

# A EVOLUÇÃO DO DIREITO PÚBLICO E A PARCERIA COM A INICIATIVA PRIVADA.

## TRANSFERÊNCIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE NATUREZA SOCIAL.

**Fábio Giusto Moralli**

Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

“O ESTADO, como atual organização política hegemônica da sociedade, como qualquer outra organização, depende da eficiência com que resolve os problemas a seu cargo. Ainda que contem com a inércia social a seu favor, são vulneráveis, principalmente ao tempo, que é cada vez mais curto na Era em que as comunicações se propagam instantaneamente a qualquer ponto da Terra, como uma onda invisível que transforma conceitos, destrói mitos, arruína ideologias e abala antigas certezas.”\*

### 1- INTRODUÇÃO

Este século, propriamente alcunhado de “Século Curto”, vem albergando profundas e significativas mudanças para a humanidade, marcadas pelo radicalismo e velocidade, num lapso temporal, entre elas, cuja brevidade é ímpar, transformando conceitos com a celeridade típica da “Era das Comunicações”.

Notadamente, a partir da metade do século vem se destacando a falência do modelo que se baseia na “prevalência do Estado sobre as iniciativas privadas como motor do crescimento econômico e como gerador de oportunidades sociais”<sup>1</sup>.

Nesse processo incessante, a queda do Muro de Berlim é marco inconteste dessa verdadeira revolução.

A globalização ou mundialização desestruturou o conceito de nacionalidade do capital, exacerbou o fluxo de comércio, na esteira de um avanço tecnológico nas comunicações, terminou com as distâncias, derrubando fronteiras, consolidando o capital sem sede e o dinheiro virtual, exigindo a eficiência e a rapidez na

---

\*Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *O Estado e o Futuro: Prospectiva sobre aspectos da Instituição Estatal.*

tomada de decisões, estimulando a competitividade e pintando, com cores fortes, um novo quadro para o PLANETA, assim como para as relações dos homens e países, estes agora reestruturados em blocos econômicos que começam a redefinir o próprio conceito de pátria.

Nesse novo mundo, tão admiravelmente eficiente, o Estado providencial, como ensina PAULO RABELLO DE CASTRO,<sup>2</sup> "mantém-se apenas pela tradição, pelo corporativismo dos grupos associados a esse interesse e por um compreensível medo de mudança.

Tudo indica, portanto, que a hipercompetitividade dos tempos atuais desemprega a noção de Estado-Empresário, ou seja, o produtor direto de bens e serviços, para reempregá-lo como agente indutor de competitividade.

O Estado não joga; mas atua como preparador técnico da equipe que joga com suas cores."

## 2 - O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E A CONSENSUALIDADE

Em apertada e despretensiosa síntese, o princípio da subsidiariedade se fundamenta na certeza de que a sociedade, origem do Poder, por ela mesma, através de seus membros e de suas organizações não-políticas, pode resolver vários problemas de forma mais eficiente e menos custosa, só passando ao Estado o que ela não possa solucionar com seus próprios meios.

A consensualidade, como destaca DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO,<sup>3</sup> erigida a princípio em plena ascensão, é "a aplicação jurídica do que, em sociologia, ora se denomina de **consenso de composição**, ou seja uma situação de equilíbrio que se obtém pelo reconhecimento de diferenças existentes entre partes que se associam (ou se compõem), vazada em termos **negociais**, que limitam metodicamente as pretensões de cada uma (v. "Consensus", in *Dictionnaire Critique de la Sociologie*, de R. Boudon e F. Bourricaud, PUF, 1982)".

A premissa, pois, como ensina o Mestre, respaldado na lição de J.J. GOMES CANOTILHO, é a de que a organização estatal contemporânea tem por referência a subsidiariedade, a participação e a consensualidade, resultando dessa combinação uma atuação estatal menos intervencionista, que tem por consequência a participação efetiva da sociedade, através de seus variados segmentos, em tudo o que for possível, desde que sem comprometimento da figura constitucional que lhe dá identidade.

A consensualidade instiga a competitividade, agiliza soluções, introduz a eficácia e reduz custos.

"A consensualidade na administração pública se expande nas formas contratuais (*Vertrag*), hoje não mais necessariamente típicas, mas, ao contrário, cada vez mais atípicas, para que possam ser "funcionalizadas", ou seja, para melhor satisfação dos fins concretos e específicos impostos aos entes públicos, como exigência inarredável da legitimidade (v., a respeito, Marco Dugato, *Attipicità e Funzionalità nell'Attività Amministrativa per Contrati*, Dott A. Giuffrè, Milão, 1996, pp. 1 a 13). Por outro lado, exploram-se atualmente com maior intensidade as alternativas do acordo (*Vereinbarung*), não só nas suas formas típicas, como o consórcio, o convênio e o acordo de programa, mas numa cópia de pactos em que a Administração passa a dispor do modo em que exercerá sua própria competência em comum acordo com outros entes, públicos ou privados (sobre o tema, v., de Ernesto Sticchi Damiani, *Attività Amministrativa Consensuale e Accordi di Programma*, A. Giuffrè, Milão, 1992).

... o espaço da consensualidade se rasga como um dos mais importantes campos de trabalho do Direito no próximo século e, nele, sem dúvida, é na tarefa administrativa do Estado, cada vez mais demandante em termos de técnica, de eficiência e de custos, que estão sendo plantados e se desenvolverão os institutos de colaboração entre os setores público e privado, com seus regimes específicos, cumprindo, no que lhes toca a magna tarefa política de adensamento legitimatório do *continuum* Estado-Sociedade.<sup>4</sup>

## 3 - AS PARCERIAS ENTRE O ESTADO E O SETOR PRIVADO

"Em todo o mundo o Estado tem sido repensado e a administração pública, em especial, alvo de intensa meditação reformista".<sup>5</sup>

A essa realidade o Brasil e o direito administrativo nacional não podem e não estão a dar as costas.

Na esteira dessa revolução "uma vez ultrapassada a concepção do Estado-Providência, que desaparece em todos os países, com a falência das instituições de previdência social e a redução do papel do Estado nas áreas que não são, necessária e exclusivamente, de sua competência, amplia-se a missão da empresa, como órgão intermediário entre o Poder Público e o Estado. É criadora de empregos e formadora de uma mão-de-obra qualificada, produtora de equipamentos mais sofisticados e interlocutora ágil e dinâmica, que dialoga constantemente com seus fornecedores e com consumidores dos seus produtos, numa outra forma de parceria. Se, como já dissemos, estamos assistindo a uma revolução silenciosa e construtiva da sociedade brasileira, o direito dela não pode estar ausente, cabendo ao jurista, ao advogado e ao magistrado fazer a sua reciclagem e preparar o futuro das nossas instituições e das novas técnicas jurídicas".<sup>6</sup>

A subsidiariedade e a consensualidade são adubos de um campo fértil para o crescimento de um direito revisado, adaptado ao mundo moderno, onde a eficiência e o conhecimento substituíram, nos conceitos clássicos de patrimonialidade, o capital, a terra e o trabalho.

O mundo, e o Brasil dentro do novo conceito global, se utilizam da opção do acordo para instituírem, via parceria, melhores serviços públicos, através de convênios, consórcios e acordos de programa, pelos quais o Estado exercitará sua competência em comum acordo com "entes privados delegatários de cometimentos públicos".<sup>7</sup>

É consciência generalizada entre os ideólogos brasileiros do novo milênio que o esgotamento do modelo estatal, até então vigente, elege a parceria como solução totalmente viável, na prestação da quase absoluta maioria de serviços públicos.

Como se não bastasse o que já se ouviu até agora, vai a propósito e pela ordem de transcrição o que dizem, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO,<sup>8</sup> JUAREZ FREITAS,<sup>9</sup> ODETE MEDAUAR,<sup>10</sup> PAULO RABELLO DE CASTRO,<sup>11</sup> MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO,<sup>12</sup> MARCOS J. T. DO AMARAL FILHO<sup>13</sup> e SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA.<sup>14</sup>

"Como se deixou indicado, é no campo da Administração Pública que a consensualidade mais tem progredido, ainda porque é nela que há maiores possibilidades de crescer e de alterar o conceito de Estado, no sentido de um possível futuro Estado-parceiro."

"... Pela mudança de funções do Estado Contemporâneo, forçado pela constatação inequívoca, sobretudo em matéria de Infra-Estrutura, de que não há outro caminho senão a prestação da via indireta dos serviços públicos."

"... grandes organizações, associações e grupos privados passam a exercer pressão sobre o Estado, a colaborar na gestão de atividades de interesse geral, a solucionar problemas mediante acordos e negociações, gerando a chamada privatização do público."

"... ao conceder a particulares o direito de suprimento de serviços infra-estruturais e de utilidade pública, o Estado caminha na boa direção."

"... a privatização, doutrinariamente, pode ser vista em sentido bem mais amplo, para abranger todas as formas pelas quais se busca uma diminuição do tamanho do Estado, podendo abranger: a *desregulação* (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico), a *desmonopolização*

de atividades econômicas, a *privatização de serviços públicos* (com a sua devolução à iniciativa privada), a *concessão de serviços públicos* (dada a empresa privada e não mais a empresa estatal, como vinha ocorrendo), e os chamados *contracting out*, em que a Administração Pública celebra contratos de variados tipos para buscar a colaboração do setor privado, como os contratos de obras e prestação de serviços. É nesta última fórmula que entra a terceirização. (Nesse sentido, a lição de Jaime Rodríguez - Arana, em *La Privatización de la Empresa Pública*, Madri, Editorial Montecorvo, SA, 1991, pp. 139 e ss.; Lucien Rapp, em *Techniques de Privatization des Entreprises Publiques*, Paris, Librairies Techniques, 1986, pp. 87/92; Juan Carlos Cassagne, em *La Intervención Administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, pp.100 e ss.)"

"pode-se facilmente observar que o termo hoje abarca inúmeras iniciativas que, através das formas mais variadas, subtraíram ao setor público a responsabilidade exclusiva na prestação de serviços, inclusive aqueles definidos como serviços públicos."

"Pela descentralização por colaboração, a pessoa política delega a terceiros (particulares, pessoas físicas ou jurídicas, ou pessoas de outras administrações ou paradministrações públicas) ou lhes permite o exercício de encargo público, ou aproveita a atividade dos mesmos como auxiliares da atuação da administração pública.

Os terceiros a que se refere este item passam a colaboradores da administração pública.

A descentralização por colaboração é de índole objetiva, funcional, eis que descentralizada é somente a atividade, que passa a terceiros.

São regidas pelo Direito Administrativo a atividade delegada, permitida ou aproveitada (na medida do aproveitamento) e a situação jurídica do colaborador como tal."

Por óbvio, a disseminação da parceria, por suas diversas formas, provoca significativas mudanças, principalmente no modo de pensar e de enxergar a Administração Pública, priorizando, sobretudo, o direito do cidadão consumidor dos serviços e inovando, de fato e de direito.

Na lição de TERCIO SAMPAIO FERRAZ,<sup>15</sup> "a distinção entre a esfera pública e a privada perde sensivelmente em nitidez" ao que complementa ODETE MEDAUAR:<sup>16</sup> "o que traz conseqüências de relevo em muitos institutos jurídicos delineados no século XIX, quando a idéia de separação predominava".

“Os processos de publicização do direito privado e de privatização do público demonstram, de modo claro, a confluência entre os dois setores.”<sup>17</sup>

Por certo, a realidade exige um panorama que se veja longe e com poucas fronteiras uma gama ampla de formas de parceria entre o estatal e o privado, com o fito de tornar efetivamente público, na real acepção da palavra, os serviços que, prestados com eficiência, economicidade e qualidade, através do acesso e aplicação do conhecimento, atendam com presteza o interesse público.

E público, pois, na definição do dicionário é: “do, ou relativo, ou pertencente ou destinado ao povo, à coletividade.”<sup>18</sup>

A finalidade do serviço público é, portanto, atender ao povo, à coletividade e isso exige que a ela seja dada vera atenção, ao contrário de simular, pela ineficácia e descaso da prestação, um direito do cidadão e um dever do Estado.

O desígnio, que é servir a coletividade, só será alcançado quando o povo estiver usufruindo efetivamente de um serviço que deveria lhe ser posto à disposição de forma adequada e conveniente.

A forma e o “minus” se alcançado o fim. E para isso o Estado deve se utilizar de todos os meios, obviamente lícitos, para atingir esse objetivo. O objetivo que é público.

“Nessas condições, o interesse público necessita de outro referencial além do formal: deve-se buscar um conceito substancial, pouco importando por que meios o Estado deva perseguir-lo”.<sup>19</sup>

A parceria se apresenta, então, como meio propício a esse desiderato.

Nesse sentido, em momentos distintos de sua obra, enfocando, primeiramente, a necessidade da parceria e depois a primazia da eficiência, apregoa MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO<sup>20, 21</sup>

“Daí a necessidade de, à luz de um novo cenário econômico, se repensar onde é indispensável a presença do Estado. Onde não for, a privatização é o caminho; onde se impuser tal presença, há que se repensar o modo de gestão de atividade, terceirizando, concedendo ou permitindo sempre que o particular se revelar mais eficiente...”

... A lição é, pois, do Governador Mário Cuomo, de Nova York, que disse que “A obrigação do governo não é prestar serviços ao público, mas garantir que eles sejam prestados”, bem como do Prefeito de Indianápolis, Bill

Hudnut, ao dizer que “O prefeito é mais do que supridor de serviços, (...). Ele é um corretor de negócios, que une o setor privado ao público”.

Não é permitido esmorecer, até que o processo de reforma tenha soluções sedimentadas, quando só então serão silenciadas as críticas tão corriqueiras a tudo que é inovador.

Para tanto, como ensina DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO,<sup>22</sup> “consideram-se, portanto; os regimes de concessão, de permissão, de autorização, de acordos e de terceirização. Todos eles aptos, no direito brasileiro, a estabelecer essas variadas formas de colaboração econômica dos particulares com o Poder Público ao qual foi cometida, direta ou indiretamente, explícita ou implicitamente, a incumbência da execução de um serviço.”

#### 4 - OS SERVIÇOS PÚBLICOS PASSÍVEIS DE TRANSFERÊNCIA

É indiscutível, porém, que as fronteiras para o uso da parceria, devem ser bem fixadas, ao menos no presente momento, o que não lhes impinge um estigma de imutabilidade diante de novas realidades, até mesmo porque renegar a evolução é o mesmo que abdicar da racionalidade, principal distintivo do ser humano em cotejo com todas as espécies e razão de sua adaptação às mudanças vivenciadas pela humanidade.

Parte-se, então, da premissa de que algumas atividades são absolutamente inerentes ao Estado e indelegáveis, sob pena de desfiguração de seu “núcleo fundante da identidade constitucional”.<sup>23</sup>

Cumpra que essas atividades sejam identificadas para que, por processo de simples exclusão, se conclua que as demais são passíveis de delegação, principalmente, por intermédio da parceria.

Ensina DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO<sup>24</sup> que “a essencialidade do Estado se tem afirmado, definida pelo **tripé da coercitividade** indicado por NORBERTO BOBBIO: **a imposição do direito, o monopólio da força e a imposição dos tributos**. Vale dizer: o juiz, para concretizar a ordem abstrata ditada pelo direito; o publicano, para arrecadar os tributos que suportarão as atividades estatais; e o soldado, para garantir o cumprimento da ordem do juiz e da imposição tributária”.

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO,<sup>25</sup> segue a mesma trilha e denota que “os cargos públicos só devem ser providos ou criados se envolverem atividades típicas do Poder Público, notadamente, as que exigem manifestação de poder de império (polícia, fiscalização, controle, justiça). As demais atividades que não

exijam uso de força ou independência no controle podem (e, muitas vezes, devem) ser terceirizadas...”

Portanto, sem mais delongas diante da grandeza dos escólios, as atividades essenciais, ou típicas, ou inerentes, seja lá que denominação se lhes atribua, i.e., todas aquelas ligadas umbilicalmente ao núcleo fundante do Estado, ainda devem permanecer em sua prestação direta.

Aí, com precisão e simplicidade de definição, se encontram as atividades que dependem do poder de império, dentre as quais mas sem muito elástico: justiça (ainda assim sem olvidar da arbitragem), polícia, fiscalização, sobretudo tributária, e aquelas que impescindam de independência ao se desincumbirem da tarefa de controle, principalmente, do próprio Estado, nada impedindo, entretanto, a transferência da execução material de atos a elas inerentes.

#### 5- A PARCERIA NOS SERVIÇOS DE SAÚDE E EDUCAÇÃO E A CRIATIVIDADE

A redefinição dos modelos de gestão dos serviços de saúde e educação na área pública merece especial atenção, não só por seu relevo social, mas, também, principalmente, pelas notórias e assombrosas deficiências operacionais, que ganham destaque dos noticiários e têm provocado crescente revolta da população em face de incontestes insatisfação.

Esses serviços não têm atingido seus objetivos, sobretudo em momento cuja importância da saúde e do conhecimento dos povos é posta em singular evidência, orientando a tomada de decisões quanto ao investimento, no país, de capitais de longo prazo, que geram empregos, renda, bem estar social e mais arrecadação tributária, com reflexos positivos nas transações correntes.

O atendimento dessas necessidades tem, pois, características social e econômico-financeira e se apresenta como vital para a nação, sendo condição propícia ao desenvolvimento.

“Nos últimos poucos anos, educação virou assunto de primeira página nos jornais. A revista “Exame” lança um número especial sobre educação, referindo a preocupação crescente do empresariado com a má qualidade de um dos mais críticos fatores de produção. De fato, as federações de indústrias descobriram que nossa mão-de-obra recebe uma educação de segunda. Preocupam-se e reclamam. Algumas tomam providências. Foram lançados dois canais privados de TV Educativa. De resto é forte o contraste com a saúde, onde sequer há acordo quanto ao que está errado e muito menos ao que fazer”.<sup>26</sup>

A resposta é a parceria.

A simbiose da educação com a saúde é indiscutível, já que só aprende quem goza de capacidade física e mental para tanto. Essa ligação indissociável, em toco paralelismo com a educação e a saúde públicas, sobressai com nitidez do brocardo “*mens sana in corpore sano*”.

A essa responsabilidade, por comando constitucional, não pode fugir o Estado, e a iniciativa privada, em parceria com ele, não deve se furtar a colaborar.

Como adverte HAMILTON DIAS DE SOUZA:<sup>27</sup>

“Importante é que se aplique ao Estado o princípio da subsidiariedade, isto é, só deve atuar quando a empresa privada livremente não possa fazê-lo.

Mas não é só. Num país continente, como o Brasil, onde são grandes os desafios, onde há carência de serviços públicos e falta de recursos compatíveis para prestá-los, soluções criativas hão de ser introduzidas. É nesse sentido que devem ser objeto de nossa reflexão considerações sobre o papel da iniciativa privada no campo social em geral, bem como importante coadjuvante, até mesmo na prestação de serviços que tenham as características da continuidade, impessoalidade, moralidade e igualdade que caracterizam o serviço público.

Nesse sentido, tanto em uma quanto em outra atividade, com certeza pode o Estado delegar à iniciativa privada a execução de tarefas variadas. Não me refiro à transferência de funções, mas à delegação balizada, onde o Estado pode, como em muitas vezes deve, manter a fiscalização sobre as atividades desempenhadas pelo setor privado...

... Veremos que é possível descentralizar funções que vêm sendo desempenhadas pelo poder central; que é possível delegar muitas delas à iniciativa privada, estabelecendo-se regime adequado; que é possível aproveitar os grandes capitais internacionais para suprir as carências de serviços públicos que a Nação está a reclamar”.

Nesse contexto a reengenharia, fruto da criatividade, vem trazendo a lume várias soluções inovadoras, todas lastreadas na parceria com a iniciativa privada, que, por todo o exposto, merecem ser listadas:

A) PAULO RABELLO DE CASTRO e PAULO BRITO,<sup>28</sup> indicam a solução dos “*voucher-saúde*” e “*voucher-educação*”, ambos intransferíveis, através dos quais as verbas alocadas aos respectivos orçamentos, iriam para os usuários, e não para os hospitais e escolas, criando a liberdade de escolha por parte do consumidor, das unidades que prestassem o melhor atendimento e ensino.

Dessa forma, o próprio cidadão exerceria o controle direto e imediato da qualidade dos serviços e os prestadores se preocupariam em baixar custos e aprimorar-se, já que estaria instituída a competitividade.

Ao Estado, por seu turno, caberia fiscalizar a distribuição dos "vouchers" e sua utilização, assim como fixar os parâmetros de qualidade para a habilitação de prestadores públicos e privados.

B) O governo federal optou por positivar, via medida provisória,<sup>29</sup> as organizações sociais, assim qualificadas pelo Poder Executivo como sendo pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção do meio ambiente, à cultura e à saúde, regidas por contrato de gestão, cuja execução será fiscalizada e às quais podem ser destinados recursos orçamentários e bens públicos e sujeitas a procedimento licitatório, para suas compras e contratações, previsto em regulamento próprio por elas publicado.

Ademais, as organizações sociais de direito privado, deverão atender a requisitos básicos previstos no texto da medida provisória.

C) O Município de São Paulo previu em lei<sup>30</sup> a transferência da execução e gestão dos serviços de saúde, a entidades de direito privado (cooperativas), através de convênios.

O modelo, em premido resumo, se desenvolve com a gestão partilhada, onde a cooperativa participa com o trabalho de seus cooperados, cabendo-lhe, ainda, a contratação dos serviços de apoio técnico, enquanto a Prefeitura contribui com as instalações e equipamentos que permanecem de sua propriedade, sendo o uso autorizado à Cooperativa, por decreto, obrigando-se, também, ao pagamento dos serviços.

Ademais, o Município mantém a prerrogativa de intervir na operação nas hipóteses de ameaça de interrupção, solução de continuidade ou deficiência grave.

D) Igualmente, limitando-se à área da saúde, o Estado do Rio de Janeiro divulgou sua intenção de transferir à iniciativa privada ("*lato sensu*") e desde que com comprovada experiência no ramo, a administração de certos hospitais, aí compreendidos todos os serviços necessários ao bom atendimento da coletividade, mediante licitação e posterior contratação que poderá dar-se sob regime de empreitada global, abrangendo todos os insumos, materiais, equipamentos e mão-de-obra inerentes à prestação desses serviços. Ao Estado caberá exercer a devida fiscalização dos parâmetros de qualidade e eficiência, possivelmente fixados no edital e em regulamentação própria.

## 6 - REGIME DE EXECUÇÃO E SEU EMBASAMENTO

Todas as hipóteses acima citadas, não obstante o desconhecimento de seus detalhes e regulamentação, são formas de terceirização, já que, por versarem sobre serviços públicos sem sujeição a regime tarifário, serão remuneradas pelo titular do serviço o que descaracteriza, a todas, como concessões.

As críticas à terceirização de serviços públicos tem por fundamento principal a redação do art. 175 da Constituição Federal, que incumbe o Poder Público de prestar, diretamente, ou sob regime de concessão e permissão, os serviços públicos.

Esse entendimento hermético inviabiliza a parceria para serviços sociais em razão da impossibilidade de cobrança de tarifa, bem como outras formas de colaboração como o acordo de programa e a terceirização.

Em que pese o brilho dos que defendem essa posição, ousamos dela discordar, não só pelo motivo já mencionado anteriormente, de que os regimes de concessão e permissão impescindem da cobrança de tarifa dos usuários do serviço, o que *in casu*, não ocorre, mas também, porque o art. 175 da CF está inserido no título VII, da ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA, o que pressupõe que os serviços a que se refere sejam aqueles que revistam a característica de atividade econômica, enquanto os serviços de saúde e educação, são atividades sociais, previstas no título VIII, da ORDEM SOCIAL, Capítulo II, Seção II e Capítulo III, Seção I, respectivamente, todos da Lei Maior.<sup>31</sup>

Por isso mesmo, tais serviços, quando prestados indiretamente, não devem ser explorados pelos regimes de concessão e permissão reservados aos serviços de natureza econômica, o que, todavia, não retira da Administração a opção por outras formas de parceria com a iniciativa privada.

Com a absoluta precisão leciona MARCELO CAETANO<sup>32</sup>

"Sucedem que em certos casos a pessoa jurídica de direito público de fins múltiplos em cujas atribuições se insere o fim justificativo da criação do serviço público considera mais conveniente a entrega da sua gestão a uma entidade privada em quem delegue ou para quem transfira temporariamente os poderes necessários: surge então a *gestão indireta*.

A diferença entre a delegação e a concessão é a seguinte: no caso de *delegação*, a entidade pública cria o serviço e conserva a responsabilidade pelo seu financiamento, bem como, total ou parcialmente, a titularidade dos riscos que o desempenho da atividade possa acarretar, conferindo à entidade privada apenas a competência necessária para conservar a orga-

nização e assegurar o regular e eficaz funcionamento do serviço. Ao passo que na concessão a pessoa jurídica de direito público transfere temporariamente para a entidade privada o exercício dos direitos exclusivos de exploração do serviço, passando este a correr por conta e risco do concessionário.

A delegação é, como já ficou dito, utilizada sobretudo em certos países, para os serviços culturais e assistenciais. A concessão para os serviços de caráter econômico, ou melhor, de caráter empresarial.

Tem-se empregado a delegação nos casos em que, exigindo o desempenho do serviço qualidades de devoção e desinteresse, se mostre difícil conseguir o seu funcionamento satisfatório com o emprego de agentes administrativos, recrutados, remunerados e sujeitos à disciplina nos termos habituais da Administração Pública.

Havendo entidade particular já experimentada no gênero de atividades em causa e que cultive as qualidades que façam falta no funcionamento do serviço, a pessoa jurídica onde este esteja integrado pode celebrar um contrato de prestação de serviços com essa entidade, para lhe entregar a gestão nas condições que forem estipuladas, delegando nela os poderes necessários para o efeito.”

Aliás, não foi outro o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sessão plenária e por unanimidade, ao julgar a constitucionalidade da lei do Município de São Paulo que terceirizou os serviços de saúde:<sup>33</sup>

“A Constituição, com efeito, ao conferir ao Governo os poderes expressos, os conferiu para que fossem exercidos em toda plenitude, e para que o Governo os possa exercer é de inevitável evidência que lhe há de tocar a liberdade quanto ao emprego das agências, dos instrumentos ou dos meios mais adequados, apropriados, ou conforme aos fins que lhe são designados nos poderes expressos. A ele, igualmente, há que caber a escolha ou opção, dentre os instrumentos, quando vários, dentre os meios, se mais de um existe, do instrumento ou do meio que lhe pareça mais adequado e eficaz.”

E no mesmo julgamento, excluiu os regimes de concessão e permissão:

“... Não se pode argumentar com concessão de serviço público, já que vedado ao poder público ou a particulares, em tal regime de concessão, a cobrança pelo serviço prestado”.

Incisivamente, em destaque especial à área de saúde, a própria Constituição Federal admitiu a terceirização, quando ditou em seu art. 197 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” (grifamos).

Como assinala MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO,<sup>34</sup> defendendo a terceirização dos serviços de saúde:

“No caso específico da ‘saúde’, a própria Lei Maior admitiu a utilização de ‘terceiros’, sendo o art. 197 norma **especial** em relação à generalidade do art. 175 - ainda que os regimes de prestação não fossem distintos.”

Sem divergir desse rumo e com muita objetividade, JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA,<sup>35</sup> ao analisar a terceirização dos serviços de saúde, deixou assentado que:

“Embora ‘cuidar da saúde e assistência pública’ constitua competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23, II, da Constituição Federal), nada proíbe que o poder público, para exercer esse mister, contrate o serviço de terceiros. O importante é que essa prestação de serviços se desenvolva sob a supervisão e a fiscalização do governo”.

E assim, foi secundado por JOSÉ ANTONIO FICHTNER,<sup>36</sup> ao analisar edita de terceirização de serviços de saúde a cooperativas:

“Temos como possível, em tese, como já admitido pelo i. Procurador Dr. José Edwaldo Tavares Borba, em seu parecer nº 08/96, a transferência, do Poder Público para particulares, da prestação de serviços na área de saúde, desde que tais serviços sejam devidamente supervisionados e fiscalizados pelo Poder Público, no exercício da atribuição outorgada pelo art. 23, II, c/c 197, da Constituição Federal, comum às esferas municipal, estadual e federal.”

“... Na forma como proposta, a licitação ostenta característica típica de terceirização para a execução material de serviço público por terceiro, sem que haja o despojamento do ente público das irrenunciáveis funções de fiscalização, regulamentação e controle.”

A propósito, SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA<sup>37</sup> destaca, em exaustivo elenco, a colaboração com a administração pública, de terceiros, no desenvolvimento de atuações em benefício do interesse público ou social em sede constitucional, no qual não faltam, como já visto, a participação de instituições particulares na área de saúde e educação.

Outro argumento que se levanta contra a terceirização de serviços públicos é o de que essa prática importaria em desrespeito à exigência de concurso público.

Todavia, a regra Constitucional é dirigida ao provimento de cargo público e não à contratação de serviços. No primeiro se busca relação individual, estruturada em carreira, com os apanágios de uma relação laboral, submetida, porém, a regime especial (estatutário), já no segundo caso, o que se quer é a contratação de uma atividade visando a um objeto específico, delimitado, e no caso do serviço público, devidamente regulamentado, com especificações e padrões de qualidade fixados, constantemente fiscalizados e quando cabível, obtido mediante processo licitatório.

Na definição de HELY LOPES MEIRELLES,<sup>38</sup> "serviço público é todo aquele prestado pela administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado".

Aliás, a Lei nº 8.666/93 se aplica à contratação de serviços, cuja definição, em seu art. 6º, inciso II, que contém, inclusive, rol meramente exemplificativo, em nada destoando do que já se disse e que generaliza a conceituação como "toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse da Administração".

É óbvio que as terceirizações devem atender às condicionantes de moralidade, legalidade, impessoalidade, publicidade, competitividade sem descaracterizar a universalidade e com atenção à economicidade e às vantagens, não necessariamente só as financeiras, mas, sobretudo, as técnicas, buscando a eficiência e a qualidade, tudo voltado ao atendimento do interesse público.

Sendo assim, a terceirização de serviços sociais pode ser excelente solução, que encampa o novel conceito de administração por resultados.

Porém, como já dito, a remodelagem administrativa, que conduz ao alargamento da parceria, passa por propostas inovadoras, ainda não completamente assentadas e que exigem, em muitos casos, o sepultamento definitivo do modelo até então vigente, o que assusta e provoca crítica.

Ademais, "o teste do padrão novo só pode ser verificado muito após a decisão de implementá-lo".<sup>39</sup>

Convém persistir nas idéias, já que catastrófico seria não tê-las, evitando o contágio da paralisia em razão da oposição e aproveitando seus argumentos de forma positiva, para aperfeiçoar o novo modelo.

E não são só essas as barreiras, como assevera PAULO RABELLO DE CASTRO:<sup>40</sup> "O teste maior da reengenharia do Estado Brasileiro estará na capacidade dos dirigentes conseguirem romper a cadeia de interesses corporativos que se instalou com naturalidade ao longo do extenso canal de concessão dos recursos da saúde e educação".

O estímulo, contudo, vem da lição contida na advertência de PETER DRUCKER:<sup>41</sup> "O abandono de qualquer coisa sempre enfrenta fortes resistências", ao que se acrescenta que o imobilismo é a mais nociva forma de ter medo.

Outubro de 1997

## NOTAS

1. Paulo Rabello de Castro - *A reengenharia do Estado Brasileiro Rumo ao Sociocapitalismo* - RT, 1995, p. 49.
2. Paulo Rabello de Castro, *ob. cit.*, pp. 51-52.
3. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, "O Sistema de Parceria entre os Setores Público e Privado - Execução de Serviços através de Concessões, Permissões, Terceirizações e outros Regimes - Aplicação Adequada desses institutos". BDA, nº 02/97, p. 77.
4. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, "O Sistema de Parceria entre os Setores Público e Privado - Execução de Serviços através de Concessões, Permissões, Terceirizações e outros Regimes - Aplicação Adequada desses institutos". BDA, nº 02/97, pp. 77-78.
5. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, "Administração Pública Consensual", *Carta Mensal*, publicação da Confederação Nacional do Comércio, Vol. 42, nº 500, p. 65.
6. Arnaldo Wald, Luíza Rangel de Moraes, Alexandre de M. Wald - "O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões", RT, 1996, pp. 30-31.
7. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, visto, como Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, no Processo nº E-07/000.337/96.
8. "Administração Pública Consensual", *Carta Mensal*, publicação da Confederação Nacional do Comércio, vol. 42, nº 500 - Nov/96, p. 68.
9. BDA nº 05/97, p. 327.
10. Em "O Direito Administrativo em Evolução, Quadro Político-Institucional e suas mutações"- RT, 1992, p. 113.
11. *ob. cit.*, p. 67.
12. Em "Terceirização dos Serviços Públicos", BDA, Janeiro/96, p. 16.
13. "A concessão no contexto da Reforma do Estado - Concessão de Serviço Público", RT, 1996, p. 21.
14. *Comentários à Constituição*, 3º Vol., Freitas Bastos, 1991, p. 59.
15. "Introdução ao Estudo do Direito", 1968, *Apud* ODETE MEDAUAR, "O Direito Administrativo em Evolução", RT, 1992, p. 113.
16. "O Direito Administrativo em Evolução", RT, 1992, p. 113.
17. Odete Medauar, "O Direito Administrativo em Evolução", RT, 1992, p. 169.

18. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, 2ª ed., Nova Fronteira.
19. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, "Administração Pública Consensual", *Carta Mensal*, publicação da Confederação Nacional do Comércio, vol. 42, nº 500 - Nov/96, p. 70.
20. *Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico*, Lumen Juris, 1997, p. 99.
21. (Apud OSBORNE, DAVID E GAEBLER, Ted. *Reinventando o Governo*, MT Comunicação, 1994, p. 31). *Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico*, Lumen Juris, 1997, p. 135.
22. *ob. cit.*, BDA nº 02/97, p. 79.
23. Diogo de Figueiredo Moreira Neto - "O Sistema da Parceria entre os Setores Público e Privado - Execução de Serviços através de concessões, permissões, terceirizações e outros regimes - Aplicação adequada desses institutos", BDA, nº 02/97, p. 77.
24. O Estado e o futuro: Prospectiva sobre Aspectos da Instituição Estatal - A Reengenharia do Estado Brasileiro", RT, 1995, p. 32.
25. *Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações*, Lumen Juris, 1997, p. 249.
26. Cláudio de Moura Castro em O GLOBO, de 30.10.97, p. 07, "OPINIÃO".
27. Abertura do Seminário Reengenharia do Estado Brasileiro", RT, 1995, p. 11.
28. "A reengenharia do Estado Brasileiro", RT, 1995, p. 66 e Apud Marcos Juruena Villela Souto, *Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações*, Lumen Juris, 1997, p. 269.
29. Medida Provisória nº 1.591/97.
30. Lei nº 11.866/95.
31. Ver a respeito Marcos Juruena Villela Souto, *Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações*, Lumen Juris, 1997, pp. 268-269.
32. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, 2ª ed., Forense, 1989, pp. 294-295.
33. Ação Direta nº 30.326-0/2 - Relator: OETTERER GUEDES, Presidente: YUSSEF CAHALI, S.P., 26.02.97.
34. *Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações*, Lumen Juris, 1997, p. 269.
35. Parecer da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Procuradoria Administrativa nº 08/96 - JETB, proc. E-14/31323/96.
36. Parecer da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Procuradoria Administrativa nº 03/96 - JAF, proc. E-14/31.323/96.
37. *ob. cit.*, pp. 59-61.
38. *Direito Administrativo Brasileiro*, 21ª ed., Malheiros, p. 296.
39. Paulo Rabello de Castro, *ob. cit.*, p. 59.
40. *ob. cit.*, p. 67.
41. "Sociedade Pós-Capitalista" ("Post-Capitalist Society", Hurper Colin, NY, 1993), *apud* Diogo de Figueiredo Moreira Neto em "O Estado e o Futuro: Prospectiva sobre Aspectos da Instituição Estatal - Reengenharia do Estado Brasileiro", RT, 1995, p. 38.