

**PRESTAÇÃO DIRETA E INDIRETA DE SERVIÇOS PÚBLICOS: LIMITES À
TRANSFERÊNCIA DE ATIVIDADES ESTATAIS PARA A INICIATIVA PRIVADA**

***DIRECT AND INDIRECT PROVISION OF PUBLIC SERVICES: THE LIMITS TO THE
TRANSFERENCE OF STATE ACTIVITIES TO PRIVATE INITIATIVE***

Artigo recebido em 27/03/2016

Revisado em 14/04/2016

Aceito para publicação em 08/07/2016

André Luiz dos Santos Nakamura

Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.
Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Especialista em Direito Processual Civil pela
Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado.

Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Procurador do Estado de São Paulo. Professor nas disciplinas de Direito do Estado na
Universidade Paulista (UNIP).

RESUMO: Este artigo pretende estabelecer critérios acerca dos limites que devem nortear o Estado na transferência para a iniciativa privada de atividades estatais, em especial os serviços públicos. Partindo de um estudo guiado pelo método indutivo, estabeleceremos o conceito de serviço público, a forma de participação do Estado na economia e, a partir disso, uma disciplina sobre o que se pode e o que não se pode transferir para a iniciativa privada. Pretendemos demonstrar que a prestação de serviços públicos de forma indireta, por meio da concessão a particulares, deve ser uma alternativa cabível somente nos casos em que não for possível a prestação direta do serviço público por meio do Estado.

Palavras-chave: serviço público; desestatização; atividade econômica; Estado.

ABSTRACT: This paper aims to establish criteria on the limits that must guide the State in the transference of state activities to private initiative, especially public services. Oriented by the inductive approach, the present study will establish the concept of public service, the way the State can take part in the economy and, from that point, a discipline about what can be transferred to private initiative or not. The paper intends to demonstrate that the provision of public services in an indirect way, by granting particulars, must be a considerable alternative only in those cases that the direct provision of public service by the State is not possible.

KEYWORDS: Public service; Privatization; Economic activity; State.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Serviço público e atividade econômica. 2 Prestação direta e indireta do serviço público – possibilidade ampla de terceirização. 3 Os serviços públicos devem ser prestados preferencialmente de forma direta pelo Estado. 4 A necessária presença do Estado na economia e na prestação de serviços públicos. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro tem, nas últimas décadas, transferido para a iniciativa privada atividades que até então prestava de forma direta. Trata-se de uma mudança de postura que deve ser melhor compreendida e estudada. Algumas atividades que o Estado transferiu ao mercado não podem ser deixadas às regras do mercado, sob pena de grave ofensa ao interesse coletivo.

A crise econômica deixada pelo Governo Militar nos anos 80 deixou uma dívida de grande monta ao Estado brasileiro que gerou um movimento de grande diminuição do tamanho do Estado, visando à diminuição de despesas. Foram realizadas privatizações de setores da atividade econômica que eram protagonizados pelo Estado. Também, serviços públicos que eram prestados de forma direta pelo Estado foram transferidos para a iniciativa privada mediante concessões.

Faz-se necessária uma reflexão sobre a transferência para a iniciativa privada de atividades estatais. O Estado é um elemento essencial no mercado e não pode se despir de seu poder de intervir na ordem econômica. Os serviços públicos prestados pela iniciativa privada mediante concessão podem não ser a melhor forma de atendimento ao interesse público, visto que ocasiona aumentos dos custos dos usuários e da sociedade, decorrente do lucro do concessionário.

Partindo do contexto acima, necessária uma análise da forma pela qual deve o Estado atuar na ordem econômica, em especial na prestação de serviços públicos.

1 SERVIÇO PÚBLICO E ATIVIDADE ECONÔMICA

A Constituição Federal, em seu Título VII disciplinou a ordem econômica e financeira. A atuação do Estado na econômica, conforme decorre da disciplina Constitucional, se dá de três formas: i) na forma de exploração direta de atividade econômica¹; ii) como

¹ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

prestador de serviço público²; iii) como agente normativo e regulador da atividade econômica³.

Cabe, primeiramente, conceituar serviço público e atividade econômica. Não existe uma diferença substancial entre serviço público e atividade econômica. Esta compreende aquele. Conforme lição de Eros Grau⁴, “a prestação de *serviço público* está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos...o *serviço público* é um tipo de *atividade econômica*”. A atividade econômica prestada pelo Estado visando à satisfação de interesses da sociedade é o serviço público.

Dessa forma, o serviço público é uma atividade econômica. O que diferencia a atividade econômica em sentido estrito do serviço público é a possibilidade de participação do particular. Se o mercado realizar a atividade econômica por conta própria, atendendo plenamente aos interesses dos usuários, sem necessidade de qualquer interferência estatal, não ocorreria a hipótese de serviço público. Nos casos em que o mercado não tivesse interesse em realizar determinada atividade, ou a realizasse de uma forma que não atendesse ao interesse público, como por exemplo, mediante a cobrança de tarifas altas, estamos diante de um caso em que a presença estatal se faz necessária. Segundo Justen Filho⁵:

Os serviços públicos se configuram nas situações de necessidades relevantes e essenciais, cujo atendimento não pode ser promovido satisfatoriamente mediante os mecanismos próprios da livre-iniciativa privada. A prestação de serviço público faz-se sob regime distinto daquele previsto para a atividade econômica propriamente dita, não incide a livre-iniciativa, e os serviços são prestados sob os princípios da continuidade, da universalidade, da isonomia, da modicidade tarifária e outros similares.

De todo o acima exposto, podemos conceituar o serviço público como uma atividade econômica de interesse geral que o mercado, livremente, não realizaria ou se a realizasse, o faria de forma contrária ao interesse coletivo, razão pela qual deve ser prestada diretamente pelo Estado ou por particulares mediante delegação e regulação estatal.

² Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

³ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

⁴ GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 17ª edição, 2015, p. 100.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Contornos da atividade administrativa de fomento no direito administrativo brasileiro: novas tendências. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luis Ferreira da; SAAD, Amauri Feres. *Direito Administrativo e Liberdade: Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 536/566.

2 PRESTAÇÃO DIRETA E INDIRETA DO SERVIÇO PÚBLICO – POSSIBILIDADE AMPLA DA TERCEIRIZAÇÃO

Partindo do conceito acima formulado de que o serviço público é uma atividade econômica, a forma de atuação estatal na economia é o cerne da questão sobre a transferência de atividades do Estado a iniciativa privada. A questão do que deve ser realizado diretamente pelo Estado e o que pode (ou deve) ser repassado para a iniciativa privada não é segura e sujeita a inúmeras interpretações diversas. Conforme alerta feito por Guimarães⁶, “a discussão sobre as fronteiras das atividades privatizadas do Estado é inevitavelmente perpassada pelo ideário de cada um acerca do tamanho e papel do Estado no mundo moderno”.

Entretanto, a ideologia não deve (ou não deveria servir) de critério de aplicação de normas jurídicas constitucionais. Assim, dentro do possível, deve-se fazer uma análise imparcial da Constituição Federal para desvendar as fronteiras que cercam a atividade exclusivamente estatal das que podem ser repassadas pelo Estado ao particular.

A Constituição Federal delimita como deve intervir o Estado na economia. A disciplina constitucional deve ser o parâmetro para delimitar a atuação do Estado na prestação dos serviços públicos. Conforme art. 173, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Por sua vez, em relação ao serviço público, o art. 175 reza que ele pode ser prestado diretamente ou sob regime de concessão ou permissão. Por fim, conforme determina a Constituição Federal, o Estado é o agente normativo e regulador da atividade econômica que exercerá as funções de fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica, na forma do art. 174.

Em relação aos serviços públicos, objeto deste trabalho, percebe-se que ele poderá, pela disciplina constitucional, ser prestado diretamente pelo Estado ou por meio de concessão ou permissão que deverão ser reguladas e fiscalizadas pelo Estado. Entretanto, a mera possibilidade não significa que todo serviço público pode ou deve ser concedido à iniciativa privada. A Constituição, ao prever a possibilidade de prestação direta do serviço público pelo Estado e a possibilidade de concessão ao particular, deixa claro que existirá as duas formas de prestação de serviço público.

⁶ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As Parcerias Público-Privadas e a Teoria das Atividades Estatais Indelegáveis. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da; SAAD, Amauri Feres. *Direito Administrativo e Liberdade: Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 375-406.

Os anos 90 foram marcados por uma ascensão do ideal neoliberal. Este ocasionou a diminuição da participação do Estado na economia. O Brasil começou a transferir atividades que então realizava de forma direta para a iniciativa privada, por meio de um grande programa de privatizações. Conforme nos relata Savi⁷:

A primeira fase, nos anos 80, foi apontada pelas “reprivatizações” de empresas que tinham pertencido ao setor privado e posteriormente incorporadas à carteira do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES. A segunda teve início com o lançamento do Programa Nacional de Desenvolvimento (PND) nos anos 90. Este programa estava inserido num contexto de racionalização de recursos públicos, desregulamentação da economia, redução do tamanho e redefinição do papel do Estado. Assim, o Estado deixaria de atuar em áreas como indústria, infraestrutura e serviços e passaria à iniciativa privada a responsabilidade pelos elevados investimentos requeridos nas áreas acima mencionadas. E por último, com a aprovação da Lei das Concessões em fevereiro de 1995 no governo Fernando Henrique Cardoso, onde ficou estabelecido que o governo concederia a terceiros os direitos de exploração de serviços públicos.

Com as privatizações, muitas das tarefas que eram realizadas pelo Estado começaram a ser repassadas para a iniciativa privada. O fundamento para tal passagem seria a escassez de recursos e a suposta eficiência da iniciativa privada. Nesse sentido é o entendimento de Guimarães⁸:

Muitas das tarefas que à época da recém-editada Constituição de 1988 eram tomadas como reservadas à manipulação pela autoridade pública passaram a merecer o reconhecimento de que podem (e, em muitos casos, devem) ser desempenhadas pelos privados sem que haja a frustração de valores ou direitos fundamentais, a própria revalorização da *eficiência* como um princípio de crucial observância em tempos de escassez de recursos públicos concorreu – e vem concorrendo – para a redução dos espaços privativos do Estado e, em contrapartida, para o fortalecimento dos vínculos de cooperação público-privada.

O Brasil partiu de um extremo ao outro: num primeiro momento (do início dos anos 30 ao final dos anos 80), resolveu exercer todos os tipos de atividades, inclusive econômicas em sentido estrito, o que resultou num forte crescimento do Estado, prestação ineficiente de serviços públicos e endividamento estatal. Num segundo momento, passou quase tudo para a iniciativa privada, abrindo mão de seu poder de intervir na economia e com custos maiores, terceirizando, inclusive, serviços públicos essenciais como saúde e educação. Errou nos dois

⁷ SAVI, Erika Monteiro de Souza e; SAVI, Antonio Francisco. O papel das Parcerias Público-Privadas (PPPs) no desenvolvimento da infra-estrutura no Brasil. *Fortaleza: ENEGEP, XXVI* (2006). Disponível em: http://www.abepro.org.br/biblioteca/ENEGEP2006_TR510340_8712.pdf. Acesso em 27/02/2016.

⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As Parcerias Público-Privadas e a Teoria das Atividades Estatais Indelegáveis. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da; SAAD, Amauri Feres. *Direito Administrativo e Liberdade: Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 375-406.

casos. Não se pode ter radicalismos na definição da atuação do Estado na economia e na prestação de serviços públicos. Cada caso deve ser analisado de forma individual, para saber se é vantajoso ao Poder Público entregar ou não determinada atividade econômica à iniciativa privada. Nesse sentido é a lição de Schirato⁹:

Imaginar que todos e quaisquer serviços públicos – notadamente aqueles que demandam maior investimento na criação de infraestrutura – possam ser explorados diretamente pelo Estado é ingênuo, pois impossível. O Estado, por óbvio, não terá recursos para realizar todos os investimentos, e descumprirá seu dever constitucional de prestar os serviços públicos. Da mesma forma, imaginar que o Estado simplesmente deva delegar todos os serviços públicos para a iniciativa privada também não é uma visão adequada, eis que poderá haver casos em que a prestação de um serviço público é completamente antieconômica, sendo mais caro, ao fim e ao cabo, transferir a atividade a um privado do que atribuir sua prestação diretamente ao Estado.

Há atividades que, necessariamente, devem ser prestadas pelo Estado. A regulação, o poder de polícia e as funções de Estado, como a Jurisdicional, Legislativa e Administrativa não podem ser passadas à iniciativa privada. Da mesma forma, quaisquer outras atividades que, pelas suas características, não tenham qualquer natureza econômica, não deveriam ser repassadas à iniciativa privada, pois ocasionaria a necessidade de pagamento pelo Estado ao privado de um serviço que não poderia gerar qualquer lucro. Sobre o assunto, Guimarães¹⁰:

O sistema republicano impõe a reserva de certos poderes nas mãos do Estado com vistas a dotá-lo de condições suficientes para promover os valores e objetivos fundamentais constitucionais, como a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o progresso, a erradicação da pobreza etc. Essas competências, de caráter sempre instrumental, podem retratar o uso legítimo da força. Ao Estado incumbe privativamente exercer a autoridade e a violência, mediante o desempenho de competências como a função de polícia, a função jurisdicional etc.

O critério que deve nortear a atuação do Estado na econômica é a natureza do serviço a ser prestado. Se não cabe a participação do privado, deve o Estado atuar de forma direta. Mesmo havendo a possibilidade de transferência para o privado, pode o Estado ter interesse em prestar referido serviço em concorrência com os particulares, como forma de indicar a estes um planejamento de interesse público. Por fim, pode o Estado deixar de atuar em

⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein. Concessões de serviços públicos e investimentos em infraestrutura no Brasil: espetáculo ou realidade. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 142/169.

¹⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As Parcerias Público-Privadas e a Teoria das Atividades Estatais Indelegáveis. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da; SAAD, Amauri Feres. *Direito Administrativo e Liberdade: Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 375-406.

determinado setor, apenas regulando a atuação dos particulares, como forma de vedar certas condutas que podem ser contra o interesse nacional.

Quanto ao serviço público, a Constituição permite, em regra, a execução direta ou por concessão a particulares, salvo os casos previstos como monopólio estatal. Dessa forma, a princípio, todas as atividades estatais, com exceção dos monopólios, poderiam ser objeto de concessão à iniciativa privada. Nesse sentido é a lição de Guimarães¹¹:

Olhando para a Constituição, não há regras específicas e explícitas que vedem a transferência (legal ou administrativa) de certas atividades aos privados. Há, é certo, atividades que o texto constitucional reservou ao monopólio estatal, com interdição de prestação pela iniciativa privada. Mas essas poderão ter sua gestão ou prestação transferidas aos privados sob os meios jurídicos próprios, como a concessão e outras vias de contratação administrativa (transferências administrativas). A proibição de delegação de certas atividades não foi prescrita *explicitamente* pelo legislador constitucional.

Assim, numa primeira leitura, a Constituição teria deixado ao critério discricionário da Administração Pública a prestação dos serviços de forma direta ou indireta, conforme Guimarães¹²:

A interpretação do problema não deve olvidar que a Constituição da República explicitamente admitiu a possibilidade de prestação *indireta* dos *serviços públicos*, por meio dos instrumentos jurídicos de delegação de sua gestão, pressupondo, inclusive, a transferência dessa atividade-fim (um serviço público econômico) – art. 175. Mas o serviço público (econômico, inclusive) também pode ser executado *diretamente* pelo Estado, através de servidores concursados. É perceptível, portanto, que o texto constitucional não acolheu medida de concentração ou centralização da prestação do serviço público, admitindo sua prestação descentralizada mediante simples escolha discricionária da Administração.

Entretanto, salvo melhor juízo, a assertiva acima não é mais correta. O serviço público, em regra, deveria ser prestado preferencialmente pelo Estado de forma direta, conforme abaixo demonstraremos

¹¹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As Parcerias Público-Privadas e a Teoria das Atividades Estatais Indelegáveis. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luis Ferreira da; SAAD, Amauri Feres. *Direito Administrativo e Liberdade: Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 375-406.

¹² GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As Parcerias Público-Privadas e a Teoria das Atividades Estatais Indelegáveis. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luis Ferreira da; SAAD, Amauri Feres. *Direito Administrativo e Liberdade: Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 375-406.

3 OS SERVIÇOS PÚBLICOS DEVEM SER PRESTADOS PREFERENTEMENTE DE FORMA DIRETA PELO ESTADO

Apesar da não existência de regras expressas delimitando os limites da prestação indireta do serviço público, a prestação direta deveria ser a regra. A exceção seria a prestação indireta. Tal assertiva decorre do fato de que a parceria com a iniciativa privada encarece o serviço público.

O encarecimento do serviço público concedida ao particular decorre do lucro buscado por este. Conforme corretamente afirma Schirato¹³, “a prestação de um serviço público concedido é uma atividade empresarial desempenhada pelo particular”. Uma atividade empresarial sempre se dirige à realização de lucro. O serviço público, apesar de ser uma atividade de natureza econômica, nem sempre é uma atividade lucrativa. Schirato¹⁴ nos informa que “a existência de um serviço público implica mitigação da lógica econômica da atividade, já que importa a necessidade de serem encontrados mecanismos que assegurem que o serviço seja prestado em localidades distantes e para usuários que não necessariamente trazem lucro, por uma tarifa módica”. Logo, surge a difícil coexistência do interesse público a ser atendido pelo serviço público e a busca de lucro pelo particular. Di Pietro¹⁵, sobre o assunto, nos ensina que:

Como na concessão e permissão o serviço é prestado por particular, entra um dado novo, que é a ideia de lucro. Daí o duplo aspecto da concessão: (a) de um lado, o objeto é um serviço público que atende a necessidades coletivas, de forma contínua, igual para todos, mediante tarifas acessíveis para o usuário; (b) de outro lado, uma empresa privada que exerce atividade comercial ou industrial com o objetivo de lucro.

Quando ocorre a concessão de um serviço público, mediante a contratação de um particular, o valor destinado a assegurar o lucro deste é acrescido ao custo da prestação do serviço público. Tal acréscimo é pago por toda a sociedade ou pelos usuários do serviço público. A concessão do serviço público ao particular ocasiona necessariamente o aumento dos custos estatais, razão pela qual deveria ser a última escolha. O serviço público prestado

¹³ SCHIRATO, Vitor Rhein. Concessões de serviços públicos e investimentos em infraestrutura no Brasil: espetáculo ou realidade. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 142/169.

¹⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. Concessões de serviços públicos e investimentos em infraestrutura no Brasil: espetáculo ou realidade. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 142/169.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2012, 9ª edição, p. 127.

pelo Estado é mais barato porque este não visa ao lucro. Dessa forma, a tarifa cobrada do usuário seria menor e não haveria a necessidade de reequilíbrios aos contratos de concessão visando ao Estado assegurar o lucro do privado concessionário.

Como o lucro do concessionário é repassado à coletividade ou aos usuários do serviço público, a concessão deve ser a última alternativa, somente quando não cabível, na hipótese concreta, a prestação direta do serviço público pelo Estado. Totalmente incorreta o procedimento do Estado em repassar todos os serviços públicos à iniciativa privada mediante concessão. Tal escolha ocasiona uma transferência, para a sociedade, de custos que se destinam a remunerar o concessionário. Há uma alternativa mais barata, qual seja, a prestação direta do serviço público, pelo Estado ou pelos entes da Administração Indireta, que não visam ao lucro, e que por isso deve ser a mais prestigiada. Dessa forma, conforme lição de Grau¹⁶, o serviço público é a “*atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público*”.

O argumento de que não ocorre a eficiência nos serviços públicos prestados pelo Estado não é razão para a terceirização. O princípio da eficiência é um dos cânones da Administração Pública previstos no art. 37 da Constituição Federal. Os órgãos da Administração Direta e os entes da Administração Indireta devem prestar serviços públicos com qualidade e eficiência. Para tanto, o constituinte previu várias medidas que devem ser utilizadas contra o funcionário público ineficiente, que podem, inclusive, levar à demissão do servidor estável, por avaliação periódica de desempenho, conforme previsão do art. 41 III da Constituição Federal. Assim, repassar para a iniciativa privada não em razão da ineficiência do serviço prestado diretamente pelo Estado não é um argumento válido, visto que o serviço público deve ser prestado com qualidade e, se não o é, tal fato decorre do descumprimento da Constituição Federal.

Os serviços públicos repassados à iniciativa privada tendem a não ter a qualidade que deles se esperava. Sem qualquer tipo de concorrência, como ocorre em alguns setores, não existe o estímulo para a melhoria do serviço. A falta de concorrência, aliada à certeza de ganhos, gera um serviço público concedido caro e sem qualidade. Por exemplo, no ano de 2014, das dez empresas que mais geraram reclamações dos consumidores nos órgãos de proteção, cinco eram concessionárias de serviço público, em especial do ramo da telefonia¹⁷.

¹⁶ GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 17ª edição, 2015, p. 100

¹⁷ <http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/2015/03/grupo-vivotelefonica-lidera-ranking-de-reclamacao-no-procon-sp-em-2014.html>.

Sobre a tendência de deteriorização dos serviços públicos transferidos à iniciativa privada, exata é a lição de Bagnoli¹⁸:

Outras formas de acumulação do poder pela exploração também ocorrem em favor do poder privado, cada vez mais transnacional, com o Estado deixando de prestar serviços nas áreas da saúde, educação e segurança. Na medida em que se privatizam esses setores, ainda que o Estado continue atuando, mas de forma pífia, sem qualidade, força a sociedade a buscar os setores privados. Contudo, sem a qualidade do serviço prestado pelo Estado, que seria um contraponto ao serviço prestado pela iniciativa privada, falta concorrência ao setor privado que, por sua vez, presta serviços com qualidade cada vez piores.

Por fim, anoto que cabe ao Estado manter os serviços públicos adequados, sob pena de desfragmentação da sociedade. Se os serviços públicos não forem de qualidade, os mais abastados irão buscar serviços particulares que possam substituir os serviços públicos. Os cidadãos que conseguiram substituir os serviços públicos por serviços particulares não terão mais interesse em custear os serviços públicos com seus impostos. Haverá um abandono da meta de melhoria dos serviços públicos dos objetivos políticos da sociedade. Não haverá preocupação de parte da população em melhorar o ensino público porque seus filhos estão estudando em escolas particulares. O transporte público não será prioridade porque o carro individual terá substituído o ônibus ou o trem. A segurança pública não será prioridade porque os condomínios terão seguranças particulares. Nesse sentido é o relato de Sandel¹⁹:

[...] um fosso muito grande entre ricos e pobres enfraquece a solidariedade que a cidadania democrática requer. Eis como: quando a desigualdade cresce, ricos e pobres levam vidas cada vez mais distintas. O abastado manda seus filhos para escolas particulares, deixando as escolas públicas urbanas para os filhos das famílias que não tem alternativa. Uma tendência similar leva ao afastamento dos privilegiados de outras instituições e serviços públicos. Academias privadas substituem os centros recreativos e as piscinas comunitárias. Os empreendimentos residenciais de alto padrão têm segurança própria e não dependem tanto da proteção da polícia... deterioram-se os serviços públicos, porque aqueles que não mais precisam deles não têm tanto interesse em apoiá-los com seus impostos [...]

Assim, é o Estado, preferencialmente, que deve prestar os serviços públicos, devendo a prestação indireta ser uma alternativa cabível somente em casos de comprovada impossibilidade ou inconveniência da prestação direta.

¹⁸ BAGNOLI, Vicente. *Direito e Poder Econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 236.

¹⁹ SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: 2012, Editora Civilização Brasileira, 9ª edição, tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo, p. 328.

4 A NECESSÁRIA PRESENÇA DO ESTADO NA ECONOMIA E NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A atuação do Estado na ordem econômica deve ser forte e ativa, conforme determina a Constituição Federal de 1988. Não pode o Brasil, adotando ideais neoliberais, deixar a prestação do serviço público para a iniciativa privada. Países com baixo nível de desenvolvimento econômico e social não podem deixar a iniciativa privada sem um forte controle estatal. Conforme lição de Justen Filho²⁰, “a participação estatal consiste em fato relevante para a promoção do desenvolvimento econômico, especialmente em países com limitações históricas”.

O art. 3º da Constituição Federal impôs ao Brasil a consecução de objetivos fundamentais, dentre os quais se encontra o desenvolvimento econômico e social. Somente o Estado tem condições de eliminar a pobreza, diminuir as desigualdades sociais e regionais. Para tanto, deverá o Estado, por meio da prestação direta de serviços públicos e intervenção no domínio econômico, criar condições para o desenvolvimento social. A presença do Estado na econômica decorre da atual disciplina constitucional que demanda ampliação fática dos direitos já reconhecidos na Constituição, o que não pode ser satisfeita pela iniciativa privada. Conforme lição de Bucci²¹,

Esse processo de ampliação de direitos, por demanda da cidadania, enseja um incremento da intervenção do Estado no domínio econômico. A intervenção do Estado na vida econômica e social é uma realidade, a partir do século XX. E apesar das alterações qualitativas dessa presença estatal, que foram realizadas em diversas ocasiões, a pretextos variados, ao longo desse período, o fato essencial é a indispensabilidade da presença do Estado, seja como partícipe, indutor ou regulador do processo econômico.

Não é correta a assertiva de que o mercado acaba gerando o desenvolvimento de forma espontânea. O mercado sem o Estado provoca graves desequilíbrios sociais. Segundo Justen Filho, “os mecanismos da livre-iniciativa e da livre concorrência necessitam disciplina por uma autoridade externa, destinada a assegurar a operação equilibrada dos processos econômicos e a preservação de valores fundamentais”. Sem a intervenção estatal, o mercado acaba deteriorando as condições sociais. Somente o Estado consegue, por meio de serviços

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Contornos da atividade administrativa de fomento no direito administrativo brasileiro: novas tendências. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luis Ferreira da; SAAD, Amauri Feres. *Direito Administrativo e Liberdade: Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 536/566.

²¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas Públicas – reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1/49.

públicos e da intervenção na econômica, fomentar o desenvolvimento econômico e social, conforme lição de Bresser-Pereira:²²

As sociedades democráticas contemporâneas, embora sabendo das falhas da ação dos governos, não estão dispostas a aceitar os desequilíbrios econômicos e sociais que as falhas do mercado provocam. Sabem que o Estado, e os governos que o dirigem, não está isento de cometer suas próprias falhas, mas não aceitam a tese neoconservadora de que as falhas do mercado, embora existentes, são sempre menos graves do que as falhas do Estado, e preferem correr esse risco a ficar na total dependência das forças do mercado. Este último é um excelente mecanismo de alocação de recursos, mas distribui mal a renda. Dada a existência, no capitalismo contemporâneo, de uma oferta de mão de obra não especializada muito maior do que a demanda, os salários dos trabalhadores não qualificados tendem a ser muito baixos. Sem as transferências que o Estado realiza para os setores sociais mais pobres, com os gastos em educação, saúde, previdência e assistência social, a concentração de renda seria ainda maior do que já é. Além disso, dada a existência de bens, de mercado incompletos e de monopólios naturais e construídos, o mercado não assegura a alocação ótima de recursos, não garante o desenvolvimento econômico, e sujeita a economia a flutuações cíclicas destrutivas.

Na verdade, sem o Estado, ocorreria o fim do próprio Capitalismo e do Mercado. Sem a contenção deste, ocorreria um fenômeno autodestrutivo, visto que o mercado iria, por meio de carteis e concorrência desleal, destruir os demais atores do cenário econômico, bem por meio de arrocho salarial, acabar com o poder aquisitivo dos trabalhadores consumidores. Tal cenário seria o fim do capital. Para preservar o sistema, existe o Estado que garante a livre concorrência e assegura condições mínimas para que o trabalhador possa ser um consumidor que alimenta o mercado. Segundo Mascaro²³, “o Estado, assim, se revela como um aparato necessário à reprodução capitalista, assegurando a troca das mercadorias e a própria exploração da força de trabalho sob forma assalariada”. Dessa forma, o capitalismo precisa do Estado, mas este deve sempre lutar para não se submeter ao domínio do poder econômico, conforme lição de Bagnoli²⁴:

Para o capitalismo funcionar o Estado precisa estar presente no mercado. Mas o poder econômico também sabe que melhor do que estar presente no mercado é o Estado apoiar integralmente o poder econômico, ou seja, além de estar presente, o Estado estaria com o poder econômico. Depreende-se, portanto, que diante dessa lógica o poder econômico acaba por controlar o Estado. É justamente isto que o Direito no século XXI deve inibir e reverter.

Em razão das limitações do mercado em distribuir riquezas e gerar desenvolvimento econômico, a Constituição de 1988 atribuiu ao Estado o dever de intervir na ordem

²² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Reforma do Estado para a Cidadania. São Paulo: Editora 34, 2ª edição, 2011, p. 32.

²³ MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 18.

²⁴ BAGNOLI, Vicente. *Direito e Poder Econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 250.

econômica, prestando serviços públicos (preferencialmente de forma direta), bem como autorizando a intervenção estatal direta na economia. Foi estabelecido um Estado Social que tem por finalidade gerar o desenvolvimento econômico e social necessário à redução da pobreza e das desigualdades sociais. Dessa forma, é incompatível com a Constituição Federal o liberalismo estatal, conforme lição de Bercovici²⁵.

Com o advento do chamado Estado Social, governar passou a não ser mais a gerência de fatos conjunturais, mas, também, e sobretudo, o planejamento do futuro, com o estabelecimento de políticas a médio e longo prazo. Tornou-se corrente afirmar que, com o Estado Social, o *government by polices* vai além do mero *government by law* do liberalismo. A execução de políticas públicas, tarefa primordial do Estado, com a consequente exigência de racionalização técnica para a consecução dessas mesmas políticas, acaba por se revelar muitas vezes incompatível com as instituições clássicas do Estado Liberal.

Conforme lição de Grau²⁶,

A Constituição do Brasil de 1988 projeta um Estado desenvolto e forte, o quão necessário para que os fundamentos afirmados no seu art. 1º e os objetivos definidos no seu art. 3º venham a ser plenamente realizados, garantindo-se tenha por fim, a ordem econômica, assegurar a todos existência digna.

Assim, deve o Estado ser o protagonista da ordem econômica, seja na execução de atividades econômicas, seja por meio da prestação de serviços públicos que devem, assim, ser prestados de forma direta pelo Estado, somente cabendo a concessão em casos onde, comprovadamente, não possa realizar a prestação direta de serviços públicos.

CONCLUSÃO

A Constituição permite que os serviços públicos possam ser prestados de forma direta o de forma indireta mediante concessão.

O Estado brasileiro, entre os anos 30 a final da década de 80, prestava pessoalmente todos os serviços públicos e atividades econômicas.

Nos anos 90, em razão das crises financeiras, o Estado iniciou um grande programa de desestatização que diminuiu o tamanho do Estado e repassou para a iniciativa privada a prestação de quase todos os serviços públicos.

Os serviços públicos devem ser prestados, preferencialmente, de forma direta pelo Estado ou pelos entes da Administração Indireta.

²⁵ BERCOVICI, Gilberto. Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: 2005, Malheiros, p. 57/58.

²⁶ GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 17ª edição, 2015, p. 127.

A suposta ineficiência do serviço prestado diretamente pelo Estado não é a regra. O serviço público prestado pelo Estado deve ser eficiente, na forma do art. 37 da Constituição. Os serviços prestados por concessionários tendem a ser deteriorar em razão da falta de concorrência e pela certeza de lucros certos.

O repasse dos serviços públicos para a iniciativa privada ocasiona, necessariamente, o aumento do custo dos serviços, ou para o usuário ou para a coletividade, visto que o lucro do concessionário estará embutido no custo do serviço.

A prestação do serviço público pelo Estado de forma direta tende a ser a forma menos custosa para a sociedade e para o usuário. O Estado não tem finalidade lucrativa e, por isso, diferentemente do que ocorre na concessão, não existe um aumento do preço do serviço que corresponderá, somente ao custo da prestação.

REFERÊNCIAS

- BAGNOLI, Vicente. *Direito e Poder Econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas Públicas – reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As Parcerias Público-Privadas e a Teoria das Atividades Estatais Indelegáveis. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luis Ferreira da; SAAD, Amauri Feres. *Direito Administrativo e Liberdade: Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 375-406.
- GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Contornos da atividade administrativa de fomento no direito administrativo brasileiro: novas tendências. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luis Ferreira da; SAAD, Amauri Feres. *Direito Administrativo e Liberdade: Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 536/566.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SAVI, Erika Monteiro de Souza e; SAVI, Antonio Francisco. O papel das Parcerias Público-Privadas (PPPs) no desenvolvimento da infra-estrutura no Brasil. *Fortaleza: ENEGEP*, XXVI (2006). Disponível em: http://www.abepro.org.br/biblioteca/ENEGEP2006_TR510340_8712.pdf. Acesso em 27/02/2016.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Concessões de serviços públicos e investimentos em infraestrutura no Brasil: espetáculo ou realidade. In: SUNDFELD, Carlos Ari;

JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 142/169.