

GESTÃO ALTERNATIVA DE SERVIÇOS PÚBLICOS*

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO**

1. Introdução — 2. Credenciamento de empresas — 3. Arrendamento de instalações — 4. Comunicação do aproveitamento de potencial de energia elétrica e de implantação de usina termelétrica — 5 — Concessão de obra pública — 6. Venda de bilheteria — 7. Concessão de uso de bem público — 8. Contrato de prestação de serviços — 9. Contratos de risco — 10. Contratos com cooperativas — 11. Serviços reconhecidos de utilidade pública — 12. Contrato de gestão com organizações sociais — 13. Termo de parceria com Organizações da Sociedade Civil — 14. Autorização de serviços públicos — 15. Convênios e consórcios — 16. Franquia — 17. Cheque saúde e cheque educação — 18. Administração de penitenciárias — 19. Conclusões

1. Introdução

1.1. Delimitação do tema

Dentre as atividades estatais, cuidar-se-á, aqui, das suas funções administrativas, e, dentre estas, as voltadas para a prestação do *serviço público*¹, que constitui atividade positiva da Administração que visa ao atendimento, em concreto, de determinadas necessidades ou utilidades que a sociedade, ao desejar vê-las prestadas

* Tese aprovada no XXV Congresso Nacional de Procuradores do Estado, realizado no período de 24 a 28 de outubro de 1999, na cidade de Maceió - AL.

** Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Mestre em Direito das Relações Econômicas e Doutorado em Direito Econômico pela Universidade Gama Filho. Professor da Disciplina Regime Jurídico da Empresa Prestadora de Serviço Público no Mestrado em Direito Empresarial da Universidade Cândido Mendes.

com generalidade, regularidade, eficiência, modicidade de custos e cordialidade, atribuiu ao Estado, por meio da Constituição ou de lei², para serem desenvolvidas segundo normas e controles de direito público.

1.2. Formas clássicas de prestação dos serviços públicos

Os serviços públicos podem ser prestados centralizadamente, pelas unidades políticas de Poder definidas pelo constituinte (Administração direta), ou descentralizados por outorga de personalidade jurídica a entidades da Administração indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas)³ ou, ainda, por particulares (concessões, permissões autorizações e terceirizações) ou em associação com outras entidades públicas ou privadas (convênios e consórcios).

O exercício do poder hierárquico de estruturação da Administração Pública (CF, arts. 84, II e 175), envolve uma opção discricionária, que varia em cada uma das entidades federadas, dotadas que são de autonomia para tanto (CF, art. 18).

A descentralização da execução é uma tendência que se desenvolve desde o DL nº 200/67, que cuidou da Reforma Administrativa, devendo se conservar na Administração direta as funções de planejamento, normatização e controle.

A realidade atual é que, com a insuficiência de recursos estatais, a descentralização tem se desenvolvido, preferencialmente, por delegação (por ato administrativo) atribuindo competências a entidades da iniciativa privada, que vão além das hipóteses explicitadas no art. 175, CF e, nem por isso, são inconstitucionais.

1.3. A questão da discricionariedade e economicidade na modelagem do serviço

Primeiramente, destaquem-se as formas assemelhadas às concessões, como o credenciamento da inspeção de veículos e o arrendamento de instalações portuárias. Cite-se, ainda, o exemplo dos outros tipos de concessão, de obra pública e de uso de bem público, e as terceirizações, que, ao contrário do que se costuma sustentar, não se opera apenas pela via da contratação de serviços.

Sem a preocupação de defender ou atacar esta ou aquela técnica de gestão, o que se procurará demonstrar a seguir, é, apenas, o leque de opções discricionárias à

1 Não se cuidará, assim, da polícia administrativa, da regulação econômica e do fomento social.

2 Como a lei não pode afastar a incidência do princípio constitucional fundamental da livre iniciativa, só podem ser definidos como serviços públicos os interesses relevantes da sociedade (juízo político), caracterizados pela sua especialidade e que reclamem prestação sob normas de direito público, em caráter geral e contínuo, sob controle do Estado.

3 O artigo 175 da Constituição Federal cometeu ao Poder Público, diretamente ou mediante concessão ou permissão, a responsabilidade pela prestação dos serviços públicos. Embora não mencionadas expressamente no dispositivo, por óbvio estão incluídas as pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta, inclusive as formas empresariais, que, regidas pelo direito privado, não se enquadram no conceito de "Poder Público".

disposição do administrador, que decidirá à luz de seus critérios de conveniência e oportunidade, aí incluída a sua avaliação política (legitimada pelo voto), orientado pelo princípio da economicidade e da eficiência.

Essa modelagem discricionária pode envolver a gestão de serviço tanto em regime de competição como em caráter monopolístico, sempre que aspectos técnicos, financeiros ou econômicos recomendarem tal opção.

Como essa é uma decisão política, no âmbito da autonomia de cada entidade federada, não pode o CADE, pretendendo exercer uma competência que lhe é atribuída pela Lei nº 8.884/94, nos termos do art. 173, § 4º, CF, inviabilizar tal opção; do contrário, estar-se-ia admitindo que uma pessoa administrativa federal se sobrepujasse aos juízos de valor das entidades políticas com autonomia constitucional.

O CADE atua no âmbito da proteção da liberdade de concorrência, que é um corolário da livre iniciativa; ao transferir para o Estado as atividades definidas por lei como serviços públicos, a sociedade as retira do âmbito da livre iniciativa.

Isso não inibe que cada entidade federada institua, na respectiva esfera de atuação, mecanismos de controle, tais como entidades reguladoras, encarregadas da busca do equilíbrio entre os interesses do estado, do prestador do serviço e dos usuários, sendo, para tanto, dotados de autonomia, assegurando um mandato fixo aos dirigentes e uma receita própria à entidade, que não deve ficar sujeita ao controle hierárquico.

2. Credenciamento de empresas de inspeção de veículos

Dentre os exemplos que se pode citar como não explicitados no art. 175, CF, o Código de Trânsito Brasileiro — Lei nº 9.503, de 23.09.97 — em seu art. 22, X, conferiu aos Departamentos Estaduais de Trânsito — DETRANs o poder de credenciar órgãos e entidades para a execução das atividades previstas na legislação de trânsito, na forma estabelecida em norma do COTRAN.

Embora tenham sido vetados os parágrafos do art. 104 do Código, que tratavam da operação, bem entendeu ALICE GONZALES BORGES⁴ que restou recepcionada (pelo citdo art. 22, X) a Resolução nº 09 deste órgão, que instituiu a “inspeção de segurança veicular” para examinar e testar as reais condições de eficiência dos sistemas funcionais dos veículos, a ser executada pelos DETRANs ou por entidades por eles credenciadas.

A autora bem demonstra a dificuldade de enquadramento do ato de credenciamento como um contrato regido pela Lei nº 8.666/93, eis que exige equipamentos de alta tecnologia e de elevado custo, a demandar prazos maiores para recuperação dos investimentos; valendo-se do ensinamento de ADILSON DALLARI⁵, também

4 *Credenciamento de inspeções de segurança veicular na legislação de trânsito. Aspectos peculiares.* Nova Dimensão — Direito Administrativo — Repertório de Estudos doutrinários e jurisprudenciais. Vol. I. São Paulo: NDJ, 1997.

5 *Informativo de Licitações e Contratos nº 28.* Curitiba: Zênite, 1996, págs. 430 a 440.

sustenta não se tratar, embora se assemelhe, de uma concessão, eis que a atividade não se reveste do conceito de “serviço público”, estando, sim, ligada ao exercício de atividades meramente instrumentais necessárias ao exercício do poder de polícia.

Conclui tratar-se de figura híbrida, que se submete aos princípios da Lei nº 8.666/93, bem como, subsidiariamente, da Lei nº 8.987/95.

Vale registrar que o Eg. Supremo Tribunal Federal concedeu liminares suspendendo a eficácia de leis estaduais que tratavam da concessão de tais atividades sob o argumento de que a matéria se insere na competência da União para legislar sobre trânsito⁶.

Nada impede, *data venia*, que o art. 22, X, tenha instituído um serviço público específico no campo da segurança pública, atendendo, portanto, ao comando do art. 175, CF; nada impede, ainda, que várias sejam as empresas credenciadas para prestar tal serviço público instrumental do exercício do poder de polícia, afastando, assim, o monopólio ou oligopólio inerente ao sistema de concessões.

Restará saber se a multiplicidade de credenciados viabilizará a escala necessária para a recuperação, com lucratividade, dos investimentos; restando, ainda, a via da aquisição ou arrendamento dos equipamentos pelo poder público e credenciamento de operadores, aliviando, assim, os custos gerenciais dos DETRANS.

3. Arrendamento de instalações

Na seqüência de exemplos, a Lei nº 8.630, de 25.02.93, ao dispor sobre o “Regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias”, admite a celebração de contrato de arrendamento das instalações portuárias, para fins de sua construção, reforma, ampliação, melhoria, arrendamento e exploração.

No caso de exploração direta, o contrato de arrendamento será celebrado com a União; ou com sua concessionária⁷, sempre através de licitação, quando localizada

6 ADInMC 1.704-MT; ADInMC 1.592-DF e ADInMC 1.973-RJ (ver Informativo STF nº 143)

7 O contrato deve conter cláusulas voltadas: I — ao objeto, à área de prestação do serviço e ao prazo; II — ao modo, forma e condições da exploração do serviço, com a indicação, quando for o caso, de padrões de qualidade e de metas e prazos para o seu aperfeiçoamento; III — aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço; IV — ao valor do contrato, nele compreendida a remuneração pelo uso da infra-estrutura a ser utilizada ou posta à disposição da referida instalação, inclusive a de proteção e acesso aquaviário; V — à obrigação de execução das obras de construção, reforma, ampliação e melhoramento, com a fixação dos respectivos cronogramas de execução físico e financeiro; VI — aos direitos e deveres dos usuários, com as obrigações correlatas do contrato e as sanções respectivas; VII — à reversão de bens aplicados no serviço; VIII — aos direitos, garantias e obrigações do contratante e do contratado, inclusive, quando for o caso, os relacionados com as previsíveis necessidades de futuras suplementações, alterações e expansões do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação das instalações; IX — à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos e dos métodos e práticas de execução dos serviços; X — às garantias para adequada execução do contrato; XI — ao início, término e, se for o caso, às condições de prorrogação do contrato, que poderá ser feita uma única vez, por prazo máximo igual ao originalmente contratado, desde que prevista no edital de licitação

dentro dos limites da área do porto organizado, devendo ser consultados a autoridade aduaneira e o poder público municipal e obtida a aprovação do Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente — RIMA.

À semelhança do que ocorre nas concessões, os investimentos realizados pela arrendatária de instalação portuária em terreno da União localizado na área do porto organizado para esta reverterão, observado o disposto na Lei nº 8.987/95.

4. Comunicação do aproveitamento de potencial de energia elétrica e de implantação de usina termoelétrica

A Lei nº 9.074, de 07.07.95, que “estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências”, ao tratar das concessões, permissões e autorizações dos serviços de energia elétrica, estabelece, no art. 8º, que o aproveitamento de potenciais hidráulicos, iguais ou inferiores a 1.000 kW, e a implantação de usinas termelétricas de potência igual ou inferior a 5.000 kW, estão dispensados de concessão, permissão ou autorização, devendo apenas ser “comunicados” ao poder concedente.

Há, pois, exploração de um serviço como público sem sequer haver contrato ou ato administrativo autorizador, provocando-se o exercício do poder de polícia a partir da comunicação.

5. Concessão de obra pública

É o contrato pelo qual a Administração transfere a um particular a execução de uma obra, que se remunerará através de preço pago diretamente pelo usuário, consoante se vê da parte final do artigo 2º, inciso III, da Lei nº 8.987/95, “o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado” (obra essa que não necessita estar vinculada à prestação de um serviço público).

Como não se trata de uma concessão de serviço público precedida de obra pública, aplicam-se os dispositivos pertinentes das Leis nº 8.987/95 e 8.666/93, em especial no que concerne ao prazo (não submetido aos limites do artigo 57 da Lei nº 8.666/93), e ao preço (não se aplicado o artigo 55, inciso V, da Lei nº 8.666/93).

e que o prazo total, incluído o da prorrogação, não exceda a cinquenta anos; XII — à responsabilidade do titular da instalação portuária pela inexecução ou deficiente execução dos serviços; XIII — às hipóteses de extinção do contrato; XIV — à obrigatoriedade de prestação de informações de interesse da Administração do porto e das demais autoridades no Porto, inclusive as de interesse específico da Defesa Nacional, para efeitos de mobilização; XV — à adoção e ao cumprimento das medidas necessárias à fiscalização aduaneira de mercadorias, veículos e pessoas; XVI — ao acesso, pelas autoridades do porto, às instalações portuárias; XVII — às penalidades contratuais e sua forma de aplicação; XVIII — ao foro.

O instituto não é recente, visto que, mesmo antes da emenda flexibilizadora do monopólio e da Lei nº 8.987/95, CAIO TÁCITO⁸ já admitia tal regime de participação privada numa atividade titularizada pelo Estado:

“Mediante lei especial caberá adotar-se modalidade análoga à da concessão de obra pública, como processo de financiamento do serviço. Mediante licitação poderá ser celebrado contrato de construção de instalações, garantindo-se retribuição e remuneração do contratado mediante percepção a tempo certo, da receita produzida. As instalações serão incorporadas ao serviço, assegurando-se a gestão à empresa contratada pelo prazo convencionado.”

Também por essa via algumas empresas de telefonia fixa realizavam as obras de cabeamento, custeadas pelo valor pago pelo usuário a título de inscrição em planos de extensão; concluída a obra, o serviço era prestado pelo concessionário do serviço público, que se remunerava pela tarifa paga pelo usuário.

6. Venda de bilheteria

A idéia da venda de bilheteria em muito se assemelha à concessão de obra e foi utilizada para retomada de algumas obras paralizadas pelo Poder Público por falta de recursos. O Estado reconhecia o débito das obras realizadas e não pagas, ajustaria um valor e uma forma de pagamento envolvendo a transferência de receita diária de bilheteria da estação ou pedágio a ser construído, calculando-se valores mínimos e máximos de usuários por dia.

Note-se que, também aqui, não se trata de uma *concessão de serviço público*, já que o serviço continua a ser prestado pelo Estado, mas pode ser confundida com uma *concessão de obra pública*, o que descaracterizaria o contrato original, resultando num dever de licitar o novo contrato para execução das obras paralizadas.

Na verdade, trata-se de mera fixação de uma forma de pagamento, o que, se envolver contrato em vigor, é permitido pelo art. 65, II, *d* da Lei nº 8.666/93, desde que seja mantido o valor inicial atualizado e não seja prevista antecipação de pagamento.

Se envolve uma *confissão de dívida*, deve ter programação orçamentária (ainda que preservado o valor atualizado do contrato), como exige o art. 167, I e II, CF (que veda o início de programas ou projetos não previstos no orçamento anual e a realização de despesas ou assunção de obrigações que excedam os créditos orçamentários ou adicionais), atentando-se, ainda, para a necessidade de previsão no plano plurianual de investimentos se ultrapassado um exercício.

⁸ TÁCITO, Caio — *Gas Natural — Participação Privada — Concessão de Obra Pública* — Revista de Direito Administrativo nº 192. Rio de Janeiro: Renovar, págs. 347-360.

7. Concessão de uso de bem público

O serviço público de geração de energia elétrica, em grande parte calcado no sistema de concessão do serviço, passou a receber novos agentes, quais sejam, o produtor independente de energia e o autoprodutor de energia.

O produtor independente gera a energia para comercialização no mercado, inicialmente como insumo para a atividade do concessionário do serviço de energia elétrica e, posteriormente, para com ele competir, na forma da lei.

O autoprodutor, como o próprio nome já diz, gera a energia para seu próprio consumo, admitido, no entanto, que, para viabilizar o investimento, seja comercializado o excedente, em mais de uma busca pela competitividade num setor de monopólio natural.

Para esse incremento de energia no mercado, a União não se vale do contrato de concessão de serviço público, disciplinado pela Lei nº 8.987/95, mas da concessão de uso do bem público (o potencial de energia elétrica), no qual é gerado o insumo indispensável para a prestação do serviço.

O mesmo instituto pode ser utilizado na exploração do gás natural, que na fase de distribuição é serviço público dos Estados; logo, se o poder concedente do serviço não estabelecer uma modelagem de monopólio, podem os interessados se valer da liberdade de acesso aos dutos de transporte de gás e vendê-los diretamente aos usuários finais, conforme já autorizado pela Portaria nº 169/98 da Agência Nacional do Petróleo. O indispensável é que não se viole a autonomia do Estado em estabelecer as condições da concessão do serviço público, que podem inviabilizar o acesso de terceiros não titulares da concessão estadual.

8. Contrato de Prestação de Serviços

Com a necessidade de diminuição dos custos do Estado com pessoal, algumas atividades que não exijam uso de força ou independência no controle podem ser transferidas para a iniciativa privada pela via da contratação de serviços, reservando-se os cargos públicos às funções típicas de Estado. Para tomador do serviço o que interessa é o resultado da *atividade* e não a *pessoa física* que a executa, buscando-se a economicidade (e não apenas economia, já que, algumas vezes, o valor médio por indivíduo é até superior ao que era pago como salário antes da terceirização, o que não considera a *especialização* (nem sempre encontrada internamente), nem os custos com a gestão e fiscalização dos serviços individualmente considerados, que são transferidos ao fornecedor da mão-de-obra.

Para o provimento de uma *função*, para prestação de um *serviço*, escolhe-se o prestador através da licitação, procedimento seletivo que atende os princípios da igualdade, impessoalidade, competitividade e a opção pelo sistema do *mérito*.

O enunciado 331 do TST não pode pretender impedir tal opção discricionária do administrador, exercida dentro do ordenamento jurídico aplicável à Administração

(CF, art. 37, XXI e Lei nº 8.666/93). Vale citar posicionamento do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, pela pena do Conselheiro JOSÉ LUIZ MAGALHÃES LINS⁹:

“Como já exposto no proc. TCE nº 109.514/96, *não cabe à Justiça do Trabalho* — cujas atribuições são de excepcional relevância, motivo por que são objeto de disciplina pela Constituição Federal (arts. 111, § 3º, 113 e 114) — *dizer quem pode ou não e quando terceirizar* mas, isto sim, se esta ou aquela terceirização *é lícita ou ilícita* e se há ou não fraude na aplicação de direitos aos trabalhadores eventualmente contratados.

E assim acontece porque *não existe uma definição ou conceito legal de terceirização* e, ainda, porque “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, da CF) e também porque “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (art. 170, parágrafo único da CF) e, finalmente, porque “Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, poder ser contratada mediante retribuição”. (art. 1.216 CC).

Como nos ensina Sérgio Pinto Martins, Professor e Juiz Presidente da Junta de Conciliação e Julgamento em São Paulo, “Inexistindo, por consequência, norma ou preceito proibindo a prestação de serviços a terceiros, esta é livre, não havendo qualquer presunção de fraude. Há, portanto, licitude no ato jurídico praticado (art. 82 do Código Civil) quando da contratação de um terceiro para prestar serviços à empresa.”

(...)

Ressalte-se, outrossim, que a *separação teórica* entre serviços *essenciais e acessórios*, que permite *distinguir a atividade-fim da atividade-meio*, *não é aceita* por boa parte da doutrina, que nela vê, diante do disposto no art. 170 da Constituição Federal e das *mutações* da técnica de produção, um entrave *indevido*, à terceirização.”

É, pois, possível explorar a terceirização de atividades-fim do Estado, como no caso da saúde, em que a Constituição da República, no artigo 197, expressamente a admitiu, ao dizer que:

“São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de *terceiros*, e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

9 Processo TCE nº 107.824-5/96.

Há quem argumente que haveria burla ao concurso público; ocorre que a exigência do art. 37, II, CF é para o provimento de *cargo* público e não para a contratação de serviços, que atendem a funções. Vale lembrar que para todo cargo há um conjunto de funções, mas a recíproca não é verdadeira, isto é, nem todas as funções voltadas para o atendimento de relevantes interesses da coletividade estão legalmente atribuídas a cargos públicos, ou, mesmo quando estejam, o número de cargos existentes nem sempre é suficientemente ao atendimento de tais misteres.

Argumenta-se, ainda, que o art. 175, CF só admitiria execução *direta* (Lei nº 8.666/93, art. 6º, VII, i.e., “a que é feita pelos órgãos e entidades da Administração, pelos próprios meios”) ou mediante concessão ou permissão, sujeita, pois, à Lei nº 8.987/95.

Ora, “meios próprios” não significa, apenas, *pessoal* próprio, mas, também, *recursos* próprios, *tecnologia* própria, *equipamentos* próprios e, mais importante, *direção* e *risco* próprios.

Na concessão ou permissão ocorre transferência desse conjunto de atribuições a particulares atraídos por uma atividade *lucrativa*, cobrando-se um valor dos usuários do serviço.

Nem todos os serviços têm característica de serem atividade *econômicas*, inseridas no Título VII da Constituição, “Da Ordem Econômica e Financeira”, como é o caso das atividades *sociais* — Título VIII da Constituição, “Da Ordem Social” — não comparando exploração sob regime de concessão ou permissão.

Nem por isso, fica a Administração impedida de obter outra forma de cooperação da iniciativa privada.

9. *Contratos de risco*

Tais contratos envolvem um misto de prestação de serviços com transferência de tecnologia.

Numa primeira etapa, o particular selecionado presta ao Poder Público um serviço gratuito de consultoria, fazendo um diagnóstico do quadro existente, sugerindo um prognóstico por meio do qual vai ser obtida uma redução de despesas na prestação do serviço.

Esse prognóstico pode prever a transferência de uma tecnologia exclusiva, com uso de produtos patenteados, que se encontram, portanto, num regime de monopólio legal, daí resultando uma inviabilidade de competição (desde que devidamente justificada a indispensabilidade do uso do item de domínio exclusivo).

Como remuneração, o particular recebe um percentual sobre o valor da economia de despesas proporcional.

Sua utilização tem sido apregoada para os serviços de iluminação pública.

Outra forma de contrato de risco envolve a utilização de instrumentos indispensáveis ao exercício do poder de polícia, tais como radares, câmeras fotográficas, balanças empregadas em rodovias, que ficam à disposição do Estado, só se remunerando o proprietário se e quando do uso do equipamento forem constatadas

infrações que acarretem uma receita com multas de polícia, destinando-se-lhe um percentual de tal arrecadação.

Note-se que não há transferência do poder de polícia, já que o comando estabelecido do limite (ordem de polícia) continua com o Estado, assim como a lavratura do auto (fiscalização de polícia), valendo-se, para tanto, do uso de um equipamento privado para fornecer a *prova do motivo do ato*. Após o devido processo legal, dar-se-á a pena (sanção de polícia), também a cargo do Estado, que, após arrecadar, paga pelos serviços. Trata-se de uma opção ao aluguel ou à compra dos equipamentos, em que o Estado pagaria independentemente de usá-los ou não, tendo ou não receita com tal atividade. Deve haver uma justificativa com base no princípio da economicidade.

Mais uma vez, não se utiliza a via das concessões ou permissões de serviços públicos, sem qualquer afronta ao ordenamento aplicável à Administração.

10. *Contratos com cooperativas*

O princípio da livre iniciativa assegura aos prestadores de serviço a opção de montarem suas próprias empresas, de serem contratados como empregados de empresas ou de se associarem a outros prestadores de serviços autônomos e constituírem uma cooperativa, que estará, assim, habilitada a todo tipo de prestação de serviço lícito.

A Lei nº 5764, de 16.12.71, que “define a Política Nacional de cooperativismo, institui o Regime Jurídico das Sociedades Cooperativas, e dá outras providências”, ao dispor sobre o contrato de cooperativa nenhuma restrição faz:

“Art. 3º — Celebram contrato de sociedade coopeativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.”

Pelo fato de envolver um conjunto associado de autônomos, há quem sustente que a contratação de cooperativas não é compatível com o trabalho de equipes; ocorre que não existe norma nesse sentido. Não só o art. 5º, XVIII, CF vedaria tal interferência do Estado-legislador, como os arts. 5º¹⁰ e 86¹¹ da Lei nº 5.764/71, expressamente, admitem a execução de qualquer atividade, inclusive a prestação de serviços a terceiros não associados.

10 “Art. 5º — As sociedades cooperativas poderão adotar por objeto qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, assegurando-se-lhes o direito exclusivo e exigindo-se-lhes a obrigação do uso da expressão ‘cooperativa’ em sua denominação.”

11 “Art. 86 — As cooperativas poderão fornecer bens e serviços a não associados, desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais e esteja de conformidade com a presente Lei.”

Como a cooperativa não tem por objetivo o lucro, não incidem determinados tributos sobre a sociedade, rateando-se toda e qualquer sobra entre os cooperados, na proporção de suas quotas (art. 44).

Embora o relato envolva contratos de prestação de serviços, regido pela Lei nº 8.666/93, é relevante registrar que no caso das concessões de serviços públicos a participação das cooperativas tem sido marcante, especialmente nos transportes públicos.

A Lei nº 9.074, de 07.07.95, em seu art. 23, prevê a possibilidade de serem regularizadas as situações envolvendo cooperativas de eletrificação rural, de modo a que venham a se tornar permissionárias de serviços públicos; a lei prevê, inclusive, a possibilidade de regularização de situação fática relacionada ao exercício de comercialização de energia a público indistinto por parte da cooperativa¹².

11. *Serviços reconhecidos de utilidade pública*

Dentre as formas de prestação de serviços públicos, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO¹³ já elencava, ao lado das técnicas tradicionais, os “serviços de prestação reconhecida”, realizados por pessoas de direito privado, que o Estado tem por conveniente reconhecer como colaboradoras voluntárias, sob regime unilateral de maior ou menor rigidez, no atendimento de necessidades públicas de reduzida importância ou em pequena escala. São as entidades de colaboração, forma de gestão associada de serviço público.

O reconhecimento se dá por declaração de utilidade pública da entidade, o que a habilita ao recebimento de recursos públicos, diretamente ou pela via de benefícios fiscais, tais como isenções e contribuições dedutíveis do pagamento de tributos devidos à Fazenda.

Para tanto, a entidade deverá preencher requisitos previstos na lei da unidade federada que institui a prestação reconhecida do serviço, tais como não ter finalidade lucrativa, não remunerar dirigentes, destinar-se a atividades de interesse social, entre outros, legitimando, portanto, o Poder Público a fiscalizar o atendimento desse requisitos, sem prejuízo da atuação do Ministério Público, quando se tratar de fundação.

A ausência de um maior controle sobre as metas e resultados dessas entidades de utilidade pública levou à previsão de alternativas pela via das organizações sociais e das organizações da sociedade civil, com as quais o Poder Público negocia pela via do contrato de gestão e do termo de parceria, respectivamente, metas a serem atendidas e fórmulas de controle.

Embora já aprimorada tal técnica, está-se diante de mais uma forma de prestação de serviços públicos por particulares sem sequer haver contrato.

¹² Ver SOUTO, Carlos Fernando e LOUREIRO, Gusvato Kaecher. *O novo modelo do setor elétrico brasileiro e as cooperativas de eletrificação rural*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

¹³ *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed. 1992, pág. 324.

12. Contrato de gestão com organizações sociais

No âmbito da Administração Federal se autorizou o Poder Executivo a qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos em lei¹⁴.

Qualificada como organização social, com ela se firmará um contrato de gestão (e não de concessão de serviço público), que discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social, especificando um programa de trabalho, com estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade e prevendo-se limites e critérios para despesas com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.

A execução será fiscalizada pelo órgão ao qual a atividade está vinculada e os resultados devem ser analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas

14 Os requisitos são: I — comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre: a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação; b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades (embora, aqui, os dirigentes possam ser remunerados); c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas em lei; d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público (o fato de o Poder Público transferir recursos para uma entidade privada e depois poder dela participar, já fora das limitações impostas pelo regime de direito público tem sido criticado) e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral; e) composição e atribuições da diretoria; f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão; g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto; h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados; II — haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado. Embora o objetivo fosse o de limitar o excesso de organizações sociais, evitando-se o descontrole que ocorreu quanto às entidades de utilidade pública, tal discricionariedade reforça a crítica supra, eis que pode ensejar favorecimento quanto ao enquadramento da entidade em troca de outros benefícios.

de notória capacidade e adequada qualificação, que encaminhará à autoridade supervisoradora relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.

Poderão ser destinados às organizações sociais servidores, recursos orçamentários e bens públicos (dispensada licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressado contrato de gestão) necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

13. *Termo de parceria com Organizações da Sociedade Civil de interesse público*

A Lei nº 9.790, de 23.03.99 “Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências.”

Para obter tal qualificação, as pessoas jurídicas de direito privado não podem ter finalidades lucrativas. Os objetivos sociais devem prever a promoção de atividades em pelo menos uma dentre as áreas de¹⁵ assistência social, cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico, educação gratuita (de forma complementar ao sistema oficial), saúde gratuita (também sob forma complementar do sistema oficial), segurança alimentar e nutricional, defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável, valorização do

15 Exige-se ainda, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre: I — a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência; II — a adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação no respectivo processo decisório; III — a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade; IV — a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido será transferido da outra pessoa jurídica qualificada, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta; V — a previsão de que, na hipótese de a pessoa jurídica perder a qualificação, o respectivo acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que perdurou aquela qualificação, será transferido a outra pessoa jurídica qualificada, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social; VI — a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação; VII — as normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade, que determinarão, no mínimo; a) a observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade; b) que se dê publicidade por qualquer meio eficaz, no encerramento do exercício fiscal, ao relatório de atividades e das demonstrações financeiras da entidade, incluindo-se as certidões negativas de débitos junto ao INSS e ao FGTS, colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão; c) a realização de auditoria, inclusive por auditores externos independentes se for o caso, da aplicação dos eventuais recursos objeto do termo de parceria conforme previsto em regulamento; da prestação de contas de todos os recursos e bens de origem públicas recebidos pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público será feita conforme determina o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.

voluntariado, desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza, experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito, divulgação de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita e interesse suplementar, valorização da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais, estudos e pesquisas, de desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e reconhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas.

Não são passíveis de qualificação como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as sociedades comerciais, os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional, as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais, as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações, as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios, as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados, as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras, as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras, as organizações sociais, as cooperativas, as fundações públicas, as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas e, finalmente, as organizações creditícias que tenham qualquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal.

A interessada deverá formular requerimento escrito ao Ministério da Justiça que decidirá, no prazo de trinta dias, deferindo ou não o pedido.

O “Termo de Parceria” é o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público por estas desempenhada, tendo como cláusulas essenciais.

I — a do objeto, que conterá a especificação do programa de trabalho proposto pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público;

II — a de estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma;

III — a de previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado;

IV — a de previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, estipulando item por item as categorias contábeis usadas pela organização e o detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos, com recurso oriundos ou vinculados ao Termo de Parceria, a seus diretores, empregados e consultores;

V — a que estabelece as obrigações da Sociedade Civil de Interesse Público, entre as quais a de apresentar ao Poder Público, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de pres-

tação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados, independente das previsões mencionadas no inciso IV;

VI — a de publicação, na imprensa oficial do Município, do Estado ou da União, conforme o alcance das atividades celebradas órgão entre o governo parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, de extrato do Termo de Parceria e de demonstrativo da sua execução física e financeira, conforme modelo simplificado estabelecido no regulamento da lei, contendo os dados principais da documentação obrigatória do inciso V, sob pena de não liberação dos recursos previstos no Termo de Parceria.

Firmado o termo, a organização deve publicar, no prazo máximo de trinta dias, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público.

Trata-se de substituir, com vantagens, o sistema de reconhecimento de instituições de utilidade pública, sobre as quais o poder fiscalizatório do Estado era reduzido, bem como a fixação e a negociação de metas a serem empreendidas pela entidade privada, o que agora fica devidamente explicitado no termo, que é mais um instrumento alternativo às concessões e permissões de serviços públicos.

14. Autorização de serviços públicos

A autorização é definida como um ato administrativo unilateral, discricionário e precário, incluído na categoria dos atos negociais ou receptícios, porque envolve uma provocação do interessado, a cuja aceitação fica condicionada a sua eficácia.

Difere da licença, que também é formalizada por um alvará, porque esta é ato vinculado e definitivo, não podendo, em regra, ser negada nem desfeita pelo Poder Público se preenchido os requisitos exigidos em lei para a sua outorga.

Assemelha-se à permissão, que também é discricionária e precária, porque nesta ocorre um equilíbrio entre o interesse público e o privado, ao passo que na autorização predomina o interesse privado.

Ao outorgar um alvará de autorização, o Poder Público chancela um interesse privado em atividade definida como serviço público desde que não afete, segundo seu juízo de conveniência e oportunidade (variável a qualquer tempo) o interesse da coletividade. Não se trata de delegação de serviço público, mas de controle de atividades e interesses privados em setores legalmente definidos como serviços públicos.

Se o interesse que predomina é privado, não deve ser outorgada a autorização em hipóteses que violem direitos ou interesses de terceiros, o que, em matéria de serviços públicos, exigiria licitação e a definição de obrigações em termo circunstanciado que assegurasse um mínimo de direitos para o Poder Público, usuários e para o fornecedor do bem ou serviço.

Como o art. 175 da Lei Maior só se referiu à concessão e à permissão de serviço público, houve quem sustentasse que a autorização do serviço público não é mais

admitida para Estados e Municípios (já que tratada apenas no art. 21, XII, CF, que cuida da competência administrativa federal).

Data venia desses entendimentos, nada impede que as Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais disponham sobre sua utilização, observados os princípios que regem a Administração Pública, já que a técnica de repartição de competências não enumerou os poderes dessas entidades, como o fez com a União.

O certo é que só se pode utilizar a autorização quando não houver predominância do interesse público sobre o particular; do contrário deve se firmar uma concessão ou permissão, submetidas ao princípio licitatório.

ODETE MEDAUAR¹⁶ trata a atribuição de serviços simples ao particular como forma de “autorização de serviço público” e não de permissão. Confira-se a lição, *in verbis*:

“Quanto à autorização, permanece sua formalização por ato administrativo discricionário e precário. Em geral, pela autorização se transferem a particulares serviços pouco complexos, nem sempre com remuneração por tarifas. É o caso da autorização para conservação de praças, jardins ou canteiros de avenidas, em troca da afixação de placa com nome da empresa.”

A Lei nº 9.074/95 prevê autorização para a implantação de usinas termelétricas, de potência superior a 5.000 kW, destinadas a uso exclusivo do autoprodutor e para o aproveitamento de potenciais hidráulicos, de potência superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 10.000 kW, destinados a uso exclusivo do autoprodutor, aí não compreendidas aquelas cuja fonte primária de energia é a nuclear.

Ainda sobre a autorização de serviços, o Código de Trânsito Brasileiro estatui que os veículos especialmente destinados à condução coletiva de escolares somente poderão circular nas vias com autorização emitida pelo órgão ou entidade executivos de trânsito dos Estados e do Distrito Federal, exigindo-se alguns requisitos para tanto, com vistas ao atendimento do dever de segurança.

A mesma Lei de Modernização dos Portos supra citada, em seu art. 4º, assegura ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, dependendo de autorização do Ministério competente, quando se tratar de terminal de uso privativo, desde que fora da área do porto organizado, ou quando o interessado por titular do domínio útil do terreno, mesmo que situado dentro da área do porto organizado.

Também aqui, a autorização deve ser preenchida de consulta à autoridade aduaneira e ao poder público municipal e de aprovação do Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente — RIMA.

A exploração da instalação portuária far-se-á sob a modalidade de uso público, restrita à área de porto organizado, ou de uso privativo, podendo este ser exclusivo,

¹⁶ *Concessão de serviço público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pág. 16.

para movimentação de carga própria ou misto, para movimentação de carga própria e de terceiros.

Enfim, por ato administrativo (dispensando-se o contrato) pode o Estado reconhecer que uma atividade definida como serviço público pode ser implementada por particular, desde que não ofendido o interesse geral.

15. *Convênio*

O convênio é ato multilateral de parceria entre o Poder Público e outras entidades públicas ou privadas com interesses afins; embora sua autonomia como pacto distinto dos contratos seja negada por parte da doutrina, é previsto em alguns dispositivos constitucionais, como no art. 23, parágrafo único, no art. 199, § 1º, para os serviços de saúde (vide Lei nº 8.080), 71, VI e 241, além da já citada Lei nº 8.666/93.

Cabe distinguir as situações tratadas em tais dispositivos; o convênio do art. 23, parágrafo único, só se aplica ao desempenho conjunto de atividade *comuns* às entidades federadas, na forma de lei *complementar*, enquanto no art. 241 cada entidade pode gerir, de forma associada a outra entidade *pública*, na forma da lei *ordinária*, atividade de sua *própria competência*; difere do convênio previsto no art. 116 da Lei nº 8.666/93 porque admite *particulares* como partícipes.

Esclareça-se que o art. 241, CF não exige autorização legislativa específica de cada convênio, mas, tão-somente, que a lei, previamente, discipline as características dessa forma de gestão associada de serviços ou mesmo a transferência de estruturas, pessoal, patrimônio, podendo, inclusive, autorizar a atribuição de personalidade jurídica a um órgão executor do pacto.

Além da saúde, também a educação tem sido desenvolvida através de convênios com associações de pais e mestres, lembrando o princípio da legitimidade, que orienta, sempre que possível, a participação dos destinatários nos negócios públicos.

No Código de Trânsito Brasileiro — Lei nº 9.503, de 23.09.97 — foi previsto, no art. 25, que os órgãos e entidades executivos do Sistema Nacional de Trânsito poderão celebrar convênio delegando as atividades nele previstas, com vistas à maior eficiência e à segurança para os usuários da via, admitindo que prestem serviços de capacitação técnica, assessoria e monitoramento das atividades relativas ao trânsito durante prazo a ser estabelecido entre as partes, com ressarcimento dos custos apropriados.

Embora a doutrina qualifique o convênio, ora como ato multilateral ora como ato complexo, a Lei nº 8.666/93, em seu art. 2º, parágrafo único, definiu todos os ajustes que criam vínculos como contratos, na linha já estudada na Europa, onde não se faz distinção entre os institutos. O fato é que, para os fins deste trabalho, ainda que de contrato se tratasse — o que não é nosso posicionamento e nem o da norma constitucional — de concessão ou permissão de serviço público não se trata, não havendo qualquer vedação constitucional à participação da iniciativa privada em tais pactos, com vistas à prestação dos serviços públicos.

16. Franquia

Pela franquia o franqueador concede ao franqueado o direito de usar uma marca de produto ou serviço, mediante remuneração, devendo ser assegurado ao consumidor dos bens ou serviços fornecidos sob o regime de franquia a mesma técnica e qualidade do produto que o induziu a confiar no seu signo distintivo; afinal, nos contratos da Administração, é de fundamental importância o atendimento do interesse público.

A remuneração envolve:

a) taxa de adesão — cobrada no momento da entrada do franqueado no sistema de franquia, destinada a remunerar os custos iniciais de licenciamento da marca com o correspondente treinamento, supervisão, formatação do sistema (elaboração de roteiros, manuais, panfletos etc.):

b) “*royalties*” — sobre um percentual de faturamento das vendas em um determinado período, cobrada sobre as vendas dos produtos fornecidos e/ou serviços transferidos ao franqueado, para remunerar a assistência técnica permanente (especialmente nas áreas de contabilidade e marketing), bem como o controle de qualidade exercido pelo franqueador;

c) quotas de publicidade — rateio das verbas a serem empregadas na divulgação da marca, produtos e/ou serviços franqueados, que, a par de beneficiarem a todos, deve obedecer a uma padronização traçada pelo franqueador para a cadeia de franqueados.

O contrato de franquia se submete, predominantemente, à legislação de direito privado, não sendo um contrato de concessão de marca pública, pelo qual o particular se remunera da exploração do negócio. Não se trata nem de concessão de serviço público nem de concessão de marca pública, eis que o serviço continua a ser explorado pela entidade da Administração, que se vale da infra-estrutura e do pessoal da iniciativa privada para ampliar postos de atendimento; é o caso de lojas de vendas de selos, cartões telefônicos, passagens de trem ou bonde.

17. Cheque Saúde e cheque educação

Uma radical alternativa viria com um chamado “imposto negativo”, que é uma terminologia imprópria para o tratamento de uma inversão drástica no modelo de financiamento da saúde e educação.

A idéia de Estado atuante em todas as áreas de interesse público tem levado a uma ineficiência generalizada. Nos setores de saúde e educação não foi diferente. Filas, hospitais lotados, escolas e unidades hospitalares mal aparelhados, médicos e professores mal pagos, corrupção, mal uso de verbas públicas têm estigmatizado os serviços públicos em todas as esferas.

A necessidade de se racionalizar as ações do Estado e, conseqüentemente, as despesas públicas leva à proposta de uma mudança profunda no sistema atual, que é de transferência de recursos entre entidades públicas e, em caráter suplementar (via convênios), para unidades particulares¹⁷. Na maioria dos casos, não resulta no

17 Ver CASTRO, Paulo Rabello e BRITO, Paulo. *Este país tem jeito?*. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1992, págs. 57 a 59.

proporcional benefício do cidadão, destinatário final do serviço, que por ele paga (via impostos e contribuições) e é obrigado a recorrer a particulares. Em síntese, o cidadão que pode pagar duas vezes, o que não pode é mal atendido (e, não raro, morre na fila!).

Uma alternativa é inverter o processo, entregando os recursos diretamente ao cidadão, que escolherá, dentre as concorrentes no mercado, a entidade que melhor atende às suas expectativas. Destarte, ao invés de gastos (e suas conseqüentes perdas) com uma imensa estrutura burocrática (de repasses e controles), os orçamentos da saúde e da educação poderiam ser divididos entre os destinatários finais do serviço (que teriam, assim, um imenso ganho *per capita* entre o que sai dos cofres públicos e o proveito recebido).

Tal transferência seria fixada num documento chamado “Cheque Saúde” e “Cheque Educação”, a ser fornecido a cada cidadão (e seus dependentes menores) inscrito no Registro Social.

O Cheque, por sua vez, não deve ser uma nova moeda, devendo ter destinação específica e só pode ser descontado por entidades devidamente credenciadas pelo Poder Público. Para tanto, deverão possuir condições mínimas de funcionamento (capacidade dos profissionais e de instalações) e de solvência (daí a necessidade de fazerem contratos de seguro), como forma de garantir o atendimento ao cidadão que com ela contrata o atendimento.

A atuação do Poder Público passará a ser, primordialmente, fiscalizatória, e, no campo da saúde, abrangendo, ainda, situações emergenciais, catastróficas e de epidemias, que ainda devem ser por ele prestadas.

Com isso, os estabelecimentos federais devem ter sua gestão transferida para organizações sociais, cooperativas de servidores; os estaduais e municipais, para receberem recursos públicos federais, deverão credenciar-se ao recebimento do Cheque e buscar eficiência na competição com as empresas privadas, pois, só através da competição se aumentará a qualidade dos serviços.

Os serviços de saúde e de educação poderão ser custeados pela União, mediante a entrega, a cada beneficiário, do valor correspondente a uma subvenção destinada a custear a contratação de um conjunto básico de serviços de saúde, abrangendo, a medicina preventiva e curativa, com entidades devidamente credenciadas pelo Poder Público.

O Cheque saúde e o Cheque Educação, expedidos, respectivamente, pelos Ministérios da Saúde e da Educação e identificados em documento definido em regulamento, serão nominais, intransferíveis e de aceitação compulsória pelas Entidades Provedoras do Serviço (EPS), públicas ou privadas, vedada a sua utilização ou comercialização para todo e qualquer fim diverso do previsto na lei instituidora.

Para o estabelecimento do valor do cheque saúde seria utilizada a combinação dos seguintes critérios, segundo análise técnica de programas e projetos:

I — perfil demográfico da região;

II — perfil da população a ser coberta, em especial, sexo e idade;

III — características quantitativas e qualitativas da rede de saúde na área:

IV — desempenho técnico, econômico e financeiro no período anterior;

V — previsão no plano quinquenal de investimentos da rede.

Já para o estabelecimento de valores do “cheque educação” seria considerado o custo de vida local e utilizada a combinação dos seguintes critérios, segundo análise técnica de programas e projetos:

I — mensalidade escolar;

II — matrícula;

III — livros e material didático;

IV — transporte;

V — alimentação.

Todo indivíduo inscrito no Registro Social terá direito ao Cheque Saúde e ao Cheque Educação, que serão distribuídos, preferencialmente, pela via postal ou mediante requisição em qualquer unidade administrativa a ser definida em regulamento.

Os recém-nascidos deverão ser inscritos no Registro Social mediante requerimento de seu representante legal, instruído com um documento do registro civil, a partir do que serão expedidos os Cheques.

Os indigentes poderão obter o Cheque uma vez inscritos no Registro Social, o que poderá ser feito voluntária ou compulsoriamente por ocasião de seu recolhimento por entidade credenciada pelo Poder Público.

No caso de perda ou extravio do Cheque, o seu destinatário somente poderá requisitá-lo na unidade administrativa competente e sua expedição ficará condicionada à anulação do registro do documento original, na forma do regulamento, sendo tal informação comunicada, imediatamente, a todas as entidades credenciadas.

Para utilização dos serviços de saúde e de educação, o indivíduo deverá apresentar à EPS o Cheque acompanhado do documento de Registro Social, sendo válido por um exercício financeiro da União e pode ser utilizado em qualquer entidade credenciada pelo Poder Público, a qual, se estiver em situação regular, poderá obter o resgate do valor do Cheque.

Deve ser assegurada a participação da comunidade na fiscalização do credenciamento e funcionamento das EPS, na forma do regulamento.

Somente poderão requerer o credenciamento entidades individuais ou consorciadas reconhecidas pelos órgãos responsáveis pela fiscalização do exercício profissional na área de saúde e da educação, no que concerne à habilitação profissional; no caso de consórcio, o instrumento de compromisso deverá indicar as obrigações de cada consorciado e a empresa líder em nome da qual será expedido o certificado.

Para obtenção do credenciamento para serviços de saúde, a EPS deverá prestar ou segurar um conjunto básico de serviços no valor compatível com o Cheque Saúde¹⁸ que constará de contrato-padrão¹⁹ e fiscalizado seu cumprimento pela comunidade, tudo na forma do regulamento.

18 Se o cidadão desejasse além do básico, o valor do cheque poderia amortizar parcela do contrato especial.

19 As cláusulas essenciais deste contrato são aquelas definidas nas leis civis, comerciais e de defesa do consumidor.

Somente poderão requerer o credenciamento entidades educacionais individuais ou consorciadas reconhecidas pelo Conselho Federal de Educação como habilitadas ao exercício na área de educação, na forma da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional; no caso de consórcio, o instrumento de compromisso deverá indicar as obrigações de cada consorciado e a empresa líder em nome da qual será expedido o certificado.

O certificado de credenciamento somente será expedido e válido se a entidade estiver em dia com as suas obrigações administrativas, financeiras, e fiscais e de seguros, definidas estas na forma da lei específica.

Cada cidadão é livre para a escolha da EPS que lhe prestará os serviços de saúde, a qual não poderá recusar-lhe atendimento em qualquer serviço contratado.

O prazo de vinculação do indivíduo à EPS será definido no contrato-padrão não podendo ser superior a um ano, vedada a estipulação de prazo de carência para utilização dos serviços básicos.

O Conselho Nacional de Saúde, com participação da comunidade, estabelecerá as diretrizes a serem observadas na elaboração do planejamento de saúde, em função das características epidemiológicas e da organização dos serviços em cada região administrativa.

Não deve ser permitida a destinação de subvenções e auxílios a instituições prestadoras de serviços de saúde.

As ações de saneamento, bem como as atividades de pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico em saúde serão estabelecidas no orçamento fiscal, prevenindo-se, ainda, a participação das universidades, instituições de fomento e financiamento e de recursos externos²⁰.

Cabe ao Poder Público a fiscalização das EPS, em especial quanto aos seguintes aspectos:

I — manutenção das obrigações administrativas, financeiras e fiscais necessárias ao cadastramento e operação das EPS, inclusive no que concerne às condições de solvência;

II — cumprimento dos contratos firmados entre as EPS e os destinatários do Cheque Saúde, inclusive no que concerne à qualidade do serviço;

III — obrigações de seguro.

O regulamento preverá penas de advertência, multa, suspensão, cancelamento do credenciamento e interdição da entidade nas hipóteses de descumprimento de

20 São serviços que devem ser mantidos pelo Poder Público, gratuitos e universais: I — os decorrentes de epidemias; II — os de vacinação; III — os de borrifação domiciliar; IV — os decorrentes de casos de calamidade pública e grandes catástrofes. O poder de polícia na área de saúde compreenderá: I — A fiscalização sanitária, epidemiológica e da saúde do trabalhador e prevenção de acidentes do trabalho; II — o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde; III — a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para o consumo humano; IV — a fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; V — o controle de bens e serviços que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo.

suas obrigações. Para tanto, o regulamento estabelecerá, ainda, processo administrativo, que observará as fases de notificação do acusado, direito de defesa, apresentação de provas, decisão, sanção e recurso, bem como o direito de petição dos usuários.

Aplica-se, quanto ao poder de polícia, no que couber, a legislação de defesa do consumidor, de defesa da economia popular e de repressão ao abuso de poder econômico.

A União poderia transformar²¹ os estabelecimentos de saúde e educação federais em EPS e transferir sua administração para organizações sociais formadas pelos profissionais das respectivas unidades, prevendo metas a serem alcançadas.

O contrato de gestão estabelecerá o prazo, as condições de renovação e as sanções para o descumprimento das metas estabelecidas.

Caberá aos Estados e Municípios, no âmbito de sua autonomia, optar pela transformação de suas unidades de saúde em EPS, bem como celebrar contratos de gestão com seus servidores, podendo ser vedado qualquer repasse de recursos federais em desacordo as diretrizes definidas para os cheques saúde e educação²².

Os atuais serventuários de hospitais e escolas da União ou de suas autarquias seria colocados em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço e poderão ser cedidos para as organizações sociais.

Embora não livre de polêmica, seria mais uma alternativa à concessão ou permissão do serviço público, já que a saúde e a educação não são tratados no ordenamento constitucional econômico, não cabendo ao Estado explorá-lo com vistas ao lucro, mas, por outro lado, não se vislumbrando impedimento que seja remunerado o agente privado que o substitua no atendimento à comunidade, desde que tal opção resulte em atendimento do princípio da economicidade.

17. Administração de penitenciárias

A administração de penitenciárias também pode ser parcialmente transferida a particulares quanto aos serviços de “hotelaria”; o Estado pode contratar com um particular a construção²³ ou a manutenção de uma penitenciária ou ainda a utilização de imóvel privado, segundo normas por ele traçadas no edital e no contrato, e pagar ao particular por preso que fique sob custódia do estabelecimento. Seria uma concessão de obra pública ou uma prestação de serviços. O imóvel, sua manutenção (incluída limpeza e alimentação) e o pessoal de apoio são privados, ficando a cargo do Estado o Policiamento penitenciário²⁴.

21 O Poder Público tem discricionariedade em extinguir unidades obsoletas ou transformá-las em EPS's. A privatização, nos termos da Lei nº 8031/90 é uma opção posterior.

22 A lei federal não pode impor nada aos Estados e Municípios; estes, contudo, não receberão recursos para a Saúde se não transformar seus estabelecimentos de saúde em EPS, habilitando-os a receber o Cheque Saúde, que seria a única forma de captação.

23 Ver OSBORNE, David e GAEBLER, Ted. *Reinventando o governo*. Brasília: MH Comunicação, 1992, págs. 90, 215 e 216.

24 É como se dá no modelo francês, conforme lição de ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. *Privatização das prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pág. 113.

Frisa-se a idéia de que o uso das forças só pode caber aos agentes do Estado dotados de prerrogativas do exercício do poder de império. O que é importante é que o imóvel guarde as características exigidas na Lei de Execução Penal — Lei nº 7.210, de 11.07.84, atendendo aos padrões de segurança emanados do Estado e às diretrizes emanadas das autoridades competentes (art. 61).

O tema não é novo; o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária já cogitava de implantar projetos de gerenciamento misto dos serviços penitenciários, com participação privada na administração penitenciária²⁵. A própria Lei de Execução Penal, em seu art. 4º, já prevê a cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança²⁶.

Assim como pode haver parceria entre o Estado e as associações de moradores para a estruturação de escolas comunitárias, nas quais o Estado entra com direção e/ou o corpo docente e o particular entra com a estrutura²⁷, pode se dar o mesmo com a operação do sistema penitenciário, sob custódia do Estado.

Seja pela via da prestação de serviços, seja pela via da concessão de obra pública, não se vislumbra, aqui, de um contrato de concessão de serviços públicos, já que, a princípio, não se cogita da cobrança de um pagamento pela estadia devido pelo preso, embora tal alternativa já tenha sido considerada na doutrina²⁸

18. Conclusões

1ª) O artigo 175 da Constituição Federal não é exaustivo quanto às únicas formas de prestação de serviços públicos serem através do Poder Público ou de concessionárias e permissionárias de serviços públicos. O dispositivo, tão-somente, define que serviços que comportem exploração econômica devem ser licitados para transferência de sua gestão a particulares com fins lucrativos. Do contrário, todas as normas citadas poderiam ser reputadas como inconstitucionais por não encontrarem explícita previsão na Norma constitucional.

2ª) Como na expressão “poder público” não devem ser admitidas formas de direito privado, despidas de autoridade, entender de forma literal o dispositivo inibiria a criação de empresas públicas ou de economia mista para a prestação de serviços públicos, o que seria a própria negação do princípio fundamental da Federação, que pressupõe, entre outras, a autonomia para a organização administrativa das entidades federadas, a admitir o uso da forma empresarial autorizada pelo art. 37, XIX, CF para as atividades inerentes à Administração.

25 Resolução nº 3, de 25.04.95 (D.O.U. 1, de 27.04.95, pág. 5.866).

26 Ver OSBORNE, David e GAEBLER, Ted. ob. cit., pág. 59

27 Ver Resolução normativa nº 24/PG, de 15.06.77, do Exmo. Sr. Procurador Geral do Estado do Rio de Janeiro aprovando a minuta padrão de convênio para a utilização de imóveis privados para aulas com professores e direção do Estado.

28 Ver ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. *Privatização das prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pág. 111.

3ª) Também a forma de autorização não foi vedada pelo fato de não ser mencionada no citado dispositivo; basta ver que o art. 21, CF prevê algumas possibilidades de a União autorizar determinadas atividades definidas como serviços públicos.

4ª) Isso também não implica em dizer que apenas para a União foi legitimado o uso da autorização — já que nada se explicitou quanto aos Estados e Municípios — afinal, a técnica constitucional de partilha de competências envolve a enumeração dos poderes da União e a genérica atribuição dos assuntos de interesse local aos municípios, ficando o resíduo sob titularidade dos Estados; cabe, pois, às leis orgânicas dos municípios e Constituições Estaduais tratar do tema nas respectivas unidades federadas.

5ª) O que é relevante é que a autorização não seja utilizada quando a atividade puder afetar interesses públicos, a demandar permissão ou concessão, precedidas de licitação; a autorização nada mais é que uma chancela da Administração a um interesse predominantemente privado que não afete o interesse público.

6ª) As demais formas de prestação de serviços públicos podem ser genericamente enquadradas na categoria de terceirização ou de gestão associada, nas quais não se transfere ao particular nem a titularidade da condução do serviço nem a consequente responsabilidade pelos danos causados aos usuários; esta permanece com o Poder Público, que se vale de insumos privados — tais como bens, serviços, tecnológica, recursos — para o atendimento de sua competência.

7ª) Os serviços públicos podem ser prestados ou não em regime de competição, não cabendo ao CADE, que é entidade que tutela a livre concorrência, inviabilizar a opção política de cada entidade federada no âmbito de sua autonomia; para evitar os abusos dos monopólios, cada entidade poderá, por lei, instituir agências reguladoras, dotadas de autonomia, sendo seus dirigentes, atos e recursos desvinculados de uma interferência inerente ao exercício do poder hierárquico do administrador;

8ª) A terceirização não viola o princípio do concurso público, eis que nela se cria um vínculo almejando apenas o resultado, independentemente da pessoa física do prestador, cuja qualificação deve ser apurada pelo agente terceirizado, de quem se exige uma estrutura, equipe e experiência.

9ª) A associação com particular, qualquer que seja a forma, bem como o uso da personalidade de direito privado para a gestão de serviços públicos tem como limite a impossibilidade de serem atribuídos aos particulares poderes inerentes ao uso da supremacia estatal sobre o particular; em outras palavras, não pode ser delegado o exercício do poder de império ao particular, o que não se confunde com o auxílio para a prática de atividades materiais e instrumentais para atividades típicas de autoridade.

10ª) A escolha da forma adequada da gestão do serviço público, observado o limite supra, é discricionária do administrador, no exercício da direção superior da Administração — CF, art. 84, II — outrora conhecida como “poder hierárquico”, voltada para a estruturação das funções administrativas de acordo com critérios de conveniência e oportunidade.

11ª) A discricionariedade, contudo, não é ampla, devendo atentar para o princípio da economicidade, com vistas à melhor relação custo-benefício dos recursos públicos empregados.

12ª) Toda vez que a criação de cargos for mais onerosa ou menos especializada ou aparelhada que a terceirização e não estiver envolvido o uso do poder de império do Estado, será legítima a associação ao particular, ainda que em serviços “definidos” como “atividades-fim”, como a saúde e a educação, jamais se afastando o Poder Público da fiscalização da execução do serviço. Ao Poder Público caberá zelar para que tais serviços sejam prestados sem ônus para os usuários ou fornecer-lhes os meios para exercerem o direito de escolha da entidade que lhes preste o atendimento de tais necessidades.

13ª) Quando se tratar de convênio, só se exigirá lei complementar quanto às competências comuns às entidades federadas; quanto às competência próprias, a lei orientará os critérios para sua adoção, não se exigindo aprovação do instrumento pelo legislador, se envolver particular, o pacto já é previsto na Lei nº 8.666/93.

14ª) O Estado sempre reconheceu os serviços de relevante valor social prestados por pessoas jurídicas de direito privado, as fórmulas das organizações sociais e organizações da sociedade civil são, apenas, aperfeiçoamento desse modelo com vistas à ampliação do Poder Público na fixação de metas e controle de tais entidades.

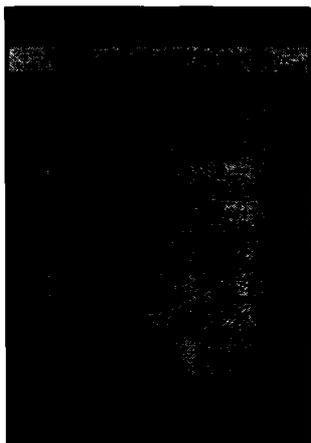
15ª) Os processos de transferência de competências estatais para a sociedade devem ser absolutamente visíveis e, sempre que compatível com o serviço, exigir prévio procedimento licitatório, no qual sejam avaliadas as qualificações necessárias ao adequado atendimento dos interesses públicos.

BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo. *Privatização das prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995
- BORGES, Alice Gonzales. *Credenciamento de inspeções de segurança veicular na legislação de trânsito. Aspectos peculiares*. Nova Dimensão — Direito Administrativo — Repertório de Estudos doutrinários e jurisprudenciais. Vol. 1. São Paulo: NDJ, 1997.
- CASTRO, Paulo Rabello e BRITO, Paulo. *Este país tem jeito?*. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1992.
- DALLARI, Adilson de Abreu. *Informativo de Licitações e Contratos nº 28*. Curitiba: Zênite, 1996.
- MEDAUAR, Odete. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- OSBORNE, David e GAEBLER, Ted. *Reinventando o governo*. Brasília: MH Comunicação, 1992.
- SOUTO, Carlos Fernando e LOUREIRO, Gustavo Kaecher. *O novo modelo do setor elétrico brasileiro e as cooperativas de eletrificação rural*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- TÁCITO, Caio — *Gás Natural — Participação Privada — Concessão de Obra Pública* — Revista de Direito Administrativo nº 192. Rio de Janeiro: Renovar.

Direito da Cidade

Joaquim Castro Aguiar



Obra útil para estudiosos dos problemas urbanos, envolvendo análise de temas palpitantes do direito municipal, tais como a função social da propriedade urbana, a repartição constitucional das competências nessa matéria, o planejamento urbano, o plano diretor do Município, o parcelamento do solo urbano, o uso e ocupação do solo e o poder de polícia urbanística.

Ref. 0125
Form. 14x21

Brochura
1996

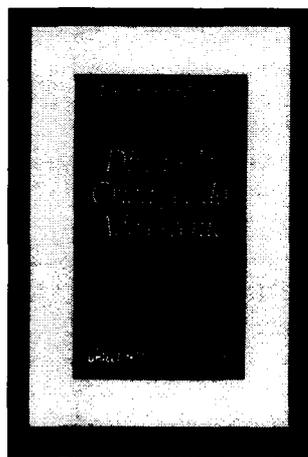
264 págs.

Direito da Criança e do Adolescente

Uma Proposta Interdisciplinar

Tania da Silva Pereira

Esta obra surge como importante contribuição ao estudo e à pesquisa do fenômeno social da infância, sendo indispensável aos profissionais que atuam ou não na área. Trabalho sério e profundo, este livro será consulta obrigatória do jurista e experto, sempre que se envolverem com o tema dos direitos da infância e da juventude.



Ref. 0114
Form. 16x23

Encadernado **736 págs.**
1996