

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E
ECONÔMICA E REGULAÇÃO**

GIOVANI CLARK

PAULO RICARDO OPUSZKA

JOSÉ BARROSO FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Transformações na ordem social e econômica e regulação [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA;

Coordenadores: Giovani Clark, José Barroso Filho, Paulo Ricardo Opuszka – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-382-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Ordem Social. 3. Ordem Econômica. 4. Regulação. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

Não se pode esquecer que Economia, para além das escolhas sobre o uso dos recursos escassos necessários a vida e no incremento das forças produtivas, é decisão política e opção de prioridades.

Em tempos de crise econômica, seguida de grave crise política, e ainda do questionamento da legitimidade da atividade estatal – fragilizada pelo estágio puberdade/obsoleto da Democracia Brasileira, a partir de fissuras institucionais em que as funções do Estado disputam hegemonia em torno do Poder – enfrenta a academia a tarefa de compreender o estágio de desenvolvimento econômico e político do "projeto" brasileiro de Nação.

No Grupo de Trabalho: TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO I, a partir da elaboração de 25 artigos aprovados e apresentados, cujos temas variavam entre a constituição econômica brasileira, desenvolvimento sustentável e regulação de vários setores, mais uma vez, o Direito Econômico foi problematizado com eximia competência e profundidade, típicas do CONPEDI, na sua presente edição, assim como nas passadas.

Na tarefa profícua de análise dos trabalhos e intervenções da bancada coordenadora, percebeu-se trabalhos versando sobre o papel do Estado no processo produtivo, em face da sua intervenção direta e indireta, na busca do desenvolvimento socioeconômico; ou ainda, na visão de alguns, objetivando a efetivação do capitalismo humanista.

Destacou-se ainda os seguintes temas: regulação do petróleo; intervenções econômicas e direito na Internet - via discussão sobre o seu marco civil; serviço público de saúde a partir da entrada do capital estrangeiro no setor; inovadoramente, a inexistência de regulação da nanotecnologia no Brasil, essencial na saúde humana.

Também, sobressaiu os conteúdos relativos a produção científica voltada ao incentivo ao cooperativismo, enquanto o objeto de políticas públicas planejadas, a fim de efetivar o pluralismo produtivo constitucional; análise das práticas de abuso do poder econômico privado nas relações de consumo, etc.

O Grupo de Trabalho teve o intuito de construir uma oportunidade para a dialética e a retomada do projeto de desenvolvimento social, em meio a reincidência ao neoliberalismo de austeridade, sempre no sentido de problematizar a condição do Estado como propulsor /indutor da economia na produção capitalista da América Latina, ao mesmo tempo em que o projeto de síntese capital/trabalho globalizante, desde o desenvolvimentismo do setor público, vem sendo atropelado, de forma avassaladora, pela financeirização da Economia, e é preciso, então, compreendê-lo em suas nervuras.

Paulo Ricardo Opuszka/UFPR

Giovani Clark - PUC Minas/UFMG

José Barroso Filho - Ministro do STM

PARÂMETROS PARA A CONSECUÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

PARAMETERS FOR ACHIEVING THE PUBLIC SERVICES

Flávia Ramos Maia Costa ¹

Resumo

O artigo busca identificar os parâmetros necessários à consecução dos serviços públicos pelo Estado, utilizando a metodologia da pesquisa bibliográfica. A noção de serviços públicos, desenvolvida na França entre o final do século XIX e o início do século XX, sofreu diversas mutações. Por isso, buscou-se identificar os critérios e as classificações dos serviços públicos adotados pelos doutrinadores. De acordo com o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, foram indicados os setores nos quais se divide o Aparelho do Estado. Verificou-se que o contrato a ser celebrado pela Administração Pública depende do tipo de atividade a ser desenvolvida.

Palavras-chave: Serviços públicos, Aparelho do estado, Contratos da administração, Pesquisa bibliográfica

Abstract/Resumen/Résumé

The article seeks to identify the parameters necessary for the execution of public services by the state, via bibliographic research. The notion of public services, developed in France in the late nineteenth and the early twentieth century, has undergone several mutations. Therefore, we sought to identify the criteria and ratings of public services adopted by scholars. According to the Master Plan of the State Apparatus Reform, were indicated the sectors in which divides the state apparatus. It was found that the contract to be concluded by the public administration depends on the type of activity to be developed.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public services, State apparatus, Management contracts, Bibliographic research

¹ Mestranda em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Especialista em Direito Administrativo e Processo Administrativo pela Universidade Cândido Mendes – UCAM.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 175, que a titularidade dos serviços públicos pertence ao Estado. Em consonância com a lição de Araújo (2010), não se pode simplesmente entender que a noção de serviço público ou de sua natureza recai sobre a instituição. Tal visão informaria, equivocadamente, que o centro gravitacional do direito público e do Direito Administrativo repousaria tão somente sobre a supremacia do interesse público, e nada mais. Deve-se considerar que nem todos os serviços prestados pelo Poder Público têm, por exemplo, a finalidade da ordem pública, mas todos devem satisfazer a um interesse coletivo ou a uma utilidade pública. Ao realizar os interesses da coletividade, o Estado mantém relações as mais diversas com seus administrados, além de outros Estados e órgãos, das quais decorrem obrigações como a naturalização (direito constitucional), os convênios e tratados internacionais entre Estados (direito internacional) e os empréstimos públicos (direito tributário, direito financeiro, direito econômico). Portanto, o Estado é parte em relações amplas e abrangentes, que não estão adstritas apenas às atividades desempenhadas por seus dirigentes.

Motivado pelo problema da impossibilidade de que a noção de serviço público ou de sua natureza recaia tão somente sobre a instituição do Estado, além da abrangência e variedade de serviços prestados pelo Poder Público, o tema central trabalhado versa sobre os parâmetros para a realização dos serviços públicos.

O estudo da pesquisa foi possível mediante a formulação de um objetivo geral: identificar os parâmetros necessários à consecução dos serviços públicos pelo Estado.

A fim de atingir o objetivo geral proposto, foram definidos os seguintes objetivos específicos:

- a) conhecer a noção de serviços públicos;
- b) identificar os critérios e as classificações dos serviços públicos;
- c) indicar os setores nos quais se divide o Aparelho do Estado;
- d) verificar os instrumentos à disposição do Estado para a consecução dos serviços públicos.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, mediante a consulta a livros, periódicos e legislações.

O Direito é uma ciência social e está em constante evolução. Da mesma forma, o Direito Administrativo e a Administração Pública.

I. O QUE SÃO SERVIÇOS PÚBLICOS

Com o desenvolvimento da noção de serviço público na França, entre o final do século XIX e o início do século XX, a doutrina francesa apresentou variadas concepções nas escolas de Bordeaux ou Escola do Serviço Público (representada por Léon Duguit e Gaston Jèze) e de Toulouse ou Escola do *Puissance Publique* (Hauriou), permeadas pelas transformações nos cenários social, político e econômico daquele país.

O quadro a seguir, extraído da obra de Justen (2003), aponta as principais diferenças de pensamento entre Duguit e Jèze:

Duguit	Jèze
concepção de caráter objetivo	concepção de caráter subjetivo
conceito de serviço público prévio e autônomo à vontade estatal	conceito de serviço público acessório e dependente da escolha do governante
serviço público se revela tanto no sentido de instituições como no sentido de atividades materiais	uma atividade pode ter aparência de um serviço público, porém não ter sido assumida pelo Estado legalmente; uma atividade pode não ter cunho de serviço público, porém ser realizada pelo Estado; clara falta de utilidade jurídica do conceito de serviço público

A respeito do trabalho desenvolvido pela escola de Toulouse, ainda segundo Justen (2003), em que pese a alternância de pensamento e do caráter cíclico da obra de Hauriou, o desenvolvimento do instituto do serviço público foi decisivo para o direito administrativo francês e deu à expressão o conteúdo de fundamento do direito público. A autora assevera que, mesmo nos momentos em que defendeu a noção de serviço público, Hauriou vinculou a ela a noção de *puissance publique*, pois não aceitara a noção de serviço público como conceito único a fundamentar o direito administrativo.

O esforço doutrinário para a definição de serviço público gera grandes divergências. O tema é permeado por questões que envolvem diversas ciências e a concepção predominante varia em consonância com o tempo e o local que estiver sob análise. Em 1949, ao tratar da jurisprudência firmada pelo Conselho de Estado francês acerca dos serviços públicos locais, Jèze (1949) destacou a influência de questões econômicas e políticas nas soluções adotadas.

No mesmo diapasão, Derani (2002) afirma que as atividades do Estado na economia (politização das relações mercantis) revelam como é tênue a fronteira que separa o econômico do político, posto que a atuação normativa do Estado na economia, sentida desde que se exprimiram os princípios liberais, traz efeitos sobre a política de arrecadação e de atuação

direta no mercado. Para a professora, pode-se seguramente afirmar que nunca o mercado participou de todas as atividades econômicas e há, atualmente, uma uniformização das diretrizes orientadoras do novo perfil dos Estados, com políticas econômicas que passam a se formar em desconsideração do sujeito, na direção do fortalecimento do movimento de reprodução do dinheiro, com a diminuição das ações de implementação do bem-estar social.

Ao analisar a Constituição de 1988, Grau (2010) explicita que serviço público é um tipo de atividade econômica, visto que o gênero atividade econômica (sentido amplo) compreende duas espécies: o serviço público e a atividade econômica (sentido estrito).

Lima (1982) afirma que a condição de existencial para a sociedade que caracteriza o serviço público filia a noção ao conceito de utilidade pública, que pertence a outras ciências, como a Sociologia, a Política e a Administração. Essa determinação é variável no tempo e no espaço.

Lima buscou informar, resumidamente, o conteúdo do serviço público como “todo o serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa”. O autor utiliza a lição de Tito Prates da Fonseca, segundo a qual predominam as seguintes causas:

- causa final: prestação ao público;
- causa eficiente: prestação, de forma direta ou indireta, pela administração ou pelo Estado.

Esclarece, ainda, que a causa eficiente restringe a extensão do conceito e enriquece a compreensão. A causa final governa a eficiente.

Tais variantes constituem apenas um pequeno esboço dos motivos que tornam a definição do que seja serviço público tão dificultosa. As diferentes realidades que envolvem a expressão conferem a ela caráter polissêmico.

A complexidade observada e a volatilidade das certezas acerca do tema induzem à adoção de uma noção de serviço público, em lugar de uma definição do instituto.

Neste sentido, observa-se a obra de Grau (2001), que afirma que o serviço público não possui essência alguma. O autor toma por base Sartre, que informa, sobre a obra de Althusser, que a noção pode definir-se como o esforço sintético para produzir uma ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas. Para o autor, atualmente, a questão da indeterminação dos conceitos se resolve na historicidade das noções. Onde a doutrina brasileira erroneamente

pensa que há conceito indeterminado há, na verdade, noção. A noção jurídica deve ser definida, em consonância com a lição de Sartre, como ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas. Graubert conclui que a determinação de um conceito de serviço público conduzirá a muito pouco, impondo-se a busca por sua noção, que deve ser construída sobre as ideias de coesão e interdependência social:

Podemos adotar a seguinte noção de serviço público: serviço público é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Léon Duguit), ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima).

Araújo (2010) informa que a noção de serviço público é imprescindível para a determinação do critério de sua configuração e classificação, pois dele decorrerão reflexos na titularidade e no objeto da prestação dos serviços.

II. CRITÉRIOS E CLASSIFICAÇÕES DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

A partir da compreensão das mutações sofridas e da adoção de uma noção de serviço público frente à imprecisão da definição do instituto, surgem os critérios de serviço público, alinhavados pelo que se chamou de crise do serviço público. Vejamos as implicações das duas primeiras crises do serviço público.

Di Pietro (2013) elucida a evolução dos serviços públicos, diante das dificuldades de conceituação e da sua flutuação no tempo as quais levaram à chamada crise na noção de serviço público. A autora explica que, quando surgiram as primeiras noções de serviço público, sob a batuta do Estado Liberal, era válida a combinação de três critérios:

- o subjetivo, que considera a pessoa jurídica prestadora da atividade: o serviço público seria aquele prestado pelo Estado;
- o material, que considera a atividade exercida: o serviço público seria a atividade que tem por objeto a satisfação das necessidades coletivas;
- o formal, que considera o regime jurídico: o serviço público seria aquele exercido sob regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum.

No entanto, a doutrinadora anota que o afastamento dos princípios do liberalismo e a percepção de que o Estado não dispunha de organização adequada à realização do rol estendido de atividades pretendidas, levaram à dissociação dos três elementos, surgindo o que se convencionou chamar de 1ª crise dos serviços públicos, ocorrida em meados do século XX.

Consequentemente, o Estado passou a delegar a execução de atividades a

particulares, tanto por meio de contratos de concessão, quanto através de pessoas jurídicas de direito privado criadas para esse fim (empresas públicas e sociedades de economia mista), para execução sob regime jurídico predominantemente privado. Di Pietro conclui com a menção de Louis Corail e Jean Rivero à crise na noção de serviço público:

Um autor francês – Louis Corail – elaborou tese de doutoramento sobre esse tema, entendendo que os três elementos normalmente considerados pela doutrina para conceituar o serviço público não são essenciais, porque às vezes falta um dos elementos ou até mesmo dois.

Jean Rivero (1981:494) mostra que atualmente a combinação dos três elementos é menos frequente. Existem necessidades de interesse geral que a autoridade atende satisfatoriamente, mas que nem por isso confia a órgãos públicos; e também pode acontecer que entidades públicas, como autarquias, desempenhem atividade industrial ou comercial idêntica à das empresas privadas similares, e que não pode ser considerada serviço público, uma vez que nenhuma peculiaridade distingue o seu regime do adotado no setor privado. Há, aí, uma dissociação dos sentidos subjetivo e material. A dissociação é igualmente freqüente entre os dois primeiros sentidos e o regime jurídico de serviço público: os serviços comerciais e industriais do Estado são exercidos pelas empresas estatais sob regime jurídico de direito privado, parcialmente derogado por normas publicísticas.

Desta forma, Di Pietro entende que permanecem os três elementos – subjetivo, material e formal – porém com sensíveis diferenças em relação à concepção original, numa releitura que será verificada posteriormente.

A 2ª crise dos serviços públicos, iniciada na década de 80, está relacionada ao incremento da atuação da iniciativa privada na economia. O direito comunitário europeu, influenciado pelo sistema da *common law*, considera a idéia de serviço público exclusivo do Estado incompatível com os princípios fundamentais da ordem econômica da liberdade de iniciativa e da livre concorrência.

Di Pietro informa que um entendimento mais rígido acerca do Tratado de Roma, de 1957, provocou um confronto com o conceito francês de serviço público, que substituiu a expressão serviço público por serviço de interesse econômico geral, com relação às atividades de natureza econômica, preservando-se o conceito tradicional para os serviços sociais do Estado.

No entanto, na década de 90, o próprio direito comunitário europeu abrandou a interpretação sobre o Tratado de Roma, passando a aceitar que os Estados-membros estabelecessem obrigações de serviço universal e obrigações de serviço público, para o atendimento de necessidades coletivas. Neste contexto, foi assinado o Tratado de Amsterdam, de 1997.

A compreensão de que o serviço público não se exauriu frente as duas primeiras crises do serviço público, nos leva à necessidade de conhecer os critérios hodiernamente adotados pela doutrina.

Neste ponto, retomemos as lições de Di Pietro (2013), que exibem uma releitura dos critérios material, subjetivo e formal.

O elemento subjetivo informa, para a autora, que o serviço público é sempre incumbência do Estado, tanto no que tange à criação, que se dá por lei, quanto no que tange à gestão, que pode ser direta ou indireta.

O elemento formal revisitado explicita que o regime jurídico a que se submete o serviço público também é definido por lei, podendo ser:

- de direito público: para determinados tipos de serviços, não comerciais ou industriais;
- de direito privado, derogado, ora para mais, ora para menos, pelo direito público (regime jurídico híbrido): para serviços comerciais ou industriais.

O elemento material parece ser, segundo Di Pietro, unanimidade entre os autores: todos consideram que o serviço público corresponde a uma atividade de interesse público. Em que pese muitos particulares poderem exercer atividades de interesse geral, há dois aspectos a considerar: o fato de que o objetivo primordial do particular é, em regra, o seu próprio interesse; outro aspecto é o fato de que não é suficiente o objetivo de interesse público para caracterizar o serviço público, pois é necessário que a lei atribua esse objetivo ao Estado.

Mello (2004) apresenta em sua obra apenas dois elementos necessários à composição da noção de serviço público: o substrato material, consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível singularmente pelos administrados; e o traço formal indispensável, que para o autor “lhe dá justamente caráter de noção jurídica, consistente em um específico regime de Direito Público, isto é, numa unidade normativa”. Extrai-se de sua obra:

a) Substrato material da noção de serviço público

Quanto ao primeiro elemento – seu substrato material – cumpre observar que a atividade estatal denominada serviço público é a prestação consistente no oferecimento, aos administrados em geral, de utilidades ou comodidades materiais (como água, luz, gás, telefone, transporte coletivo, etc) singularmente fruíveis pelos administrados que o Estado assume como próprias, por serem reputadas imprescindíveis, necessárias ou apenas correspondes a conveniências básicas da sociedade, em dado tempo histórico. Aliás, é por isto que as presta sob regime de Direito Público, diretamente ou através de alguém por ele qualificado para tanto.

Esta oferta é feita aos administrados em geral. Daí falar-se, com razão, no princípio da universalidade ou generalidade do serviço público, pois o serviço diz respeito a necessidades ou

comodidades básicas da sociedade.

Ditas atividades, portanto, salvo algumas exceções adiante referidas (educação, previdência social e assistência social), estão excluídas da esfera do comércio privado. De conseguinte, as atividades em questão não pertencem à esfera da livre iniciativa, sendo estranhas, então, ao campo da “exploração da atividade econômica”. Este último setor, nos termos constitucionais, conforme será melhor esclarecido a breve trecho, é seara reservada aos particulares, ou seja, à iniciativa privada. Na esfera econômica a atuação empresarial do Estado é que é exceção e terá de realizar-se basicamente na conformidade de regime de Direito Privado.

b) Elemento formal caracterizador do serviço público: seu regime jurídico

O segundo elemento, formal, isto é, a submissão a um regime de Direito Público, o regime jurídico-administrativo, é que confere caráter jurídico à noção de serviço público. Sua importância, pois, é decisiva.

Portanto, para Mello, diferente de outros autores, o serviço público será sempre subordinado ao regime de direito público.

Assim como são diversos os critérios e pontos de partida adotados pelos doutrinadores para delinear a noção de serviço público, variam também as classificações. Carvalho Filho (2014) assinala que, em alguns momentos, elas se identificam quanto ao conteúdo, mas recebem nomenclatura diversa. A relevância da classificação reside em agrupar-se, com precisão, serviços públicos diversos, levando-se em conta a extensão, o âmbito de incidência, a natureza, etc. Em sua obra, o autor adota quatro classificações: serviços delegáveis e indelegáveis, serviços administrativos e de utilidade pública, serviços coletivos e singulares, serviços sociais e econômicos.

Carvalho Filho assinala que as atividades tipicamente econômicas são destinadas, em princípio, às empresas privadas (art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal brasileira), o que consagra o princípio da livre iniciativa. Excepcionalmente, podem ser exercidas pelo Estado (art. 173, *caput*, da Constituição Federal brasileira) e por empresas e sociedades de economia mista (art. 173, § 1º, da Constituição Federal brasileira). É o caso, por exemplo, da exploração de minérios e minerais nucleares, atividade econômica objeto de monopólio estatal (art. 177 da Constituição Federal brasileira).

A linha tênue que separa serviços públicos econômicos e atividades econômicas privadas propicia o surgimento de divergências, como a mencionada pelo autor, relacionada ao serviço postal. Na ADPF 46 DF, Rel. Min. Eros Grau, de 5.8.2009 (Informativo STF nº 554), a discussão não deixou dúvida de que o serviço postal é serviço público. No entanto, a discrepância cingiu-se à maior ou menor extensão do sentido de “serviço postal”. Prevaleceu a tese do sentido mais amplo, mas houve votos para excluir do conceito as encomendas e impressos; como também para assegurar-se o monopólio apenas para carta, cartão postal e

correspondência agrupada, não abrangendo, portanto, boletos, contas de luz, água e telefone, jornais, livros ou qualquer tipo de encomendas ou impressos.

Apesar de haver destacado apenas as quatro classificações ora expostas, Carvalho Filho informa a possibilidade de catalogar outras classificações de serviços públicos, bastando a adoção de critérios diversos, como da competência (serviços comuns e privativos), da remuneração (serviços remunerados e gratuitos), da execução do serviço (centralizados e descentralizados); ou ainda princípios como da continuidade e da remuneração (serviços compulsórios e facultativos, de um lado, ou suspensíveis e contínuos, de outro).

Gasparini (2012) adota cinco critérios de classificação dos serviços públicos:

- quanto à entidade a que foram atribuídos: federais, estaduais, distritais e municipais.
- quanto à essencialidade: essenciais e não essenciais.
- quanto aos usuários: gerais e específicos.
- quanto à obrigatoriedade de utilização: compulsórios e facultativos.
- quanto à forma de execução: direta e indireta.

Registre-se que, no que tange à essencialidade, Carvalho Filho (2014) adota posicionamento que diverge de Gasparini:

O aspecto da essencialidade, apontado por eminentes publicistas, apresenta-se, em nosso entender, com linhas de certo modo imprecisas. A essencialidade resulta do reclamo social para atividades reputadas básicas para a coletividade, mas tal caracterização não diz respeito à delegabilidade ou não do serviço. Há serviços públicos essenciais que são delegáveis a particulares, e nada impede que o sejam, desde que o Poder Público não se abstenha de controlá-los e fiscalizá-los. (...)

Em nosso entender, é a delegabilidade ou não do serviço que demarca a sua natureza. (...) a classificação em serviços essenciais e não essenciais padece da mesma imprecisão, pois que se trata de juízos de valor sujeitos à alteração dependendo do tempo e lugar. Como é sabido, o que é essencial para uns poderá não o ser para outros; daí ser subjetiva essa valoração.

Araújo (2010) destaca que os serviços públicos possuem muitas classificações, sob diversos critérios, porém a mais relevante é a que os considera sob o prisma de sua essencialidade. Para o autor, serviços públicos próprios são as funções de Poder Público ou de serviço público, atribuições essenciais desempenhadas diretamente pelo Estado, preferencialmente pela Administração Direta (segurança pública, justiça, saúde pública, tributação, diplomacia). Serviços públicos impróprios são serviços essenciais mas nem tanto (água e esgoto, luz, gás, telefone, correio etc.), além de outros da atividade industrial e

comercial do Estado, bem como aqueles que dependem de regulamentação e autorização do Poder Público (escolas, telecomunicações, diversões públicas etc.), chamados serviços de utilidade pública, pois o Estado, reconhecendo sua conveniência (não necessidade, nem essencialidade) para a Administração, os presta de forma direta ou indireta. O autor ressalta ainda que, alterado o prisma da essencialidade para o ponto de vista dos administrados, muitos desses serviços passam a ser essenciais (água e esgoto, inumação de cadáveres, coleta de lixo, energia elétrica, telefone, transporte coletivo, correio etc.), mesmo que não estejam disponíveis para toda a população.

Em que pese as classificações adotadas pelos doutrinadores apresentarem-se tão diversificadas quanto os critérios de serviço público, Araújo (2010) afirma em sua obra que os Escolásticos já diziam, há muitos anos, *definito fit per genus proximum et differentiam specificam*.

A identificação dos critérios e classificações dos serviços públicos se presta a sua realização por determinados setores do Aparelho do Estado.

III. O APARELHO DO ESTADO

Nos anos 90, a redefinição do papel do Estado foi tema de alcance universal. No Brasil, em 1995, diante de uma crise do Estado que havia se desviado de suas funções básicas para ampliar sua presença no setor produtivo, da gradual deterioração dos serviços públicos, do agravamento da crise fiscal e da inflação, foi publicado o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.

Segundo o documento, o aparelho do Estado é constituído pela administração pública em sentido amplo, ou seja, a estrutura organizacional do Estado, em seus três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e três níveis (União, Estados membros e Municípios). O aparelho do Estado é constituído pelo governo, isto é, pela cúpula dirigente nos Três Poderes, por um corpo de funcionários, e pela força militar. Distingue-se do Estado que, por sua vez, é mais abrangente que o aparelho, porque compreende adicionalmente o sistema constitucional-legal, que regula a população nos limites de um território. O Estado é a organização burocrática que tem o monopólio da violência legal, é o aparelho que tem o poder de legislar e tributar a população de um determinado território.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado indica quatro setores no Aparelho do Estado:

- Núcleo estratégico: Corresponde ao governo, em sentido lato. É o setor que define as leis e as políticas públicas, e cobra o seu cumprimento. É portanto o setor onde as decisões estratégicas são tomadas. Corresponde aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e, no poder executivo, ao Presidente da República, aos ministros e aos seus auxiliares e assessores diretos, responsáveis pelo planejamento e formulação das políticas públicas.

- Atividades exclusivas: É o setor em que são prestados serviços que só o Estado pode realizar. São serviços em que se exerce o poder extroverso do Estado - o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar. Como exemplos temos: a cobrança e fiscalização dos impostos, a polícia, a previdência social básica, o serviço de desemprego, a fiscalização do cumprimento de normas sanitárias, o serviço de trânsito, a compra de serviços de saúde pelo Estado, o controle do meio ambiente, o subsídio à educação básica, o serviço de emissão de passaportes, etc.

- Serviços não exclusivos: Corresponde ao setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas. As instituições desse setor não possuem o poder de Estado. Este, entretanto, está presente porque os serviços envolvem direitos humanos fundamentais, como os da educação e da saúde, ou porque possuem “economias externas” relevantes, na medida que produzem ganhos que não podem ser apropriados por esses serviços através do mercado. As economias produzidas imediatamente se espalham para o resto da sociedade, não podendo ser transformadas em lucros. São exemplos deste setor: as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa e os museus.

- Produção de bens e serviços para o mercado: Corresponde à área de atuação das empresas. É caracterizado pelas atividades econômicas voltadas para o lucro que ainda permanecem no aparelho do Estado como, por exemplo, as do setor de infra-estrutura. Estão no Estado seja porque faltou capital ao setor privado para realizar o investimento, seja porque são atividades naturalmente monopolistas, nas quais o controle via mercado não é possível, tornando-se necessário no caso de privatização, a regulamentação rígida.

Identificados os setores do Aparelho do Estado, verificaremos os contratos a serem celebrados pela Administração Pública.

IV. INSTRUMENTOS À DISPOSIÇÃO DO ESTADO PARA A CONSECUÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Na concepção constitucional, considerando que a titularidade dos serviços públicos pertence ao Estado, este pode executá-los de forma direta ou indireta.

A respeito da execução direta, Carvalho Filho (2014) elucida que o Estado acumula as situações de titular e prestador do serviço, distribuindo as competências entre seus diversos órgãos.

Na execução indireta, o Estado transfere a prestação do serviço público a outras pessoas, diversas das pessoas federativas mencionadas por Carvalho Filho. Neste ponto, nos deparamos com os contratos da administração.

Segundo Almeida (2010), a consolidação, no plano teórico, da noção de contrato administrativo, foi além da obra progressivamente consolidada pelo Conselho de Estado e deve-se principalmente, a Gaston Jèze, que tratou do tema na obra *Les Principes Généraux du Droit Administratif* e, ainda, especificamente, na *Théorie Générale des Contracts de l'Administration*, publicada em diversos volumes da *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, entre 1930 e 1936. A noção de serviço público ocupa posição chave na construção da teoria que, em apertada síntese feita por Almeida, define o contrato administrativo como “um procedimento de técnica jurídica posto à disposição dos agentes públicos para assegurar o funcionamento regular e contínuo dos serviços públicos”; e reforça que “unicamente para se atender a um fim de interesse público (serviço público) é que esse procedimento técnico especial foi imaginado e pode ser utilizado”. Afirma ainda que “o emprego desse procedimento técnico especial é, em princípio, facultativo para os agentes públicos”, a quem cabe avaliar, caso a caso, a conveniência de seu uso, ou do uso de instrumentos contratuais de direito privado.

Ainda sobre o trabalho desenvolvido por Gaston Jèze, Cretella Júnior (2002) afirma que, de acordo com o integrante da Escola do Serviço Público, para existir contrato administrativo, é necessário:

- um acordo de vontades entre a administração e um particular;
- que o acordo de vontade tenha por objeto a criação de uma obrigação jurídica de prestação de coisas materiais ou de serviços pessoais, mediante remuneração em dinheiro ou de outro modo;
- que a prestação fornecida pelo indivíduo esteja destinada a assegurar o funcionamento de um serviço público;
- que as partes concordem em se submeter ao regime especial do direito público.

Por fim, Cretella Júnior assevera que, em que pese o princípio informativo do contrato administrativo, na definição de Gaston Jèze, ser o funcionamento de um serviço público, nem todo contrato administrativo se conecta com o serviço público e, ainda, não

basta essa conexão para condicioná-lo.

Cassagne (1999) explica que é impossível sustentar a existência de um regime unitário para os contratos da administração, mesmo para os chamados contratos administrativos em sentido estrito. Há, segundo o autor, dois grandes grupos de contratos da Administração Pública:

- contratos administrativos e interadministrativos: regidos, de forma preponderante, pelo direito público (direito administrativo). O contrato administrativo, como categoria jurídica peculiar do direito público, é uma criação do Conselho de Estado francês, sendo a finalidade pública (e não a competência jurisdicional) o que define e tipifica o contrato administrativo;

- contratos parcialmente regidos pelo direito civil ou comercial: as normas de direito civil são aplicadas em sua plenitude, principalmente em relação ao objeto. A Administração carece de prerrogativas de poder público para modificação, execução, substituição das partes, etc. No entanto, a competência é sempre regulada pelo direito administrativo, além do procedimento de seleção, variando o grau de aplicação do direito público em função do tipo de contrato e do interesse público, ainda que esse não seja imediato.

Na doutrina pátria, Cretella Júnior (2002) informa que por meio dos contratos da administração, o Estado leva a termo inúmeros encargos que lhe competem, como obras públicas, serviços públicos, locação de imóveis e de serviços, fornecimentos, empréstimos públicos. O autor adverte que é necessário estabelecer a diferença entre contratos da administração e contratos administrativos. Contratos da administração é denominação genérica, não técnica, que designa, em bloco, todos os tipos de acordos bilaterais em que a administração figura como parte, sem distinguir a natureza jurídica da relação estabelecida, se de direito privado ou de direito público. O contrato administrativo, por sua vez, é espécie do gênero contrato de direito público, no qual figura a administração como parte interessada e é regido por normas especiais do direito administrativo e, supletivamente, por normas do direito privado.

Considerando as diretrizes do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, em especial os quatro setores do Aparelho do Estado identificados no documento, Di Pietro (2012) alerta que a escolha da modalidade de parceria a ser adotada não é arbitrária, ela deve ser feita em função do tipo de atividade. Assim, a autora assevera que, em resumo, podem ser

tiradas algumas conclusões quanto às formas de parceria possíveis em função do tipo de serviço:

- serviço público de natureza comercial ou industrial que admita a cobrança de tarifa do usuário: concessão comum, permissão de serviço público ou concessão patrocinada;
- serviço público de natureza comercial ou industrial que não admita a cobrança de tarifa do usuário: concessão administrativa ou contrato de empreitada;
- serviços sociais: contrato de gestão com organizações sociais (OS), termo de parceria com organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPS), concessão administrativa, terceirização de serviços ou gestão associada, por meio de convênios e consórcios;
- atividades exclusivas: contrato de gestão firmado entre órgãos e entidades da administração pública direta e indireta;
- núcleo estratégico: Di Pietro entende que a parceria é praticamente impossível, por abranger atividades próprias de governo, que são indelegáveis;
- serviços administrativos: terceirização, sob a forma de empreitada ou de concessão administrativa, ou contrato de gestão firmado entre órgãos e entidades da administração pública direta e indireta.

Os instrumentos mencionados pela autora estão à disposição do Estado para a consecução dos serviços públicos, na já mencionada execução indireta, pela qual o Estado transfere a prestação do serviço público. Passemos, então, à especificação de tais contratos da administração na legislação pátria.

A concessão e a permissão de serviços públicos têm por base o já mencionado art. 175 da Constituição Federal de 1988. A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, regulamenta tais institutos. De forma mais específica, a concessão deverá estar em consonância com a legislação esparsa relacionada ao seu objeto, como a comunicação audiovisual de acesso condicionado, telecomunicações, energia elétrica e derivação de águas públicas. A concessão comum e a permissão de serviço público devem observar, ainda, a Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, que estabelece as regras para outorgas e prorrogações.

A concessão comum difere da concessão patrocinada e da concessão administrativa, que encontram previsão na Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração

pública. A parceria público-privada é regulamentada, atualmente, pelo Decreto nº 8.428, de 2 de abril de 2015, que dispõe sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, a serem utilizados pela administração pública.

Medauar (1995) esclarece que a autorização de serviço, que não é objeto da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, é formalizada por ato administrativo discricionário e precário, que transfere a particulares serviços pouco complexos, como a conservação de praças, jardins ou canteiros de avenidas. A remuneração nem sempre é por tarifa, podendo ser, por exemplo, a afixação de placa com o nome da empresa.

A concessão, a permissão e a autorização de serviços públicos estão submetidas, ainda, à Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, regulamentada pelo Decreto nº 2.594, de 15 de maio de 1998, que tratam do Programa Nacional de Desestatização – PND.

O contrato de empreitada encontra guarida no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988. O contrato de empreitada é regido pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Os demais instrumentos mencionados por Di Pietro (2012) têm por base relações fundadas na discussão, na negociação, no diálogo e na busca do consenso. Vêm substituir relações baseadas na subordinação, na determinação unilateral, na imposição e na autoridade. Estão, portanto, intimamente relacionados à nova contratualização administrativa mencionada por Oliveira (2008), que encontra esteio em autores como Manuel Castells, Eduardo García de Enterría, Tomás-Ramón Fernández, Sabino Cassese, Jean-Marie Pontier, Jacques Chevallier, dentre outros. São instrumentos jurídicos de ação da Administração Consensual, exemplificados por:

- gestão associada, por meio de convênios e consórcios;
- termo de parceria com organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPS);
- contrato de gestão - celebrado com organizações sociais (OS) ou firmado entre órgãos e entidades da administração pública direta e indireta.

A Constituição Federal de 1988 prevê a celebração de convênios e consórcios no art. 241. No mesmo sentido, há previsão constitucional de gestão associada de serviços públicos no parágrafo único do art. 23.

As regras gerais para a celebração de convênio administrativo estão contida no art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Infraconstitucionalmente, as normas gerais de contratação de consórcios públicos têm caráter nacional e estão previstas na Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005, tendo sido regulamentadas pelo Poder Executivo Federal no Decreto nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007.

De acordo com Borges (2008), constituído o consórcio com a aquisição de personalidade jurídica, sua atuação possui bastante mobilidade, podendo ser celebrados:

- contrato de rateio;
- contrato de programa, com dispensa de licitação;
- outorga, como contratante, de concessões, permissões e expedição de autorizações para obras e serviços públicos, mediante licitação;
- contrato de gestão com Organizações Sociais (OS);
- termo de parceria com Organizações Cíveis de Interesse Público (OSCIP);
- contrato de operação de crédito, nos limites e condições estabelecidos pelo Senado Federal;
- licitação compartilhada de contratos a serem celebrados pela administração direta ou indireta dos entes consorciados;
- celebração de convênios, contratos e acordos de qualquer natureza.

Termo de parceria é o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades privadas sem fins lucrativos qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs). Destina-se à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução de atividades de interesse público previstas no art. 3º da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. O termo de parceria está disciplinado no Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999.

A legislação federal brasileira menciona uma variedade de contratos de gestão, tendo sido apenas as duas primeiras tratadas por Di Pietro (2012) quando da apreciação das formas de parceria possíveis em função do tipo de serviço. O respaldo constitucional do instrumento está presente no art. 37, §8º e refere-se à celebração do instrumento entre o poder público e os

administradores de órgãos e entidades da administração direta e indireta.

Ao ser celebrado entre o poder público e uma entidade privada sem fins lucrativos qualificada como organização social, o contrato de gestão tem por base os arts. 1º e 5º da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998.

Na hipótese de ser celebrado entre o poder público e autarquia ou fundação qualificada como agência executiva, o contrato de gestão tem previsão nos arts. 51 e 52 da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998.

André (1999) elucida que, de forma geral, o contrato de gestão visa a implantação da gestão pública por objetivos. O instrumento serve de norte ao sistema de planejamento e controle da implantação de políticas públicas. Por meio dele, o Estado se compromete com a racionalização de controles burocráticos de meios, contribuindo para a eficácia gerencial e a eficiência de cada instituição pública e do Estado como um todo.

Por fim, para o terceiro setor, o legislador previu ainda, na Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, a celebração de termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação.

V. CONCLUSÃO

Por força constitucional, a titularidade dos serviços públicos pertence ao Estado. A presente pesquisa foi viabilizada mediante a formulação de um problema, o qual se traduziu na seguinte questão: quais os parâmetros necessários à consecução dos serviços públicos pelo Estado?

Constatou-se que a noção de serviços públicos foi desenvolvida na França, entre o final do século XIX e o início do século XX. Seu caráter polissêmico deve-se em função de o tema ser permeado por questões que envolvem diversas ciências e a concepção predominante varia em consonância com o tempo e o local que estiver sob análise. A noção de serviços públicos é construída sobre as ideias de coesão e interdependência social.

Buscou-se identificar os critérios e as classificações dos serviços públicos. Tradicionalmente, os critérios e pontos de partida adotados pelos doutrinadores para delinear a noção de serviço público são três: subjetivo, material e formal. No entanto, hodiernamente, observa-se a adoção, pela doutrina, de outros critérios distintos. De forma semelhante, variam também as classificações. Em que pese tal diversidade, Araújo (2010) afirma reiteradamente em sua obra que os Escolásticos já diziam, há muitos anos, *definito fit per genus proximum et differentiam specificam*.

Foram indicados os quatro setores nos quais se divide o Aparelho do Estado, de acordo com o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado: núcleo estratégico, atividades exclusivas, serviços não exclusivos e produção de bens e serviços para o mercado.

Verificou-se que o contrato a ser celebrado pela Administração Pública para a consecução dos serviços públicos irá depender do tipo de atividade a ser desenvolvida. No entanto, nem toda atividade pode ser executada de forma indireta.

O presente trabalho procurou contribuir com o entendimento acerca da diversidade de serviços públicos prestados pelo Estado e da variedade de parâmetros a serem considerados para a sua consecução. No entanto, em virtude das constantes transformações que envolvem o tema, não houve a pretensão de esgotá-lo.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Teoria do contrato administrativo*, São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 117 – 152.
- ANDRÉ, Maristela Afonso de. *A efetividade dos contratos de gestão na reforma do Estado*. RAE - Revista de Administração de Empresas, São Paulo, v. 39, n. 3, p. 42 – 52, jul./set. 1999.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 54, 120, 124 - 126 e 665.
- BORGES, Alice Maria Gonzalez. *A instrumentalização dos consórcios intermunicipais*, Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, ano 6, n. 23, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, 27ª edição, São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, p. 331 – 334 e 351.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 11 – 39.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 13 – 49.
- DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos – As ações do Estado na produção econômica*, São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002, p. 26, 31 e 32.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 27ª edição, São Paulo: Atlas, 2013, p. 105 – 112.
- _____. *Parcerias na Administração Pública*, 9ª edição, São Paulo: Atlas, 2012, p. 26 – 43.
- GASPARINI, Diogenes, *Direito Administrativo*, 17ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 353 – 355.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 14ª edição, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 101 a 103.
- _____. “*Constituição e serviço público*”, in *Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (org.), São Paulo: Malheiros, 2001, p. 265 – 267.
- JÉZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*, tomo II, Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 114 - 115 (Capítulo V, Seção I – *Creación de un servicio público*).
- JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*, São Paulo: Dialética, 2003, p. 17- 46.

LIMA, Rui Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*, 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 82 – 83 e 85 (Parágrafo 10 – Os serviços públicos).

MEDAUAR, Odete. “*A figura da concessão*”, in *Concessão de serviço público*, Odete Medauar (coord.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 11 – 17.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 17ª edição, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2004, p. 623 – 625.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de Gestão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.