Idem*.

REGULAÇÃO TÓPICA: imposição de controle de condicionamentos sobre direitos de ação individual, tendo por objeto comportamentos específicos de agentes autônomos e como pressuposto caber ao Estado delimitar (genericamente) e limitar (concretamente) os direitos. O seu foco é coibir abusos dos agentes econômicos (ex.: controle de preços de medicamentos), tendo como figuras históricas a liberdade econômica e o poder de polícia. Trata-se das normas gerais de poder de polícia (meio ambiente, saúde pública, etc.) incidentes sobre todas as atividades econômicas; REGULAÇÃO ZONEADORA: tendo por objeto o controle da entrada e a convivência dos agentes em setores da economia, como a regulação feita pelos conselhos profissionais. O seu pressuposto é que o Estado pode dividir a economia em zonas (profissões e setores), limitando a circulação entre elas, tendo como foco a limitação da concorrência; REGULAÇÃO DE EMPREENDIMENTOS CONCEBIDOS PELO ESTADO: para viabilizá-los e controlá-los. Tem por objeto o conjunto de comportamentos do agente privado responsável pelo empreendimento. O seu pressuposto é que incumbe ao Estado viabilizar empreendimentos de interesse geral e o seu foco é a obtenção e proteção de investimentos (ex.: implantação de autoestrada). As suas figuras históricas são o serviço público, o monopólio público, a obra pública, o bem público e as concessões; REGULAÇÃO ORGÂNICA: para preservar o funcionamento orgânico de sistemas básicos da economia (elétrico, telecomunicações, financeiro, seguros). Os agentes econômicos são considerados órgãos, com funções. É uma intervenção regulatória permanente e sistemática, tendo como objeto as relações e processos dos órgãos integrantes do organismo e como pressuposto caber ao Estado estabelecer a ordem institucional da economia. O seu foco é a preservação do organismo e a sua figura histórica as agências reguladoras.⁸⁸

A ideia por trás dessa formulação de Carlos Ari Sundfeld é a de graus de regulamentação de certas atividades, variando a atuação do Estado, desde uma atuação meramente fiscalizatória até uma atuação mais direta, possível de ser exercida de diferentes formas e diferentes intensidades, a depender do grau de interesse público manifestado por determinadas atividades econômicas. Em outras palavras, conforme a natureza da atividade econômica o interesse público será maior ou menor e exigirá do Estado uma intervenção mais ou menos intensa, que atuará proporcionalmente a essa exigência por meio diferentes marcos regulatórios para atender ao interesse público.⁸⁹

A despeito de outras proposições doutrinárias, Alexandre Santos de Aragão, defende a continuidade, por ora, das categorias jurídicas serviço público e *public utilities* (atividades privadas de interesse público), cada qual com uma regulação

88 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O serviço ... op. cit.**, p. 15-16. Nota de rodapé. Citando SUNDFELD, Carlos Ari. Roteiro da Palestra *Regulação e controle de preços*, 2004.

89 *Ibidem*, p. 07.

própria e distinta, variando na intensidade da intervenção estatal.⁹⁰ A essa compreensão se filia esta monografia.

Compreendendo essa nova realidade no mesmo sentido, Dinorá Adelaide Musetti Grotti reconhece que o Estado brasileiro tem buscado uma redução de sua dimensão. Isso tem se dado por meio das privatizações de empresas estatais, liberalização, por meio de autorização, à iniciativa privada de outras atividades até então desenvolvidas pelo próprio Estado, a retomada de forma mais intensa do instrumento da concessão de serviços públicos, introdução da competição na área de prestação de serviços públicos e o fortalecimento das agências reguladoras.⁹¹

De todo o exposto até aqui, chegamos a uma conclusão parcial. A cada dia há uma maior aproximação entre os modelos de atividade econômica e de serviço público. Reflexo disso é uma maior aproximação entre os regimes jurídicos, cada vez mais comum, elementos antes próprios do direito privado aplicados aos serviços públicos, por outro lado, também vislumbra-se certas restrições à exploração de certas atividades quando o interesse público assim o exigir.⁹² Isso faz com que se torne bastante evidente que para se compreender o serviço público, faz-se necessário compreender a realidade concreta em que se discute tal tema. Não seria profícuo discussões meramente teóricas que desconsiderem todas as circunstâncias sociais, culturais, políticas e econômicas que a permeiam. Por essas razões, para se compreender hodiernamente a questão dos serviços públicos, é preciso superar aquele conceito tradicional, que não mais dá conta da realidade, e permanecer aberto às novas teorias que tentam explicá-lo.⁹³

2.3 SERVIÇO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE SATISFAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ingo Wolfgang Sarlet define os direitos fundamentais como sendo as posições jurídicas concernentes tanto às pessoas naturais, quanto às pessoas jurídicas, que foram integradas à Constituição de maneira expressa, contidas no

⁹⁰ *Ibidem*, p. 10.

⁹¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A configuração jurídica...** *op. Cit.*, p. 08-09.

⁹² *Ibidem*, p. 09.

⁹³ CARVALHO, Juliane Erthal de. **A noção ...** *op.cit.*, p. 01.

próprio texto constitucional, ou mesmo de maneira implícita, aqui considerados aqueles direitos que por seu conteúdo ou significado foram à Constituição, integrados por força da abertura material contida na norma do § 2º do art. 5º da CF, e excluídas do campo de disponibilidade do poder reformador.⁹⁴

O que qualifica um direito como um direito fundamental é o regime jurídico a que está submetido determinado plexo de direitos. Para sua compreensão necessário é investigar o direito constitucional positivo do Estado concretamente considerado. No Brasil, tal aspecto formal é materializado por três características. Primeiro, os direitos fundamentais são integrantes de uma Constituição escrita e rígida, são, portanto, normas constitucionais, com a supremacia sobre as demais normas do ordenamento jurídico que é peculiar a todas as normas constitucionais. Para além de comporem formalmente a constituição, os direitos fundamentais encontram no próprio texto constitucional proteção, formal e material, contra reformas constitucionais tendentes a exclusão desses direitos, são consideradas cláusulas pétreas protegidas pelo art. 60 da CF. Por fim, normas constitucionais veiculadoras de direitos fundamentais têm aplicabilidade direta e imediata, sendo de observância obrigatória tanto pelas instituições públicas, quanto pelos indivíduos privados.⁹⁵

Importante característica dos direitos fundamentais é a sua dupla dimensão. Gozam, esses direitos, de uma dimensão subjetiva e outra objetiva. Dizer que um direito tem uma dimensão subjetiva importar em conceder ao titular desse direito a possibilidade de juridicamente fazer valer o direito que lhe foi outorgado⁹⁶. Visto pelo outro lado, essa subjetividade impõe uma obrigação para o polo passivo dessa relação jurídica. Em se tratando de direitos fundamentais, considerando sua eficácia vertical, é o Estado quem figura nesse polo passivo.

Reconhecer a dimensão objetiva dos direitos fundamentais é reconhecê-los como um “conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos....”.⁹⁷ Isto é, uma vez estabelecido que determinado direito

94 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. 2º Tiragem. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2012, p. 269.

95 HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental** ... *op.cit.*, p. 5 – 6; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso** ... *op.cit.*, p. 267.

96 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso** ... *op.cit.*, p. 297.

97 *Idem*, p. 296.

apresenta essa dimensão objetiva, exige-se do Estado um comportamento positivo, visando a promoção e proteção desse direito. A doutrina costuma atribuir ao reconhecimento da dimensão objetiva um reforço da força normativa dos direitos fundamentais⁹⁸.

Ingo Wolfgang Sarlet apresenta três funções associadas aos direitos fundamentais em sua dimensão objetiva. A primeira é a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, que implica em uma necessária observância desses direitos na interpretação e aplicação dos direitos infraconstitucionais. A segunda função é associada ao dever imputado ao Estado de proteção desses direitos fundamentais, contra violação cometidas pelo próprio Estado, mas também cometida por indivíduos particulares ou mesmo Estados estrangeiros. Isso impõe ao Estado não só um agir, atuar visando essa proteção, mas um agir, atuar de forma eficiente, garantindo que a proteção exercida seja suficiente para os fins propostos. A terceira função apontada pelo referido autor é a que ele denominou “função organizatória e procedimental”⁹⁹, que impõe ao Estado o dever de assegurar condições materiais, jurídicas e normativas para a concreta realização dos direitos fundamentais no plano dos fatos, garantindo a todos os indivíduos condições mínimas de gozo desses direitos.

Os denominados direitos fundamentais sociais são aqueles surgidos a partir de movimentos reivindicatórios que exigiam do Estado uma postura ativa na realização da justiça social, busca-se através dele não uma liberdade em relação ao Estado, como buscava-se com os direitos de liberdade ou direitos de primeira dimensão, mas uma liberdade através do Estado. Sua principal característica é de outorgar a todos os indivíduos direito a receber do Estado certas prestações positivas, direito de ver o Estado agindo positivamente para melhorar a condição de vida do povo e, deste modo, promovendo igualdade material, corrigindo às discriminações e marginalizações que podem advir de uma orientação baseada somente na igualdade formal e na liberdade almejada pela ideologia liberal.¹⁰⁰

Por essa conceituação de direitos fundamentais sociais e considerando aquela noção de serviço público adotada neste trabalho, fica clara a estrita relação

98 *Idem.*

99 *Ibidem*, p. 297.

100 FINGER, Ana Cláudia. **Serviço Público: Um instrumento de concretização de direitos fundamentais.** Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro, 232: p. 59-82, abril/Junho, 2003, p. 66.

entre os serviços públicos e a concretização desses direitos fundamentais. Ora, se por direitos fundamentais sociais entendemos a necessária postura ativa do Estado visando a igualdade material através de prestações que possibilitem a melhora na condição de vida da sociedade e por serviço público entendemos uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, não resta dúvida que o meio natural de o Estado realizar direitos fundamentais, em especial os direitos fundamentais sociais, é através da implementação de serviços públicos.

Neste sentido Ana Cláudia Finger, referindo-se aos serviços públicos e os considerando uma prestação devida pelo Estado para satisfação de necessidades essenciais da sociedade, afirma que “o serviço público constitui um direito público subjetivo do cidadão, constituindo instrumento de realização efetiva dos direitos fundamentais sociais”.¹⁰¹ Continua a autora, afirmando que a todo direito assegurado pela ordem constitucional ao indivíduo ou à coletividade corresponde ao dever de o Estado prestá-lo, concluindo da seguinte maneira, “assim, onde restar assegurado um direito ao cidadão, este é investido de um poder jurídico de exigir prontamente uma prestação para a concretização desse direito”.¹⁰²

Romeu Felipe Bacellar Filho defende que o Estado no exercício de sua função constitucional deve ter como fim e princípio no interesse público primário, tanto sob uma perspectiva individual, quanto em uma perspectiva coletiva e assevera que “constituindo a Administração Pública aparelhamento do Estado voltado, por excelência, à satisfação das necessidades coletivas, a legitimidade do Estado-Administração depende da sua eficiência na prestação dos serviços essenciais para a proteção dos direitos fundamentais.”¹⁰³

Pelo exposto até aqui, conclui-se facilmente pela evidente instrumentalidade existente entre os direitos fundamentais e a prestação de serviços públicos. Trata-se de um instrumento privilegiado para a efetiva concretização dos direitos fundamentais, concretizando em última análise o princípio reitor de todo

101 *Ibidem*, p. 61.

102 *Ibidem*, p. 68.

103 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira.** Revista de Direito Administrativo. n. 230. out-dez de 2002, Rio de Janeiro: Editora Fórum, 2002, p. 153-162.

ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁰⁴

Compartilhando desse mesmo entendimento, o que vocaciona os serviços públicos como meio privilegiado para a efetiva concretização, o que reconhece neles um “potencial democrático em prol do atendimento dos direitos fundamentais”¹⁰⁵ e que aproxima “a noção de serviço público à ideia de direito fundamental do indivíduo e, em contrapartida, um dever fundamental do Estado”¹⁰⁶.

João Batista Gomes Moreira expressa e sintetiza da seguinte forma esse entendimento.

A ligação dos serviços públicos aos direitos fundamentais é orientação coerente com o pós-positivismo jurídico, como designação de um ideário que inclui a realização desses direitos, com base na dignidade humana, tomada esta expressão como papel central das Constituições. Os direitos fundamentais (liberdade, igualdade, desenvolvimento e democracia), que se afirmaram a partir da instituição do Estado de Direito, traduzem os interesses que, na mencionada concepção, justificam a instituição de serviços públicos destinados a sua proteção e promoção. Os serviços públicos, além de instrumentos de proteção e promoção de direitos fundamentais¹⁰⁷.

Para João Batista Gomes Moreira as regras e princípios, expressa ou implicitamente previstos na Constituição Federal, de proteção aos direitos fundamentais devem ser as balizas para a delimitação de quais atividades econômicas serão consideradas serviços públicos. De outro lado, aquelas atividades econômicas que não visem a proteção, efetivação ou ampliação de direitos fundamentais não serão serviços públicos.¹⁰⁸

Reconhecendo a íntima relação entre os serviços públicos e os direitos fundamentais, Daniel Wunder Hachem afirma que “o serviço público se revela como o principal mecanismo de que dispõe a Administração para a realização dos direitos

104 FINGER, Ana Cláudia. **Serviço Público** ... *op. cit.*

105 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. **Notas sobre o conceito** ... *Op. Cit.*, p. 64.

106 CARVALHO, Juliane Erthal de. **A noção** ... *op.cit.*, p. 07. No mesmo sentido: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. **Notas sobre o conceito** ... *Op. Cit.*; LEAL, Rogério Gesta; CAVALHEIRO, Andressa Fracaro. **A natureza social**... *op.cit.*; CARVALHO, Juliane Erthal de. **A noção** ... *op.cit.*; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental** ... *op.cit.*; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico**... *op.cit.*; MOREIRA, João Batista Gomes. **Conceito** ... *op.cit.*

107 MOREIRA, João Batista Gomes. **Conceito** ... *op.cit.*, p. 08.

108 *Ibidem*, p.10.

fundamentais sociais”¹⁰⁹, no que é acompanhado por Adriana Da Costa Ricardo Schier¹¹⁰, pois, a concretização e satisfação desses direitos dependem em larga medida de ações estatais, que se materializam em “*prestações fáticas* oferecidas pela via dos serviços públicos”¹¹¹. Conclui o autor que os serviços públicos são essenciais “para que o Estado logre propiciar às pessoas uma *tutela administrativa efetiva* dos seus direitos fundamentais sociais: a Administração tem o dever de prestar um *serviço público adequado*, ao qual corresponde o direito do cidadão de recebê-lo”.¹¹²

Adriana da Costa Ricardo Schier reconhece o potencial dos serviços públicos para atuar como instrumento de redistribuição de riqueza, contribuindo para a concretização da igualdade material e promovendo justiça social, não diretamente como uma forma de distribuição de renda, mas como uma forma de diminuir a exclusão social “na medida em que permite aos cidadãos o acesso aos bens que garantirão uma existência digna, tais como educação e saúde e níveis básico de infraestrutura”.¹¹³

2.4 TITULARIDADE E PRESTAÇÃO EXCLUSIVA PELO PODER PÚBLICO

É majoritária na doutrina atribuir à noção de serviço público a titularidade exclusiva dessas atividades econômicas ao Estado. Para essa parcela da doutrina a presença do Estado e sua exclusividade na exploração seriam elementos essenciais da noção serviço público. Exclusividade que atingiria também quem lhe faça as vezes, por meio da delegação. Seria essa a única forma de a iniciativa privada explorar essas atividades, sempre sujeitos ao regime de direito público, não poderiam explorar autonomamente essa atividade ou qualquer outra que materialmente lhe faça concorrência.¹¹⁴

Como representante dessa maioria cita-se Celso Antônio Bandeira de

109 HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental** ... *op.cit.*, p. 4.

110 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico**... *op.cit.*, p. 113.

111 HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental** ... *op.cit.*, p. 4.

112 *Idem*.

113 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico**... *op.cit.*, p. 116.

114 SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. *Op. Cit.*, p. 61.

Mello,¹¹⁵o qual, após uma análise do tratamento disposto pela Constituição aos serviços públicos, classifica-os em quatro categorias.

A primeira é a que ele denomina de 'serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado', que são dois serviços públicos que o Estado além de deter a titularidade exclusiva, deve prestar diretamente, sendo-lhe vedado outorgá-los, através da concessão, permissão ou autorização a particulares, são eles o serviço postal e o correio aéreo nacional. Chega a essa conclusão interpretando o art. 21, inciso x, da Constituição Federal, em comparação aos incisos xi e xii, os quais expressamente possibilitam a prestação por meio de concessão, permissão ou autorização, o que o inciso x não faz.¹¹⁶

Seguindo, apresenta o que denomina 'Serviços que o Estado tem obrigação de prestar e obrigação de conceder'. Tal entendimento decorre da literal disposição constitucional prevista no art. 223, que determina que o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens deve apresentar uma complementaridade entre os sistemas privado e público e estatal. Conclui Celso Antônio Bandeira de Mello, que esta disposição importa em obrigação de o Estado prestar tal serviço diretamente, bem como de permitir, por meio de concessão, permissão ou autorização, a participação de particulares.¹¹⁷

A terceira categoria é a denominada 'serviços que o Estado tem obrigação de prestar, mas sem exclusividade', ou seja, o Estado tem a obrigação de prestar, mas à livre iniciativa também é permitido desenvolvê-las. Nessa categoria inclui os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, compreensão do art. 223 da Constituição Federal, já apresentada; educação, conforme previsão do art. 209 e 205 da Constituição Federal; saúde, conforme previsão do art. 196 e 197 da Constituição Federal; previdência social, conforme previsão do art. 201 e 202 da Constituição Federal; e assistência social, conforme previsão do art. 203 e 204 da Constituição Federal.¹¹⁸

Por fim, a quarta categoria apresentada por Celso Antônio Bandeira de Mello é a denominada 'Serviços que o Estado não é obrigado a prestar; mas, não os

115 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso ... op. cit.*

116 *Ibidem*, p. 705.

117 *Idem*.

118 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso ... op. cit.*, p. 704-705.

prestando, tera de promover-lhes a prestação, mediante concessão ou permissão". Nesta categoria inclui os demais serviços públicos previstos na Constituição, em especial aqueles previstos no art. 21, incisos xi e xii.¹¹⁹

Também é tradicional na doutrina o entendimento de que a Constituição Federal de 1988 não estabeleceu como obrigatório nenhum modelo de produção. Porém, parece ter estabelecido certas diretrizes que demonstram uma predileção pelo sistema capitalista. Primeiramente por ter estabelecido já no artigo 1º que a livre iniciativa é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Depois, no art. 170, reafirma a livre iniciativa, agora como fundamento da ordem econômica¹²⁰. Ainda nesse artigo, prevê como princípio orientador de toda ordem econômica a livre concorrência e a propriedade privada. Já o parágrafo único do artigo 170, ao assegurar a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, assentou que a regra é que as atividades econômicas em sentido amplo sejam desenvolvidas pela iniciativa privada, relegando à exceção e dependente de lei qualquer limitação a essa liberdade.

Ainda dentro do Capítulo da Ordem Econômica, depreende-se da interpretação combinada do artigo 170, já analisado, e do artigo 173, que prescreve que 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, ambos da Constituição Federal, que o constituinte estabeleceu rígida limitação para atuação do Estado como agente econômico. Conclui-se, deste modo, que o ordenamento jurídico brasileiro atribuiu, em regra, as atividades econômicas ao mercado, podendo o Estado nelas intervir de modo excepcional, apenas complementando a atuação da iniciativa privada, regulando, fiscalizando, fomentando ou coordenando quando necessário. A doutrina se refere a esse modo de atuação do Estado como princípio da subsidiariedade.¹²¹

Para Marçal Justen Filho somente a vinculação a direitos fundamentais não

119 *Idem*.

120 DUARTE, Cláudia Turner P. **Livre-iniciativa e Estado: em busca do equilíbrio perfeito**. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 25-53, jul./set. 2014, p. 34.

121 DUARTE, Cláudia Turner P. **Livre-iniciativa ... op. cit.**, p. 34. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Parcerias na Administração Pública*. op.cit., p. 01.

é suficiente para qualificar uma atividade econômica como serviço público. Requisito essencial é a “inadequação dos mecanismos da livre iniciativa privada para a satisfação das necessidades correspondentes”¹²². A essa característica Marçal Justen Filho atribui a possibilidade, ainda que hipotética, de desaparecimento da ideia de serviço público. Por óbvio, se a inadequação dos mecanismos de mercado é requisito inafastável para se estabelecer um serviço público, quando o próprio mercado puder satisfazer plenamente as necessidades sociais, de todos os integrantes da sociedade, decorrentes dos direitos fundamentais, a exploração de tais atividades não será mais necessária.¹²³

Rogério Gesta Leal afirma que quando o Estado amplia sua atuação, inflando o rol das atividades econômicas por ele prestadas direta ou indiretamente, exercendo o papel de Estado-prestador, via de regra a consequência é a ineficiência das ações governamentais e o desvirtuamento das razões de existir do Estado, pois, esse inchaço, não raramente, não é orientado para a satisfação das reais necessidades da coletividade.¹²⁴

Por outro lado, Cláudia Türner Pereira Duarte afirma que comumente a eficiência está associada à liberdade de mercado, potencializada pela competição entre os agentes econômicos. Ambiente favorecido pela atuação positiva do Estado naquelas áreas mais sensíveis, essenciais à coletividade, porém, menos atraente ao mercado, ora de forma intermitente, ora de forma perene, conforme a falha de mercado a ser sanada.¹²⁵ Ou seja, em um ambiente eficiente o Estado atua de forma subsidiária à iniciativa privada e somente na medida para corrigir determinadas falhas de mercado que possam fragilizar a satisfação de alguma necessidade pública.

Joseph E. Stiglitz, citado por Cláudia Türner Pereira Duarte, elenca quatro elementos que levariam a ineficiência da atuação estatal direta na economia, “(i) baixa restrição orçamentária; (ii) espaço de competição limitada; (ii) atuação política; (iii) falta de competitividade; e (iv) regime jurídico público-pessoal e orçamento”¹²⁶.

122 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...* *op.cit.*, p. 725.

123 *Idem*.

124 LEAL, Rogério Gesta; CAVALHEIRO, Andressa Fracaro. *A natureza social...* *op.cit.* p. 05.

125 DUARTE, Cláudia Türner P. *Livre-iniciativa ... op. cit.*, p. 44.

126 *Idem*.

Com efeito, quando o Estado atua diretamente na economia não há uma séria preocupação com o fluxo de caixa, pois em momentos de insolvência pode sempre contar com aporte direto do Erário ou mesmo com empréstimos com taxas benevolentes. Isso somado à despreocupação com a lucratividade¹²⁷ e com a competição do mercado, leva a uma igual despreocupação com boas práticas administrativas, tornando improvável a construção de projetos eficientes e a prestação de serviços de qualidade, fragilizando a satisfação dos usuários e vulnerando o direito fundamental a que destina o serviço público prestado.¹²⁸

Adriana da Costa Ricardo Schier entende que quando a Constituição ou mesmo atos normativos infraconstitucionais imputam a titularidade de certo serviço público ao Estado estão de fato a imputar uma obrigação, um dever inafastável de sua prestação à coletividade. Na outra ponta, essa mesma imputação de titularidade estatal, atribui a essa coletividade um direito subjetivo a ter determinada atividade econômica prestada pelo Estado. Mas, de modo algum, vislumbra no texto constitucional qualquer indicação de que a previsão dessa relação dever-direito subjetivo, originada na previsão daquela titularidade, implique na impossibilidade de tais atividades serem prestadas diretamente por meio de agentes econômicos privados.¹²⁹

Partindo desse raciocínio, Adriana da Costa Ricardo Schier interpreta as disposições contidas no artigo 21 da Constituição e nos demais dispositivos constitucionais que imputam competências administrativas aos entes federados de modo diverso à doutrina majoritária, que entende que as atividades arroladas ali são todas de titularidade exclusiva do Estado. Para ela a prescrição de tais artigos tem a função apenas de legitimar e organizar a atuação dos entes federativos na prestação das atividades ali previstas. Não teriam, então, o objetivo de vedar a sua exploração por agentes privados.¹³⁰ Adverte que ao interpretar tais dispositivos é necessário diferenciar as atividades referentes ao exercício do poder soberano, que justificam a titularidade exclusiva do Estado, das atividades que representam

127 Não se quer afirmar que o Estado quando atua diretamente no mercado, em especial prestando serviços públicos, deva objetivar o lucro. Apenas está a considerar o lucro como indicativo de sanidade de determinada prestadora de serviço público. O que em última análise se relaciona com o princípio continuidade, com o princípio da universalidade e com a qualidade do serviço prestado. Tema abordado adiante.

128 DUARTE, Cláudia Turner P. **Livre-iniciativa ...** *op. cit.*, p. 44-45.

129 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico...** *op.cit.*, p. 55 et seq.

130 *Idem.*

serviços públicos, que buscam a satisfazer necessidades sociais e não a reafirmar o poder soberano.¹³¹ Assim, por exemplo, declarar a guerra e celebrar a paz é exercício do poder soberano, mas explorar os portos marítimos é um serviço público.

Conclui-se desse raciocínio que para que determinado serviço público seja afastado da atuação da iniciativa privada e seja de titularidade exclusiva do Estado devesse ser expressamente previsto dessa forma no texto constitucional. De outra forma, os serviços públicos previstos na Constituição apenas imputam uma obrigação de sua prestação ao Estado e não as exclui as subjacentes atividades econômicas da iniciativa privada.¹³²

Também não vislumbrando na Constituição Federal interdição ao particular para que explore atividade econômica defina como serviço público, Vitor Rhein Schirato afirma que não existe uma titularidade estatal, mas sim uma restrição ao direito fundamental mais ou menos intensa, na medida suficiente para satisfazer o direito fundamental a que se destina o serviço público considerado.

Reconhece, assim, que não há uma titularidade estatal exclusiva, mas sim uma obrigação para o Estado. Admite, contudo, que a título de cumprir essas obrigações e, assim, concretizar direitos fundamentais, outro direito fundamental pode ser restringido, o da livre iniciativa. Restrições que poderão até mesmo recomendar alguma forma de exclusividade a favor do Estado, mas não de modo automático.¹³³ Tais restrições devem se limitar e ser proporcional ao direito fundamental satisfeito por meio dos serviços públicos.¹³⁴ Restrição essa a que Alexandre Santos de Aragão e Carlos Ari Sunfeld se referem como diferentes graus de regulação, como demonstrado no título “Concepção contemporânea da noção de serviço público”.

Conclui Vitor Rhein Schirato, então, quando se fala em serviços públicos, está a se falar em uma obrigação do Estado em satisfazer alguma necessidade coletiva fundada em algum direito fundamental. Tal obrigação estatal se consubstancia em uma positiva atuação do Estado no domínio econômico, ou seja, explorando uma atividade econômica. Vitor Rhein Schirato afirma que essa é a mais adequada interpretação do artigo 175 da Constituição, quando determina que

131 *Idem.*

132 *Idem.*

133 SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição.** *Op. Cit.*, p. 152.

134 *Ibidem*, p. 103.

incumbe ao Estado a prestação dos serviços públicos, estabelece-se uma titularidade de uma obrigação jurídica e não uma titularidade exclusiva a impedir a exploração pela iniciativa privada.¹³⁵ Assevera, por fim, de modo contundente que “Não há no bojo da CF qualquer disposição que determine que os serviços públicos tenham que ser prestados em regime de exclusividade, seja estatal, seja por de um delegatário privado”.¹³⁶

Mesmo Celso Antônio Bandeira de Mello, reconhece que, a pretensa, titularidade sobre os serviços públicos atribuída ao Estado é, “antes de tudo, um dever”¹³⁷ imputado ao Estado. Dever que gera uma obrigação de o Estado garantir a prestação de certas atividades econômicas, se não prestado diretamente, através de sua administração direta ou indireta, deverá “discipliná-los e a *promover-lhes* a prestação”, através da outorga dessas atividades à iniciativa privada.¹³⁸

Fazer correlação direta entre a obrigatoriedade da prestação de serviço público com uma pretensa exclusividade estatal nessa prestação é, segundo Vitor Rhein Schirato, interpretar as disposições constitucionais acerca dos serviços públicos sob o prisma da formulação da noção de serviço público da Escola de Bordeaux datada do século passado.¹³⁹

Quando a Constituição Federal quis que determinada atividade econômica fosse afastada da livre iniciativa e do regime de mercado e fosse prestado exclusivamente pelo Estado, o fez de modo expresso como no caso dos monopólios previstos no art. 177, do serviço público de distribuição de gás natural canalizado e o de telecomunicações anteriormente à EC 5/95 e à EC 08/95, respectivamente.

135 *Idem*.

136 *Ibidem*, p. 151.

137 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso** ... *op. cit.*, p. 697.

138 *Idem*.

139 SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. *Op. Cit.*, p. 152.

3.0 DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Caio Tácito demonstra como desde longe na história brasileira, entre idas e vindas do pêndulo¹⁴⁰ institucional, o Estado se aproxima da iniciativa privada para dela absorver o capital e a tecnologia para tornar possível o atendimento de medidas essenciais de interesse coletivo, que a escassez de recursos e o de desaparecimento estatal impossibilitava.¹⁴¹

Dinorá Adelaide Musetti Grotti afirma que inicialmente o Estado brasileiro somente prestava serviços públicos através de seu próprio aparelhamento. Já no início do século XX o Estado passou a se utilizar em grande escala da concessão desses serviços a pessoas privadas, ao mesmo tempo em que se iniciou um processo de descentralização estatal, com a instituição de diversas autarquias para o exercício de atividades administrativas, industriais e comerciais.¹⁴²

Nesse sentido, o professor Marçal Justen Filho afirma que durante o século XIX até o início do século seguinte a concessão de serviços públicos era bastante comum. No período que se seguiu, período histórico marcado pela crescente intervenção estatal na economia, tal prática caiu em desuso. Porém, desde o fim do século passado, vem-se retomando a utilização da concessão para a consecução dos objetivos do Estado, qual seja, a satisfação das necessidades coletivas.¹⁴³

Segundo Dinorá Adelaide Musetti Grotti, ainda que as formas contratuais de colaboração entre o Estado e os particulares serem traços marcantes da política do Estado Liberal, elas ganham corpo justamente no Estado Social, no qual o Estado avoca diversos encargos sociais e econômicos, com a conseqüente assunção da satisfação de relevantes necessidades coletivas. Atividades que exigem, via de

140 Caio Tácito usa da analogia do pêndulo, e de seu natural movimento pendular, para descrever como ao longo da história o Estado ora promove uma avocação de atividades econômicas, hipertrofiando a máquina pública, ora entregando muitas dessas atividades, diminuindo seu campo de intervenção e privilegiando a iniciativa privada.

141 TÁCITO, Caio. **O retorno do pêndulo: Serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro.** Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, 2002: p. 1-10, out./dez., 1995. p. 02. No mesmo sentido GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Parcerias na Administração Pública.* op.cit., p. 10-11.

142 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público.** Disponível em: <https://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/A-experiencia-brasileira-concessoes-servico-publico-artigo_0.pdf>. Acesso em 04/10/2015, p. 01. BOURGES, Fernanda Schuhli. **Serviços públicos concedidos: Acesso e remuneração.** 230 fls. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2007, p. 68.

143 JUSTEN FILHO, Marçal. **As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público.** Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, Editora Fórum, n.1, p.95-136, jan./mar. 2003, p. 01.

regra, grande alocação de recursos financeiros e mão de obra qualificada, fazendo surgir a necessidade de se buscar novas técnicas de administração dos serviços públicos.¹⁴⁴

O Estado Contemporâneo tem buscado a colaboração da sociedade civil diante da constatação de que a prestação de serviços públicos diretamente pelo poder público vem falhando em satisfazer as necessidades da coletividade, além da carência de recursos e a necessidade de incorporar avanços tecnológicos, com os quais a iniciativa parece ter mais intimidade. Isso demandou mudanças de diretrizes, o Estado vem se afastando de certas atividades, ora liberalizando-as, ora atuando em colaboração com os particulares, por meio das parcerias.¹⁴⁵

A prática cada vez mais frequente de se prestar serviços públicos por meio de concessões às pessoas privadas é uma forma de expressão de uma nova concepção de Estado, na qual o Estado não se contrapõe à sociedade civil, mas, pelo contrário, conta com a sua efetiva participação para a consecução de seus objetivos. O Estado deixa de ser entendido como tutor da sociedade, mas como um gestor da coisa pública, gestão que passa necessariamente por uma concepção associativa. Nas palavras de Marçal Justen Filho, “a concessão é uma das alternativas de que dispõe o Estado para formalizar essa comunhão entre os diversos segmentos da Sociedade, especificamente no tocante à prestação de utilidades necessárias à satisfação imediata da dignidade humana”.¹⁴⁶

A concentração de certas atividades econômicas no Estado ainda se justificam devidas as falhas de mercado. No caso brasileiro, cujo território é bastante vasto e a carência de infraestrutura básica é latente, assim como as desigualdades regionais. Mas tal realidade não impõe o total afastamento da iniciativa privada, pelo contrário são circunstâncias que tornam salutar a colaboração entre o Estado e particulares.¹⁴⁷

A essa nova tendência de aproximação colaborativa entre o poder público e a sociedade civil parte da doutrina vem chamando de administração pública consensual, que denota, segundo Dinorá Adelaide Musetti Grotti, a superação da já

144 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**. Op. Cit., p. 01-02.

145 CARVALHO, Juliane Erthal de. **A noção ... op.cit.**, p. 03.

146 JUSTEN FILHO, Marçal. **As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público**. Op.cit., p. 02.

147 CARVALHO, Juliane Erthal de. **A noção ... op.cit.**, p. 03.

ultrapassada administração autoritária, dando espaço para uma administração mais consensual e dentro de uma relação mais equilibrada e marcada pela paridade, com participação mais efetiva da sociedade civil na gestão dos serviços de interesse coletivo.¹⁴⁸

Essa nova concepção de Estado a que faz referência Marçal Justen Filho diz respeito as alterações radicais de ordem política, social, econômica e jurídica pelas quais o Estado passou no último século. Tendo como uma das consequências a percepção de que é extremamente difícil, senão impossível, satisfazer, efetivamente, as diversas necessidades coletivas sem a efetiva participação de todas as esferas da sociedade, ante a escassez de recursos públicos para realização de todas as necessidades que a sociedade vem exigindo e a cada vez mais veloz evolução tecnológica, a qual o Estado burocrático não consegue acompanhar¹⁴⁹. Isso exige a constante modernização das ferramentas postas a disposição da administração, e como não poderia ser diferente, tais alterações, refletiu-se sobre o instituto da concessão.¹⁵⁰

Como dito, as concessões estão inseridas em um contexto mais amplo de colaboração do Estado com a sociedade civil, decorrentes das diversas novas formas de prestação de serviço público, buscando-se cada vez mais a cooperação, o consenso, desta nova realidade emerge a nomenclatura parceria¹⁵¹. Termo que carrega valores de ordem sociológica e política, mas que juridicamente pode se tornar equívoca, dado o advento da Lei nº 11.079/2004, que disciplinou as denominadas parceiras público-privada, consignando uma significação legal específica ao termo. Porém, Alexandre Santos de Aragão atribuí ao termo parceria os mecanismos “de soma de esforços de Estado e iniciativa privada na consecução

148 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**. Op. Cit., p. 04-05. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Parcerias na Administração Pública**. op.cit., p. 11. No mesmo sentido DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; SILVA, Raquel Lemos Alves. **As parcerias público-privadas na administração pública moderna**. RDA - Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, ano 2014, n. 265, jan. / abr. 2014, p. 04.

149 BOURGES, Fernanda Schuhli. **Serviços públicos concedidos: Acesso e remuneração**. Op. Cit., p. 74 e 120.

150 JUSTEN FILHO, Marçal. **As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público**. Op.cit., p. 01. DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; SILVA, Raquel Lemos Alves. **As parcerias público-privadas na administração pública moderna**. Op.cit., p. 04. CARVALHO, Juliane Erthal de. **A noção ... op.cit.**, p.04. DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; SILVA, Raquel Lemos Alves. **As parcerias público-privadas na administração pública moderna**. Op.cit..

151 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**. Op. Cit., p. 04.

de objetivos públicos”.¹⁵² As concessões podem ser entendidas como uma forma de o Estado reduzir seu tamanho “em termos de diminuição da atuação direta e prestacional do Estado”,¹⁵³ redução que acarreta aumento na eficiência, pois o Estado poderá concentrar seus recursos na regulamentação e fiscalização, enquanto os recursos privados se dedicarão ao desenvolvimento da atividade material. Isso terá por externalidade positiva a redução do deficit público, aumento do investimento dedicado às obras e serviços públicos, aumento na arrecadação e na geração de emprego, uma vez que o setor privado terá condições de estar em plena atividade.¹⁵⁴

Nas palavras de Fernanda Schuhli Bourges “a concessão revela-se uma via associativa, por meio da qual se produz a conjugação de esforços de origens diversas e qualitativamente distintos, para a realização de interesses próprios e comuns”.¹⁵⁵ De um lado o interesse do parceiro privado em auferir lucros, de outro o interesse público representado pelo serviço público delegado. A concessão se revela, então, “um instrumento de composição dialética entre princípios e interesses distintos”, uma ferramenta para harmonizar a aparente contradição desses interesses, composição de interesses que resulta na busca comum pela prestação do serviço público delegado de forma adequada.¹⁵⁶

Reconhecendo, o citado autor, que nessa acepção o termo toma feições bastante amplas, abrangendo instrumentos negociais bastante díspares, desde as tradicionais concessões, passando pelas autorizações e permissões, chegando aos subsídios empresariais, convênios com organizações sociais e franquias, afirma que o termo parceria é um termo geral, que contempla tanto as atividades contratadas à luz da lei nº 8.666/93, como aquelas a que se refere à lei nº 11.079/2004.¹⁵⁷ É nesse sentido, mais sociológico do que jurídico, que ressalta a associação entre o Estado e a sociedade civil, que se fará referência quando da utilização do termo, simples, parceria. Por outro lado, quando se utilizar o termo, composto, parceria público-privada, estar-se-á referindo aos institutos jurídicos previstos na lei nº 11.079/2004.

152 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Delegações de serviço público**. Interesse Público - IP, Belo Horizonte, ano 8, n. 40, nov. / dez, 2006, p. 05. No mesmo sentido: BOURGES, Fernanda Schuhli. **Serviços públicos concedidos: Acesso e remuneração**. Op. Cit., p. 83.

153 BOURGES, Fernanda Schuhli. **Serviços públicos concedidos: Acesso e remuneração**. Op. Cit., p. 82.

154 *Ibidem*, p. 83.

155 *Ibidem*, p. 89.

156 *Ibidem*, p. 88.

157 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Delegações de serviço público**. Op.Cit., p. 05.

Reconhecendo a contemporânea tendência de se buscar na iniciativa privada novas formas de gestão da prestação de serviço público de natureza econômica, Alexandre Santos de Aragão afirma que para além desta forma de delegação, o Estado vem buscando essa forma de cooperação para a gestão de atividades econômicas em sentido estrito, bem como de serviços públicos de caráter social e cultural, mesmo naqueles casos em que os particulares podem os prestar por direito próprio, sem necessidade de delegação, como o exige para algumas atividades a doutrina clássica sobre serviço público.¹⁵⁸

Essa nova tendência de aproximação e cooperação entre o Poder Público e a iniciativa privada, em especial no que se refere a implementação de grandes obras de infraestrutura, vem ampliando sobremaneira a conceituação do instituto da concessão, que para Alexandre Santos de Aragão cada vez mais torna-se um gênero do qual muitas espécies surgem, aproximando-se do termo aqui adotado, por considerarmos mais adequada, parcerias. Nesta realidade que se apresenta, diversas novas figuras surgem para dar conta das variadas formas possíveis de cooperação entre o Estado e a sociedade civil. O citado autor menciona, a título exemplificativo e sem pretensão de exaurimento cita as concessões, as parcerias público-privadas, permissões, autorizações contratuais, franquias públicas, gerência privada de estabelecimento, e os arrendamentos, credenciamento, contratos de gestão, termos de parceria com OSCIPs, convênios e os consórcios públicos.¹⁵⁹

Afastando qualquer possível alegação de inconstitucionalidade, assevera Alexandre Santos de Aragão que essas novas formas de parcerias, ainda que não previstas expressamente no texto constitucional, decorrem daquela concepção ampla de concessão de serviços públicos, no sentido de parceria aqui adotado, da qual diversas espécies de ajuste vêm surgindo para dar conta da realidade. Em outras palavras, o fato de a Constituição trazer apenas os institutos da autorização, permissão e concessão como formas de gestão de serviços públicos, não afasta o surgimento de novos institutos.¹⁶⁰ É no mesmo sentido as palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto, o qual considera que “a partir da submissão aos preceitos gerais encartados na Constituição (...) existam regimes distintos de contratação,

158 *Ibidem*, p. 04.

159 *Ibidem*, p. 01. No mesmo sentido: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Parcerias na Administração Pública. op.cit.

160 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Delegações de serviço público**. Op.Cit., p. 01.

cada qual com um objetivo específico.”¹⁶¹

Como dito são diversas as modalidades de avenças que o Estado pode estabelecer com a sociedade civil com o fim de melhor gerenciar e prestar os serviços públicos que o ordenamento jurídico lhe impõe, a depender do serviço, do direito fundamental que ele visa satisfazer e do respectivo nível de regulação que o interesse público exigir, haverá um instrumento capaz de atender suas necessidades. Por um lado temos as concessões e sua rigidez formal, de outro aquelas atividades exploradas pela iniciativa privada mas que exigem certa regulamentação do Estado, em um campo intermediário temos as autorizações, “que é menos do que conceder e permitir, mas é muito mais do que só regular e muitíssimo mais do que liberalizar”.¹⁶² As várias modalidades de parcerias possibilitam essa maleabilidade negocial, a depender da atividade material a ser delegada. E sempre haverá a possibilidade de novos instrumentos surgirem, conforme o Estado e a própria sociedade se desenvolvam.

Para o fim aqui proposto, serão examinadas apenas as formas mais comuns de associação entre o Estado e a sociedade civil, qual sejam, concessão comum, parcerias público-privadas, permissão e autorização. Mas a ideia principal que se quer transmitir é que é possível ao Estado desenvolver novas ferramentas para melhor satisfazer as necessidades coletivas, potencializando aqueles princípios orientadores dos serviços públicos, e que tal será muito mais efetivo e eficiente se na busca dessas novas ferramentas se associar ao setor privado, em uma colaboração consensual benéfica a todos, principalmente à sociedade.

Certamente a mais tradicional forma de delegação da prestação de serviços públicos do Estado para particulares é a concessão comum. Em linhas gerais, trata-se de delegação, por meio de contrato, remunerada e por prazo certo, da execução de determinado serviço público, cuja obrigação de prestação cabe ao Estado, a um particular, que o executa por sua conta e risco, seguindo tanto as prescrições contratuais, como as regulamentares e as legais. Ao fim do prazo preestabelecido os bens afetos à referida prestação passam a integrar o patrimônio público do ente

161 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. **A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 125-151, jul./set. 2014, p. 131. No mesmo sentido: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Parcerias na Administração Pública. op.cit., p. 02.

162 MOREIRA, Egon Bockmann. **Autorizações e contratos de serviços públicos**. Revista de Direito Público da Economia RDPE, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=69228>>. Acesso em: 30 ago. 2015, p. 08.

concedente. O agente privado será remunerado, via de regra, pela tarifa paga pelos usuários do serviço delegado, ainda que seja possível a concessão de subsídio pelo poder público, conforme previsão do art.17 da lei nº 8.987/95.¹⁶³ A conjugação do prazo da concessão e da tarifa cobrada deverá ser suficiente para a devida amortização dos investimentos realizados pelo agente privado e também para a remuneração de sua atividade, pois, agente privado que o é, sua atividade será direcionada para a busca de lucro, e possibilitar uma tarifa acessível, tendo em vista os princípios da universalidade e modicidade das tarifas.

Vitor Rhein Schirato considera as concessões como uma espécie de privatização, pois elas possibilitam entrada de agentes privados em campo de atuação típica do Estado¹⁶⁴. O Estado se retira da gestão e prestação direta de certa atividade econômica, transferindo para particulares essa incumbência, é a denominada privatização formal, a qual, segundo a lógica tradicional, promove uma desestatização formal, continuando o Estado como titular da atividade, delegando apenas sua execução ou gestão.¹⁶⁵ Nesse ponto vale a menção ao esclarecimento feito por Caio Tácito quanto ao alcance da expressão privatização, ela não é somente a transferência de certa atividade à iniciativa privada, mas, mais do que isso, uma evolução na relação entre o Estado e a iniciativa privada, que estabelecem parcerias associativas para a satisfação das necessidades coletivas por meio de serviços públicos.¹⁶⁶ Como será apresentado adiante, a noção de serviço público aqui adotada, aquela que não considera que há titularidade exclusiva em favor do Estado, não prejudica a ideia geral da concessão.

As concessões comuns de serviços públicos são regidas pela lei nº 8.987/95 e por expressa disposição constitucional, depreendida pela sua alocação topográfica no art. 175 do Título VII da Constituição Federal, que se refere à Ordem Econômica Constitucional, deve ser dirigida apenas à delegação de serviços públicos econômicos, assim aqueles serviços públicos sociais e culturais estariam desfeitos à concessão comum.¹⁶⁷

163 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Delegações de serviço público**. Op.Cit., p. 02-03

164 SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. Op. Cit., p. 03.

165 SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. Op. Cit., MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da lei 8.987/1995 (parte geral)**. Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. São Paulo, Malheiros Editores, 2010, p. 20-23. JUSTEN FILHO, Marçal. **As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público**. Op.cit., p. 5.

166 BOURGES, Fernanda Schuhli. **Serviços públicos concedidos: Acesso e remuneração**. Op. Cit., p. 72.

167 SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. Op. Cit., p. 04.

Em 2004 a lei nº 11.079, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, estabeleceu duas novas formas de concessão, a concessão administrativa e a concessão patrocinada, as quais são espécies do gênero parcerias público-privada.¹⁶⁸ A lei nº 11.709/2004 trata-se de uma lei especial, pois conceitua novos e especiais institutos jurídicos, prevendo, como expressamente descrito em sua ementa, a forma da licitação e da contratação desses novos institutos. Assim, a lei dissociou de forma específica as parcerias público-privadas, em suas duas modalidades, das demais formas de contratação com o poder público, incluindo-se aí as concessões comuns, quanto as licitações e contratações.¹⁶⁹

Conceitua-se as parcerias público-privadas como uma espécie de delegação cujo contrato visa a construção, ampliação, reforma ou manutenção de determinada infraestrutura, a respectiva gestão integral ou parcial das atividades administrativas executadas através delas, a remuneração desta delegação se dá a longo prazo e é suportada total ou parcialmente pelo delegatário, sua fixação se dá mediante a quantificação ou qualidade das utilidades efetivamente entregues pelo parceiro privado à Administração Pública ou à sociedade.¹⁷⁰

Dinorá Adelaide Musetti Grotti ressalta que as parcerias público-privadas vem atender não somente a prestação de serviços públicos cujas possibilidades financeiras ou técnicas do Estado não são capazes de atender, mas, em especial, a impossibilidade de o agente privado ser remunerado pela própria exploração do serviço delegado, cabendo, então, ao ente concedente remunerar parcial ou integralmente o concessionário. E essa é a característica que diferencia essas formas de concessão da daquela concessão comum da prevista na lei nº 8.987/1995.¹⁷¹

A referida lei das parcerias público-privadas estabelece diversas hipóteses cuja ocorrência no caso concreto se faz necessário para que seja possível a opção pelo ente público dessa forma de contratação em detrimento de outra, essas

168 GUERRA, Sérgio. **Equilíbrio econômico-financeiro e Taxa Interna de Retorno (TIR) nas parcerias público-privadas**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 13, n. 49, p. 205-222, jan./mar. 2015, p. 03.

169 MOREIRA, Egon Bockmann. **Breves notas ... op. cit.**, p. 04. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Parcerias na Administração Pública**. Op.Cit., p. 12.

170 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Delegações de serviço público**. Op. Cit., p. 11.

171 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**. Op. Cit., p. 36.

hipóteses também ajudam a diferenciar o campo de aplicação dessas parcerias do campo da concessão comum. A lei cumpre esse fim estatuidando as seguintes hipóteses que uma vez ocorrendo impossibilita a aplicação da lei nº 11.079, são elas, I – valor do contrato inferior a R\$ 20 milhões de reais; II – prazo inferior a 5 (cinco) anos; III – objeto único e exclusivo o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública, todas previstas no § 4º do art. 2º. Já o artigo 4º, inciso III, veda a contratação de parceria público-privada, que vise a delegação das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.¹⁷²

A primeira das espécies de parcerias público-privadas é a concessão patrocinada, também conhecida por concessão subvencionada e concessão de lucratividade mínima.¹⁷³ Difere da concessão comum ao passo que a amortização do investimento feito pelo concessionário se dá concomitantemente pelas tarifas pagas pelo usuário e verbas oriundas dos cofres do poder concedente, seja para garantir a modicidade das tarifas ou mesmo para garantir a viabilidade econômica do empreendimento¹⁷⁴. Possibilidade essa que a rigor já existia na lei nº 8.987/95,¹⁷⁵ a novidade fica a cargo da previsão de “a previsão de um sistema de garantias e proteções ao concessionário dantes inexistente”.¹⁷⁶ Nesse ponto deve se frisar que a contrapartida financeira do poder concedente deve ser em pecúnia, sendo de outra forma não se estará diante dessa modalidade, mas de uma concessão comum com receitas acessórias. Da mesma forma que ocorre com a concessão comum, a concessão patrocinada tem aplicação à prestação delegada de serviços públicos de natureza econômicos, mas não aos de caráter social, e para Vitor Rhein Schirato, nem mesmo para “os serviços públicos funções públicas e os serviços públicos de radiodifusão sonora de sons e imagens”.¹⁷⁷

Concessão administrativa é a segunda espécie de parceria público-privada, tem por peculiaridade diferenciadora o fato de não haver previsão de cobrança de tarifa dos eventuais usuários, pois a atividade concedida é insuscetível, econômica ou socialmente, de cobrança de tarifa, tem-se como exemplo os serviços públicos de

172 *Ibidem*, p. 39.

173 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Delegações de serviço público**. Op.Cit., p. 06.

174 SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. Op. Cit., p. 05.

175 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Delegações de serviço público**. Op.Cit., p. 06.

176 SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. Op. Cit., p. 05.

177 *Ibidem*, p. 06.

saúde e educação, ou mesmo porque o único usuário direto daquele serviço concedido é o próprio poder concedente.¹⁷⁸ Ou seja, nessa modalidade o Estado é o usuário direto ou indireto e a remuneração do parceiro privado é feita integralmente pelo Erário.

A execução de obras públicas ou fornecimento e instalação de bens associadas à prestação do serviço público não descaracteriza a concessão administrativa, ao contrário, é mais uma característica que a define. Essa modalidade de concessão se diferencia da simples prestação de serviços terceirizada na medida que o contratado além de prestar o serviço disponibiliza também a infraestrutura necessária para isso. Também se diferencia da empreitada de obras públicas, uma vez que nessa o contratado não presta o serviço, apenas provê a infraestrutura. E dá mesma forma como ocorre nas concessões comum e patrocinada, os bens ao fim do contrato são revertidos ao poder concedente. Essa modalidade revela grande potencial para a gestão e prestação delegada de serviços públicos sociais e culturais, ampliando sobremaneira as possibilidades de cooperação entre o Estado e o setor privado.¹⁷⁹ Além dos impedimentos de contratação de parcerias público-privadas já citados, na modalidade administrativa, somente empreendimentos que de fato gerem vantagens administrativa ao poder concedente, como aumento na eficiência no desempenho daquela atividade, diminuição de custo, aumento na qualidade da atividade, entre outras.¹⁸⁰

Diferentemente do que ocorre com as concessões comum e patrocinada, os serviços públicos prestados por meio das concessões administrativas poderão ser, além dos serviços públicos de natureza econômicos, os serviços públicos de caráter social e mesmo utilidades referentes aos serviços públicos como função pública¹⁸¹

Outra forma de prestação de serviços públicos, de obrigação estatal, através de delegação a particulares é a permissão. Há menção a permissão de serviços públicos nos arts. 21, XI e XII, e 175 da Constituição. Já na lei nº 8.987/95 há apenas dois dispositivos que a ela se referem, os arts. 2º, IV, e 40, tendo como norma complementar as disposições atinentes às concessões comuns. Têm por características o fato de o permissionário poder ser pessoa física, não possuir prazo

178 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Delegações de serviço público**. Op.Cit., p. 07.

179 *Ibidem*. p. 08.

180 SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. Op. Cit., p. 09 – 10.

181 *Ibidem*. p. 08.

certo, no que toca a modalidade de licitação segue a escala de valores do art. 23 da lei nº 8.666/93, caracterizam-se como contratos de adesão, são precárias e revogáveis unilateralmente pelo poder público, e não podem ser realizadas para a consecução de obras públicas.¹⁸²

Como dito a lei nº 8.987/95 não faz menção a um prazo determinado, mas isso não quer significar que a permissão gere direitos sobre aqueles serviços de forma perpétua para o permissionário, a natureza pública do serviço e os princípios do Estado Democrático e da Administração Pública não o permitem. A não previsão de prazo certo apenas quer ressaltar que o permissionário não possui direito adquirido, posto a precariedade da permissão, podendo o Estado extingui-la a qualquer tempo.¹⁸³

Dada a precariedade da permissão, ela é adequada para aquelas atividades que demandam reduzida necessidade de investimentos ou para as atividades cujos riscos dessa precariedade possam ser absorvidas pelo particular. Essa parece ser a razão de a lei não permitir que obras públicas sejam executadas por meio dessa modalidade de parceria.¹⁸⁴

A autorização se situa em uma posição quase que intermediária entre o regime tradicional dos serviços públicos e as atividades econômicas próprias da iniciativa privada, fazendo com que o autorizado se submeta a duas ordens de regulação, aquelas próprias do mercado competitivo e aquelas do poder regulamentar própria do poder autoritário, tanto as legais, quanto as contratuais.¹⁸⁵ Assim, a autorização permite que determinada atividade econômica de obrigação estatal seja explorada por particulares, desde que não seja exigido permissão e concessão. A autorização tem natureza de ato constitutivo, ainda que seja ato vinculado em algumas oportunidades, uma vez que ela insere “a pessoa privada em setor jurídico-econômico reservado ao Poder Público”¹⁸⁶, mas também mandamental, pois prescreve “um feixe de deveres a serem cumpridos pelo autorizado”¹⁸⁷

Quando no campo jurídico se fala em autorização três são as possibilidades de significação. Primeiramente, temos a aceção de autorização como um ato de

182 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Delegações de serviço público**. Op.Cit., p. 11.

183 *Ibidem*. p. 13.

184 *Ibidem*. p. 12.

185 MOREIRA, Egon Bockmann. **Autorizações e contratos de serviços públicos**. Op.Cit. p. 07.

186 *Idem*.

187 *Idem*.

manifestação do poder de polícia da Administração Pública, ato necessário para que um particular desenvolva certa atividade sujeita a controle estatal, ou seja, é forma de controle e não de delegação ou outorga; difere da licença, pois a autorização é ato discricionário.

A segunda acepção do vocábulo autorização é a que se refere ao uso de bens públicos, trata-se de ato precário e discricionário que possibilita ao indivíduo privado a exploração de determinado bem público, exploração essa que se dá com maior ênfase no próprio interesse do particular. A última acepção, e a que interessa aqui, é a prevista no art. 21, XI e XII, e 223 da Constituição Federal, não se trata propriamente de uma forma de delegação, mas de uma forma de parceria entre o particular e o Estado, nesse sentido essa autorização é uma espécie de condição da prestação de determinado serviço público.¹⁸⁸

Alexandre Santos de Aragão afirma que a fomentação da concorrência na prestação de serviços públicos é, além de possível, um mecanismo para efetivar os direitos individuais e sociais subjacentes àqueles serviços e concretizar seus objetivos e princípios. No direito brasileiro ela foi previsto no art. 16 da lei nº 8.987/95 e só deve ser afastada se inviável técnica ou economicamente.¹⁸⁹ O autor considera que o afastamento da concorrência na prestação dos serviços públicos deve ser orientado pelo princípio da proporcionalidade, ou seja, a opção deve ser adequada como meio idôneo para concretizar os valores e normas constitucionais, deve ser proporcional, i.e., a restrição, em uma ponderação de prós e contras, deve ser razoável e possibilitar resultados sociais mais elevados, e, por fim, deve ser o meio necessário, segundo a orientação do princípio da subsidiariedade, ou seja, somente é legítimo quando a iniciativa privada não puder prestar o serviço adequadamente.¹⁹⁰

Para possibilitar a concorrência nos serviços públicos e um aumento da eficiência em sua prestação vários são os mecanismos possíveis. Cita-se a fragmentação dos serviços públicos, que representa a distinção, dentro do mesmo serviço entre as atividades que exigem o monopólio e aquelas que admitem concorrência, isso dentro do mesmo serviço.¹⁹¹ Outro instrumento é o

188 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Delegações de serviço público**. Op.Cit., p. 14.

189 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Serviços Públicos e Concorrência**. Op.cit., p. 08.

190 *Ibidem*, p. 10.

191 ORTIZ, Gaspar Ariño. **A afetação de bens ao serviço público. O caso das redes**. RDA – Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, v 258, set./dez.2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=78571>>. Acesso em: 22 ago. 2015, p. 5.

compartilhamento de infraestruturas, segundo a doutrina da *essencial facility*, que garante o acesso às infraestruturas já postas aos concorrentes de sua proprietária.¹⁹² Por fim, a doutrina *yardstick regulation*, quando o Estado estabelece *standards* de qualidade, com o qual todos os operadores devem competir, trata-se, a bem da verdade, estratégia regulatória que tenta gerar efeitos concorrenciais em áreas onde não a há.¹⁹³

Como não poderia ser diferente tanto a inclusão da concorrência, quanto a associação do Estado com a iniciativa privada devem guardar a cautela necessária para não se perder de vista a razão de existência dos serviços públicos, qual seja, a concretização de direitos fundamentais, orientados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Como será demonstrado abaixo, as parcerias cooperativas entre o Estado e a iniciativa privada contribuem para reafirmar os princípios reitores dos serviços públicos, continuidade, igualdade e mutabilidade. Isso, somado ao fato de o Estado brasileiro ter dado certa preferência ao sistema capitalista de produção, atuando de forma subsidiária, apenas quando o próprio mercado não suprir adequadamente a satisfação dos interesses da coletividade, levam a conclusão que o Estado deveria optar preferencialmente por essa forma de gestão e prestação de serviços públicos, fazendo-o diretamente somente quando essencial a satisfação daqueles interesses.

De modo geral, as delegações da prestação de serviço público têm potencial para promover redistribuição de riqueza, pois, uma vez concedidos, via de regra, os custos decorrentes da implementação e desenvolvimento do serviço público fica a cargo do parceiro privado, sem ônus ou riscos econômicos para o Estado, cuja remuneração é suportada pelos efetivos usuários e não por toda a sociedade, como ocorre com os serviços prestados diretamente pelo Estado, que são financiados com recursos dos tributos.¹⁹⁴

Como tentamos deixar demonstrado no capítulo 2, uma atividade considerada serviço público não necessariamente exclui de sua exploração a iniciativa privada. Pela posição aqui adotada a consequência jurídica direta do

192 RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. **Prestação de serviços públicos em regime de competição**. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo | vol. 1/2013 | p. 125 | Jul / 2013, p. 6.

193 *Ibidem*, p. 7.

194 BOURGES, Fernanda Schuhli. **Serviços públicos concedidos: Acesso e remuneração**. Op. Cit., p. 104. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**. Op. Cit., p. 02.

reconhecimento de uma atividade como um serviço público é a de imputar um dever ao Estado. Essa posição poderia, em uma primeira abordagem, negar a existência de delegações de serviço público, pois, como se poderia delegar aquilo de que não se é titular. Porém, o que aqui se pensa razoável é que a delegação, para a noção de serviço público adotada, seria a transferência da gestão e prestação de uma determinada atividade material para um parceiro privado, com a titularidade do dever, da obrigação ainda imputado ao Estado. Pensamento que parece compatibilizar o sistema capitalista de produção, os valores constitucionais da livre iniciativa e a necessidade de o Estado prover a concretização de direitos fundamentais. Esses instrumentos de delegação apenas permitem que o Estado preste os serviços públicos sem ser diretamente, assim, também, não impedem que essas atividades sejam exploradas diretamente pela livre iniciativa.¹⁹⁵

3.1 INSTITUIÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS POR MEIO DE CONTRATOS DE DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Das mazelas que assolam o Brasil, uma das que mais contribuem para o desperdício dos já escassos recursos públicos é a chamada descontinuidade político-administrativa, a qual pode ser conceituada como “interrupção de iniciativas, projetos, programas e obras, mudanças radicais de prioridades e *engavetamento* de planos futuros”¹⁹⁶ decorrentes da alternância no poder político, i.e., das alterações decorrentes das diferenças de convicções políticas do novo gestor em relação ao seu antecessor. Algo até mesmo natural, quando um novo projeto político é escolhido pelo povo, os recursos devem ser realocados para realizá-lo. Porém, tal descontinuidade não raras vezes não é fruto de uma análise mais aprofundada, técnica, mas, sim, de puro interesses políticos.¹⁹⁷

Associada à descontinuidade político-administrativa a “racionalidade fragmentada da Administração e da ausência de capacidade gerencial de longo

195 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico...** *op.cit.*, p. 55 et seq.

196 NOGUEIRA, Fernando do Amaral. **Continuidade e Descontinuidade Administrativa em Governos Locais: Fatores que sustentam a ação pública ao longo dos anos.** 139 fl. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo). Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2006. p.13.

197 *Idem.*

prazo de algumas das nossas instituições” levam ao assincronismo entre a Administração Pública e a implementação de políticas públicas. Esse cenário pode ocasionar, além do desperdício de recursos públicos, a vulneração de direitos fundamentais em decorrência da, direta ou indireta, descontinuidade de serviços públicos, que tem como princípio reitor justamente o princípio da continuidade, e a não realização de outros tantos projetos que poderiam contribuir para o desenvolvimento nacional e aumento de bem-estar na sociedade¹⁹⁸

Nessa perspectiva, a associação entre o poder público e a sociedade civil surge com um grande potencial para a implementação de políticas públicas. Pode-se dizer que “é cada vez mais frequente que o poder público se valha da técnica contratual para operar intervenções no domínio econômico”,¹⁹⁹ da mesma forma, o Estado pode-se utilizar dos contratos administrativo para implementar políticas públicas que vise a satisfação de necessidades coletivas.

Nesse mesmo sentido, Egon Bockmann Moreira afirma que desde o fim do século passado vem surgindo instrumentos que possibilitam, além da implementação de políticas públicas, a estabilidade e continuidade dessas políticas, possibilitando a superação das dificuldades decorrentes da descontinuidade e da falta de visão a longo prazo, a que o referido autor denominou de “‘contratualização’ das políticas públicas”²⁰⁰. Isso foi possível depois do advento das leis que versam sobre a concessão de serviço público, lei nº 8.987/95 e lei nº 11.079/04.

As concessões de serviços públicos permitem a implementação de políticas públicas, pois, os projetos concessionários, assegurados contratualmente, têm prazos que podem chegar a trinta e cinco anos, são contratos que hoje fazem parte do cotidiano do brasileiro, luz, telefonia e transporte público, para citar pouco.²⁰¹

198 MOREIRA, Egon Bockmann. **O governo por meio de contratos administrativos**. Op.Cit., p. 02.

199 JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 9, n. 3 4, jul. / set. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=74852>>. Acesso em: 30 ago. 2015. p. 01.

200 MOREIRA, Egon Bockmann. **O governo por meio de contratos administrativos**. Op.Cit., p. 02.

201 MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. **Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n.34, abr./jun. 2011. Disponível em:<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=73325>>. Acesso em: 30 ago. 2015, p. 02. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs**. RDA – Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, v.263, maio/ago. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=96955>>. Acesso em: 22 ago. 2015, p. 12. MOREIRA, Egon Bockmann. **Equilíbrio econômico-financeiro em contratos administrativos de longo prazo**. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 240, p. 109-117, fev. 2014, p. 02.

Esse longo prazo contratual possibilita que determinado serviço ou obra associada a prestação de um serviço tenham sua execução garantida mesmo ante a alternância no governo. Desta forma, “e a depender do projeto concessionário, pode-se estabelecer um programa estatal ao longo dos anos, a conjugar políticas públicas de distribuição de riqueza com a criação de infraestruturas essenciais ao desenvolvimento econômico”.²⁰² Isso gera estabilidade para o parceiro privado, que tem a garantia que durante aquele prazo terá direito a executar aquele serviço ou, por alguma anormalidade, ser indenizado. Por outro lado, a sociedade também se beneficia, pois, verá suas necessidades serem atendidas de modo contínuo, o que gera segurança e bem-estar.

No que toca ao princípio da continuidade nos serviços públicos prestado por parceiros privados, alguns apontamentos são necessários. Inicialmente, deve-se atentar à proteção que deve resguardar o equilíbrio da equação econômico-financeira, especialmente em se tratando de contratos de longo prazo. Para que o serviço seja adequado e continuamente prestado é necessário que a saúde financeira do projeto concessionário seja garantida.²⁰³

Ainda nesse ponto, a questão da mutabilidade inerente aos serviços públicos é intimamente associada à continuidade. Via de regra, esses serviços exigem contínua atualização no que se refere as inovações tecnológicas e somente se elas forem atualizadas nesse sentido é que poderão satisfazer adequadamente as necessidades coletivas. No mesmo sentido, se essas atividades não se atualizarem, absorvendo as inovações da respectiva área, elas tenderão, mais cedo ou mais tarde, a perecer, tornando-se mais uma fonte de incômodo do que uma fonte de satisfação, nas palavras de Egon Bockmann Moreira, “para ser estável e perene é imprescindível ser mutável”,²⁰⁴ opinião que compartilha com Alexandre Santos de Aragão²⁰⁵, mutabilidade essa a que o autor taxa como uma premissa de segurança dos contratos de longo prazo, como o são as concessões, pois, elas são certas, assim, se o parceiro público e o privado preverem desde logo que as mudanças certamente virão, poderão se preparar para elas, mitigando, assim, mais um risco

202 MOREIRA, Egon Bockmann. **O governo por meio de contratos administrativos**. Op.Cit., p. 02.

203 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. **A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões**. Op.Cit., p. 137.

204 MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. **Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança**. Op.Cit., p. 02.

205 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs**. Op.Cit., p. 12.

que pode levar o projeto concessionário ao fracasso, garantindo sua continuidade.²⁰⁶

Mais uma vez se socorre das palavras de Egon Bockmann Moreira,

é justamente por ser público que o serviço precisa atender com eficiência e qualidade ao dinamismo das demandas sociais. As constantes evoluções das necessidades essenciais da sociedade implicam a obrigatoriedade de adaptação na forma de prestação dos serviços públicos — destaque-se: sua essência contém esse caráter mutável.²⁰⁷

Também no que se refere à mutabilidade inerente aos serviços públicos, a prestação por parceiros privados torna-se mais indicada. A iniciativa privada, como agente atuante no livre mercado, tem que constantemente buscar se atualizar, inovar, estar a frente de seus concorrentes, logo, a mutabilidade de sua atividade frente as novas exigências e tendências é bastante natural e deve ser célere, a custo de se perder mercado. Já o Estado encontra vários óbices neste quesito, primeiramente a concepção tradicional da legalidade estrita a que está submetida, para qualquer alteração em uma de suas atividades, um longo processo legislativo deve ser iniciado, tornando morosa e burocrática a busca pela inovação. Isso sem mencionar as vontades políticas que podem incindir ao longo desse processo.

3.2 ESCASSEZ DE RECURSOS PÚBLICOS E O ASPECTO INSTITUCIONAL DO SERVIÇO PÚBLICO

Fato notório e aparentemente uníssono na doutrina, o Brasil sofre a tempos de série crise fiscal, i.e., insuficiência de recursos financeiros para fazer frente as diversas funções, objetivos e programas a que se propõe.²⁰⁸ Uma das áreas que mais sofre com essa falta de recursos é a atinente a área de infraestrutura, área de

206 MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. **Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança.** Op.Cit., p. 02.

207 MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. **Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança.** Op.Cit., p. 02. p. 03.

208 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Parcerias na Administração Pública.* op.cit.. BOURGES, Fernanda Schuhli. **Serviços públicos concedidos: Acesso e remuneração.** Op. Cit.; MOREIRA, Egon Bockmann. **Equilíbrio econômico-financeiro em contratos administrativos de longo prazo.** Op.Cit.. DUARTE, Luciana Gaspar Melquiádes; SILVA, Raquel Lemos Alves. **As parcerias público-privadas na administração pública moderna.** Op.cit..

extrema importância para o país, pois, ela está diretamente associada ao desenvolvimento econômico sustentável nacional, bem como à satisfação das necessidades coletivas mais básicas, logo, ligada umbilicalmente à prestação de serviços públicos.²⁰⁹ O Estado brasileiro vem demonstrando não dispor de recursos financeiros suficientes para promover esse desenvolvimento e nem fornecer serviços públicos adequados.²¹⁰ Nesse sentido, o BNDES já apontou que a falta de recursos para investimento em infraestrutura retarda o crescimento do PIB em algo próximo a dois ou três pontos percentuais, algo bastante expressivo.²¹¹

Diante desse cenário de escassez de recursos, temática que aproxima em muito a área da economia com a do direito, o Estado se encontra diante de dilemas, que exigem uma decisão, sobre onde e como alocar esses limitados recursos. Assim sendo, mais do que evidente, alguns projetos, programas, ações ou objetivos governamentais não serão implementados, simplesmente por não haver dinheiro para tanto. Então, a depender da política pública eleita pelo governante no poder, uma ou outra prioridade será implementada, enquanto as demais serão relegadas a um segundo plano.

Considerando que em um Estado Fiscal, como o é o Brasil, a principal fonte de obtenção de receita é a tributação. Então, para que o Estado promova o investimento em infraestrutura e em serviços públicos, por exemplo, toda a sociedade é onerada, direta ou indiretamente. O que leva a conclusão lógica de que tantos mais forem os projetos, programas, ações ou objetivos estabelecidos, tanto maior será a necessidade de recursos financeiros, o que pode resultar no aumento da “agressividade e o oportunismo arrecadatório”.²¹²

Com a evolução do Estado liberal para o Estado Social, experimentou-se um exponencial aumento das necessidades da coletividade, o Estado inchou, avocando para si diversas atividades que antes eram desenvolvidas pela iniciativa privada.²¹³ Somado a isso o estabelecimento de novos e maiores direitos fundamentais, em

209 GUARINI, Mariana. **Aspectos das parcerias público-privadas e suas fontes de financiamento.** GUARINI, Mariana. **Aspectos das parcerias público-privadas e suas fontes de financiamento.** Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 54 | p. 197 – 228 | Out - Dez / 2011, p. 02.

210 *Idem.*

211 *Ibidem.* p. 18.

212 MOREIRA, Egon Bockmann. **Equilíbrio econômico-financeiro em contratos administrativos de longo prazo.** Op.Cit. p. 01.

213 BOURGES, Fernanda Schuhli. **Serviços públicos concedidos: Acesso e remuneração.** Op. Cit., p. 71.

especial os sociais, como a previdência, assistência social, saúde e educação.²¹⁴ Tais direitos são fornecidos pelo Estado por meio da prestação de serviços públicos, logo, devem ser disponibilizados a toda coletividade, dada a necessária universalidade que deve atingir, de forma contínua.

Tal prestação universal e contínua, evidentemente, tem um custo, que, quando fornecido diretamente pelo Estado, recai sobre toda a sociedade potencial ou efetivamente favorecida pelo oferecimento desses serviços. As atividades materiais de satisfação das necessidades coletivas são, nas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto, “necessariamente atividades que envolvem a mobilização de recursos para sua prestação, o que nos leva, inevitavelmente, a indagar de onde virão os recursos necessários a tornar o serviço disponível e quem arcará com os ônus correspondentes”.²¹⁵

O aumento das atividades sob responsabilidade do Estado gerou, conseqüentemente, um aumento das despesas estatais. Esse aumento associado àquela crise fiscal tornou a situação insustentável, o Estado tornou-se mais ineficiente e incapaz de atender todas as demandas sociais. Essa situação exigia e exige uma mudança no sistema gerencial estatal, que torne o Estado mais moderno e apto a atender as necessidades coletivas²¹⁶. Exigia-se uma mudança de paradigma, o Estado prestador não funcionou, mas as demandas sociais se avolumaram e o regime jurídico dos direitos fundamentais prescreve que eles devem ter eficácia imediata. A realidade financeira do Estado afetou diretamente a prestação de serviços públicos de modo direto, principalmente após a entrada em vigor da Lei de Responsabilidade Fiscal, que veio para controlar as despesas e as receitas públicas, proibindo a fixação de despesas sem a correspondente previsão de receita, ou seja, “as despesas são objetivamente escassas e devem ser administradas de acordo com o plano orçamentário definido em lei”.²¹⁷

Marçal Justen Filho considera o serviço público como uma instituição social,

214 DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; SILVA, Raquel Lemos Alves. **As parcerias público-privadas na administração pública moderna**. Op.cit., p. 02.

215 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. **Notas sobre o conceito ... Op. Cit.**, p. 74.

216 DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; SILVA, Raquel Lemos Alves. **As parcerias público-privadas na administração pública moderna**. Op.cit., p. 02.

217 MOREIRA, Egon Bockmann. **Equilíbrio econômico-financeiro em contratos administrativos de longo prazo**. Op.Cit., p. 02.

pois ele se constitui de “estrutura social produzida pelos esforços conjuntos de uma pluralidade indeterminada de sujeitos, que conjugam permanentemente seus esforços em vista de um conjunto de valores e ideais”,²¹⁸ continua o autor, o “Estado não é proprietário” do serviço público. Se fosse possível aludir a “propriedade do serviço público”, certamente sua titularidade seria de toda a sociedade.²¹⁹ Na prática, isso quer significar que a relevância dos interesses públicos buscado com os serviços públicos não gera “a ilegitimidade dos interesses privados”²²⁰, pelo contrário, o ideal seria a aproximação dos dois campos, somando esforços, para que esse instituto social seja adequadamente implementado, “daí que a utilização de recursos públicos e privados, tratados em parceria, é um novo modelo para o desenvolvimento econômico”.²²¹

Evidencia-se, assim, que para se superar as limitações orçamentárias, sem perda de benefícios sociais ou vulneração de direitos fundamentais, considerando esse aspecto institucional, a solução mais óbvia é a associação entre o Estado e a sociedade civil, associação marcada, como visto, por um viés democrático, negocial. Nesse sentido, o Estado e a sociedade figurariam em um patamar equivalente, compatibilizando seus objetivos e interesses, tendo como norte comum o serviço público, lastreado no interesse geral da sociedade.²²²

De forma objetiva, o interesse público que se busca satisfazer com o serviço público delegado se sobrepõe aos interesses e vontades das pessoas, físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, envolvidas na associação. O projeto adquire ‘vida própria’, os termos do contrato, toda a normatividade que regula aquela atividade, bem como a respectiva realidade técnica e econômica do projeto é que prevalece, o projeto se desprende das pessoas dos associados, é uma realidade distinta.²²³ Nas palavras de Marçal Justen Filho:

218 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Op.Cit., p. 727.

219 *Idem*.

220 GUARINI, Mariana. **Aspectos das parcerias público-privadas e suas fontes de financiamento**. Op.Cit., p. 03.

221 *Idem*.

222 JUSTEN FILHO, Marçal. **Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos**. JUSTEN FILHO, Marçal. **Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos**. Revista eletrônica de direito administrativo econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, fevereiro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 04/10/2015, p. 18.

223 MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. **Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança**. Op.Cit., p. 02.p. 06.

A prestação de serviço público adequado e satisfatório se configura como um objetivo comum, compartilhado pelo Estado, pela Sociedade Civil e também pelo concessionário, O contrato de concessão apresenta natureza organizacional, por meio do qual se institui uma estrutura de bens e um conjunto de pessoas visando ao desempenho de atividade de interesse comum das partes. Trata-se, portanto, de um contrato plurilateral, de cunho associativo, também em relação ao concessionário.²²⁴

De um lado temos o parceiro privado, que como próprio da iniciativa privada, é vocacionado para o lucro. De outro, temos o Estado com a função de satisfazer as necessidades coletivas. A compatibilização desses interesses, aparentemente, antagônicos é que viabiliza a gestão e prestação de serviços públicos pela iniciativa direta. Os dois polos assumem como objetivo principal e mediato a prestação de serviço público adequado, “todos se dispõem a colaborar e a concentrar esforços e recursos para o desempenho satisfatório das atividades que configuram o serviço público”.²²⁵ Assim, ao parceiro privado é possibilitado a busca pelo lucro através da exploração dos serviços públicos, mas, “em contrapartida, a natureza pública dos interesses assumidos constrange os particulares a vincular seus intentos egoísticos à satisfação da função social da propriedade e do lucro privado”.²²⁶ O Estado por sua vez, beneficia-se duplamente, primeiro por não ter que, via de regra, dispender recursos, podendo concentrá-los em outros campos, e depois, por ver os serviços públicos, sua obrigação, adequadamente prestados, satisfazendo os interesses públicos.²²⁷

Tanto a Lei Geral de Concessões, quanto a da Parcerias público-privadas, bem como outros dispositivos legais que propiciam alguma forma de parceria, são instrumentos idôneos para a promoção da cooperação entre o Estado e a iniciativa privada e criam as condições institucionais para que esse aspecto institucional dos serviços públicos se pronuncie.²²⁸

A retomada da utilização do instituto das concessões de serviço público

224 JUSTEN FILHO, Marçal. **As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público**. Op.cit., p. 12.

225 *Idem*.

226 JUSTEN FILHO, Marçal. **Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos**. Op.Cit., p. 18.

227 DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; SILVA, Raquel Lemos Alves. **As parcerias público-privadas na administração pública moderna**. Op.cit., p. 09.

228 MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. **Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança**. Op.Cit., p. 02.p. 04.

ocorreu justamente após a já mencionada crise fiscal do Estado, que já não suportava mais custear todos os serviços essenciais à sociedade, já no fim do século XX,²²⁹ e também para tentar sanar a grave deficiência na infraestrutura nacional²³⁰. Como efeito secundário, mas extremamente benéfico, a aproximação do Estado à iniciativa privada, possibilitou a especialização de determinadas áreas, o que tem potencial para gerar maior eficiência e qualidade, bem como “a utilização de métodos de gestão privada, mais flexíveis e mais adaptáveis ao novo tipo de atividade assumida pelo Estado.”²³¹ Com efeito, ainda que esses efeitos secundários sejam bem-vindos, a grande motivação foi a crise fiscal, não foi motivado por questões ideológicas ou mesmo visando o aumento da eficiência estatal, foi meramente uma necessidade fisiológica.²³²

Então, junto a eficiência da prestação do serviço público, o Estado veria diminuir seus gastos, conseqüentemente seu endividamento, com menos atividades a serem custeadas com os recursos públicos, o Estado poderia concentrar-se em outras frentes. Essa dinâmica revela uma outra transformação, a transformação do Estado prestacionista em Estado gerencial e regulador, sem, contudo, deixar de ser um Estado Social, uma vez “que os serviços apenas deixariam de ser prestados diretamente pelo governo, a sua existência continuaria a ser garantida por ele, assim como sua fiscalização”,²³³ de modo que o sucesso do empreendimento seja realizado em conjunto, o parceiro particular desenvolvendo a atividade principal e o Estado regulando e fiscalizando dessa prestação.

Diante dessa situação, escassez de recursos e crescentes necessidades sociais, a alternativa estatal foi se associar à iniciativa privada, através das concessões, parcerias público-privadas e outros instrumentos cooperativos, como já

229 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**. Op. Cit., p. 05. JUSTEN FILHO, Marçal. **As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público**. Op.cit., p. 01.

230 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Parcerias na Administração Pública**. op.cit., p. 12. BOURGES, Fernanda Schuhli. **Serviços públicos concedidos: Acesso e remuneração**. Op. Cit., p. 71.

231 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**. Op. Cit., p. 01-02. GUARINI, Mariana. **Aspectos das parcerias público-privadas e suas fontes de financiamento**. Op.Cit., p. 02.

232 BOURGES, Fernanda Schuhli. **Serviços públicos concedidos: Acesso e remuneração**. Op. Cit., p. 71. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**. Op. Cit., p. 05. DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; SILVA, Raquel Lemos Alves. **As parcerias público-privadas na administração pública moderna**. Op.cit., p. 02.

233 DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; SILVA, Raquel Lemos Alves. **As parcerias público-privadas na administração pública moderna**. Op.cit., p. 02-03.

visto.²³⁴ Esses instrumentos têm como uma das grandes vantagens e como finalidade a antecipação de vultosos investimentos, que se o Estado tivesse que fazer por forças próprias necessitaria de muitos anos e talvez nunca fosse realizado, dada a alternância de poder e vontade política²³⁵. Essa lógica está presente em todas as formas de associação que vise a prestação de serviços públicos, nas palavras de Sérgio Guerra,

cabe à iniciativa privada realizar primeiramente os investimentos e a obra necessários à colocação do serviço à disposição da população e, apenas após estar o serviço em operação, o poder público ingressa com recursos financeiros, seja complementando a tarifa ou remunerando integralmente o serviço prestado.²³⁶

Para bem cumprir a missão de satisfazer necessidades coletivas, cuja obrigação legal é do Estado, o particular, associado ao Estado, conta, quando tal associação se desenvolve por meio de alguma modalidade de concessão, com uma especial proteção do contrato. Proteção essa, que para além de proteger os interesses privados de arbitrariedades e instabilidades estatais, protege o contrato, o projeto moldado para a prestação de serviços públicos. Tal proteção se dá, em especial, pela manutenção do equilíbrio inicial da equação econômico-financeira.²³⁷ Dada a longa duração que marca os contratos de concessão, esse equilíbrio deve ser objeto de bastante zelo, visando a garantia da continuidade da prestação dos serviços públicos.

Essa proteção se volta a duas espécies de causas de desequilíbrio. A possibilidade legal de o Estado alterar administrativa e unilateralmente cláusulas do

234 GUERRA, Sérgio. **Equilíbrio econômico-financeiro e Taxa Interna de Retorno (TIR) nas parcerias público-privadas**. Op.Cit., p. 02. DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; SILVA, Raquel Lemos Alves. **As parcerias público-privadas na administração pública moderna**. Op.cit., p. 09. GUARINI, Mariana. **Aspectos das parcerias público-privadas e suas fontes de financiamento**. Op.Cit., p. 18.

235 GUERRA, Sérgio. **Equilíbrio econômico-financeiro e Taxa Interna de Retorno (TIR) nas parcerias público-privadas**. Op.Cit., p. 02. GUARINI, Mariana. **Aspectos das parcerias público-privadas e suas fontes de financiamento**. Op.Cit., p. 02.

236 GUARINI, Mariana. **Aspectos das parcerias público-privadas e suas fontes de financiamento**. Op.Cit., p. 02.

237 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs**. Op.Cit., p. 03. MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. **Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança**. Op.Cit., p. 07.

contrato, os chamados: fato do príncipe e fato da administração. Aqui o equilíbrio da equação econômico-financeira opera uma verdadeira harmonização da relação desigual entre os associados. O Estado conta com uma posição privilegiada, decorrente da supremacia do interesse público, a qual cabe a ele a tutela. O parceiro particular tem nessa proteção uma garantia frente a essa supremacia estatal, uma contrapartida às exorbitantes prerrogativas do Estado, pois qualquer ato do parceiro público que altere o contrato será absorvido e refletido na recomposição da referida equação.²³⁸

A outra possibilidade a que se volta a intangibilidade da equação econômico-financeira são as áleas extraordinárias, os fatos imprevisíveis e externos ao contrato e às partes, de natureza econômica a que estão sujeitos os contratos de delegação de serviço público. Nesse caso a proteção se dirige não tanto a resguardar os interesses do parceiro privado, mas mais “a continuidade do serviço público e o interesse público atendido pelo contrato”.²³⁹

Por óbvio, considerando que o parceiro privado é um agente econômico da iniciativa privada, os riscos empresariais e econômicos naturais da atividade empresarial, áleas ordinárias, deveram, em regra, ser suportado pelo próprio parceiro privado. Sobre tal temática se poderia aprofundar na problematização, no sentido de que essas áleas ordinárias podem afetar a continuidade da prestação de serviços públicos, assim, o interesse público subjacente, reclama uma solução não tão rasa, mas os objetivos desse trabalho não comportam tal análise.²⁴⁰

As normas que estabelecem a proteção ao equilíbrio da equação econômico-financeira tem matriz constitucional, com previsão geral no inciso XXI do artigo 37,²⁴¹ é reafirmado na legislação infraconstitucional, no artigo 10 da lei nº 8.987/95.²⁴² Prescrevem tal normativa que se houverem desequilíbrios, nos termos

238 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs**. Op.Cit., p. 03 – 04.

239 *Idem*.

240 *Idem*.

241 XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

242 Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

acima expostos, das condições firmadas na proposta e no contrato, esse orientado pelo edital, pela regulamentação setorial e pela correspondente legislação, será necessário proceder um reequilíbrio contratual. Mas para tal, faz-se necessário analisar a avença e verificar como foi solucionada a alocação dos riscos inerentes ao projeto concessionário, ou seja, a qual parte cabe suportar cada tipo de risco capaz de alterar o equilíbrio da equação, assim, a recomposição contratual não se dá de maneira automática, antes é necessário essa verificação. Da mesma forma, só se operará o reequilíbrio em favor do parceiro privado se o risco causador do desequilíbrio tiver que ser suportado pelo parceiro público.²⁴³

Demonstrado que cabe ao parceiro público suportar o desequilíbrio, apura-se o impacto econômico e financeiro desse evento, projeta-se qual será o objeto de recomposição, a doutrina aponta para tal fim a utilização de dois critérios, a taxa de retorno e o fluxo de caixa marginal,²⁴⁴ e, posteriormente, define-se qual será a estratégia utilizada para tal intento. Tais operações são mais atinentes ao campo econômico do que ao jurídico, o que demonstra a necessária aproximação dessas áreas quando o assunto é concessões de serviço público.

Ponto essencial no que toca a prestação de serviços públicos por meio de agentes privados é a universalização. Fernanda Schuhli Bourges afirma que o problema da universalização dos serviços públicos é causado “de modo simplificado, à escassez de recursos, de políticas públicas, de vontade política, de efetividade à Constituição e organização, participação e reivindicação da sociedade”.²⁴⁵ É patente que, via de regra, os serviços públicos são prestados de forma bastante deficiente quanto mais se avança para o interior, afastando-se dos grandes centros, fato motivado, entre outros, por questões políticas. Os resultados políticos, em termos de retorno em votos, são potencializados com o oferecimento de serviços de qualidade nas capitais, onde há maior densidade demográfica, e o contrário também é verdadeiro.

Nessa ordem de pensamento, a noção de serviço público aqui adotada, não associada à titularidade estatal exclusiva, é mais consentânea com os objetivos do

243 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. **A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões**. Op.Cit., p. 143.

244 *Ibidem*, p. 144.

245 BOURGES, Fernanda Schuhli. **Serviços públicos concedidos: Acesso e remuneração**. Op. Cit., p. 120.

Estado Social de Direito, pois, garante a participação de mais agentes econômicos na busca da satisfação de necessidades sociais. Ora, sendo os serviços públicos espécies de atividades econômicas elas têm potencial de gerar lucro, logo, são atrativas à iniciativa privada, e, como visto, é possível compatibilizar esse interesse privado com os objetivos sociais dos serviços públicos. Fazendo um exercício de imaginação, os agentes privados poderiam explorar os serviços públicos nos grandes centros, onde a possibilidade de lucro é maior, e o Estado atuar nas regiões mais remotas, onde, à luz da teoria econômica, haveria uma falha de mercado, assim, poder-se-ia otimizar os escassos recursos públicos. Ainda nesse exercício, o Estado poderia promover licitações em blocos, de tal forma que em um mesmo bloco figura-se regiões de grande interesse do ponto de vista empresarial, grandes centros, e regiões com pouco ou nenhum interesse, de modo que o parceiro privado, com interesse nos lucros dos grandes centros, prestasse o mesmo serviço com a mesma qualidade nas regiões mais longínquas, aqui o Estado atuaria como agente regulador e fiscalizador, fazendo cumprir o interesse público. Nota-se, aqui, o potencial que as concessões e outras formas de associação têm para promoção de uma política redistributiva, através da universalização dos serviços públicos, onde a participação efetiva do Estado e da sociedade civil é fundamental.²⁴⁶

Questão essencial quando se fala de universalização de serviços públicos é a modicidade das tarifas. Pode-se falar que com o Estado se abstendo de prestá-los diretamente os mais necessitados estariam sendo excluídos e mais marginalizados, pois, não teriam recursos para, com suas próprias forças, custeá-los.²⁴⁷ Argumento que não procede. O Estado pode implementar políticas afirmativas de inclusão social mesmo nos serviços públicos prestados por particulares, criando faixas de isenção, por exemplo. Ainda, com o advento da lei das parcerias público-privadas abriu-se a oportunidade de o Estado custear totalmente o fornecimento de determinado serviço, através das concessões administrativas, com as quais o particular poderia prestar à população mesmo os serviços mais essenciais, como saúde e educação, de forma gratuita para o usuário final.

Mesmo quando haja cobrança de tarifas, o modelo de prestação de serviços públicos por meio de agentes privados pode contribuir para a modicidade tarifária,

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 118.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 107.

pois, elas “podem ser reduzidas em razão do aperfeiçoamento administrativo e técnico realizado pelo parceiro privado que levem eficiência prestacional”.²⁴⁸

Não se olvide que tais benefícios somente serão perceptíveis se não houver desvios que atrapalhem o projeto concessionário. Cita-se por exemplo de desvios a cobrança que o Estado faz do particular para conceder determinado serviço. Fatalmente esse custo da concessão será repassada pelo parceiro privado ao usuário final. Parece que o ideal seria o Estado conceder esses serviços visando maior eficiência em sua prestação e a diminuição de gastos públicos e não auferir ganhos financeiros.

248 *Ibidem*, p. 105.

4.0 CONCLUSÃO

Ao longo do texto apresentou-se a construção histórica pela qual passou a noção de serviço público, ressaltando sua mutabilidade conforme o tempo e espaço que se tem em consideração, chegando à que se considera mais adequada ao atual ordenamento jurídico, bem como com a contemporânea realidade social, econômica e cultural da sociedade brasileira. Tal noção é representada pela definição dada ao instituto do serviço público por Marçal Justen Filho, que poder ser resumida como uma atividade de satisfação de necessidades sociais, que têm subjacente um direito fundamental a ser atendido, cuja obrigação recai sobre o Estado. Dessa noção procurou-se ressaltar que para o delineamento do que, concretamente, venha a ser um serviço público é essencial analisar o conteúdo material da atividade considerada. Assim, serviço público seria toda atividade voltada a satisfazer concretamente as necessidades sociais, de caráter individual, de outra forma, são atividades voltadas à prestação de utilidade ou comodidade material ou imaterial destinada a satisfazer as necessidades coletivas. Demonstrou-se a especial vocação que têm os serviços públicos para servirem de instrumentos para concretização de direitos fundamentais e como através deles é possível diminuir a exclusão social e aumentar o bem-estar da sociedade.

Buscou-se demonstrar que, diferente do que estabelece a doutrina tradicional acerca dos serviços públicos, doutrina amplamente majoritária, é verdade, ao se estabelecer que determinada atividade econômica é um serviço público não se está a afastá-la de forma automática e completa do campo de possibilidades da livre iniciativa. Afirmou-se que não há na Constituição previsão de que todo serviço público é de titularidade exclusiva do Estado, quando se quis estabelecer um monopólio estatal, foi de forma expressa, como nos casos do art. 177 da CF. Obviamente, tal posicionamento merece mais estudos e maior aprofundamento. Estabelecendo que não há titularidade estatal exclusiva, assentou-se que o que de fato há é um dever imputado ao Estado, dever de garantir que as atividades consideradas, legislativamente, serviços públicos sejam adequadamente prestadas. Porém, tal obrigação de prestá-los não impede que particulares também o façam. Considerando que essas atividades concretizam direitos fundamentais,

quanto mais agentes a estiverem exercendo, maior a possibilidade desses direitos fundamentais serem realizados.

A conclusão do parágrafo anterior é sustentada também pelo princípio da subsidiariedade implícito na Constituição. Ainda que ela não tenha estabelecido um determinado modo de produção, demonstrou-se que há uma predileção pelo sistema capitalista, mas um capitalismo que atenda à função social da propriedade, aspecto próprio de um Estado Social. Assim, conclui-se que particulares podem explorar atividades econômicas qualificadas como serviços públicos, atendendo, obviamente, as diretrizes legais e regulamentares de cada área. Nessa perspectiva o Estado deveria figurar como regulador e fiscalizador, atuando diretamente de modo excepcional, quando as atividades não puderem ser prestadas adequadamente por particulares.

Elencou-se uma série de argumentos que levam a conclusão de que a maneira mais eficiente de o Estado cumprir sua obrigação legal de prestar serviço público é o fazer de modo indireto, através da associação com a iniciativa privada. Viu-se que essa é a tendência no Brasil desde o fim do século passado, ante a escassez de recursos proveniente da crise fiscal do Estado. Tal escassez de recurso pode prejudicar o oferecimento de serviços públicos, o que, conseqüentemente, pode vulnerar direitos fundamentais. Algo até mesmo inconstitucional, diante do regime jurídico a que estão submetidos esses direitos. Essa escassez de recursos conjugado com o crescente número de direitos fundamentais que o Estado se vê obrigado a satisfazer faz com que a associação com a iniciativa privada seja a melhor solução. Os mecanismos de associação possibilitam o Estado utilizar o capital privado para prestar serviços públicos, antecipar obras e programas, que se dependessem apenas de seus recursos, demoraria anos ou mesmo ficariam sem realização.

Viu-se que existem diversos instrumentos que possibilitam a associação entre o Estado e a sociedade civil. Dedicou-se especial atenção às formas de concessão por ser o meio mais comum de delegação de um dever do Estado para particulares. Por fim, também se viu que esses instrumentos possibilitam a retirada dos serviços públicos da esfera de disponibilidade da transitoriedade dos governos. Tendo como efeito lateral a mudança de mentalidade, promovendo um pensamento a longo prazo, haja vista a possibilidade de uma concessão chegar a trinta e cinco

anos. Desse modo, garante-se a continuidade do serviço público e a manutenção da satisfação dos direitos fundamentais através dos serviços públicos.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O serviço público e as suas crises**. *Interesse Público IP* Belo Horizonte, nº46, ano 9 Novembro/Dezembro, 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51132>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Serviços Públicos e Concorrência**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional AeC. Belo Horizonte, n.17, ano 4, Julho/Setembro 200. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12683>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Delegações de serviço público. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 8, nº 40, nov./dez., 2006.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira**. Revista de Direito Administrativo. n. 230. out-dez de 2002, Rio de Janeiro: Editora Fórum, 2002, p. 153-162.

FINGER, Ana Cláudia. **Serviço Público: Um instrumento de concretização de direitos fundamentais**. Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro, 232: p. 59-82, abril/Junho, 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A configuração jurídica clássica do serviço público e suas mutações**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 28/2011, p. 81 – 118, Jul – Dez, 2011.

FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 3. ed, rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11º ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. **Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 63-77, abr./jun. 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann. **O governo por meio de contratos administrativos**. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 244, p. 537-539, jun. 2014.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. 309 fls. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito –

Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs**. RDA – Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, v.263, maio/ago. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=96955>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

BOURGES, Fernanda Schuhli. **Serviços públicos concedidos: Acesso e remuneração**. 230 fls. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2007.

CARVALHO, Juliane Erthal de. **A noção contemporânea de serviço público**. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo | vol. 0/2013, p. 121 – 138, Mai – Jun / 2013.

DUARTE, Cláudia Turner P. **Livre-iniciativa e Estado: em busca do equilíbrio perfeito**. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 25-53, jul./set. 2014.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; SILVA, Raquel Lemos Alves. **As parcerias público-privadas na administração pública moderna**. RDA - Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, ano 2014, n. 265, jan. / abr. 2014.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14º ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**. Disponível em: <https://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/A-experiencia-brasileira-concessoes-servico-publico-artigo_0.pdf>. Acesso em 04/10/2015.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros editores, 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Parcerias na Administração Pública**. Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 31113, jan./jun. 2012.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Redefinição do papel do Estado na prestação de serviços públicos: realização e regulação diante do princípio da eficiência e da universalidade**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 8 nº 40, nov./dez., 2006,

GUARINI, Mariana. **Aspectos das parcerias público-privadas e suas fontes de financiamento**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 54 | p. 197 – 228 | Out - Dez / 2011.

GUERRA, Sérgio. **Equilíbrio econômico-financeiro e Taxa Interna de Retorno**

(TIR) nas parcerias público-privadas. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 13, n. 49, p. 205-222, jan./mar. 2015.

HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material.** A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=107635>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público.** Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, Editora Fórum, n.1, p.95-136, jan./mar. 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos.** Revista eletrônica de direito administrativo econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, fevereiro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 04/10/2015.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 11º ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal; GUIMARÃES PEREIRA, César A.; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Serviço público e atividade econômica: a exploração econômica pelo concessionário de serviço público.** Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, vol. 16/2015, p. 13 – 37, Jan – Fev / 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo.** Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 9, n. 3 4, jul. / set. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=74852>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

JUSTEN, Mônica Spezia. **O Serviço Público na Perspectiva do Direito Comunitário Europeu.** Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p.137-175, jan./mar. 2003.

LEAL, Rogério Gesta; CAVALHEIRO, Andressa Fracaro. **A natureza social do serviço público no Brasil: contributos para a formatação de um modelo centrado no cidadão.** Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, vol. 1/2013, p. 139, Jul / 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. **A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões.** Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 125-151,

jul./set. 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Serviço Público e Poder de Polícia: Concessão e Delegação**. Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE, Salvador, nº 7, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Autorizações e contratos de serviços públicos**. Revista de Direito Público da Economia RDPE, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=69228>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Breves notas sobre a parte geral da lei das parcerias público-privadas**. Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo | vol. 5 | p. 537 – 558 | Nov / 2012.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da lei 8.987/1995 (parte geral)**. Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Equilíbrio econômico-financeiro em contratos administrativos de longo prazo**. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 240, p. 109-117, fev. 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. **Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n.34, abr./jun. 2011. Disponível em:<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=73325>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

MOREIRA, João Batista Gomes. **Conceito material de serviço público**. Interesse Público IP, Belo Horizonte, ano 12, nº 64, nov./dez. 2010. Disponível em:<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70914>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

NÓBREGA, Theresa Christine de Albuquerque; SÁ, Anna Dolores Barros de Oliveira. **Serviço público: evolução conceitual e técnicas atuais de exploração**. Revista dos Tribunais Nordeste. Vol. 4/2014, p. 15 – 33, Mar / 2014.

NOGUEIRA, Fernando do Amaral. **Continuidade e Descontinuidade Administrativa em Governos Locais: Fatores que sustentam a ação pública ao longo dos anos**. 139 fl. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo). Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2006. p.13.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **A afetação de bens ao serviço público. O caso das redes**. RDA – Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, v 258, set./dez.2011.

Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=78571>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. **Prestação de serviços públicos em regime de competição**. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo | vol. 1/2013 | p. 125 | Jul / 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. 1º Ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2012.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social**. 214 fl. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público nas parcerias público-privadas**. Revista de Direito Público da Economia RDPE, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 219235, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49825>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **A regulação dos serviços públicos como instrumento para o desenvolvimento**. Interesse Público IP Belo Horizonte, nº 30, ano 7 Março/Abril 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=50027>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

Silva, Almiro do Couto e. **Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares**. Serviço público “à brasileira”? *Revista de Direito Administrativo*. n. 230. p. 47-48. Rio de Janeiro: Renovar, out.-dez. 2002.

TÁCITO, Caio. **O retorno do pêndulo: Serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro**. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, 2002: p. 1-10, out./dez., 1995.