

ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADORIA GERAL
Nº 326 DE 1998

DOUTRINA

TRANSFERÊNCIAS DE ATIVIDADES ESTATAIS A ENTES DA SOCIEDADE*

Diogo de Figueiredo Moreira Neto
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Serviços públicos. 3. O público não-estatal. 4. Transferências. 5. A transferência legal. 6. A transferência administrativa. 7. Tendências e conclusão.

1. INTRODUÇÃO

1.1 PARA A COMPREENSÃO DA EVOLUÇÃO DOS FENÔMENOS JURÍDICOS

A intensa produção legislativa deflagrada no atual processo de reforma do Estado vem gerando defasagens entre a dogmática tradicional do Direito Administrativo e os desafios da lógica multidisciplinar introduzida pelas novas instituições que vão sendo positivadas.

Considerado o Direito, tal como a Economia, a Sociologia e a Administração, como um **sistema autopoietico**, ou seja, "como um sistema auto-referencial, no sentido de que os respectivos elementos são produzidos e reproduzidos pelo próprio sistema graças a uma seqüência de interação circular e fechada",¹ a desejada evolução jurídica não se produz apenas no núcleo organizacional do sistema, através dos processos de variação, seleção e retenção, mas "exogenamente, através de mecanismos análogos noutros subsistemas sociais que influenciam o sistema jurídico",² nestes casos, atuando sobre sua estrutura.

Isso significa que os mecanismos jurídicos intra-sistêmicos sendo os que realmente produzem a **evolução** do Direito, uma vez que esta pode ser provocada não porém diretamente causada a partir dos subsistemas envolventes, deverão possibilitar uma adequada decodificação dos estímulos exógenos de modo a facilitar e não a trancar o processo. Em outras palavras, desejavelmente os legisladores mas, necessariamente, os aplicadores do Direito deverão desenvolver uma ampla percepção dos fenômenos econômicos sociais, políticos e, em certos as-

*Tese apresentada ao XXIV Congresso Nacional de Procuradores de Estado. São Paulo, setembro de 1998, para o Item 7 do Tema: *Gestão Compartilhada do Serviço Público*.

pectos, até os tecnológicos, para cumprirem satisfatoriamente suas tarefas e servirem ao aperfeiçoamento da Ciência.

É por esse motivo que no Direito Administrativo e, mais particularmente, no campo dos Serviços Públicos, tão abertos aos fenômenos metajurídicos circundantes, torna-se imperioso compreender o seu impacto sobre a Sociedade, o Estado e em particular, sobre a administração dos interesses públicos.

1.2 SOCIEDADE EM MUDANÇA

A multiplicação e o acesso às fontes de informação proporcionadas pelos meios eletrônicos estão produzindo a mais profunda e dramática de todas as revoluções da civilização e abrindo a **Era do Conhecimento**, definida por um novo tipo de cultura, antecipada por Peter Drucker como a **sociedade pós-capitalista**,³ em que a superação do **ter** pelo **saber** se refletirá profundamente sobre o homem e suas instituições.

A elevação e a ampliação da consciência individual e coletiva trazem como conseqüência a percepção mais nítida dos interesses de toda ordem e a necessidade de diversificação das articulações sociais de todos os níveis para satisfazê-los, tornando a sociedade cada vez mais **pluralista** e **organizada**.

Essa consciência de definir interesses e de articular organizações para alcançá-los e mantê-los transcende as fronteiras políticas do Estado-Nação e passa a se desenvolver num plano planetário, caracterizando um movimento social, econômico, político e sobretudo cultural que se convencionou denominar de **globalização**.

Nessa sociedade **global**, tanto quanto nas sociedades **nacionais** e mesmo nas de menor extensão, até as **locais**, a consciência e a nitidez dos respectivos interesses, de todos os níveis e matizes, vêm estimulando a **participação**, bem como a **competição** individual e coletiva, caracterizando-as, por isso, cada vez mais, nesta alvorada do novo milênio, como **Sociedades Participativas** e **Sociedades Competitivas**, o que se reflete de modo geral em todas as instituições, notadamente nas que regulam suas relações recíprocas e as delas com as respectivas **organizações políticas**.

1.3 ESTADO EM TRANSFORMAÇÃO

As demandas sociais das sociedades pluralistas convergem para os Parla-mentos, antes expressões de grupos hegemônicos bem definidos, mas que, durante este século, em suas sucessivas renovações, passaram a refletir esse pluralismo de interesses das respectivas sociedades, deixando, paulatinamente, de serem os órgãos de confrontação de duas ou poucas classes dominantes para

se tornarem a arena em que se embatem e procuram afirmação e predominância cada um dos múltiplos interesses que neles logrem estar representados. Formam-se, assim, na expressão consagrada de Massimo Severo Giannini, os **Estados Pluriclasse**,⁴ característicos deste final de século, com todas as suas contradições e vacilações.

Por outro lado, essas novas estruturas políticas de poder perdem, tanto em razão da pluralização dos interesses quanto pela pluralização das respectivas representações políticas, as características do modelo de Estado dominante desde o Renascimento, ou seja, de um poder monolítico e concentrado, por vezes em alto grau, com uma predominante centralização de decisões, ostentando durante muito tempo uma nítida tendência absolutista e, por vezes, totalitária, para quase repentinamente, em termos históricos, se adaptar às exigências da democracia, do pragmatismo e da racionalidade na tomada de decisões políticas.

Surge, assim, uma tendência a admirar e a seguir a linha do **princípio da subsidiariedade**, que emergiu das instituições suíças, do magistério da Igreja Católica⁵ e se reforçou no constitucionalismo alemão de Bonn e no Tratado de Maastricht, com aceno à construção de um possível **Estado Subsidiário**, provavelmente modelo dominante de organização política no próximo século.

Parece, também, fora de dúvidas, nessa linha da subsidiariedade, que o refluxo do omnímodo poder estatal permitirá que a sociedade retome espaço decisório e assuma um papel protagônico na escolha de seu próprio destino, recolocando, no processo, o Estado, como seu **instrumento**, principalmente para atingir sucessivos níveis de **competitividade**.

O debate sobre o Estado não se situa tanto, como se possa pensar, sobre seu **tamanho**, embora seja também um tema relevante, mas principalmente, sobre sua **competência**, vale dizer as **funções** que deve desempenhar para se afirmar como um **Estado Instrumento** e um **Estado Competitivo** de sociedades abertas.⁶

1.4 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM TRANSIÇÃO

Várias conseqüências podem ser retiradas das novas características tendenciais que apresentam a Sociedade e o Estado neste final de século e de milênio no tocante à **administração dos interesses públicos**, tal como o disposto pelas diferentes ordens jurídicas nacionais e metanacionais.

Desde logo, a administração pública do Estado pluriclasse deve ser **imparcial**, abstendo-se de inclinações e favorecimentos, mesmo que possam ser moralmente justificáveis, que não hajam sido previamente filtrados pelo crivo da legitimidade.

Em segundo lugar, a administração pública deve abrir cada vez mais espaço à **participação** do administrado, não só para dela retirar orientação como para vir com ela colaborar e, não menos importante, para controlar seu desempenho.

Em terceiro lugar, é necessário que ação administrativa do Estado não se limite em ser apenas **eficaz**, ou seja, apta a produzir os resultados esperados, mas seja também **eficiente**, buscando alcançá-los em melhor nível de qualidade e com o mínimo de dispêndio de recursos públicos.

Finalmente, dever-se-á dar preferência às atividades concertadas **consensualmente** sobre as atividades que demandem a aplicação da coerção. A administração pública sempre apresenta resultados superiores quando atua na linha do consenso, como, por exemplo, quando logra substituir a imposição de uma conduta pelo fomento ao cumprimento espontâneo.

Embora muito se pudesse ainda apontar na linha da transição em curso, outros importantes aspectos, como a valorização da **legitimidade** e da **licitude**, *pari passu* com a **legalidade**, a ascendência da **uniformização** e da **processualidade administrativas**, o avanço da **principiologia jurídica** e da **discricionariedade técnica**, entre tantas outras tendências,⁷ as acima descritas dão-nos uma moldura suficientemente ampla para examinar a seguir o fascinante campo do **serviços públicos**, no qual, possivelmente, são percebidos ainda com maior intensidade esses e outros variados efeitos da transição em curso.

2. SERVIÇOS PÚBLICOS

A Revolução Francesa teve o mérito de submeter ao Direito os serviços públicos, o que, sob a inspiração liberal, contribuiu para que viessem a ser considerados a própria razão de ser do Estado.

Esta visão, que alcançou sua completa elaboração doutrinária na denominada Escola Francesa do Serviço Público, em que pontificaram os mestres de Bordeaux, como Léon Duguit e Gaston Jèze, cometeu o engano de admitir que todas as peculiaridades do Direito Administrativo fossem explicadas a partir da aplicação de regras próprias aos serviços públicos, e logo foi defrontada com a "crise" provocada pela outorga das primeiras concessões no século dezanove, suscitando novas redefinições que, após longas discussões dogmáticas, acabaram se pacificando na linha do formalismo juspositivista, que desde então passava a dominar.

No Brasil, como em outros países, o entendimento doutrinário corrente continua ainda a ser em grande parte influenciado por uma orientação formalista, como se pode encontrar na consagrada definição de Hely Lopes Meirelles: "*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".⁸

Como se pode observar, esse conceito clássico não considera serviço público senão aquele "prestado pela Administração ou seus delegados", o que exclui, por exemplo, os cometimentos legais a entes privados sem a intermediação da Administração.

Do mesmo modo e com semelhante lacuna, temos emitido nosso conceito didático de serviço público como "atividade da Administração Pública que tem por fim assegurar de modo permanente, contínuo e geral, a satisfação de necessidades essenciais ou secundárias da sociedade, assim por lei consideradas, e sob as condições impostas unilateralmente pela própria Administração".

Esses conceitos estão sendo rapidamente ultrapassados, já que não mais é necessário, tanto em sede positiva quanto em doutrinária, que a própria **Administração** ou **quem dela seja delegado** sejam os prestadores de um determinado **serviço à coletividade**, bem como de que este se submeta a um estrito **regime de direito administrativo** para que ele possa ser considerado público.

Hoje, basta que o **Estado o preste**, por qualquer de seus órgãos, ou apenas **assegure sua prestação**, seja através de **delegatários legais**, sem interferência de qualquer órgão ou entidade da **Administração Pública**, seja, como classicamente se tem entendido, através de **delegatários administrativos**.

Diversificam-se e enriquecem-se, assim, as modalidades de prestação de serviços públicos com a crescente e multifária colaboração do setor privado, necessitando-se, em consequência, de novos conceitos e atualizadas sistematizações.

Com efeito, tornou-se necessário enfrentar uma bateria de recentes questionamentos que estão atingindo, em extensão e profundidade, o conceito de serviços públicos: como se configura a gestão estatal? como se caracterizam os serviços públicos independentes do aparelho da Administração Pública? que tipo de gestão se compatibiliza com as diferentes modalidades de serviços públicos? quais as modalidades de transferência de gestão de serviços públicos admissíveis? quais os limites de transferibilidade da gestão de serviços públicos? quais os instrumentos de controle dos serviços transferidos? etc.

Por tudo isso, reconhecendo o árduo caminho que têm pela frente os administrativistas neste fim de século, é preciso garimpar um **conceito para a transição**, e, por isso, para não apresentar um maior descompasso com os atualmente vigorantes, partir preferivelmente dos tradicionais critérios referenciais: o **quem**, o **quê** e o **como**. O **quem**, o critério subjetivo, em que se proporia a substituição da Administração pelo próprio Estado; o **quê**, o critério objetivo material,

que passaria a referir-se às atividades que tenham por fim a satisfação de necessidades da sociedade, sejam singular sejam coletivamente assim por lei consideradas, e o **como**, o critério objetivo formal, que indicaria a existência de um certo regime jurídico próprio aplicável, embora não mais necessariamente de direito público.

Serviços públicos seriam, nesse **conceito transicional e provisório**, as *atividades pelas quais o Estado, direta ou indiretamente, promove ou assegura a satisfação de interesses públicos, assim por lei considerados, sob regime jurídico próprio a elas aplicável, ainda que não necessariamente de direito público.*

3. O PÚBLICO NÃO ESTATAL

3.1 O MONOPÓLIO DO PÚBLICO PELO ESTADO

A diversificação dos interesses protegidos pela ordem jurídica já não mais se enquadra na *summa divisio* entre privados e públicos. A caracterização dos interesses coletivos e dos difusos, interpenetrando-se e compondo-se com aqueles tradicionais, tem apagado a confortável nitidez que existia e criado perplexidades classificatórias.

Não obstante, mesmo sem profunda reflexão, é inegável que há grandes coincidências entre o Interesse difuso e o público, como as há entre este e inúmeros interesses coletivos. A sociedade, tomada em seu conjunto ou através de segmentos diferenciados, porfia em assumir variadas formas de atuação direta quando se trata de certos interesses que refletem valores para ela mais sensíveis.

Por isso, observadores argutos como Umberto Allegretti afirmam que "O interesse público não pertence à própria Administração como seu próprio, mas ao corpo social...",⁹ levando publicistas desbravadores, como entre nós destacadamente Odete Medauar, a concluir que "após uma concepção da Administração detentora do monopólio do interesse público, emerge entendimento de que a Administração deve compartilhar tal atribuição com a sociedade".¹⁰

3.2 PÚBLICO FORMAL E PÚBLICO MATERIAL

Por outro lado, muitos são os que continuam a buscar uma diferenciação substancial entre o público e o privado que possa superar o critério meramente formal. Isso é bem evidente na Comunidade Européia, que passou a ter necessidade prática de homogeneizar entendimentos diversificados, entre tantos sistemas nacionais distintos, afastando o critério formal próprio de cada país, para considerar **materialmente um serviço público** comunitário aquele que concorra para atingir as **finalidades comunitárias**.

Como se observa, o critério se desloca da tradicional **regra de competência** especificamente definida nas leis nacionais, para a **regra da finalidade** prevista no direito comunitário, de modo que serão consideradas materialmente públicas, não importa de que país se cogite ou como as tratem suas respectivas leis internas, todas aquelas atividades que devam ser promovidas ou asseguradas para satisfazer finalidades contempladas nos pactos fundantes da Comunidade Européia.

3.3 DESPOLITIZAÇÃO E DESESTATIZAÇÃO

Afirmado que nem todo o público é necessariamente estatal, cumpre, também, estabelecer-se uma distinção pragmática entre as **decisões políticas** quando indispensáveis às definições do público estatal, e as **decisões técnicas**, que devam ser feitas na satisfação do **interesse público tout court**, seja ou não estatal.

Em conseqüência, passa-se a distinguir com maior rigor e freqüência a **discricionariedade político-administrativa**, que continua a ser essencial à tomada de decisões politicamente orientadas, da simples **discricionariedade técnica**, que deve ser adotada sempre que a melhor decisão prescindir da consideração de quaisquer outros fatores que não os que possam ser objetivamente avaliados.

Ao se distinguir a decisão técnico-administrativa, exclusiva ou preponderantemente **racional**, da técnico-política, que, tanto pela complexidade de interesses quanto pela complexidade de fatores, deva ser preponderante ou exclusivamente **razoável**, reconhece-se facilmente a conveniência de não politizar o que pode ser simples e expeditamente decidido com elementos meramente técnicos.

Foi também diante dessas vantagens que se passou a considerar a conveniência de transferir certas atividades do Estado para a sociedade, e por vezes não só a gestão como também a normatividade secundária, com isso não só se logrando eliminar longas discussões políticas protelatórias e na maioria das vezes inúteis a eles relativas, como, ainda, as inevitáveis burocracias e desperdícios em sua execução, tudo dentro do marco que se convencionou denominar de **privatização**.

4. TRANSFERÊNCIAS

Por ser necessário enfrentar uma revisão de conceitos para explicar essas novas realidades da política e da administração, parece conveniente chamar genericamente de *transferência* ao **cometimento do exercício de certas atividades estatais de administração de interesses públicos a entes da sociedade**.

Tais transferências dizem respeito apenas ao **exercício**, pois uma vez confiadas pela ordem jurídica ao Estado passam a ser indisponíveis quanto à

titularidade. Ainda segundo a lei, elas podem ser feitas **com** ou **sem delegação** de serviços públicos; nesta última hipótese, distinguindo-se ainda a **delegação legal da administrativa**, e, finalmente, **com** ou **sem reserva para a Administração.**

Outra classificação útil distingue a **delegação burocrática**, em que a transferência recai sobre entes instituídos pela própria Administração Pública, como no caso das empresas públicas, das sociedades de economia mista, das fundações públicas e de outras entidades paraestatais, dotadas de personalidade de direito privado, da **delegação social**, em que a transferência se opera em favor de **entes criados pela própria sociedade**, dedicados à **colaboração** no atendimento de interesses legalmente considerados como públicos.

Desponta aqui a figura do **ente intermédio**, considerado pela doutrina mais autorizada como quaisquer tipos de sociedade, não importa que denominação se lhes dê, que se “colocam como centros de vida e de ação sociais, interna e externa, no âmbito da mais vasta sociedade estatal”, entendido o próprio Estado como entidade mais extensa e geral de todas.¹¹

Segundo o princípio da subsidiariedade, uma vez reservado ao Estado aquilo que lhe é próprio, notadamente por necessitar do eventual emprego da força, “é transferível aos corpos intermédios, públicos e privados, aquilo que eles possam fazer por si, sob sua direta responsabilidade, interna e externa, não debilitando, com isto, senão que potenciando o Estado”.¹²

Desse tipo de organização são exemplos no Brasil as **organizações sociais de colaboração administrativa**, inauguradas pela Medida Provisória nº 1.501, de 9 de outubro de 1997.

5. A TRANSFERÊNCIA LEGAL

Pode-se conceituar a **transferência legal** como espécie de cometimento de atividade de interesse público que faz o legislador a entes da sociedade para o exercício de determinadas competências normativa ou administrativa ou de ambas, originariamente atribuídas ao Estado.

Adotada essa modalidade, será sempre necessário definir o alcance da delegação legal bem como a existência de algum tipo de reserva de controle administrativo sobre a atividade transferida.

Esta figura poderá se apresentar ainda mais inovadora e suscitar maior polêmica quando a transferência de um serviço público estiver conjugada com algum tipo de transferência de exercício de poder de polícia.

Com efeito, já é conhecida de longa data a crise no **conceito de poder de polícia**, outro mais que se encontra defasado, já não se aceitando que possa continuar a ser definido como um “poder administrativo”, pois inegavelmente, sua titularidade não se confina a um ramo orgânico do Estado mas se estende a todo ele, de modo que, em última análise, quem o institui, para harmonizar o uso e gozo dos direitos e liberdades individuais, inclusive a propriedade, com o interesse geral, é sempre o **legislador.**

Desde logo, é necessário iniciar-se, assim, com uma reflexão sobre o próprio conceito de **poder de polícia**, propondo-se o abandono em definitivo da idéia de que se está diante de um **tipo especial de poder do Estado próprio ou exclusivo da Administração Pública**, para aceitar a visão mais moderna e mais ampla, que vem tomando fôlego doutrinário, de que se trata apenas de um **tipo de função estatal que deve ser exercida, por quem receba a necessária competência da Constituição e das leis.**

Com efeito, se se compulsar a literatura administrativa tradicional, encontrar-se-á correntio o conceito de **poder de polícia** como uma *faculdade* inerente à Administração Pública, arrolado, assim, como uma **espécie**, entre outras **variedades instrumentais de poder** denominadas, por isso, de *poderes administrativos*; dos quais seria necessariamente dotada a Administração Pública para cumprir suas tarefas constitucionais.

Tal é também a lição consagrada de Hely Lopes Meirelles, o reverenciado e destacado mestre de gerações de quem sou modesto mas confessado epígono, tal como se encontra no Capítulo III de seu sempre lembrado *Direito Administrativo Brasileiro*, sob o título “Poderes Administrativos”.¹³ Por isso, coerentemente, ao emitir o seu **conceito de poder de polícia** ele o apresentou como uma *faculdade* de que dispõe a Administração Pública.¹⁴

No extremo oposto do espectro doutrinário, considerando a noção de poder de polícia supérflua e até perigosa, pontifica o não menos reputado tratadista rioplatense, Agustín A. Gordillo, que vem procurando demonstrar que **não existe qualquer faculdade especial** atribuída à Administração, mas, apenas, certas *faculdades constitucionais do Congresso Nacional para reger direitos individuais*.¹⁵

Assim é que o **poder de restringir e de condicionar o uso e gozo das liberdades e dos direitos fundamentais**, conceito clássico do poder de polícia, é **atributo de todo o Estado e só pode ser exercido pelo Legislativo.** Ao Executivo, como, da mesma forma, ao Judiciário e a quem quer que seja **legalmente cometida uma função de polícia**, não há de competir mais do que **desenvolver atividades executoras da vontade da lei.**

Neste sentido, comungando “com a afirmação de Gordillo de que as restrições à liberdade só se estabelecem por lei”, não vê, tampouco, entre nós, com sua incontestável autoridade, Lúcia Valle Figueiredo, como pode existir uma facul-

dade deste jaez, própria da Administração Pública, sujeita a um regime jurídico diferenciado.¹⁶

Como autor, eu próprio, procurando estar atento, de um lado, às raízes da crise conceitual que nos obriga a repensar o poder de polícia, e, de outro, a conveniência de continuar mantendo um tratamento didático-doutrinário singularizado para o tema, no qual se deixe afastada a idéia da existência de uma *faculdade* ou *poder* diferenciado como atributo da Administração Pública, tenho sustentado tratar-se, o **poder de polícia**, de **uma específica manifestação do poder estatal, que caracteriza um tipo de atividade administrativa em que se executa a limitação e o condicionamento de direitos fundamentais.**¹⁷

Como se observa, neste conceito, que tenho de há muito defendido, ao se considerar o poder de polícia não uma **faculdade** mas uma **atividade**, recoloca-se o instituto em seu devido lugar no **Estado Democrático de Direito**, no qual as liberdades e os direitos fundamentais devem ser considerados como a **regra** e a competência para limitá-los e condicioná-los, uma **exceção**, e se desloca do Executivo para o Legislativo a sua única e legítima titularidade.

Assim, considerando o desdobramento das quatro fases do exercício do Poder de Polícia, a **ordem de polícia**, o **consentimento de polícia**, a **fiscalização de polícia** e a **sanção de polícia**, observa-se que a primeira é **reserva da lei** (embora possa admitir desdobramento discricionário), a segunda e a terceira são atividades administrativas delegáveis e apenas a quarta se constitui numa atividade administrativa indelegável, reserva coercitiva do Estado que é.

Assim, tanto a delegação legal da normatividade secundária discricionária (regulática) de polícia quanto a delegação legal do exercício das atividades de consentimento e de fiscalização de polícia são possíveis no Estado de Direito Democrático, em que se reconhece a origem popular do poder. Interessante notar que o tema da delegabilidade já foi amplamente apreciado, desde o século passado, pela Suprema Corte norte-americana, tendo produzido pacífica jurisprudência no sentido aqui exposto.²⁰

Finalmente, é preciso ter em vista que o legislador também atua dentro de um espaço discricionário próprio, circunscrito, por sua vez, pelo legislador constitucional, este sim, **relativamente** livre. Nessas condições, os limites à delegabilidade de atividades cometidas ao Estado devem estar expressos constitucionalmente, deste modo considerados, por certo, os implicitamente reservados em razão do exercício da coerção legítima própria do Estado.

Como exemplo, pode-se tomar como adequado estudo de caso de delegação legal de serviços públicos combinado com delegação legal do exercício do poder de polícia, até com aspectos normativos secundários, a recente transforma-

ção dos Conselhos Profissionais no Brasil em **entidades privadas de colaboração administrativa**, conferindo autonomia aos plenários dos Conselhos Federais para elaborar Estatutos dispondo sobre a organização, estrutura e funcionamento dos respectivos conselhos de fiscalização da profissão (com origem no art. 58 da Medida Provisória nº 1.549-37, de 4 de dezembro de 1997).

6. A TRANSFERÊNCIA ADMINISTRATIVA

Esta é a modalidade tradicional de transferência, profundamente estudada e mantida em suas características gerais.

Pode-se conceituar a **transferência administrativa** como espécie de cometimento de atividade de interesse público que faz a Administração Pública a entidades privadas para o exercício de determinadas competências normativa ou administrativa ou de ambas, originariamente a ela atribuídas.

Ultimamente esse tipo de transferência vem sendo denominado de "parceria" entre o Estado e a sociedade civil organizada. Parece haver aí, além de uma imprecisão técnica, no empréstimo de uma terminologia já assentada no Direito Civil (arts. 1.410 a 1.423, identificadores de uma figura específica de contrato que se rege subsidiariamente pelas regras das sociedades), um descuido com o tratamento da característica mais importante para o direito público que é a **transferência de atividades** originalmente cometidas ao Estado.

Por outro lado, como modalidade de transferência, põe-se em relevo a opção administrativa pela **gestão participativa**, com todos os desdobramentos juspolíticos dessa escolha em princípio aberta aos vários níveis de Administração Pública, segundo o permissivo genérico do art. 175, *caput*, da Constituição Federal.

Cumprindo, a seguir, examinar as duas modalidades de transferência administrativa: **transferências com delegação** e **transferências sem delegação**.

6.1 TRANSFERÊNCIA COM DELEGAÇÃO: O RETORNO DAS CONCESSÕES

Aqui se encontram as **concessões**, em todas as modalidades admitidas: de serviços, de obras e de obras e serviços. Talvez a principal razão do ressurgimento triunfal desse instituto, depois de muitas décadas de abandono durante o fastígio das várias experiências de Estados do Bem Estar Social e de Estados Socialistas, tenha sido o esgotamento das possibilidades do tributo como fonte de financiamento para obras e serviços públicos, cada vez mais demandantes de alta tecnologia e grande volume de investimentos.

Torna-se muito importante, assim, no que toca às concessões, um especial cuidado, que nos parece ainda devido pela doutrina pátria, com uma adequada

sistemática de financiamento das concessões, abrangendo tanto as possibilidades financeiras públicas, embora escassas, como as possibilidades que se abrem para o setor privado, tais sejam o financiamento pelo concessionário, o financiamento pelo usuário e o financiamento misto.

É na modalidade concessional que surge o debate, embora não necessariamente a ela adstrito, sobre as **agências regulatórias**, abrangendo, entre outros temas, os modelos de constituição, a natureza jurídica dessas entidades, sua competência de controle, sua autonomia, etc. A eventual opção por modelos privados ou semiprivados para essas agências também abre campo para mais uma modalidade de transferência legal de excepcional relevância na atualidade.

Por fim, mas não menos importante, deve-se ressaltar o papel da participação popular tanto no controle direto sobre os concessionários como no controle indireto exercido através das agências regulatórias específicas.

6.2 TRANSFERÊNCIA COM DELEGAÇÃO: DESFIGURA-SE A PERMISSÃO

Em razão do interesse político da União em manter controle sobre as transferências com delegação, uma vez que o art. 22, XXVII, da Constituição Federal só faz referência a **contratos**, esse tradicional instrumento de delegação unilateral de serviços públicos, de longa data estudado como **permissões**, foi simplesmente contratualizado (art. 175, I, CF e Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que as caracterizam como "contrato de adesão").

A experiência, melhor que os doutos, indicará se esta providência moralizou o instituto, como se pretendeu, ou simplesmente empobreceu as alternativas jurídicas postas à disposição da Administração, confundindo, para os efeitos práticos, as concessões e as permissões de serviços públicos.

6.3 TRANSFERÊNCIA COM DELEGAÇÃO: ARRENDAMENTO DE ÁREAS E INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS

Aqui se está diante de um instituto de natureza jurídica mista: o **arrendamento de áreas e instalações portuárias**, pois esta é a denominação escolhida pelo legislador, é, em parte, concessão de uso de bem público, em parte, concessão de serviço público, em parte, concessão de obra pública e, em parte, delegação de exercício de poder de polícia, tal como criado pela Lei nº 8.630/93.

6.4 TRANSFERÊNCIA COM OU SEM DELEGAÇÃO: A AUTORIZAÇÃO

Doutrinariamente as **autorizações** sempre foram consideradas modalidades unilaterais de anuência estatal com a prática de certas atividades ou com a ocupação de bens públicos por particulares.

Não obstante, o legislador constitucional empregou exatamente esse mesmo *nomen juris* para designar uma modalidade de **delegação unilateral de serviços públicos**, ao lado das duas outras modalidades contratuais, a concessão e a permissão.

Como modalidade unilateral de transferência administrativa essas **autorizações** de assento constitucional existem exclusivamente para emprego pela União e voltadas especificamente à prestação dos serviços públicos contemplados no art. 21, incisos XI: telecomunicações e XII: a) radiodifusão sonora, b) energia hidrelétrica, c) navegação aérea, aerospacial e infra-estrutura aeroportuária, d) transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território, e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, e, f) os portos marítimos, fluviais e lacustres.

Inexistem, portanto, autorizações como instrumento de prestação de serviços públicos nos Estados e Municípios, pois o art. 175 da Constituição Federal só admitiu os dois regimes **contratuais** a que se refere: a concessão e a permissão.

Permanece, porém, a **autorização** como instituto administrativo adequado para o Poder Público dos três níveis federativos (art. 18, CF) anuir discricionariamente com o desempenho pelos particulares de certos **serviços privados de interesse público**, assim por lei considerados todos aqueles que, não obstante o prevaemente interesse privado, atendam também ao público; neste caso, porém, recorde-se, **não existe qualquer delegação de serviço público**.

6.5 MAIS UMA TRANSFERÊNCIA SEM DELEGAÇÃO: SURGE A TERCEIRIZAÇÃO

A **terceirização** ingressou na administração pública a partir das preocupações com a economicidade de gestão introduzidas na administração privada nas últimas décadas.

Pode-se conceituá-la como modalidade de transferência de atividades materiais da Administração a terceiros, **sempre que estas não demandem o exercício de poder estatal**.

"A regra", expõe com precisão Marcos Juruena Villela Souto em obra monográfica sobre o tema, "é que para atividades permanentes, seja criado, por lei, um cargo e provido por um servidor selecionado através de concurso público. Só que, em tempos de modernização e diminuição da máquina do Estado, 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 exi-

jam uso da força ou independência no controle podem (e muitas vezes devem) ser teceirizadas (sequer havendo necessidade de restabelecer o regime celetista para servidores públicos; basta que os cargos públicos, sujeitos ao regime estatutário, sejam reservados às funções típicas de Estado, liberando-se a terceirização para outras funções, que podem compreender diversas formas de parceria que não apenas o vínculo celetista com o prestador do serviço)¹⁹

Como se depreende, a adequada utilização da terceirização, na linha da lição transcrita, teria dispensado o gigantesco trabalho de persuasão e o inegável desgaste governamental que foram necessários no decorrer de boa parte do processo político denominado de "reforma administrativa", quiçá com idênticos ou melhores resultados. Mais uma vez faltou a visão do publicista na condução de um processo por certo muito mais demandante de cuidados jurídicos que de achesgas tecnocráticas.

Colocada, assim, a essência da terceirização na natureza das **atividades** e não das **pessoas**, cabe uma alusão à contratação de **cooperativas**. Como a liberdade de empresa implica na liberdade de reunião, não se pode vedar o acesso de cooperativas ao mercado gerado pelas privatizações. Além de inexistência de qualquer fundamento legal para tanto, tampouco sobreleva qualquer argumento de caráter econômico ou social. Muito ao contrário, a sadia economia se move no sentido da competitividade e da redução dos custos dos bens e serviços e, por outro lado, em termos de relações sociais, o **cooperativismo** é tido como instituição de alto valor, tanto é que o próprio legislador constitucional tem reiterado, no Brasil, um especial fomento a essa modalidade de associação econômica.

É **estefomento constitucional**, de caráter principiológico, instituído no artigo 174, § 2º, que lastreia a juridicidade da cláusula de preferência em licitações de serviços terceirizados, pois um princípio de fomento específico não pode ser contrariado por norma infraconstitucional.

6.6 TRANSFERÊNCIAS COM OU SEM DELEGAÇÃO: ATOS ADMINISTRATIVOS COMPLEXOS

Tanto serviços públicos como meras atividades materiais a cargo da Administração podem ser transferidos por **acordos não contratuais** celebrados entre partes que professem objetivos comuns. O instrumento adequado é o **ato administrativo complexo**, presente no Brasil em três modalidades, duas tradicionais, os **convênios e os consórcios**, e uma de utilização mais recente, inspirada na praxe administrativa da Comunidade Européia, os **acordos de programa**.²⁰

Essas instituições se prestam admiravelmente para integrar recursos de diversa natureza, disponíveis por entidades públicas ou privadas, sob a direção pública, com vistas a atender interesses públicos altamente demandantes em ter-

mos técnicos, financeiros e organizativos, geralmente disseminados entre os pactuantes e raramente (e cada vez menos) monopolizados por um só deles.

7. TENDÊNCIAS E CONCLUSÃO

Ao que tudo indica, estamos diante de uma plêiade de tendências em pleno curso, algumas delas afloradas neste trabalho. A consciência dos interesses por parte da sociedade, sua capacidade de organização e o anseio de participação, ainda estão por produzir no futuro outros e mais importantes instrumentos de colaboração no campo das atividades voltadas ao atendimento dos interesses públicos.

A **consensualidade** vem se tornando, por isso, um princípio instrumental a ser aplicado com a mesma importância que se empregou, ainda se emprega e se empregará a tradicional **imperatividade** no atendimento do interesse público. O certo é que a escolha legitimatória, no Estado Democrático de Direito, já não se cinge apenas à dos governantes, mas, como prenunciou Jean Rivero, amplia-se, ao como queremos ser governados.

Por isso, na sempre respeitável opinião de Caio Tácito, manifestada a respeito da expansão do fenômeno da consensualidade, hoje estamos presenciando a um **"crescente número** de modelos de colaboração... mediante a perspectiva de iniciativa popular ou de colaboração privada no desempenho de funções administrativas.²¹

Parece claro, em termos de tendências, que este alumbramento popular proporcionado pela **Era da Informação**, como a denomina Manuel Castels,²² pressionará cada vez mais o Estado na linha da **eficiência**, da **legitimidade** e da sua **capacidade de intervenção** sobre as expressões deletérias de poder que vêm escapando de seu controle. E deverá mudar para atender essas demandas, até mesmo como condição de sobrevivência da instituição estatal nos moldes em que a conhecemos.

Na verdade, as formas embrionárias de Estado do futuro que vão sendo ensaiadas,²³ nada mais são que tentativas de dar uma resposta conveniente a esses desafios numa quadra histórica em que o fenômeno da globalização reequaciona o poder político a nível mundial, paradoxalmente concentrando-o em certos aspectos e descentralizando-o em outros; e instituindo organizações políticas metaestatais ao mesmo tempo que reforçando as unidades intraestatais.

Parece cada vez mais nítido, assim, que o que nos parecia uma crise do Estado pode não ser senão uma crise de seu funcionamento. É por isso que grande parte das reformas que vêm sendo desenvolvidas na atualidade em vários países não tocam propriamente no Estado, mas em seu aparato administrativo,

com vistas a dotá-lo, ao mesmo tempo, de maior eficiência e de maior economicidade funcional.

Em todo esse processo, a **subsidiariedade** pode ser a principal chave, se corretamente empregada, não só para assegurar a racionalidade da escolha pública como para garantir a racionalidade na alocação de recursos públicos, reconhecidamente cada vez mais escassos. Esta racionalidade será o desejado ímã, capaz de atrair, por outro lado, os cada vez mais abundantes e erráticos recursos privados em empreendimentos destinados ao atendimento dos interesses públicos.

Essas finalidades, porém, não podem ser alcançadas sem que desapareça a perturbadora figura do Estado Tutor, que nos assombrou por tanto tempo com suas asas "protetoras" de Leviathan e sua insaciável voracidade fiscal. A sociedade se reequilibra, recusa-se a aceitar a imposição do dirigismo e a fatalidade do Estado ético, quer repartir ou, pelo menos, condicionar o poder decisório, expandindo o espaço público não estatal²⁴ e seus instrumentos de ação com a proliferação das entidades intermédias e a conseqüente multiplicação dos instrumentos de controle sobre o Estado.

Em conclusão, é neste contexto e ao influxo dessas tendências que se adensa um *continuum* de colaboração entre a Sociedade e o Estado no qual as transferências de atividades estatais a entes da sociedade não podem ficar à mercê de preconceitos e de suspicácias ideológicas, pois estão destinadas a ser um dos fenômenos jusadministrativos mais relevantes e mais úteis ao desenvolvimento homogêneo de todos os setores e, por isso mesmo, mais demandantes de estudos sistemáticos e multidisciplinares.

Teresópolis, outono de 1998.

NOTAS

1. Prefácio de JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES à edição portuguesa de *O Direito como Sistema Autopolítico*, de GUNTHER TEUBNER, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, pp. X e XI.
2. GUNTHER TEUBNER, *op. cit.*, p. 110.
3. PETER DRUCKER, *Post-Capitalist Society*, N. York, Harper/Collin, 1993.
4. MASSIMO SEVERO GIANNINI dedica ao tema substancial parte do Primeiro Volume do *Trattato di Diritto Amministrativo*, sob a denominação de "L. Amministrazione Pubblica dello Stato Contemporaneo", Pádua, Ed. Cedam, 1998, em especial, p. 18.
5. PIO XI, *Encíclica Quadragesimo Anno*, nº 53.
6. A alusão aqui é a KARL POPPER, possivelmente o maior filósofo do século, a quem se deve o estudo do modelo de **sociedade aberta** (*The Open Society and its Enemies*, Londres, Ed. Routledge & Kegan Paul, 1957, com tradução em Português pela Editora Itatiaia, Belo Horizonte, 1987, sob o título *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*).

7. V. de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Sociedade Estado e Administração Pública*. Rio de Janeiro, Ed. Topbooks, 1996, pp. 94 a 145.

8. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*. 23ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e outros. São Paulo, Malheiros Editores, 1998, p. 285.

9. UMBERTO ALLEGRETTI. "Legge generale sul procedimento e moralizzazione amministrativa". In *Scritti In Onore de Massimo Severo Giannini*, Milão, Giuffrè, 1988. Vol. III, p. 7.

10. ODETE MEDAUAR. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 192.

11. EGIDIO TOSATO. *Persona, Società Intermedie e Stato*, Milão, Giuffrè, 1989, p. 139.

12. EGIDIO TOSATO. *Op. cit.*, p. 163, nossa tradução livre.

13. HELY LOPES MEIRELLES. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14 ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1989, pp. 93 e ss.

14. *Op. cit.*, p. 110.

15. AGUSTÍN A. GORDILLO. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1986. Parte Geral, Tomo II, pp. XII-23 a XII-35.

16. LÚCIA VALLE FIGUEIREDO. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros Editores, 1994, pp. 190 a 193.

17. V. n/ *Curso de Direito Administrativo*, *op. cit.*, 11ª edição, pp. 299 e 300.

18. Menciona-se como caso pioneiro certas delegações de poderes de polícia feitas a organizações de mineiros na Califórnia, no século passado, que foram consideradas absolutamente regulares pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

19. MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO. *Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações*. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 1997, pp. 249 e 250.

20. V. de MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, *op. cit.*, pp. 288 a 291, outros comentários sobre essas modalidades.

21. CAIO TÁCITO. "Direito Administrativo Participativo". *Confederação Nacional do Comércio, Carta Mensal*, V. 43, p. 509, agosto de 1997 (n/grifo).

22. MANUEL CASTELS. *The Information Age*.

23. Entre nós a Academia Internacional de Direito e Economia é possivelmente uma das instituições que mais se têm dedicado à prospecção do futuro do Estado, já tendo publicado a obra coletiva *Desafios do Século XX*, São Paulo, Ed. Ploneira, 1997, e tendo no prelo *O Estado do Futuro*, São Paulo, Ed. AIDE, 1998.

24. Hoje, uma linha governamental, como se pode apreciar no opúsculo do Ministro Brasser Pereira. "A Reforma dos Anos 90", *Cadernos MARE*, nº 1, p. 26.

BIBLIOGRAFIA

1. GUNTHER TEUBNER, *O Direito como Sistema Autopolítico*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
2. PETER DRUCKER, *Post-Capitalist Society*, N. York, Harper/Collin, 1993.
3. MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Trattato di Diritto Amministrativo*, Pádua, Ed. Cedam, 1998.
4. PIO XI, *Encíclica Quadragesimo Anno*, nº 53.
5. KARL POPPER, *the Open Society and its Enemies*, Londres, Ed. Routledge & Kegan Paul, 1957, com tradução pela Editora Itatiaia, Belo Horizonte, 1987, sob o título *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*.

6. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Sociedade, Estado e Administração Pública*, Rio de Janeiro, Ed. Topbooks, 1996.
7. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros Editores, 23ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e outros, 1998.
8. UMBERTO ALLEGRETTI, "Legge generale sui procedimento e moralizzazione amministrativa", in *Scritti in Onore de Massimo Severo Giannini*, Milão, Giuffrè, 1988, Vol. III.
9. ODETE MEDAUAR, *O Direito Administrativo em Evolução*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.
10. EGIDIO TOSATO, *Persona, Società Intermedie e Stato*, Milão, Giuffrè, 1989.
11. AGUSTÍN A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1986, Parte Geral, Tomo II.
12. LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros Editores, 1994.
13. MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, *Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações*, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 1997.
14. CAIO TÁCITO, "Direito Administrativo Participativo", *Confederação Nacional do Comércio, Carta Mensal*, V. 43, p. 509, agosto de 1997.
15. MANUEL CASTELS, *The Information Age* (no prelo).
16. *Desafios do Século XXI*, São Paulo, Ed. Ploneira, 1997, obra coletiva, com a colaboração do autor com o artigo "Desafios Institucionais Brasileiros".
17. *O Estado do Futuro*, São Paulo, Ed. AIDE, 1998, obra coletiva com colaboração do autor com o artigo "O futuro do Estado" (no prelo).
18. BRESSER PEREIRA, *A Reforma dos Anos 90*, Cadernos MARE, nº 1, p. 26.