

CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SUBSIDIÁRIO

Lívia Maria Oliveira Maier

A prestação ou a execução dos serviços públicos pelo Estado pode se dar de forma centralizada ou descentralizada.

Quando ocorre de forma **centralizada**, os serviços são prestados pelos órgãos que compõem a denominada Administração Direta, que detém tanto a titularidade quanto a execução do serviço público. A repartição de atribuições entre esses órgãos corresponde ao fenômeno da **desconcentração**.

Por seu turno, a execução **descentralizada** se dá quando a titularidade ou apenas a execução do serviço público é transferido a pessoa jurídica distinta, seja de natureza pública ou privada, ou até mesmo a pessoa física.

Nesse contexto, Di Pietro aponta que

[...] a descentralização administrativa supõe a transferência de uma atividade própria da Administração Pública ou, mais especificamente, de um **serviço público**, definido como **“toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”** (DI PIETRO, 2006, p. 62).

A **descentralização por serviços, técnica ou funcional** ocorre quando o Estado cria, por meio de lei, pessoa jurídica de direito público ou privado, na forma de autarquia, fundação pública ou empresa estatal, e lhe atribui a titularidade e execução de determinado serviço público.

Nesse sentido, o art. 37, XIX, da Constituição Federal, dispõe que *“somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de atuação”*.

Alguns autores, a exemplo de Diógenes Gasparini e Celso Antônio Bandeira de Mello, consideram que a titularidade do serviço público apenas pode ser delegada a pessoa jurídica de direito público, especialmente criada para esse fim, como as autarquias (GASPARINI, 2008, p. 314).

No entanto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto considera que a execução indireta da administração pública dos interesses públicos perfaz-se tanto por pessoas jurídicas de direito público de criação legal, como a que se realiza por “*peças de direito privado em função de um vínculo de delegação legalmente instituído*”. A distinção, todavia, residiria no seguinte aspecto:

Quando, em se tratando do primeiro tipo, a execução indireta estiver a cargo de *autarquias*, por serem pessoas de direito público e, portanto, desdobramentos institucionais do próprio Estado, elas poderão desempenhar, indistintamente, atividades *próprias* ou *impróprias*, desde que especificamente definidas e a elas competidas por lei.

Quanto ao segundo tipo, a execução indireta da administração pública se fará através de pessoas de direito privado *paraestatais*, assim chamadas porque se colocam *ao lado do Estado*, será legítima nos termos e limites da *delegação legal* que lhes autorizar a criação (MOREIRA NETO, 2011, p. 142).

De outro giro, embora admita que o estudo da evolução das formas de descentralização revela que se criaram pessoas jurídicas de direito privado, às quais se transferiu “*a titularidade e a execução de serviço público, com o mesmo processo de descentralização*”, Di Pietro considera a questão de “*constitucionalidade bastante duvidosa*”:

[...] A Constituição indicou, com precisão, a forma pela qual admite a descentralização, precisamente porque os institutos escolhidos (concessão e permissão) não retiram do poder público a **titularidade** do serviço e permitem um controle maior sobre o ente descentralizado e a imediata retomada do serviço público quando sua execução pelo particular se revelar contrária ao interesse público (DI PIETRO, 2010, p. 412-413).

Por seu turno, José dos Santos Carvalho Filho defende que a titularidade dos serviços públicos definida pela Constituição Federal retrata “*inequívoca expressão de poder político e administrativo*”, sendo, portanto, “*irrenunciável e insuscetível de transferência para qualquer outra pessoa*” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 345), posição com a qual concordamos.

Para Carvalho Filho, “*o alvo da descentralização é tão somente a transferência da execução do serviço (delegação), e nunca a de sua titularidade*” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 345), diferindo apenas o instrumento por meio do qual se dá a delegação: por meio de lei, no caso de criação de entidade da Administração Indireta, ou por meio de contrato, no caso das concessões e permissões de serviços públicos a entes privados.

Não se cogita, entretanto, de descentralização quando o Estado cria uma empresa estatal para desempenho de atividade econômica, nos termos do art. 173 da Constituição Federal. Não obstante, Di Pietro assinala que mais recentemente adotou-se o procedimento “*de delegar a execução do serviço público a **empresas sob controle acionário do poder público**, referidas na Constituição como categoria própria, diversa das empresas públicas e sociedades de economia mista*” (DI PIETRO, 2010, p. 414).

Por seu turno, a **descentralização por colaboração** realiza-se por meio de contrato ou ato administrativo unilateral, por meio do qual o Estado delega a execução de determinado serviço público a particulares, conservando a respectiva titularidade. Nesse caso, o controle exercido pelo Poder Público é muito mais amplo do que na descentralização por serviços.

São espécies clássicas dessa forma de descentralização a autorização, permissão e concessão de serviços públicos, com fundamento no art. 175 da Constituição Federal, segundo o qual “*incumbe ao Poder Público, na forma da lei diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*”.

A concessão de serviços públicos aos particulares foi o primeiro instrumento adotado pelo Estado Liberal para transferir a terceiros a execução de serviços públicos.

Neste período inicial, que corresponde ao final do século XIX e início do século XX, o instituto foi adotado no Brasil para incentivar a realização de investimentos privados na área de ferrovias e nos setores elétrico, telefônico e de gás, em face da carência de recursos técnicos e capital nacional para viabilizar a implantação de projetos de infraestrutura.

A vantagem do regime de concessão consistia na garantia da prestação de um serviço público essencial, sem ônus financeiro para a Administração, e sem correr os riscos econômicos de toda exploração industrial. Todavia, essa característica foi se atenuando pelas cláusulas de “garantias de juros” e pela aplicação da teoria da imprevisão (GROTTI, in: SUNDFELD, 2007, p. 184).

Nesse contexto, a principal função dos contratos de concessão então celebrados era a de *“proteger o concessionário de eventual concorrência pelos anos necessários à amortização do seu investimento, e, dessa forma, garantir o adequado retorno na implementação e operação do serviço a ser realizado”* (RIBEIRO e PRADO, 2007, p. 37).

O Estado assegurava isenções fiscais e o pagamento de juros sobre os capitais aplicados como mecanismo de garantia dos investimentos, o que trouxe como resultado o endividamento público e o abandono do modelo de concessões, que coincide com a própria falência do Estado Liberal (FURTADO, 2007, p. 544).

A prestação estatal de serviços públicos encontra-se intrinsecamente vinculada ao advento do Estado Social, ou Estado do Bem-Estar Social, e o respectivo declínio do Estado Liberal. Sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, o Estado passou a intervir de forma mais efetiva na sociedade e na economia.

O crescimento da intervenção do Estado no domínio econômico ocorrido com o advento do Estado Social levou à criação de empresas públicas e sociedades de economia mista. Segundo Di Pietro, a preferência pela criação de empresas estatais para prestação dos serviços públicos decorre do fato *“de que seu regime jurídico de direito privado e sua forma de organização e funcionamento são mais compatíveis com o caráter industrial ou comercial de determinados serviços públicos”* (DI PIETRO, 2006, p. 65).

Não obstante, esse modelo de gestão dos serviços públicos revelou-se constantemente deficitário, uma vez que o Estado passou a assumir os riscos do empreendimento, sendo raras as situações em que as receitas da empresa estatal eram suficientes para cobrir os custos com a prestação dos serviços.

De acordo com Lucas Rocha Furtado, os constantes déficits das empresas estatais e a necessidade de injeção de novos recursos públicos agravaram o endividamento público, que havia obrigado o Brasil a abandonar o modelo de concessão vigente no início do século XX. *“O resultado foi o surgimento de um Estado grande, caro, ineficiente e fraco”* (FURTADO, 2007, p. 545).

O esgotamento da capacidade de investimento do Estado determinou, ao longo da década de 1990, a reforma administrativa, com a substituição do modelo burocrático por um modelo gerencial de administração, e a adoção de um amplo processo de desestatização e instituição de um novo modelo de concessão de serviços públicos.

Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Afinal, passava-se a reconhecer, depois de um longo período hegemônico do Estado-Providência, que a iniciativa privada apresenta maior capacidade de imprimir um alto grau de eficiência e economia às suas atividades, dispensando – e isto é que é mais importante – o Poder Público, de preocupações secundárias, de modo a liberá-lo para *concentrar-se em suas atividades primárias e na solução de problemas de maior premência e envergadura, como são hoje os da segurança, da educação e da saúde e, em escala crescente, no desenvolvimento do fomento público*, que requerem cuidadoso planejamento (MOREIRA NETO, 2011, p. 486).

Nesse ínterim, Dinorá Grotti assinala que “*o instituto da concessão é velho, por ter sido o primeiro modo de descentralização de serviços públicos. Mas a concessão utilizada para diminuir o aparelhamento do Estado [...] é nova*” (GROTTI, in: SUNDFELD, 2007, p. 189).

Passa-se, então, a implantação de um modelo de **Estado Subsidiário**, cuja função principal passou ser a de controlar, incentivar, coordenar e fomentar a iniciativa privada (FURTADO, 2007, p. 546). A aplicação do princípio da subsidiariedade tem como pressuposto o reconhecimento da primazia da iniciativa privada, sobretudo no campo das atividades econômicas, e conseqüente limitação da intervenção estatal, além da ampliação dos instrumentos de parceria entre público e privado.

Di Pietro aponta várias tendências como decorrência da aplicação do princípio da subsidiariedade. A primeira corresponde à diminuição do tamanho do Estado, por intermédio do processo de privatização:

[...] de um lado, prestigiando a liberdade econômica, pela devolução da iniciativa ao administrado, pela desregulamentação, pela eliminação de monopólios, pela aplicação das regras da livre concorrência, reservando-se ao Estado a tarefa de incentivar e subsidiar aquela iniciativa, quando deficiente, bem como de fiscalizá-la, para proteger o usuário e o consumidor e resolver os respectivos conflitos; **de outro lado, buscando a eficiência nos serviços afetos ao**

Estado, pela aplicação de novas técnicas de prestação de serviços, menos formalistas, menos burocratizadas, reservando-se o regime publicístico para os serviços públicos típicos do Estado, e aplicando-se os métodos de gestão privada para as atividades em que a rigidez do regime publicístico se torna desnecessária (como ocorre nos serviços sociais, comerciais e industriais do Estado); isto se dá pela venda de ações de empresas estatais ao setor privado e pelas várias formas de parceria com a iniciativa privada, em especial a concessão de serviço público, para desempenho de atividades antes executadas pelo próprio poder público, diretamente, ou pelas entidades da administração indireta (DI PIETRO, 2006, p. 6 - grifamos).

Outra consequência do princípio da subsidiariedade corresponde à ampliação da atividade administrativa de fomento, incentivando-se a iniciativa privada de interesse público, a partir do reconhecimento da primazia do interesse público primário (interesse da coletividade) sobre o interesse público secundário (interesse da Administração Pública).

Nesse contexto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto assinala que o grande alcance da privatização consiste na

[...] republicização do Estado, que durante muito tempo vinha perdendo a legitimidade de sua ação na área econômica, refugindo, assim, à sua finalidade pública, direcionando ações e recursos, que deveriam ser destinados a boa governança dos interesses públicos primários confiados pela sociedade democrática, para voltar-se ao atendimento clientelista de interesses públicos secundários e até interesses privados, quando não espúrios, inevitáveis quando desviada a sua atuação que deveria ser politicamente legitimada, para ser empresário (MOREIRA NETO, 2011, p. 593).

Ainda de acordo com a ideia de subsidiariedade, o Estado deve deter o monopólio apenas das atividades que lhe são próprias como ente soberano, consideradas indelegáveis aos particulares, como segurança, defesa, justiça, relações exteriores, legislação e polícia, na qual prevalecem os procedimentos e princípios próprios do regime jurídico de direito público.

Por sua vez, as atividades sociais (educação, saúde, pesquisa, cultura, assistência social) e econômicas (industriais, comerciais, financeiras) só devem ser exercidas em caráter supletivo da iniciativa privada, por meio de mecanismos mais flexíveis de atuação, com aplicação de regras de direito privado (DI PIETRO, 2006, p. 37-38).

A despeito das características assinaladas, o Estado Subsidiário não se confunde com o Estado Mínimo de concepção liberal:

[...] neste, o Estado só exercia as atividades essenciais, deixando tudo o mais para a iniciativa privada, dentro da ideia de liberdade individual que era inerente ao período do Estado Liberal; naquele, o Estado exerce as atividades essenciais, típicas do Poder Público, e também as atividades sociais e econômicas que o particular não consiga desempenhar a contento no regime da livre iniciativa e livre competição (DI PIETRO, 2006, p. 38).

No caso das concessões de serviço público, considera-se mais adequada a utilização do termo “desestatização” ao invés de “privatização”, uma vez que o Estado continua sendo o titular do serviço, apenas delegando-lhe a execução a particulares, sob a regência de normas de direito público.

Nesse sentido, o art. 7º da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, que revogou a Lei nº 8.031/1995 e passou a disciplinar o Programa Nacional de Desestatização – PND, dispõe que *“a desestatização dos serviços públicos, efetivada mediante uma das modalidades previstas no art. 4º desta Lei, pressupõe a delegação, pelo Poder Público, de concessão ou permissão do serviço, objeto da exploração, observada a legislação aplicável ao serviço”*.

Carvalho Filho observa que, nesse caso, a desestatização indica a *“transformação dos serviços descentralizados por delegação legal”*, antes executados por empresas estatais, em *“serviços descentralizados por delegação comercial”*, passando a ser executados pela iniciativa privada, sob regime de concessão ou permissão.

Nesse contexto de reforma administrativa do Estado brasileiro, foram editadas as Leis nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nº 9.074, de 7 de julho de 1995, refletindo a intenção de delegar à iniciativa privada o investimento e a operação dos serviços públicos, com os seguintes objetivos:

[...] (a) reduzir os compromissos de investimento direto do Estado em setores nos quais é viável a exploração direta pela iniciativa privada, (b) permitir a concentração do Estado no provimento de serviços que não geram retornos suficientes para interessar a iniciativa privada e na regulação e fiscalização dos serviços públicos cuja exploração se tenha transferido para a iniciativa privada. Além disso, (c) buscou-se utilizar os recursos obtidos com a alienação de estatais e outros bens públicos para abatimento da dívida pública. E, por fim, (d) pretendeu-se beneficiar a sociedade e o Estado com o aumento de eficiência

trazida pela gestão privada dos serviços (RIBEIRO e PRADO, 2007, p. 38-39).

Arnoldo Wald destaca que, no início do programa de concessões, “o Brasil possuía uma dívida de R\$ 200 bilhões de reais, além da necessidade de investimento entre 80 e 100 bilhões nos cinco anos subsequentes só no campo da infra-estrutura” (WALD, 2004, p. 189).

Segundo Thiago Marrara, a infraestrutura corresponde ao “aparato físico, tecnológico e humano fundamental para que as funções estatais ou atividades econômicas socialmente relevantes possam ser exercidas”¹, sendo, desta forma, imprescindível para a concretização de direitos individuais e sociais fundamentais (MARRARA, 2012, p. 2).

Em síntese, a temática das infraestruturas revela irrefragável importância sob três prismas. Do ponto de vista econômico, as infraestruturas condicionam a eficácia dos princípios constitucionais da ordem econômica, de modo que sua gestão ou regulação pelo Estado dirá em que medida liberdades econômicas serão ou não concretizadas. **Do ponto de vista administrativo, as infraestruturas surgem como condição fática para a distribuição de serviços públicos de natureza econômica e industrial, serviços públicos sociais e atividades econômicas monopolizadas pelo Estado.** [...] Do ponto de vista social, por fim, as infraestruturas, públicas e eventualmente privadas, revelam-se como aparato físico condicionante de grande parte dos direitos fundamentais, razão pela qual o Estado ora fomentará a construção e ampliação de infraestruturas isoladas ou em rede, ora limitará (via poder de polícia) a liberdade privada de construção, uso e ampliação de infraestruturas (MARRARA, 2012, p. 4 - grifamos).

Os investimentos nesse setor são usualmente suportados pelo Estado, por envolverem projetos de alto custo, prazo médio de execução e longa maturação para o retorno dos investimentos (MOREIRA, 2007, p. 118).

Nesse sentido, Marçal Justen Filho enfoca a concessão como instrumento de implementação de políticas públicas a fim de viabilizar a prestação de utilidades necessárias à satisfação da dignidade humana. Considera-a não somente como uma manifestação da atividade administrativa contratual do Estado, mas, sobretudo, como uma verdadeira “*alternativa para realização de valores constitucionais fundamentais*” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 58).

Depreende-se, pois, que o instituto da concessão vem sendo utilizado pelo Estado brasileiro como instrumento para a descentralização da prestação

de serviços públicos, o qual, após experimentar um declínio no período do Estado Social, ressurge no contexto do paradigma do Estado Subsidiário como alternativa eficaz para viabilização de projetos no setor de infraestrutura, de modo a conciliar os interesses privados, relacionados à obtenção de lucro, com os interesses públicos, consistentes na realização de investimentos necessários ao desenvolvimento econômico e social, beneficiando-se da eficiência de gestão do setor privado.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 345.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo, Atlas, 2010, p. 412-413.

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 62.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 544.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 314.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 184.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 58.

MARRARA, Thiago. **Regulação sustentável de infraestrutura (parte 1 de 3)**. Material da 2ª aula da Disciplina “Direito da Infraestrutura”, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Administrativo – Universidade Anhanguera – UNIDERP – REDE LFG, 2012, p. 2.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 142.

MOREIRA, Egon Bockmann. A Experiência das Licitações para Obras de Infraestrutura e a Nova Lei de Parcerias Público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 118.

RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 37.

WALD, Arnoldo. **O direito de parceria e a lei de concessões**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 189.

