

Marcos Augusto Perez

**O RISCO NO CONTRATO DE CONCESSÃO DE
SERVIÇOS PÚBLICOS**

Tese de Doutorado

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO -SP

2005

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

P438r Perez, Marcos Augusto
O risco no contrato de concessão de serviço público / Marcos Augusto Perez.
Belo Horizonte: Fórum, 2006.

211 p.
ISBN: 85-7700-012-5

1. Concessão de serviços públicos – Brasil. 2. Contrato administrativo – Brasil. 3. Contrato de risco – I. Título.

CDD: 351.711
CDU: 351.712.2(81)

*Para Ana Isa,
Oswaldo
e Maria Luisa,
com todo meu amor.*

RESUMO: Estudo sobre a divisão dos riscos no contrato de concessão de serviços públicos. Em um quadro de permanente mutação dos elementos que integram o conceito jurídico de serviço público, bem como dos traços que caracterizam o contrato de concessão de serviço público, este não pode mais ser definido como negócio jurídico que se dá “por conta e risco do concessionário”. A tendência mais atual do Direito é admitir que este contrato administrativo divida entre as partes os riscos inerentes à concessão, de acordo com as peculiaridades de cada empreendimento, tendência reforçada pelas diversas espécies de concessão criadas para a realização de programas de parceria público-privadas. A partir de um planejamento criterioso, os contratos de concessão devam prever mecanismos que amenizem o efeito nocivo da superveniência de situações que possam comprometer a sua execução integral.

Palavras chave: serviço público; concessão de serviço público; contrato administrativo; riscos, áleas; parceria público-privada.

ABSTRACT: Study concerning the division of risk on public service concession contracts. In the ever-changing definition of the elements that comprise the legal concept of public services, as well as the features that characterize public service concession contracts, these agreements can no longer be described as deals that take place “at the expense and risk of the concessionaire”. The most current legal tendency is to allow that these administrative contracts apportion risks inherent to the concession between the parties, based on the specifics of each agreement, a tendency that is reinforced through the various types of concessions created for the realization of public-private partnership programs. The execution of concession contracts should be preceded by thoroughly detailed planning, in order to imbue the contracts with mechanisms that stave off the compromising effects of unexpected occurrences that may inhibit the full execution thereof.

Keywords: public service; public service concession; administrative contract; risks, public-private partnership.

Agradecimentos

Agradeço a confiança e o entusiasmo constantes da professora **Odete Medauar**. Sua orientação foi essencial para o desenvolvimento deste estudo, sempre me ajudando, nos momentos cruciais, e me incentivando a assumir claramente as posições aqui reveladas, sem atalhos indevidos ou tergiversações.

Agradeço o apoio de meus sócios **José Roberto Manesco, Eduardo Augusto de Oliveira Ramires, Floriano de Azevedo Marques Neto, Ane Elisa Perez, Tatiana Matiello Cymbalista e Fábio Barbalho Leite**, muito do que aqui escrevi é fruto do que aprendi em nossos debates diários, na árdua e permanente luta que travamos pelo Direito.

Agradeço os advogados associados, estagiários e demais trabalhadores de meu escritório, todos contribuíram, de algum modo, para que eu conseguisse realizar esses estudos.

Agradeço os professores **Fernando Dias Menezes de Almeida e Luis Virgílio Afonso da Silva** pelos valiosos conselhos que me deram durante o exame de qualificação.

Agradeço, ainda, os amigos **Luiz Armando Badin**, com quem travei os debates iniciais que inspiraram o tema deste trabalho, e **Maria Paula Dallari Bucci**, que sempre esteve disposta a contribuir com sua experiência jurídica para aprimorar os textos que lhe enviei.

Agradeço, por fim, os amigos **José Aníbal Freitas Marques e Isabel Azevedo** pela paciente e criteriosa ajuda prestada na revisão gramatical desta tese.

Sumário

Introdução	10
Capítulo 1	16
O serviço público em mutação	16
1. A definição clássica de serviço público	
2. A função cumprida pela definição clássica de serviço público no plano da estruturação do Direito Administrativo	
3. As alterações que o serviço público tem sofrido ao longo da história	
4. A distinção recente entre serviços de interesse geral; serviços de interesse econômico geral e serviços universais	
5. A tentativa de aproximação dos regimes jurídicos do Direito norte-americano e europeu-continenta	
6. O serviço público na tradição jurídica brasileira e na Constituição de 1988	
7. A situação atual: existe ainda um serviço público?	
Capítulo 2	
A concessão de serviço público em mutação	48
1. A origem da concessão de serviço público e sua definição clássica	
2. As alterações sofridas pela concessão de serviço ao longo da história	
3. A concessão como gestão delegada de serviços públicos no Direito brasileiro	
4. Concessões; PPPs e Autorizações de Serviço Público: perspectivas futuras da concessão	
Capítulo 3	
O risco dos contratantes na concessão de serviço público	88
1. A doutrina tradicional da concessão “por conta e risco do concessionário” no Brasil e sua discussão atual	
2. A doutrina das áleas ordinária e extraordinária	
3. Problemas concretos derivados da aplicação da doutrina tradicional do risco na concessão de serviços e da teoria das áleas ordinária e extraordinária	
4. Alguns exemplos concretos	
5. A posição atual da jurisprudência brasileira	
6. A tendência de atenuação dos riscos do concessionário e, mais uma vez, as Parcerias público-privadas – PPPs	
7. O risco calculado e devidamente partilhado	

Capítulo 4

Por uma leitura mais abrangente dos riscos na concessão de serviço público ... 117

1. A estabilidade contratual, a boa fé dos contratantes e a economicidade do contrato
2. A importância do planejamento e da identificação dos riscos na concessão de serviço público
3. Formalidades contratuais: a importância da descrição dos riscos, de sua divisão entre as partes, das garantias e das fórmulas para a solução de situações controvertidas
4. Os riscos mais freqüentes nas concessões de serviço público e sua manifestação
5. Riscos Econômico-financeiros
6. Riscos Técnicos
7. Riscos Jurídicos
8. Riscos Políticos
9. Quadro Resumo
10. Como evitar que a superveniência dos fatores de risco inviabilize a concessão

Conclusão162

Referências166

Introdução

Serviço público e concessão de serviço público não são temas novos no Direito Administrativo. A elaboração do conceito de serviço público é um dos capítulos mais importantes da estruturação teórica do Direito Administrativo; e com a mesma importância deve ser visto o estudo da concessão de serviço público no contexto da teoria dos contratos administrativos.

Qual, então, a utilidade de se voltar atualmente ao tema da concessão de serviços públicos e, mais especificamente, ao estudo do regime jurídico que delimita os riscos neste contrato administrativo?

A resposta a essa indagação encontra-se em larga medida na grande imprensa e no dia a dia dos escritórios de advocacia, instituições financeiras e governos de uma maneira geral. É que, a partir da década de 1980, após um certo período de hibernação, houve, em todo o mundo, um movimento de retomada e revalorização da concessão de serviços públicos, que passou a ser vista novamente como um dos importantes instrumentos jurídicos aptos a atrair o setor privado da economia, para a realização de investimentos em serviços públicos¹.

Nos últimos anos, a preocupação com a eliminação de déficits orçamentários, com a estabilidade da moeda, bem como com a expansão e modernização de infra-estruturas, redes públicas e serviços públicos, que proporcionem sustentabilidade ao crescimento econômico, geraram um ambiente propício à celebração de muitos contratos de concessão de serviço público pelo mundo afora.

Esse movimento é muito bem percebido entre nós, brasileiros, e em outras “economias emergentes”, ou mesmo em “economias desenvolvidas”. Aqui, como em

1. Cf. Medauar, Odete (org.) e outros, 1995, p. 13.

muitos outros países, empresas estatais foram privatizadas, dando lugar às concessionárias privadas de serviços públicos, que passaram a atuar em setores estratégicos da economia (energia, telecomunicações, entre outros), sempre no espírito de se delegar à iniciativa privada a realização de investimentos que o erário público sozinho não teria condições de implementar e, conseqüentemente, possibilitar a modernização da infra-estrutura nesses respectivos países e o decorrente aumento das condições de competitividade dos agentes econômicos ali instalados².

O resultado desse processo, particularmente no Brasil, correspondeu a uma verdadeira avalanche de contratos de concessão em setores relacionados à chamada “*indústria de rede*” (telecomunicações, energia, ferrovias, rodovias), que se tornou mais intensa a partir da edição da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, lei que estabeleceu normas gerais, de vigência nacional, sobre a concessão de serviço público. Mesmo setores nos quais a concessão de serviço não era utilizada tradicionalmente (como o de saneamento básico e limpeza pública) passaram, entre nós, em alguma medida, a empregá-la.

Esses contratos encontram-se atualmente em curso e muitos deles enfrentam constantes problemas econômico-financeiros. Há uma multiplicidade de fatores a provocar esses desequilíbrios e problemas de execução, dos quais são exemplos: a ausência de regulação ou a regulação indevida do serviço prestado; a interferência de interesses políticos paroquiais no curso das concessões ou na fixação de tarifas; as deficiências de planejamento do serviço concedido, como a falta do correto dimensionamento da demanda, dos investimentos em universalização de modernização e, em função disso, do prazo contratual; a superveniência de condições sócio-econômicas imprevistas ou de proporção incalculável; e a incúria ou má administração dos serviços pelos concessionários.

Esses problemas demandam clara reflexão jurídica que, segundo defendemos no presente estudo, pelo menos em um ponto, não pode mais se dar dentro dos limites estabelecidos pelo pensamento jurídico-administrativista tradicional. Esse ponto é justamente o objeto da presente investigação acadêmica: **o risco das partes** na contratação administrativa da concessão de serviço público.

Ora, tradicionalmente, define-se a concessão de serviço público como um instrumento pelo qual a administração pública delega a um terceiro a execução de

2. Cf. **Bendick Jr., Marc**, “*Privatización de los servicios de bienestar ...*”, in **Kammerman, Sheila B. e outros** (org), 1993, p. 127.

um serviço público para que este o implemente **por sua conta e risco**. A Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, é legatária desta noção ao estabelecer que concessão de serviço público é “*a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado*” (art. 2º, II - grifamos).

A leitura tradicionalmente feita da expressão “*por conta e risco*” divide os riscos na concessão de serviço, como nos contratos administrativos em geral, em **ordinários** e **extraordinários** e conclui que o concessionário assume os riscos ordinários do empreendimento. Riscos ordinários seriam aqueles que “*todo o empresário corre, como resultado da própria flutuação do mercado*”³ e abrangeriam “*além dos prejuízos que lhe resultem por atuar canhestramente, com ineficiência ou imperícia, aqueles outros derivados de eventual estimativa inexata quanto à captação ou manutenção da clientela de possíveis usuários, bem como, no caso de fontes alternativas de receita, os que advenham de uma frustrada expectativa no que concerne aos proveitos extraíveis de tais negócios*”⁴

Como procuraremos demonstrar na seqüência desta tese, essa visão não alcança senão em parte a solução dos problemas de desequilíbrio nas concessões de serviço público, tal como hoje se apresentam. A partir dela, muitos problemas não teriam solução e as concessões tenderiam a migrar, quase sempre, para o infortúnio econômico-financeiro de uma das partes, quando não do próprio serviço público que visa a realizar.

Como explicar que o governo socorra financeiramente concessionárias de serviço público que se encontrem em maus lençóis, sem que exista fato excepcional, superveniente e imprevisto a justificar essa situação? Como lidar com o impacto econômico da regulação dos serviços públicos que visa, por vezes, a reduzir a margem de lucro de um operador dominante para dar lugar à competição econômica naquele setor ou, simplesmente, defender o usuário, mediante edição de normas supervenientes à contratação? Como lidar, ainda, com o risco inerente ao convívio competitivo (como se dá no Direito brasileiro em alguns setores) de concessionários, com obrigações de universalização, e outros prestadores do mesmo serviço, sem essas obrigações de

3. Cf. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, 2002, p. 98.

4. Cf. Mello, Celso Antonio Bandeira de, 2003, p. 680.

interesse público? Como resolver problemas de planejamento da concessão que, na maioria das vezes, não podem ser imputados ao concessionário, uma vez que a administração pública, ao estudar a viabilidade da concessão, previu demanda por serviços que pode não vir a se realizar? Como enquadrar na teoria tradicional da divisão de riscos na concessão, a interveniência e, por vezes, as garantias oferecidas pelo Poder Público nos contratos de financiamento celebrados pela concessionária, com vistas à viabilização do empreendimento concedido? Como conciliar risco e modicidade tarifária, uma vez que, em tese, quanto maiores forem os riscos suportados pelo concessionário, maior será a tendência de elevação do valor da tarifa?

Todas essas questões não nos parecem respondidas no terreno da teoria tradicional das áleas do contrato de concessão.

O contrato de concessão de serviço público guarda uma complexidade maior do que a dos demais contratos administrativos (obra pública, compras ou prestação de serviços). O longo prazo da concessão; do arranjo financeiro que, necessariamente, a acompanha; a acelerada evolução tecnológica, hoje existente; e a necessidade de atração do capital privado - em face das inúmeras possibilidades de investimento que este possui atualmente (em função da proliferação dos mercados e da globalização da economia) - são alguns dos fatores que influenciam nessa complexidade.

Verificados esses pressupostos, tentaremos provar que os contratos de concessão possuem equações diferentes de riscos (que desbordam dos limites da tradicional teoria das áleas do contrato administrativo), equações complexas e derivadas das características econômico-financeiras, sociais e políticas de cada empreendimento. A falta de atenção dos contratantes, especialmente da administração pública, a esse arranjo de divisão das áleas pode levar à frustração dos objetivos da concessão.

Para atingir esse objetivo, buscaremos esclarecer as alterações ao longo do tempo do conceito jurídico de serviço público e de sua aplicação concreta, em diferentes sistemas jurídicos. Verificaremos como a concessão de serviço público também tem sofrido mutações e ampliado seu perfil jurídico em muitos ordenamentos, inclusive no Direito brasileiro. As posições da doutrina nacional e estrangeira; a legislação, inclusive a análise de projetos de lei que se encontravam em tramitação, no momento em que escrevíamos; a jurisprudência sobre concessões e a análise de alguns exemplos concretos nos auxiliarão na

formação dos alicerces, sobre os quais buscaremos definir que a leitura jurídica da expressão legal “*por conta e risco*” deve ser feita, na atualidade, com os devidos temperamentos e cuidados, para que se extraia dela seu melhor sentido jurídico, bem como explicitar que deve haver uma dinâmica própria (distinta da que norteia o regime dos contratos administrativos em geral) para a definição e divisão dos riscos entre as partes nos contratos de concessão.

Procuraremos, assim, defender a idéia de que é possível e muito útil tentar esculpir uma tipologia nova, mais ampla e descritiva, para os riscos na concessão; que esses riscos comportam diferentes modos de divisão e que, enfim, os valores da estabilidade contratual, da boa-fé dos contratantes e da eficiência administrativa, devem conduzir a um esclarecimento dos riscos contratuais e das formas de solução, bem como à diminuição do impacto da eventual superveniência desses riscos.

Vale observar, por fim, que focalizaremos nosso estudo na concessão de serviços públicos, que trataremos, no mais das vezes, como concessão, simplesmente (como se gênero fosse), ainda que, a grande maioria das observações aqui feitas sirva também para a concessão de obras públicas ou para a concessão de serviço público precedida de obra pública (como referida na Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995). Também não faremos referência expressa à permissão de serviços públicos que, após a edição da referida lei nacional de concessões, anda a procura de uma definição precisa e de uma aplicação conveniente. Tratar da permissão consistiria em abrir um desnecessário - e excessivamente longo - parênteses no presente estudo. De qualquer modo, entendemos que a maior parte das considerações que aqui faremos sobre a concessão (de serviços) aplica-se também à permissão.

Do ponto de vista formal tentamos reduzir a utilização de maiúsculas alegóricas: grafamos, então, “*administração pública*”, ao invés de “*Administração Pública*”, entre outras expressões que, por vezes, são alegorizadas pela doutrina. Não se encontra nessa atitude nenhum desabono ou depreciação da administração pública e de outras instituições e institutos jurídicos, mas mera opção pela maior sobriedade de estilo.

Optamos, nas anotações de rodapé, pelo sistema “*autor-data*”, mas, para facilitar a identificação pelo leitor das obras e autores referidos, acrescentamos algumas informações tais como o nome do autor (além do sobrenome) ou do organizador, nas obras coletivas (identificado pela sigla “org.”), além de fazer

referência parcial ao título, quando se trata de artigo publicado em revista ou obra coletiva.

Por fim, vale dizer que conservamos a indicação de toda bibliografia pesquisada no curso dos trabalhos aqui condensados, ainda que não alguns textos e autores não se encontrem diretamente referidos no texto da tese. Acreditamos que a indicação completa da bibliografia pesquisada possa ajudar outras pessoas que venham, no futuro, a se preocupar com os temas aqui tratados

Capítulo 1

O serviço público em mutação

“Percebe-se, dessa forma, a noção de serviço público: é toda atividade, cuja realização deve ser assegurada, regulada, e controlada pelos governantes, porque a realização dessa atividade é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, e que é de uma tal natureza que ela não pode ser realizada completamente senão pela intervenção da força governante (...) Quais são - se pergunta - as atividades cuja realização constitui uma obrigação para os governantes? A esta pergunta não se pode responder com firmeza. Há nisso algo de essencialmente variável, de evolutivo, antes de qualquer coisa” – Léon Duguit¹

“São unicamente, exclusivamente, serviços públicos as necessidades de interesse geral que os governantes, em um dado país e em uma dada época, decidiram satisfazer pelo procedimento do serviço público” – Gastón Jèze²

Sumário: 1. A definição clássica de serviço público. 2. A função cumprida pela definição clássica de serviço público no plano da estruturação do Direito Administrativo. 3. As alterações que o serviço público tem sofrido ao longo da história. 4. A distinção recente entre serviços de interesse geral; serviços de interesse econômico geral e serviços universais. 5. A tentativa de aproximação dos

1. Cf. Duguit, Léon, 1928, t. 2, p. 61/62.

2. Cf. Jèze, Gaston, 2004, t. 2, p. 16 (trata-se de reedição recente da obra original de 1930).

**regimes jurídicos do Direito norte-americano e europeu-continen-
tal. 6. O serviço público na tradição brasileira e na Constituição de
1988. 7. A situação atual: existe ainda um serviço público?**

1. A definição clássica de serviço público

Devemos ao Direito francês a definição clássica ou liberal de serviço público, mais especificamente aos geniais doutrinadores da escola de Bordeaux, dentre os quais os principais foram, sem dúvida, Duguit e Jèze. Deriva de sua contribuição a noção de que serviço público é toda atividade de interesse geral, administrada por órgãos públicos, sob um regime derogatório do Direito comum³.

Essa definição estrutura-se em três elementos: o elemento orgânico (conceito orgânico ou subjetivo); o elemento material (conceito material ou funcional) e o elemento jurídico (conceito formal ou jurídico em sentido estrito).

Do ponto de vista orgânico, serviço público é o conjunto de pessoas, bens e outros instrumentos, que uma pessoa pública afeta a uma tarefa específica⁴ ou, ainda, a uma organização voltada à realização de um determinado fim⁵. Nas palavras de Jèze “A organização de um serviço público é a ordenação⁶ (pessoal, material) que supõe o emprego do procedimento de serviço público⁷”. O traço principal deste elemento é a caracterização do serviço como tarefa organizada (*assegurada, regulada e controlada*) pelo Estado.

Do ponto de vista material, serviço público é uma atividade de interesse geral que, por sua importância social (*desenvolvimento da interdependência social*), deveria ser administrada pelo Estado. O que irá distinguir o serviço público de uma atividade privada é, portanto, o interesse geral subjacente à execução daquele, a necessidade de que o mesmo alcance a todos os cidadãos indistintamente em razão da integração, coesão, solidariedade e segurança social que sua prestação promove. Esse nexos entre uma atividade e o interesse público é resultado de uma

3. Cf. **Rivero, Jean e outro**, 1994, p. 386.

4. Cf. *Ibid.*, p. 385.

5. Cf. **Oviedo, Carlos García**, 1923, p. 16.

6. O vocábulo utilizado no original francês que traduzimos por ordenação é “aménagement”.

7. Cf. **Jéze, Gastón**, 2004, t. II, p. 104.

escolha política feita pela sociedade, que a expressou por intermédio de suas instituições democráticas e jurídicas (constituição, leis, costumes).

Sob o prisma formal, por fim, serviço público é a atividade submetida ao regime jurídico de direito público, ao regime jurídico derogatório do Direito comum e, enfim, ao regime jurídico administrativo⁸.

2. A função cumprida pela definição clássica de serviço público no plano da estruturação do Direito Administrativo

Não há dúvida de que esta definição cumpriu um papel fundamental na estruturação histórica e teórica do Direito Administrativo.

Da idéia segundo a qual o serviço público seria o fundamento e o limite do poder governamental⁹ derivou a da existência de um regime jurídico especial – derogatório do Direito comum - relacionado à execução (procedimento) do serviço público¹⁰ (o próprio Direito Administrativo) e à definição do critério de competência da jurisdição administrativa francesa, que acabou por se tornar uma das grandes responsáveis pela gradativa construção do que podemos chamar a matriz europeia-continental do Direito Administrativo.

Pode-se afirmar que, nas duas décadas iniciais do século vinte, o conceito de serviço público tornou-se peça central na teorização do Direito Administrativo. A estruturação e transformação do Direito Administrativo Francês, como também do Direito Administrativo de outros países europeus continentais, que sofriam a influência das escolas francesas, foram alimentadas, nas primeiras décadas do século XX, pela teoria jurídica do serviço público¹¹.

8. Sobre estas três acepções ver, entre nós, com algumas variações em relação ao aqui colocado, **Di Pietro, Maria Sylvia Zanella**, 2003, p. 99 e **Medauar, Odete**, 1996, p. 341, ao apresentar os traços característicos do serviço público.

9. Cf. **Duguit, Léon**, 1928, p. 62.

10. Cf. **Jèze, Gaston**, 2004, t. 2, p. 15.

11. Cf. **Chevallier, Jacques**, “La Place du Service Public dans l’Univers Juridique Contemporain”, in **Luc Rouban**, 2000, p. 22. Ver, ainda, a propósito o abrangente estudo de **Gonçalves, Pedro**, 1999, pp 30 e seguintes, que ressalta a importância que o conceito de serviço público

Por outro lado, não se pode deixar de notar que há evidentes diferenças entre a função do conceito clássico de serviço público no Direito Administrativo francês e sua função no Direito Administrativo de outros países, europeus ou não europeus, mesmo que nestes seja evidente a influência francesa.

Acontece que no Direito francês o conceito de serviço público representou um papel central na estruturação de todo o ramo do Direito Administrativo, tornou-se o critério de aplicação do Direito Administrativo e o critério de competência da jurisdição administrativa, enquanto em outros países isso não ocorreu com a mesma intensidade¹².

O Direito Administrativo italiano, por exemplo, ainda que tenha buscado nas lições de **Duguit e Jèze** a noção de serviço público, não emprestou a esta a amplitude que se viu no Direito francês, adotando um conceito mais funcionalista e sem unicidade em torno dos três aspectos: orgânico, funcional e formal¹³. Esse enfoque influenciou notadamente o Direito Administrativo espanhol - em que pese a forte influência sobre este do Direito francês¹⁴ - que, embora se refira, em alguns diplomas legais, a um conceito ligado à acepção orgânica (por exemplo, na legislação financeira), dá primazia a uma definição funcional de serviço público, bem como influenciou o Direito Administrativo português, especialmente na adstrição do conceito funcional às prestações *uti singuli*¹⁵.

Apesar dessas diferenças, relacionadas fundamentalmente à amplitude de aplicação da definição de serviço público, pode-se identificar, nos diferentes regimes jurídicos dos diversos países influenciados direta ou indiretamente pelas escolas francesas, a existência de traços conceituais uniformes.

teve no Direito Administrativo italiano (muito embora o conceito italiano tenha sido sempre mais restrito) e no Direito Administrativo português. Ver, por fim, **Oviedo, Carlos García**, 1923, que nas primeiras páginas de seu clássico trabalho já ressalta a importância da definição de serviço público no Direito Administrativo espanhol.

12. Cf. **Gonçalves, Pedro**, 1999, p. 27.

13. Cf. **Alessi, Renato**, 1953, pp. 343 e seguintes; e **Rangone, Nicoletta**, 1999, pp. 13-18.

14. Cf. **Ortiz, Gaspar Ariño**, “El Servicio Público como Alternativa”, 1979. O autor citado reconhece a influência do Direito Francês com uma ironia que vale ser citada: “*Nuestra doctrina há bebido abundantemente de la francesa, habiendo llegado com ello a um parecido grado de confusión*”. Ver também, sobre o conceito de serviço público no Direito Espanhol, **Triana, Adolfo Serrano**, 1990, pp. 39 e seguintes.

15. Cf. **Gonçalves, Pedro**, 1999, p. 32 e **Caetano, Marcello**, 1970, p. 1067.

Observe-se que o serviço público em sua acepção clássica é nada mais que um resultado material das necessidades da coletividade, que as liga indissoluvelmente à formação do Estado, aos poderes do Estado, que, por sua vez, deixam de se expressar como mito e passam a se revelar como *função*, isto é, como instrumento racional da realização do bem comum ou do interesse público.

Vê-se, por meio dessa afirmação, que há uma ligação clara entre a idéia de serviço público e os fundamentos do Estado democrático¹⁶ e republicano¹⁷, idéia que é reforçada, na medida em que se identificam os princípios inerentes à prestação do serviço público, tais como os de continuidade, igualdade e mutabilidade.

Melhor explicando, é necessário afirmar que foi a definição de serviço público que permitiu, talvez pela primeira vez na história do Direito Administrativo, revelar que são os *fins sociais* da ação administrativa que fundamentam esse ramo do Direito. O Direito Administrativo, neste diapasão, deixa de ser o prolongamento de privilégios da administração pública e passa a ser, ao contrário, consequência das responsabilidades sociais assumidas por esta¹⁸, ainda que, para o exercício dessas responsabilidades, exija-se o estabelecimento de várias prerrogativas.

A definição de serviço público, nesse sentido, desempenhou um papel importante de *legitimação* do Direito Administrativo.

Por outro lado, não há que se esforçar demais para perceber que essa noção de serviço público serviu como combustível à expansão da intervenção do Estado na vida social¹⁹, afinal, ela veiculava que as necessidades fundamentais do indivíduo (dentre as quais se poderia identificar o acesso a bens coletivos e universais como água, transportes urbanos e interurbanos, eletricidade, gás,

16. Cf. **Rachline, François**, 1996, p. 67.

17. Cf. **Moderne, Franck**, “Les Mutations de Services Publics em Droit Français”, in **Kovar, Robert e Simon, Denys**, 1998, p.6.

18. Cf. **Chevallier, Jacques**, 2000, p. 23.

19. Cf. **Chevallier, Jacques**, 2000, p. 26, para quem a doutrina do serviço público foi um “*puissant moteur d’expansion étatique*”.

telefone²⁰) deveriam ser providas igualmente pelo Estado – “*produtor da integração e coesão sociais*”²¹.

Não é menos certo que o refinamento desse pensamento e a escassez de recursos estatais para a assunção das necessidades crescentes da sociedade conduziram à concepção de que essa intervenção é subsidiária, isto é, de que a origem de todo serviço público encontra-se no reconhecimento de uma necessidade coletiva que a iniciativa privada (o mercado), por si só, não conseguiria prover²² adequadamente.

Alguns desses serviços, por seu turno, eram desinteressantes à iniciativa privada em razão dos imensos investimentos que deveriam ser realizados para a constituição de uma infra-estrutura, ou de uma rede que possibilitasse o acesso igualitário ou universal de todos aqueles que necessitassem do serviço. Desse fato adveio a constituição, por iniciativa estatal, de redes e infra-estrutura para a prestação de serviços públicos, que, um pouco mais tarde, ligaram a trajetória do serviço público ao conceito de monopólios estatais ou à criação de empresas estatais monopolistas²³, o que, de certo modo, constituiu o referencial central da reação, mais atual, contra o conceito clássico de serviço público.

Pode-se, então, concluir, resumida e topicamente, que a função cumprida pela definição clássica de serviço público, no plano da estruturação do Direito Administrativo, revela-se por diferentes prismas. Primeiramente, é a partir dessa definição clássica que se fundamentou o regime jurídico especial – derogatório do Direito comum – que dá essência ao Direito Administrativo. Em segundo lugar, foi dessa definição que nasceu a noção da finalidade social da ação administrativa e, conseqüentemente, do Direito Administrativo ou, como preferem alguns, de *legitimação* do Direito Administrativo. Em terceiro lugar, essa definição cumpriu um papel muito útil ao desenvolvimento do cha-

20. Cf. **Rachilne, François**, 1996, p. 67.

21. Cf. **Chevallier, Jacques**, 2000, p. 26.

22. Cf. **Chrétien, Patrice**, “Divine surprise ou éternels regrets?! La vacuité de la doctrine juridique du service public”, in *Sociétés Contemporaines*, n. 32, 1998, p. 14.

23. Cf. **Garceries, Sandrine**, “Service Public et Droit Communautaire, une Nouvelle ‘Crise’ de la Notion de Service Public em Droit Administratif Français?”, 1998, p. 41, onde a autora defende existir uma trilogia “*Services Publics – Entreprises Publiques – Monopoles publics*”

mado *estado de bem estar social*, ao servir, como já dissemos, de combustível à expansão da intervenção do Estado na vida social, propiciando a atuação do Estado na defesa da solidariedade e da coesão social, toda a vez em que o *mercado* apresentasse falhas que o justificassem. Por fim, a definição clássica fundamentou a criação de empresas estatais monopolistas e a obrigação estatal de implantação das redes e infra-estruturas necessárias para a prestação dos serviços públicos.

3. As alterações que o serviço público tem sofrido ao longo da história

Essa importância teórica, no entanto, foi sendo atenuada ao longo da história. Se a generalidade do conceito de serviço público deu-lhe a força necessária para impulsionar o Direito Administrativo em seus primórdios, logo se percebeu que a simples identificação da totalidade das atividades da administração pública com o serviço público não ajudaria na melhor sistematização deste ramo do Direito em função da natureza vaga e imprecisa dessa noção²⁴.

Ademais, a comunhão dos aspectos orgânico, material e jurídico que concedia primazia teórica à definição clássica de serviço público foi, na prática, tornando-se rara, com a aparição de novas formas de prestação do serviço público²⁵. Gestão do serviço por particulares; serviço público regido por normas do Direito Privado; atividades industriais e comerciais geridas pela administração pública²⁶, entre outros exemplos, são fenômenos que não se coadunam com o conceito clássico, pois, de certa forma, aderem a um dos aspectos do conceito, dissociando-se dos demais.

24. Esse é um problema vivenciado de forma mais aguda pelo Direito Administrativo francês, pois, na verdade, “*em nenhum outro ordenamento jurídico o serviço público foi proposto como critério de aplicação do Direito administrativo e de definição da competência da jurisdição administrativa*” Cf. **Gonçalves, Pedro**, 1999, p. 27 e como anteriormente já afirmamos.

25. Cf. **Rivero, Jean e outro**, 1994, p. 386, para os quais a coincidência atualmente dos três elementos da definição é “*muito menos freqüente*”. Ver também **Grotti, Dinorá Adelaide Musetti**, 2003, p. 53.

26. Cf. **Medauar, Odete**, “*Serviços Públicos e Serviços de Interesse Econômico Geral*”, in **Moreira Neto, Diogo de Figueiredo (org.)**, 2003, p. 115 e seguintes.

O fato é que, em função das superveniências históricas, costuma-se identificar duas crises do serviço público. A primeira, com maior adstrição ao Direito Administrativo francês, localizada entre os anos vinte e cinquenta do século passado²⁷, que destituiu do serviço público a posição de eixo temático, em torno do qual gravitaria o Direito Administrativo²⁸. A conexão entre regime jurídico administrativo e serviço público é rompida, em grande medida, em razão da utilização do Direito Privado na gestão de atividades caracterizáveis como serviços públicos e da utilização do Direito Público na gestão de atividades industriais e comerciais, que não se encaixariam perfeitamente na definição de atividade de interesse geral.

A segunda crise é fruto das tendências econômicas das duas décadas finais do século vinte. Relaciona-se à desvinculação de muitas tarefas, até então consideradas como serviços públicos, deste rótulo (e.g. telecomunicações, energia, transportes) e da reformulação de seu regime jurídico²⁹.

Uma nova classificação dos serviços controlados pela administração pública passa a ser referida pelas legislações de diferentes países e pelo Direito comunitário europeu. Passa-se a falar então em: serviços de interesse geral; serviços de interesse econômico geral; serviços universais; atividades privadas com obrigações de serviço público; atividades privadas de interesse público como modalidades distintas do serviço público³⁰, conforme verificaremos, mais detidamente, abaixo.

Todo esse movimento de revisão da ordenação institucional dos serviços públicos na Europa, obviamente relacionada à onda de privatização e desregu-

27. Um marco no rompimento da noção clássica de serviço público é o caso “*Société Commerciale de l’Ouest Africain*”, de 1921, que estabelece a aplicação do Direito Privado a certos serviços públicos. Mas a doutrina francesa torna freqüente a abordagem da “*crise*” a partir, na verdade, dos anos 1950.

28. Cf. **Gonçalves, Pedro**, 1999, p. 27.

29. Cf. **Gonçalves, Pedro**, 1999, p. 27.

30. Cf. **Medaur, Odete**, “Serviços Públicos e Serviços de Interesse Econômico Geral”, in **Moreira Neto, Diogo de Figueiredo (org.)**, 2003, p. 120 e seguintes que se refere à Diretiva 97/33/CE do Parlamento Europeu e à Comunicação, COM 96/443, de 11 de setembro de 1996, editada pela Comissão Européia. Ver, aqui também, **Gonçalves, Pedro**, 1999, p. 27 e, mais detalhadamente, **Gouveia, Rodrigo**, 2001, pp. 15 e seguintes que se refere, ainda, ao comunicado COM 2000/0580 que atualiza as definições da COM 96/443.

lamentação, levou alguns autores, recentemente, a proclamar (aos moldes de muitos que o haviam feito por ocasião da enunciada primeira crise do serviço público³¹) a morte do serviço público³². Afinal, como reconhece Pedro Gonçalves³³, em alguns setores onde a intervenção estatal é muito tradicional “o serviço público foi ou está sendo pura e simplesmente banido e substituído por conceitos mais ou menos próximos”³⁴.

Como se isso não bastasse, há uma certa confluência entre dois mundos que foram, originalmente, separados e contrapostos, como vimos, em razão da própria definição de serviço público: o regime jurídico administrativo e o regime jurídico privado³⁵. Limitações comunitárias à aplicação do Direito Público interno³⁶, auto-regulação³⁷, competição de mercado em setores outrora dominados pelo serviço público exclusivo ou monopolista³⁸, utilização de técnicas gerenciais e modelos jurídicos do setor privado na realização dos serviços³⁹, são alguns exemplos da avalanche modernizadora que afetou o ser-

31. Cf. Autores dessa corrente de pensamento foram, por exemplo: **Corail, Jean-Louis de**, 1954; e **Morange, Georges**, “*Le déclin de la notion juridique de service public*”, 1947, p. 45 *apud* **Gonçalves Pedro**, 1999, p. 25.

32. Cf. **Machado, Muñoz**, 1998, p. 17; **Ortiz, Gaspar Ariño**, 2001, p. 558 e, entre nós, **Sundfeld, Carlos Ari**, “*Serviços Públicos e Regulação Estatal*”, in **Sundfeld, Carlos Ari (org.) e outros**, 2000, p. 32.

33. Ob. Cit. p. 27.

34. Explicaremos abaixo (ver item 7, deste capítulo) nossa posição em relação à importância atual da noção de serviço público. Efetivamente discordamos daqueles que apregoam a morte do conceito de serviço público. Nossa compreensão ou opinião não elimina, entretanto, o fato de que, particularmente na Europa (em grande medida por influxo das normas comunitárias), muitas atividades antes regidas pelo regime jurídico de serviço público, isto é, pelo regime de direito público, passaram a ser tratadas como atividades privadas reguladas.

35. Cf. **Marques Neto, Floriano Peixoto de Azevedo**, 2002, p. 143, para quem o rompimento da barreira entre o Direito Público e o privado tem relação com “*a globalização econômica e a fragmentação social*”.

36. *Ibid.*, p. 140.

37. Cf. **Moreira, Vital**, 1997, p. 52.

38. Cf. **Falla, Fernando Garrido**, “*El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público*”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1981, p. 225 e seguintes.

39. Cf. **Fraisse, Robert**, “*Le service public saisi par la modernisation*”, in **Grémion Catherine e Fraisse, Robert**, 1996, p. 40; e **Pollitt, Christopher**, 1993, p. 49.

viço público nos últimos anos e da aproximação entre os mundos público e privado, justamente no campo da prestação de serviços públicos.

Há, por fim, é necessário perceber esse fato, uma tentativa de migração do modelo jurídico europeu-continental, fortemente inspirado pelas escolas francesas, como vimos, para o modelo do Direito norte-americano, por intermédio da criação de figuras jurídicas que tornem a administração pública menos uma realizadora concreta e direta de atividades de interesse geral - outrora pertencentes ao *noyau dur* conceitual do serviço público - e mais uma reguladora ou controladora indireta da realização dessas atividades pela iniciativa privada.

4. A distinção recente entre serviços de interesse geral; serviços de interesse econômico geral e serviços universais

Parece-nos útil, a esta altura, abrir parênteses em torno das novas terminologias que vieram, recentemente, rivalizar com a noção de serviço público.

Como dissemos, há atualmente em curso um movimento, que podemos considerar global, de revisão institucional das atividades até há pouco tempo intituladas genericamente de serviço público.

O **Direito comunitário europeu** tem cumprido o papel de propulsor desse movimento, ao menos no contexto daquele continente⁴⁰. Os glossários divulgados pela União Européia, por meio dos comunicados COM 96/443 e COM 2000/0580⁴¹, enunciam a existência de três vocábulos que concorrem teoricamente com o tradicional serviço público⁴²: *serviços de interesse geral*; *serviços de interesse econômico geral*; *serviços universais*.

Serviço de interesse geral é a atividade utilizada pela generalidade dos cidadãos e que para eles se traduz como imprescindível para a completa fruição da

40. Cf. **López-Muñiz, José Luis Martínez**, "Servicio Público, Servicio Universal y 'Obligación de Servicio Público' en la Perspectiva del Derecho Comunitario", in **Nunes, Antonio José Avelãs**, 2001, p. 249.

41. Cf. http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/serv_gen_int/serv_gen_int05_en.pdf.

42. Este também referido no Anexo II, do **COM 2000/0580**.

vida em sociedade. São serviços que atendem aos cidadãos em suas necessidades básicas e que são considerados essenciais à sua vida, saúde ou participação⁴³.

Nos termos do COM 2000/0580, dividem-se os serviços de interesse geral em *mercantis* e *não mercantis*⁴⁴. Para essa caracterização, demanda-se que sejam estas atividades “*declaradas de interesse geral*” pelas autoridades públicas competentes, o que implica na imposição ao seu prestador de específicas “*obrigações de serviço público*”.

A definição comunitária é, como se nota, bastante aberta e apta, portanto, a compreender um longo rol de serviços tais como: (a) fornecimento de energia elétrica; (b) telecomunicações; (c) serviços postais; (d) serviços de rádio e televisão; (e) fornecimento de água; (f) fornecimento de gás; (g) transportes coletivos; (h) serviços de saúde; (i) segurança social; (j) educação; (k) cultura; (l) serviços de interesse geral relacionados à autoridade pública⁴⁵.

É interessante notar, desde logo, que a extensa gama de atividades passíveis de qualificação como serviços de interesse geral é coincidente, em boa parte, com as atividades abrigadas outrora na definição corrente de serviço público.

Serviços de interesse econômico geral são, por sua vez, atividades mercantis que se vinculam à satisfação das necessidades de natureza econômica, social e cultural básicas dos cidadãos⁴⁶.

Nos termos do COM 2000/0580, a expressão utilizada pelo art. 86, 2, do Tratado de Amsterdã refere-se a serviços mercantis que os Estados membros da União Européia submetem a específicas obrigações de serviço público, em virtude de um critério de interesse geral. Segundo o indigitado comunicado, a expressão tenderia a abranger atividades como redes de transporte, energia e comunicações⁴⁷.

43. Cf. **Gouveia, Rodrigo**, 2001, p. 17.

44. Geralmente traduz-se a expressão do referido comunicado - “*market and non-market services*” - como serviços mercantis e não mercantis, ou serviços comerciais e não comerciais. Parece-nos uma remissão clara à idéia francesa que faz distinção entre serviços públicos econômicos industriais e comerciais (*market services*) e serviços públicos administrativos (*non-market services*).

45. Cf. **Gouveia, Rodrigo**, 2001, pp. 17/18.

46. *Ibid.*, p. 22.

47. Os casos mais referidos e analisados no Direito Comunitário Europeu, que possuem vinculação direta com a discussão do importante conceito de serviço de interesse econômico geral

Como se verifica, o traço distintivo em relação aos *serviços de interesse geral* (gênero) é que os *serviços de interesse econômico geral* (espécie) são obrigatoriamente mercantis, isto é, são prestados por meio de empresas estatais ou privadas (em regime não necessariamente competitivo e não necessariamente monopolizado). Assim, todo serviço de interesse econômico geral é serviço de interesse geral, mas a recíproca não é verdadeira, pois nem todo serviço de interesse geral é serviço de interesse econômico geral.

A jurisprudência comunitária já considerou integrantes da categoria dos serviços de interesse geral econômico as seguintes atividades: correios, distribuição de energia elétrica, distribuição de água, estradas de ferro, transporte aéreo, serviços de telefone e televisão⁴⁸.

Serviços universais, por fim, são aqueles cujo acesso a todos os cidadãos deve ser proporcionado a preços razoáveis.

O COM 2000/0580 define os *serviços universais* por meio de obrigações jurídicas inerentes a sua prestação. São, assim, *serviços universais*, tautologicamente, aqueles submetidos a um regime jurídico que compreende obrigações (ao prestador) ou garantias (ao cidadão) de universalização (telecomunicações, por exemplo). Por garantias de universalização compreende-se: acesso contínuo a serviços de qualidade para todos os usuários e consumidores (inclusive durante o processo de passagem do regime de monopólio para o mercado aberto e competitivo). O conceito conduz ao estabelecimento, pelos Estados membros da União Europeia (à luz de suas condições específicas), de uma quantidade de serviços que, em determinado padrão de qualidade e a preços acessíveis, seja oferecida a todos os cidadãos, indistintamente.

As novas expressões são fruto de preocupações de ordem política, econômica e social. Do ponto de vista político, as expressões visam à integração dos diferentes ordenamentos jurídicos que tratavam o serviço público de modo não uniforme (não havia no Direito britânico, por exemplo, a preocupação

(exceção ao regime jurídico de competição e liberdade do mercado europeu), são os casos **Corbeau** (Ac. TJ de 15/05/93, p. I-2568), **Almelo** (Ac. TJ de 27/04/94, p. I-1521) e **Diego Cali** (Ac. TJ de 18/05/97, p. I – 1543).

48. Cf. **Quadros, Fausto**, “Serviço Público e Direito Comunitário”, in **Nunes, Antonio José Avelãs**, 2001, p. 288.

com o serviço público que se encontrava na França⁴⁹; não havia no Direito alemão qualquer expressão jurídica que se identificasse diretamente com serviço público⁵⁰; e mesmo nos países latinos, que sofreram maior influência das escolas francesas, não havia uniformidade de tratamento na abordagem jurídica do serviço público, como acima já vimos).

Do ponto de vista econômico, a adoção de nova terminologia envida superar as limitações inerentes ao modo tradicional de prestação dos serviços públicos, notadamente, como vimos, a associação entre serviço público e monopólio público, sem, entretanto, desorganizar as operações em curso. Melhor explicando, a Comunidade Européia revela o intento de que os serviços públicos sejam prestados com graus crescentes de eficiência, por meio da competição entre os seus prestadores, isto é, por meio da criação de um mercado específico de serviços públicos, mas revela extremo cuidado, compreendendo que o regime de plena competição precisa ser derogado, em todos os campos onde essa derrogação se revele imprescindível à concretização dos serviços considerados essenciais à coesão social e territorial⁵¹.

Por fim, do ponto de vista social, a nova terminologia deixa claro que a Comunidade Européia não deseja abandonar as conquistas sociais e de bem

49. Cf. **Cave, Martin**, “Développement des Télécommunications et Service Public”, in **Chevalier, Jean-Marie** e outros, 1999, p. 81: “Na terminologia britânica, os serviços públicos são ordinariamente limitados às atividades não mercantis como saúde e educação”.

50. Ver o estudo de **Justen, Monica Spezia**, 2003, pp. 128 e seguintes, bem como, **Fernández, Tomás-Ramón**, 2002, p. 54 e seguintes; **Marcou, Gérard**, “Les Services Publics em Droit Allemand”, in **Moderne, Franck (Org.) e outro**, 2001, pp. 124 e seguintes e **Wolf, Dieter**, “La Réforme des Services Publics en Allemagne”, in **Chevalier, Jean-Marie**, 1999, p. 13. Todos concordam que não há tradução direta da expressão jurídica serviço público, muito embora, a partir de **Forsthoff** exista a denominação “*Daseinsvorsorge*” – atividades de previdência – que se aproxima da idéia francesa de serviço público.

51. Assim, a identificação de uma atividade como serviço de interesse geral, ou como serviço de interesse econômico geral, abre a possibilidade da realização de outorgas em caráter exclusivo e de acesso ao fundos públicos de provisão dessa atividade, o que derroga o regime geral de competição estabelecido pelo Direito comunitário (v. **COM 2000/0580**: “*The experience gained so far also confirms the full compatibility of the Treaty rules on competition and the internal market with high standards in the provision of services of general interest. In certain circumstances, in particular where market forces alone do not result in a satisfactory provision of services, public authorities may entrust certain operators of services with obligations of general interest and where necessary grant them special or exclusive rights and/or devise a funding mechanism for their provision*”).

estar⁵² alcançadas ao longo de décadas; e que persistem os valores da igualdade e da solidariedade na prestação de serviços públicos expressos por meio de “*obrigações de serviço público*” e de “*universalidade*”.

É na esteira desses objetivos, portanto, que se deve compreender a nova terminologia adotada pela Comunidade Européia. Em resumo, unificação do tratamento jurídico dos serviços públicos nos diferentes ordenamentos; abertura de novos setores à competição de mercado; e promoção da coesão social e territorial, são os três valores fundamentais da reforma européia.

Como conseqüência desse quadro, se não há um sentenciamento capital do serviço público, colocação que nos parece muito exagerada, deve-se reconhecer que há um grande revolvimento de seu tratamento jurídico. Da identificação do serviço público como atividade estatal, caminha-se para uma noção contemporânea, na qual a atuação direta e indireta (via regulação, por exemplo) do Estado é reclamada somente quando destinada a sanar as falhas do mercado, ou a salvar a coesão e a solidariedade sociais. Da identificação do serviço público com o regime jurídico administrativo, caminha-se para a aplicação excepcional desse regime derogatório do Direito comum (justificada em razão da natureza do serviço e das circunstâncias em que este é prestado). Da identificação do serviço público com o regime de exclusividade ou monopólio, caminha-se para o incentivo da competitividade, salvo se o alcance da universalização, da acessibilidade e da igualdade entre os usuários, enfim, não se compatibilizar com o regime da livre competição de mercado.

Essa caminhada não é, no entanto, retilínea nem inevitável. A própria orientação européia (comunitária) reflete que, após uma tendência mais liberalizante, voltou-se a admitir de modo mais freqüente casos orientados por um regime jurídico derogatório daquele de livre competição no mercado, que se reaproxima da noção tradicional de serviço público. A amplitude da noção de serviço de interesse econômico geral, em seu formato atual, é certamente conseqüência desse fato.

52. A COM 2000/0580 relata, por exemplo, que, nos países que compõem a comunidade européia (pelas estatísticas de 2000), somente 13% das pessoas não tinham acesso ao fornecimento residencial de gás; que somente 7% dos cidadãos reclamavam, ainda, acesso ao serviço de transporte intermunicipal; e que somente 5% da população não chegava a desfrutar dos serviços de transporte local. O mesmo relato explicita que os serviços de eletricidade, correios e água potável atingiam, em 2000, praticamente 100% da população.

A impressão que nos resta, ao final desta análise, é que, apesar dos quentes debates ideológicos que permeiam o tema do serviço público, o que se dá atualmente é um processo muito comum de atualização de um conceito jurídico, em função das circunstâncias econômicas e sociais de uma dada época⁵³. Da mesma forma que não se costuma falar em morte da propriedade, em razão dos vetores sociais que passaram a nortear o Direito de propriedade, não se deve falar em morte do serviço público, como consequência dos ventos privatizantes que impulsionaram a economia capitalista no final do século XX⁵⁴.

O máximo que se consegue identificar, neste momento, é, como já dissemos, um revolvimento do conceito clássico de serviço público (mais nos seus aspectos orgânico e formal do que em sua acepção material) e uma tendência, de certo modo global, de aproximação dos regimes jurídicos que se alinhavam à matriz francesa com o Direito norte-americano.

5. A tentativa de aproximação dos regimes jurídicos do Direito norte-americano e europeu-continental

Não é possível esconder que o Direito europeu comunitário tem bebido na fonte do Direito norte-americano, no que se refere à disciplina jurídica hodierna dos serviços públicos⁵⁵. A necessidade de integração a uma economia

53. Ora, como já lembrava **Jèze**, citado na epígrafe deste capítulo, o serviço público altera-se de acordo com a época e a sociedade em que é prestado, e talvez isso explique a longevidade, ou a sobrevivência, do conceito de serviço público, que há praticamente um século tem sido cercado de polêmicas. Concorda com a idéia, acima veiculada, de atualização do conceito jurídico de serviço público **Moderne, Franck**, “*Les transcriptions doctrinales de l’ idée de service public*”, in **Moderne, Franck (org.) e outro**, 1998, p. 79.

54. Há que se salientar que muitos autores continuaram fiéis ao conceito de serviço público – ainda que a fidelidade não se dê em relação ao conceito francês clássico. Exemplos são encontrados em **Rivero, Jean e Waline Jean**, 1994, p. 387; em **Gonçalves Pedro**, 1999, pp. 35 e seguintes; em **Medauar, Odete**, “*Serviços Públicos e Serviços de Interesse Econômico Geral*”, in **Moreira Neto, Diogo de Figueiredo (org.)**, 2003, p. 115 e seguintes.

55. Farta a literatura da qual se pode extrair essa conclusão, veja-se, e.g., **Rangone, Nicoletta**, 1999, pp. 289, 310 e seguintes; **Moderne, Franck**, 1998, pp. 16, 29; **Berry, Michel**, “*Les Services Publics entre le Modèle de L’État Bienveillant et le Modèle du Marché Bienfaiteur*”, in **Chevalier, Jean-Marie**, 1999, p. 59; **Wolf, Dieter**, Ob. Cit., 1999, p. 16, **Moreira, Vital**, “*Serviço Público e Concorrência. A Regulação do Sector Elétrico*”, in **Nunes, Antonio José**

capitalista globalizada criou o consenso político necessário para que o bloco europeu aceitasse hegemonia norte-americana e buscasse adotar modelos jurídicos que possibilitassem, no mínimo, um vocabulário comum com o Direito norte-americano⁵⁶ ou, melhor dizendo, um ambiente jurídico compatível com os desígnios de desenvolvimento econômico sob o pálio da ideologia neoliberal do final do século XX⁵⁷.

Não é estranho ao Direito norte-americano o conceito de serviço público⁵⁸ e de concessão de serviço público⁵⁹. Deve-se reconhecer, no entanto, que a importância dada a estas figuras no Direito europeu continental é muito maior.

Ora, como se deduz do que até aqui expusemos, serviço público (bem como são os hodiernos: serviço de interesse geral ou de interesse econômico geral e serviço universal) é conceito-chave, no Direito continental europeu, para a definição dos contornos da intervenção do estado na economia. Ao contrário, na tradição norte-americana, é o conceito de **regulação econômica** que vai ocupar o lugar primaz na conformação jurídica da intervenção estatal no domínio econômico.

Para os norte-americanos, regulação econômica é basicamente o “*controle pela Administração Pública da atividade privada de acordo com regras estabelecidas em função do interesse público*”⁶⁰ ou, ainda, o sistema de regras que “*tenta resolver vários problemas de ‘falhas de mercado’ (...)*”, fazendo os agentes eco-

Avelãs, 2001, pp. 229 e 233 e Triantafyllou, Dimitris, “Les Mutations de la Notion de Service Public em Droit Compare”, in Kovar, Robert e outros, 1998, pp.57 e seguintes.

56. É comum falar-se, hoje, em “*independent regulatory commissions*”, ou, “*agencies*”, “*public utilities*”, “*essential facilities doctrine*”, “*just and reasonable price*”, “*fair value*”, entre outros conceitos advindos do Direito norte-americano para explicar fenômenos ou decidir conflitos no Direito comunitário europeu.

57. Cf. Ortiz, Gaspar Ariño, 2001, p. 558; Mateo, Ramón Martín, “La Crisis del Servicio Público”, in Atienza, Javier Corcuera e Herrera, Miguel Angel García, 1988, p. 140 e Salomão Filho, Calixto, “Globalização e Teoria Jurídica do Conhecimento Econômico”, in Sundfeld, Carlos Ari e Vieira, Oscar Vilhena, 1999, p. 259.

58. Cf. Schwartz, Bernard, 1991, p. 5.

59. Cf. Bettinger, Christian, 1997, p. 136.

60. Cf. Mitnick, B. M. , 1982, p. 7: “public administrative policing of a private activity with respect to a rule prescribed in the public interest”.

nômicos atingir “*um importante objetivo público que o mercado não consegue promover*”⁶¹.

Essa noção era majoritariamente rejeitada entre os norte-americanos até o início do século XX, como, de qualquer sorte, também era, e até com mais vigor, a idéia de intervenção direta do governo na vida econômica. Entretanto, isso não impediu que uma visão alternativa se formasse, sob o entendimento de que a liberdade de mercado e a liberdade de contratar, na verdade, não seriam princípios constitucionais fundamentais, mas princípios de segunda ordem, decorrentes da impossibilidade de dominação - “*nonsubordination principle*”⁶² -, este, sim, um princípio de primeira ordem que, por seu turno, importaria na rejeição à dominação dos mercados e na possibilidade de ação governamental ativa para debelar toda e qualquer forma de expressão do poder econômico que distorcesse o funcionamento livre do mercado.

É essa corrente alternativa de pensamento que vai liderar a pressão política por controle da indústria e dos trustes, no nascente século XX, entre os norte-americanos⁶³. Esse movimento cresce até o advento do *New Deal*, após a crise econômica de 1929, que marcou um claro momento de transição no constitucionalismo americano, a partir do qual o intervencionismo econômico estatal passa a ser uma idéia predominante (do ponto de vista político e econômico) e correntemente aceita sob o prisma de análise constitucional⁶⁴.

A regulação, no bojo desse processo, é concebida como meio de fazer frente ao crescimento da indústria e ao poder dos agentes econômicos privados, no intuito de se atender ao **interesse público**, entendido este, na plataforma política *rooseveltiana*, como o Direito de todos à boa educação, a receber o suficiente para seu sustento e recreação, à assistência médica adequada, à mo-

61. Cf. Breyer, Stephen G.; Stewart, Richard B.; Sunstein, Cass R. e Spitzer, Matthew L., 2002, p. 5.

62. Cf. Sunstein, Cass R., 1993, p. 18.

63. Cf. Gordon, George J. e Milakovich, Michael E., 1995, p. 404. Em 1887 cria-se o ICC (Interstate Commerce Commission), em 1890 edita-se o Sherman Antitrust Act, em 1903 cria-se a Antitrust Division of the Justice Department e em 1914 cria-se o FTC (Federal Trade Commission), também com missão de combate aos trustes.

64. Cf. Breyer, Stephen G. e outros, 2002, p. 21.

radia decente, a um emprego remunerado e à proteção na velhice⁶⁵.

De modo mais descritivo e aprofundado, pode-se resumir os objetivos da regulação econômica, na linha dos doutrinadores norte-americanos, em três pontos: a correção das falhas do mercado, com a finalidade de torná-lo mais eficiente; a distribuição de riqueza, com vistas a eliminar as desigualdades ou injustiças produzidas pelo mercado (redistribuição de riqueza) e, por fim, a promoção de valores sociais - *nonmarket values* - e aspirações democráticas ou paternalistas, que não seriam objeto da ação espontânea das forças da economia de mercado⁶⁶.

A correção das falhas do mercado compreenderia, por exemplo, medidas como: a promoção da adequada informação dos consumidores (e.g. proibição de circulação de produtos com falsa descrição de seus atributos, controle da publicidade de certos produtos); a promoção da competição entre os agentes econômicos e a livre formação dos preços (coibir práticas que visem à dominação dos mercados, regular as *public utilities*⁶⁷); o controle de preços que reflitam distorções de mercado e permitam lucros excessivos (*windfall profits*); o incentivo à formação de preços que reflitam a necessidade de indenização pelas externalidades negativas inerentes à produção (e.g. regular a proteção ao meio ambiente e o Direito dos prejudicados por dano ambiental à indenização); a eliminação da excessiva, destrutiva ou desleal competição no mercado; o combate à escassez, fruto de distorções do mercado, em produtos ou serviços de interesse público; e o planejamento da atividade econômica.

A redistribuição da riqueza, por seu turno, compreenderia exemplificativamente medidas de: regulação da elegibilidade de pessoas e instituições para o recebimento de auxílios públicos; regulação do salário mínimo e do sistema de previdência e assistência social; e proibição da discriminação social, racial, sexual e religiosa nas práticas de mercado, como um todo (trabalho, institui-

65. Ibid.

66. Cf. **Pierce Jr., Richard J.; Shapiro, Sidney A.; Verkuil, Paul R.**, 1999, pp. 10-14 e **Breyer, Stephen G. e outros**, 2002, pp. 4-13.

67. *Public utilities* na compreensão da grande maioria dos doutrinadores é expressão que identificaria atividades que corresponderiam, entre nós, àquelas abrigadas pelo conceito de **serviço público**.

ções de crédito, universidades, entre outros).

Por fim, a promoção de valores sociais - *nonmarket values* - compreendia: a obrigação de exibição de programas educacionais em televisão; a regulação da comunicação de interesse público da atividade e das limitações de propriedade das grandes redes de comunicação (*broadcasters*); a proteção do meio ambiente e espécies em risco de extinção; a imposição de segurança e saúde públicas (uso de capacetes por motociclistas, de cinto de segurança em veículos, restrição à propaganda de cigarros, entre outros exemplos).

É, portanto, a regulação (no sentido acima descrito) que, na tradição do Direito norte-americano, configura-se como o grande instrumento de intervenção do estado no domínio econômico e de promoção do bem estar social⁶⁸.

Os problemas freqüentes dessa abordagem são, naturalmente, distintos daqueles vivenciados durante a trajetória histórica do serviço público. O serviço público importa em responsabilidade pública, em execução pública (direta ou indireta) e, conseqüentemente, em assunção de riscos próprios dessa atividade pelo Poder Público, com os problemas a esse modelo inerentes: e.g. equilíbrio e reequilíbrio econômico do contrato de concessão; identificação das atividades passíveis de serem concedidas; possibilidade de gestão privada do serviço público; gratuidade do serviço público; limites de renegociação contratual, no caso de serviços concedidos; definição de prazo do contrato de concessão; reversibilidade ou não de bens ao término do contrato de concessão; responsabilidades da administração pública por prejuízos causados pelo concessionário; controle dos lucros do concessionário; critérios de fixação da tarifa; mecanismos de proteção do usuário, possibilidade ou não de subsídios⁶⁹.

68. Vale anotar que essa visão sobre o objeto da regulação já se encontrava entre nós, por força das lições de **Geraldo de Camargo Vidigal** (1977, p. 47) que dizia: “*Denomino Direito da Organização dos Mercados a disciplina jurídica corretora do conjunto das distorções características das soluções de liberdade de mercado, abrangendo não apenas as distorções que afetam a competição, como as que induzem repartição desigual e as que alimentam flutuações em direção à crise*”.

69. Para uma visão geral das questões centrais neste modelo pode-se consultar: **Di Pietro, Maria Sylvia Zanella**, 2002, p. 77 e seguintes; **Derani, Cristiane**, 2002, p. 72 e seguintes; **Gordillo, Agustín**, 2000, p. IV-29 e seguintes; **Hualde, Alejandro Pérez**, 2002, p. 20 e seguintes; **Esplugas, Pierre**, 1994, p. 20 e seguintes; **Llorens, François**, “*La définition actuelle de la concession de service public en droit interne*”, in **Bréchon-Moulènes, Christine**, 1992, p. 15 e

Por sua vez, num modelo voltado eminentemente à regulação econômica, como é o norte-americano, a identificação de atividades mercantis com serviço público é diminuta, pois a responsabilidade pública sobre atividades mercantis de interesse público - *public utilities* - não implica necessariamente na prestação direta ou indireta dessas atividades pelo Poder Público ou na assunção dos riscos inerentes a esta prestação, mas na adoção de políticas, compreendendo a edição de normas e planos, bem como a criação de incentivos que conduzam o mercado à superação de suas falhas em prol do interesse público.

Os problemas discutidos com frequência neste modelo são, por exemplo: a posição constitucional das agências reguladoras (o problema da delegação de poderes e os limites desta delegação); o controle do executivo sobre as agências reguladoras; a discricionariedade administrativa e o devido processo de produção de normas nas agências; a performance ou eficiência da regulação; o escopo da revisão judicial da atividade regulatória das agências; as falhas de regulação relacionadas às dificuldades na coordenação na execução de políticas públicas, à falta de deliberação política ou de responsabilidade política (“*accountability*”) no processo de regulação, à identificação da regulação com interesses políticos de grupos específicos (por vezes influenciada pela chamada “*captura das agências*”) e a desregulação⁷⁰.

A aproximação dos dois modelos, tendência, como já vimos, do Direito europeu, cria efetivamente um modelo novo onde se mistura a regulação econômica com a execução indireta do serviço público (fala-se, pois, em regulação econômica das concessões de serviço público), tendendo-se à redução do campo da prestação direta do serviço público pelas entidades da administração pública direta e indireta. Modelo no qual, ainda, as prerrogativas e restrições inerentes à noção de serviço público tendem a ser aplicadas excepcionalmente, sendo também admitida e, até mesmo, desejada a competição entre prestadores de serviço público. Modelo pelo qual, por fim, o Estado, sem perder o controle sobre os serviços públicos, busca atrair investimentos privados e a sapiência gerencial privada como instrumentos de expansão das redes

seguintes.

70. Para uma visão geral dessas questões pode-se consultar: **Breyer, Stephen G.**, e outros, 2002, p. 37 e seguintes; **Sunstein, Cass R.**, 1993, p. 74 e seguintes e **Peltzman, Sam**, 1998, p. 286 e seguintes.

de serviços públicos, de modernização e de eficiência em sua prestação⁷¹.

Se esse modelo misto euro-americano logrará seus objetivos, parece ainda cedo para responder. Efetivamente, ele poderá aproveitar-se das virtudes inerentes a ambos os sistemas ou poderá naufragar em função da combinação dos problemas deles advindos.

No que interessa ao presente trabalho, deve-se constatar, desde já, que a combinação dos dois sistemas gera um impacto razoavelmente grande na conformação do risco nos contratos de concessão. A regulação de um mercado de serviços públicos, por meio dos mecanismos tradicionais de regulação econômica, pode importar, na prática, em grandes distorções quando combinada com as regras de equilíbrio e reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. Mas esse assunto será mais bem analisado na segunda parte deste estudo.

6. O serviço público na tradição jurídica brasileira e na Constituição de 1988

Em termos estritamente jurídicos, o percurso histórico do serviço público no Brasil não se diferencia, em traços gerais, do havido nos países da Europa continental que sofreram influência predominante das escolas francesas de Direito Administrativo, apesar de haver entre nós um evidente atraso na incorporação inicial do tema às nossas discussões jurídicas e uma influência do Direito norte-americano na configuração mais remota de nossa legislação.

Entre os doutrinadores da época imperial, apenas **Conselheiro Ribas** fazia referência ao tema e, na era republicana, o primeiro tratadista a cuidar dos serviços públicos como função da administração pública, fato ocorrido somente em 1923, foi curiosamente um engenheiro, **Aarão Reis**, seguido, bem

71. Para uma descrição mais pormenorizada desse modelo consultar: **Marques Neto, Floriano de Azevedo**, *“A nova regulação dos serviços públicos”*, 2002; **Sundfeld, Carlos Ari**, *“Serviços Públicos e Regulação Estatal”*, in **Sundfeld, Carlos Ari (org.) e outros**, 2000, p. 32; **Moreira, Vital**, *“Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Européia”*, 2003; **Gordillo, Agustín**, 2003, t.1, pp. XV-1 e seguintes e t.2, pp. VI-9 e seguintes e **Ortiz, Gaspar Ariño**, 2001, pp. 561 e seguintes.

mais tarde (1936), pelo jurista **Matos de Vasconcelos**⁷².

Mas os autores que incorporaram o tema do serviço público definitivamente à doutrina jurídica nacional foram, de fato, os grandes administrativistas da década de 1950 e 1960 dentre eles **Cirne Lima, Themistocles Brandão Cavalcanti, Mário Masagão, J. Guimarães Menegale, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Bilac Pinto**⁷³.

Praticamente, todos esses autores aferraram-se à noção clássica de serviço público, forjada pela escola de Bordeaux, conjugando as três acepções: orgânica, material e formal, ora com mais ênfase em um elemento, ora em outro⁷⁴.

No plano legal, entretanto, a influência inicial mais forte entre nós, e que remonta a meados da década de 1930, foi do Direito norte-americano. Como salienta **Caio Tácito**: “*é pela via da regulamentação das concessões de serviço público que se vai operar no Brasil a recepção do sistema norte-americano com influência significativa, especialmente no campo do aproveitamento industrial da energia hidrelétrica*”⁷⁵. O Código das Águas de 1934; a incorporação de norma sobre a concessão de serviço nas sucessivas constituições federais, a partir de 1934; a classificação de contas das empresas concessionárias de energia elétrica aprovada pelo Decreto 28.545, de 24 de agosto de 1950; o Regulamento dos Serviços de Energia Elétrica, baixado pelo Decreto 41.019, de 26 de fevereiro de 1957, são testemunhos da influência, entre nós, da legislação norte-americana da época, que contava com o proeminente impulso do DASP – Departamento Administrativo do Serviço Público –, cujos técnicos mais graduados chegaram a receber formação em ciência da administração nos Estados Unidos da América⁷⁶.

Apesar disso e do fato, reitere-se, de todas as constituições brasileiras, des-

72. Cf. **Cretella Júnior, José**, “*Conceito moderno de serviço público*”, 1966, p. 213 e seguintes.

73. Creemos que a preocupação tardia com a discussão do serviço público, entre nós, tem relação com o fato de que, até meados do século XX, o Brasil era um país cuja maioria da população vivia em ambiente rural.

74. A exceção é **Bilac Pinto** que em seu “*Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública*”, recentemente reeditado, faz uma leitura do tema fortemente inspirada pelo Direito norte-americano do pós-guerra.

75. Cf. **Tácito, Caio**, 1997, v.1., p. 17.

76. *Ibid.*.

de então, trazerem disposições sobre o serviço público ou sobre a concessão de serviço público⁷⁷, somente por meio da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, é que se regulou de forma genérica a concessão de serviços públicos.

Em 1964 e nos anos que se seguiram, proliferou-se a criação de empresas estatais prestadoras de serviços públicos. A União Federal impulsionou, por meio das estatais, grandes investimentos em infra-estrutura para a prestação de serviços públicos e centralizou o planejamento de áreas reputadas como estratégicas. O Decreto-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, sistematizou a matéria relacionada à criação de empresas estatais, dotando-as de personalidade jurídica privada com vistas à maior eficiência de sua atuação no plano da execução de serviços públicos. Estados e Municípios também constituíram suas empresas prestadoras de serviços de saneamento, transporte coletivo, telecomunicações, geração e distribuição de energia, entre outros. Dados oficiais indicavam, em 1981, a existência de 360 (trezentos e sessenta) empresas estatais no Brasil⁷⁸.

Há, nesse período, grande evolução de nossa doutrina em matéria de serviços públicos. Autores como **Cretella Júnior, Caio Tácito, Hely Lopes Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello**, entre muitos outros, influenciados principalmente pelos grandes mestres do Direito Administrativo italiano (**Alessi, De Valles, Zanolini**), modernizaram e sedimentaram, entre nós, as discussões jurídicas relacionadas ao serviço público, seus múltiplos regimes e modos de prestação e sua concepção material.

Mas a proeminência das empresas estatais na prestação de serviços públicos começa a se alterar drasticamente no final da década de 1980, sob influência da redemocratização do país, da edição da Constituição de 1988 e, enfim, da herança deixada por seguidas crises econômicas, que gradativamente minaram a capacidade de investimentos governamentais em diferentes áreas, levando muitas empresas estatais prestadoras de serviço público a um rápido processo de descapitalização e, conseqüentemente, a crescentes

77. A Constituição de 1934 previa, em seu art. 137, que lei federal regularia a fiscalização e revisão dos serviços concedidos; as Constituições de 46, 67 e a Emenda Constitucional nº 1 de 69 previam a edição de lei sobre o regime das concessionárias de serviço público; a Constituição de 88, em seu art. 175, parágrafo único, previu a regulamentação da concessão e permissão de serviço público.

78. Cf. **Tácito, Caio**, 1997, v. 1, p. 724.

graus de ineficiência.

Inicia-se, então, o processo de reforma administrativa que vai conduzir à privatização de empresas estatais e desembocar na revalorização da concessão de serviço público. Em 1985, o Decreto 91.991 criou o Conselho Interministerial de Privatização, sucedido em 1988, com base no Decreto 95.886, pelo Conselho Federal de Desestatização. Em 12 de abril de 1990, a Lei 8.031 regulou o Programa Nacional de Desestatização, que foi alterado pelas Leis 9.491, de 9 de setembro de 1997 e 9.635, de 15 de maio de 1998. A Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, como se disse anteriormente, veio tratar das normas gerais da concessão de serviço e algumas leis específicas passaram a ser editadas com a pretensão de instituir marcos regulatórios para serviços públicos privatizados⁷⁹.

Não há que se negar que houve influência do ambiente econômico e político mundial neste processo. A preocupação generalizada com a estabilização monetária mediante redução das despesas dos orçamentos públicos, bem como com a modernização dos serviços públicos - especialmente a modernização de infra-estruturas e redes públicas que possibilitassem a continuidade e universalidade desses serviços - e a conseqüente majoração da competitividade econômica - geraram o consenso necessário à reentronização da concessão e à privatização de empresas estatais prestadoras de serviço público. Esse ambiente é descrito sumariamente por **Stiglitz** em passagem que vale a pena ser citada:

Austeridade fiscal, privatização e liberação do mercado foram os três pilares da recomendação do Consenso de Washington durante as décadas de 1980 e 1990. As políticas do Consenso de Washington foram desenhadas para responder a problemas bastante reais na América Latina, e faziam considerável sentido. Na década de 1980, os governos desses países incorriam em freqüentes déficits. Perdas derivadas da ineficiência de empresas governamentais contribuíam para esses déficits. Isoladas da competição por medidas protecionistas, empresas também comprovadamente ineficientes impunham altos preços aos consumidores. A falta de política

79. A Lei 9.472, de 16 de julho de 1997 (telecomunicações) e a Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996 (eletricidade) são exemplos desse fato, no plano federal.

monetária levou à crescente de descontrolada inflação. Países não suportam grandes déficits por seguidos períodos; e não é possível conciliar hiperinflação com crescimento sustentável. Algum nível de disciplina fiscal é necessário. Muitos países seriam melhores se o governo focalizasse a prestação de serviços públicos essenciais ao invés de administrar empresas que poderiam ser razoavelmente conduzidas pelo setor privado, fatos que frequentemente dão sentido à privatização.⁸⁰

A concessão de serviço público passa então a ser utilizada, também entre nós, como uma das técnicas de privatização⁸¹ de atividades desenvolvidas pela administração pública. Melhor dizendo, em setores onde a presença da administração pública era considerada imprescindível, seja por motivos econômicos, seja por imposição jurídica, a concessão de serviços passou a ser utilizada como veículo de delegação da execução de atividades aos particulares e de viabilização de investimentos e projetos de financiamento.

Vê-se, em resumo, portanto, que a história da prestação dos serviços públicos e de sua sistematização jurídica no Brasil tomou maior impulso na era republicana, na fase de mais intensa urbanização e industrialização do país, e realizou a partir de então, como em outros países, um movimento pendular: partiu-se da concretização de significativos empreendimentos pela iniciativa privada, muitas vezes por meio de capitais estrangeiros; adotou-se, em seguida, um modelo de predominância quase exclusivamente estatal, no qual o serviço público passou a ser mantido e prestado por entidades da administração pública direta e indireta (notadamente empresas estatais); chegando-se, então, ao quadro atual, no qual volta-se a priorizar a atração de capitais e investimentos privados; e a valorizar a concessão de serviço público como instrumento hábil para este fim.

Atualmente, setores como telecomunicações, energia elétrica, rodovias, ferrovias, transportes coletivos (e, muito embora de forma ainda insipiente, limpeza pública e saneamento) têm forte presença da iniciativa privada, que

80. Cf. **Stiglitz, Joseph E.**, 2002, p. 53.

81. Cf. **Rodriguez-Arana, Jaime**, 1991, p. 148 e **Medauar, Odete**, 1996, p. 346.

passou a responder pelos investimentos necessários à execução, modernização e universalização desses serviços.

Importante observar que o serviço público, no Brasil, tem *status* constitucional. O art. 175, da Constituição Federal, explicita a obrigação do Poder Público de prestar serviços públicos, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação. O mesmo art. 175, em seu parágrafo único, estatui que à lei cabe fixar o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviço público e dos respectivos contratos de concessão e permissão, os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação de manter o serviço adequado.

Há um significado jurídico profundo decorrente do fato da Constituição brasileira prever diretamente regras sobre a prestação de serviços públicos. Com efeito, a regra constitucional que estatui a obrigação do Poder Público de prestar serviços públicos, por um lado, expressa uma dimensão concreta e ineliminável dos princípios da igualdade e do Estado Democrático de Direito. Dentro da lógica do sistema constitucional brasileiro, é evidente que parte relevante dos esforços para eliminação das desigualdades sociais e para concretização da democracia em sua acepção mais larga, passa pela manutenção de serviços públicos que possibilitem solidariedade, paz e coesão social ao conjunto dos cidadãos.

De outro lado, a Constituição evita equívocos quanto à titularidade da obrigação de prestar serviços públicos. A Carta estatui expressamente que a titularidade é do Poder Público, que possui a faculdade de delegar sua execução à iniciativa privada por meio de concessão e permissão.

Estatui, ainda, a regra do art. 175 que a escolha dos concessionários ou permissionários deve se dar mediante realização de prévia licitação, antecipando-se às tendências de modernização do Direito comunitário europeu, ao introduzir o elemento da competição entre todos os potenciais interessados na seleção do prestador privado de serviços públicos.

Possibilita, por fim, o art. 175 que os usuários (sujeitos de direito à fruição de serviços públicos) custeiem os serviços, no todo ou em parte, pelo pagamento de tarifas, eliminando questões jurídicas hipotéticas sobre a imperativa gratuidade dos serviços públicos.

Mas a Constituição de 1988 não pára por aí. Em seu art. 173, a Carta Fe-

deral restringe a realização de atividade econômica pelo Estado aos casos de segurança nacional e relevante interesse coletivo, dispositivo que condiciona, indiretamente, a instituição por via legal de serviços públicos. Em seu art. 174, a Constituição estabelece o papel do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, estatuidando que essa função importa em fiscalização, incentivo e planejamento econômicos, regra que abre a possibilidade de regulação dos serviços públicos, como já largamente difundido na legislação infraconstitucional.

Como se isso não bastasse, a Constituição vai ainda mais além ao definir, ela própria, alguns serviços públicos. Estabelece a Carta que compete à União, por exemplo, (art. 21) manter o serviço postal e o correio aéreo nacional (inc. X); explorar, mediante autorização, concessão ou permissão: os serviços de telecomunicações (inc. XI), os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (inc. XII), os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água (inc. XII), a navegação aérea (inc. XII), os serviços de transporte ferroviário e aquaviário (inc. XII), os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros.

No plano infraconstitucional, a recente legislação brasileira de serviços públicos tem seguido a tendência internacional, acima apontada, de aproximação com o Direito norte-americano, mas também tem buscado inovar em alguns aspectos. Visando a atingir maiores graus de eficiência e, conseqüentemente, menores custos para o usuário, a competição entre as prestadoras de serviço público passou a ser um dos objetivos contemplados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em boa parte dos casos, editaram-se marcos regulatórios específicos e criaram-se agências independentes, com vistas a neutralizar a influência política sobre a regulação dos serviços concedidos e criar maior estabilidade normativa⁸².

No campo das telecomunicações, talvez onde o legislador tenha sido mais

82. Não fazemos, nesta parte, um juízo de valor sobre a criação de agências independentes ou sobre as finalidades declaradamente visadas por meio de sua instituição, pois isso nos desviaria excessivamente do objeto deste estudo. Entretanto, adiantamos simplesmente que desconfiamos das virtudes desse modelo, senão por outros motivos, pelo menos em razão de entendermos que não há imunização política possível na atuação de instituições públicas e que a função normativa das agências pode fazer aumentar o grau de instabilidade dos regramentos editados, em razão da maior simplicidade e celeridade de seu processo de deliberação, especialmente se comparado com os processos do Legislativo.

original, a Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, não deixa dúvidas quanto às suas intenções ao estabelecer o dever do Poder Público (art. 2º) de garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas razoáveis e condições adequadas; de estimular a expansão do uso de redes e dos serviços; de adotar medidas que promovam a competição e a diversidade de serviços; de fortalecer o papel regulador do Estado; de criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo. O Legislador reforça, ainda, a norma que visa à criação de um mercado competitivo no setor das telecomunicações pelo disposto no art. 6º: *“Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica”*.

Com a finalidade de conjugar a competição entre os prestadores de serviço de telecomunicações com os princípios de universalidade e continuidade, a lei instituiu, ainda, dois regimes de prestação de serviço: o regime público, que contém obrigações de universalidade e continuidade amplas, cuja delegação (outorga) ao particular se dá por meio de contratos de concessão e permissão⁸³; e o regime privado, que depende de autorização da Agência Nacional de Telecomunicações, não contém deveres de universalidade e continuidade, baseia-se nos princípios constitucionais da atividade econômica, mas sofre condicionamentos (limites, encargos e sujeições) de interesse coletivo⁸⁴.

No setor elétrico, outro exemplo do que acima enunciamos, a tônica da nova legislação foi a segregação do serviço por etapas (desintegração vertical ou *“unbundling”*), visando, da mesma forma, à criação de um ambiente competitivo, apesar de originalmente a prestação de serviços na área tomar as características econômicas de um monopólio natural. Nesse caso, a Lei 9.074, de 7 de julho de 1995, deu impulso à privatização, dividindo-se as atividades entre concessionários, permissionários e autorizados nos segmentos de geração, transmissão, distribuição e comercialização (art. 4º)⁸⁵.

83. Art. 63.

84. Art. 62, 126, 128 e 131.

85. A Lei 9.074/95 foi bastante alterada pela **Lei 10.848, de 15 de março de 2004**, que divulgou novos parâmetros para a comercialização de energia elétrica, mas a estrutura aqui referida e o intento de promover uma competição regulada dos prestadores de serviço no setor continua a vigorar.

Verifica-se, portanto, que a discussão jurídica sobre o serviço público, entre nós, já se encontra bastante madura. Nota-se na doutrina mais tradicional grande influência dos tratadistas clássicos do Direito Administrativo francês e italiano. Nossa legislação, por seu turno, após uma influência inicial do Direito norte-americano, não evoluiu uniforme e sistematicamente, mas fragmentariamente. As normas constitucionais de 1988 sobre serviço público e a superveniência em 1995 de uma lei nacional a regular os contratos de concessão de serviço público representam, neste sentido, um grande avanço para a sistematização jurídica dessa matéria no Brasil. Não obstante, o serviço público, enquanto categoria jurídica, passa entre nós pelo mesmo processo de revisão que passou em outros países, conforme anteriormente analisamos. Privatização, regulação, concessão, competição, universalização, eficiência e modernização, são expressões ou institutos de referência freqüente em nossa legislação mais recente, muito embora, como vimos, as soluções forjadas pela nossa legislação não sejam totalmente idênticas às do Direito comunitário europeu ou às do Direito regulatório norte-americano.

Em que medida essa conformação atual de nossa legislação afeta o risco nas concessões de serviço público é o que estudaremos na seqüência deste trabalho.

7. A situação atual: existe ainda um serviço público?

O objetivo central deste capítulo era analisar, em vôo de pássaro, como a figura do serviço público se alterou ao longo do tempo, até a sua conformação atual, de modo a preparar um pano de fundo para o trabalho que seguirá sob o foco eleito o qual, enfim, é o de analisar os riscos do contrato de concessão de serviço público. Mas não nos saciaríamos sem que um pequeno desvio fosse cometido e que pudéssemos expor nossa opinião sobre a necessidade ou não da noção de serviço público na fase de desenvolvimento atual do Direito Administrativo.

Disse **Sundfeld** com particular contundência: *“Os velhos serviços públicos, de regime jurídico afrancesado e explorados diretamente pelo Estado, estão desaparecendo, com as empresas estatais virando particulares e o regime de exploração dos serviços sofrendo sucessivos choques de alta tensão. Telecomunicações, energia elétrica e portos são alguns dos setores em que a noção de*

‘serviço público’, se algo diz, diz pouco (...)” e, ainda, anota: “*Os hábitos doutrinários brasileiros, conservados de épocas passadas, têm determinado ainda hoje o uso da denominação ‘serviços públicos’ para designar as atividades econômicas definidas, constitucional ou legislativamente, como de titularidade do Estado (...). Mas vencida a era do Estado-empresário e iniciada a do Estado-regulador, a legislação brasileira passou a tratar essas atividades de um novo modo, admitindo sua exploração também em regime privado, embora sujeito à regulação estatal, o que tornou impróprio e perigoso o emprego, para designá-las, da velha expressão ‘serviços públicos’ (...) Portanto, passo a chamar de ‘serviços de interesse econômico geral’ aqueles, como os de telecomunicações, energia elétrica, petróleo, saneamento básico, transportes coletivos, etc., titularizados pelo Estado mas abertos à prestação por particulares, por meio de concessão, permissão ou autorização, sempre sob o poder regulador estatal*”⁸⁶ – grifamos.

Ora, atravessamos certamente, conforme acima expusemos, um momento de transição e mudança no pensamento jurídico sobre o serviço público, inclusive no Brasil. Mas não vemos nenhuma utilidade, até para reforçar esse processo de rediscussão jurídica, em descartar o “*velho*” serviço público em troca de conceitos que, mesmo estando perfeitamente delimitados no Direito comunitário europeu (o que, de acordo com o que acima verificamos, não é o que efetivamente ocorre), na verdade não possuem nenhuma referência legislativa ou mesmo tradição no Direito brasileiro.

Não conseguimos concordar com a posição de **Sundfeld**, que reconhecemos ousada e bem intencionada⁸⁷, mas, a nosso ver, acaba por desconsiderar o acúmulo de discussão jurídica sobre o serviço público; as funções sociais, políticas e econômicas relevantes, ainda hoje desempenhadas pela sua noção jurídica de serviço público; a confusão que a adoção de um novo conceito jurídico poderia trazer aos aplicadores do Direito e, até mesmo, a força de adaptação e mutação que tem o conceito de serviço público que – como já dizia

86. Cf. **Sundfeld, Carlos Ari**, “*A Administração Pública na Era do Direito Global*”, in **Sundfeld, Carlos Ari e Vieira, Oscar Vilhena** (org.), 1999, p. 161.

87. Afinal, há muitos entre nós que teimam em não abrir os olhos para a necessidade de interatividade do Direito com as mudanças sociais e econômicas e que insistem em pensar o Direito e a realidade contemporâneos como se estivéssemos no século XIX (sem dúvida alguma não é esta a posição de **Sundfeld**).

Jèze, citado na epígrafe deste capítulo - varia segundo as necessidades gerais da população *“tais como se sentem em um país e em uma época e sociedade determinadas”*.

Ademais, a adoção de uma nova expressão, por si só, não é capaz de alterar a realidade jurídica ou abrir a mentalidade dos operadores do Direito, como se o Direito fosse mera técnica ou linguagem, ou como se fosse um sistema puro que não sofresse injunções da política e do comportamento humano de maneira geral.

Aliamo-nos, outrossim, à posição de **Justen Filho** de cujas letras nos servimos: *“(...) não há o menor cabimento em afirmar a tese da ‘morte do serviço público’, proclamada por autores de nomeada como Ariño Ortiz. O instituto permanece existente como manifestação direta e imediata da concepção política consagrada em cada ordenamento. Cada nação identifica e constrói os meios de satisfação solidária das necessidades individuais e coletivas.”*⁸⁸.

Com efeito, o serviço público é, pelo menos em nosso ordenamento jurídico, a pedra de toque do sistema de intervenção estatal de efetivação dos Direitos Fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

Especialmente em economias em desenvolvimento como a brasileira, não é possível vislumbrar esperança de eliminação ou, ao menos, atenuação das barreiras de ascensão social, fundamentais para a concretização das aspirações democráticas de nossa Constituição, sem serviços públicos, prestados diretamente ou simplesmente controlados indiretamente pelo Estado e, no plano estritamente jurídico, sem que demos a este instituto sua devida importância.

Que algumas atividades, originalmente ligadas ao conceito clássico de serviço público, tenham se alterado ao longo da história até o ponto de poderem ser tocadas em regime predominante de Direito Privado ou em regime de competição, sem que o Estado se responsabilize diretamente pela sua execução, não modifica em nada a importância do serviço público no plano jurídico. Muito ao contrário disso, a regulação e a reflexão jurídica a respeito desse serviço público reinventado, renovado ou modernizado tendem a torná-lo mais e mais importante no dia a dia da sociedade e a tornar mais comple-

88. Cf. **Justen Filho, Marçal**, 2003, p. 38.

xos e freqüentes os debates jurídicos - acadêmicos ou práticos – a seu respeito.

É no contexto de um serviço público em renovação que se insere, portanto, a reflexão sobre o risco nos contratos de concessão de serviço público. Contexto no qual a relevância da noção jurídica de serviço público não desaparece, muito ao contrário, cresce na exata medida de sua imbricação com a concretização da democracia e com a efetivação dos Direitos Fundamentais, bem como em função da complexidade crescente das questões e dos problemas jurídicos atinentes a sua execução.

Capítulo 2

A concessão de serviço público em mutação

Sumário: 1. A origem da concessão de serviço público e sua definição clássica. 2. As alterações sofridas pela concessão de serviço ao longo da história. 2.1. A figura jurídica do concessionário. 2.2. A figura jurídica do concedente. 2.3. A natureza jurídica da atividade concedida. 2.4. A exploração do serviço por conta e risco do concessionário. 2.5. Renda da concessão em favor do Poder Público. 2.6. O modo de remuneração do concessionário. 2.7. O *status* jurídico dos usuários. 2.8. A submissão à regulação econômica. 2.9. Uma definição atualizada. 3. A concessão como gestão delegada de serviços públicos no Direito brasileiro. 4. Concessões; PPPs e Autorizações de Serviço Público: perspectivas futuras da concessão.

1. A origem da concessão de serviço público e sua definição clássica

Não há dúvida de que, embora existissem concessões pelo menos desde o século XVIII⁸⁹, a descoberta da concessão de serviço público como um contrato *sui generis*, isto é, como um contrato que possuía um regime jurídico diferente dos contratos civis em geral e, basicamente, do contrato anteriormente conhecido de

89. Cf. **Justen Filho, Marçal**, 2003, p. 50.

obra pública, é historicamente recente, datando das primeiras décadas do século XX⁹⁰. Não haveria porque esconder, ademais, que essa descoberta foi obra do Conselho de Estado francês, consumada por meio do célebre caso *Gaz de Bordeaux*, de 1916. Até então, eram vistas como de natureza privadas as relações jurídicas estabelecidas entre concessionário e poder concedente⁹¹.

Dessa forma, foi a partir do trabalho do Conselho de Estado Francês que, gradativamente, forjou-se o que podemos chamar de conceito clássico da concessão de serviço público, baseado na identificação casuística de seus traços característicos. Melhor dizendo, o desafio invariavelmente colocado ao Conselho de Estado francês, nesta fase inicial da história jurídica da concessão, era o de identificar um determinado contrato como sendo de concessão de serviço público, a partir da constatação da presença de suas características essenciais, e extrair dessa conclusão o regime jurídico aplicável ao contrato analisado⁹².

O que queremos demonstrar com essa breve reflexão é que o conceito clássico da concessão de serviço público já nasceu gravado pela instabilidade. Não foi fruto de uma definição legal estrita ou de uma teoria ou escola jurídica. Foi formado na práxis dos tribunais administrativos, a partir da experiência concreta havida numa determinada época e num específico país.

Não é menos certo que, pela sua força e coerência, as idéias do Conselho de Estado acabaram avançando pelos países influenciados pela cultura e pelo Direito franceses, dentre eles Espanha, Itália, Portugal, Brasil e Argentina, como já ocorrera com a formulação conceitual do serviço público estudada no capítulo anterior⁹³.

90. Cf. **Llorens, François**, “*La définition actuelle de la concession de service public en droit interne*”, in “*La Concession de Service Public ...*”, **Bréchon-Moulènes, Christine e outros**, 1992, p. 16.

91. Cf. **Cavalcanti, Themistocles Brandão**, 1955, v. 1, p. 327.

92. Cf. **Llorens, François**, “*La définition actuelle de la concession de service public em droit interne*”, in **Bréchon-Moulènes, Christine**, 1992, p. 17, referindo-se ao caso *Compagnie des entrepôts et magasins généraux de Paris et Société Maurel et Prom (CE 8/11/1963, Rec. P. 534)* e p. 21, referindo-se aos serviços de transporte público de interesse local, regulados pelo Decreto 80-851, de 29 de outubro de 1980.

93. Cf. **Auby, Jean-Bernard**, “*Perspectives d’Evolution de la Concession de Service Public*”, in “*La Concession de Service Public ...*”, **Bréchon-Moulènes, Christine e outros**, 1992, p. 94; **Caetano, Marcello**, 1970, v. II, p. 1017; **Mameli, Bárbara**, 1998, p. 483; **Parada, Ramon**, 1994, p. 371; **Mello, Celso Antônio Bandeira de**, 2003, p. 565 e **Gordillo, Agustín**, 2003, v.2, p. VI-1, este último autor vê no Direito argentino que trata dos serviços públicos uma influência marcante também do Direito norte-americano das “*public utilities*”.

Neste contexto, o que chamamos de definição clássica da concessão de serviço público poderia ser genericamente enunciada da forma seguinte: “*convenção pela qual uma pessoa colectiva de Direito Público (o concedente) encarregava uma pessoa privada (o concessionário) de instalar uma empresa de serviço público e, posteriormente, de a fazer funcionar, explorando o serviço por sua conta e risco e remunerando-se pelas taxas cobradas dos utentes*”⁹⁴, ou “*um modelo de gestão do serviço por meio do qual uma pessoa pública, o concedente, encarrega por contrato uma pessoa privada, o concessionário, de fazer funcionar o serviço, durante um certo tempo, assumindo-se os encargos, mediante o direito de se remunerar sobre os usuários*”⁹⁵.

Mais minuciosa, mas contendo basicamente os mesmos elementos, é a definição, entre nós, de **Mário Masagão**, para quem:

Pode a concessão ser definida como um contrato de Direito Público, oneroso, sinalagmático e comutativo, pelo qual a administração transfere a pessoa do Direito Privado a obrigação de fazer funcionar um serviço público.(...)

A concessão se faz por prazo certo, que quase sempre é longo, já em razão da estabilidade que convém imprimir ao serviço, já porque este geralmente exige emprego de vultosos capitais, dificilmente movíveis para aplicação efêmera.

O serviço público conserva esse carácter, mas o concessionário o executa em seu próprio nome, e não no da administração. Os riscos do serviço, inclusive as indenizações decorrentes dos prejuízos que ele cause a terceiros, correm por conta do concessionário.

Deverá este executar previamente obras, se tal coisa se estipulou, e iniciar no tempo previsto o serviço.

Como remuneração dos seus encargos, percebe o concessionário, durante o prazo da concessão, tributos, determinados em tarifas, e pagos pelas pessoas

94. Cf. **Gonçalves, Pedro**, 1999, p. 104.

95. Cf. **Rivero, Jean e Waline, Jean**, 1994, p. 405.

que se utilizam do serviço concedido.”⁹⁶

Os elementos dessa definição clássica são muito claros. Primeiramente, verifica-se que a prestação e a exploração econômica do serviço público, por intermédio da concessão, seriam delegadas por uma entidade coletiva de Direito Público a um terceiro (pessoa privada). A atividade, fruto de delegação, teria a natureza jurídica de serviço público, que poderia ser retomado no curso do contrato pelo poder concedente, em função do interesse público, ou a este devolvido, normalmente, uma vez alcançado o termo final da concessão. Verifica-se, ainda, que a relação estabelecida pela concessão seria temporária (ainda que geralmente associada a longos prazos), isto é, não se cogitaria de transferência perene da execução dos serviços públicos. A concessão estabeleceria necessariamente uma relação tripartite, na qual, além de concedente e concessionário, incluir-se-ia o usuário, receptor dos serviços, sobre o qual buscaria o concessionário a remuneração dos serviços prestados. Por fim, o concessionário prestaria o serviço, assumindo os encargos econômicos e empresariais do empreendimento ou, como geralmente se diz, por sua conta e risco.

2. As alterações sofridas pela concessão de serviço ao longo da história

Há que se reconhecer que essa definição clássica tem sido gradativamente alterada, seja por consequência da discussão e do esclarecimento das imprecisões do conceito lançado originalmente, seja como resultado do aperfeiçoamento dos modos de delegação da prestação de serviços públicos, à luz das novas demandas sócio-econômicas⁹⁷.

96. Cf. **Masagão, Mário**, 1977, p. 286.

97. Há na doutrina nacional e estrangeira, com destaque para a doutrina Argentina, país onde este assunto teve grandes repercussões práticas, volumosas discussões sobre a **natureza contratual da concessão**. O tema remonta a posição de autores clássicos a favor ou contra a natureza contratual da concessão – para alguns a concessão seria um ato unilateral, para outros seria ato regulamentar, para outros seria ato complexo, para outros, ainda, contrato e entre estes há quem defenda a natureza privada do contrato e quem defenda a natureza pública ou ainda mista do contrato - (Cf. **Mayer, Otto**, 1982, p. 149; **Laubadère**,

Passamos, em seguida, a examinar como se deu o desenvolvimento da disciplina jurídica da concessão em relação a pontos importantes em seu regime jurídico e, de certo modo, inerentes à sua definição clássica.

2.1. A figura jurídica do concessionário

O primeiro traço evolutivo a merecer destaque, parece-nos ser o do *status* jurídico do concessionário. Como vimos, o conceito clássico da concessão de serviço público, enunciava o concessionário como um terceiro e um particular, melhor dizendo, uma empresa privada. Mas a realidade e a legislação acabaram por introduzir como concessionárias empresas públicas e sociedades de economia mista, entes de natureza jurídica privada, mas integrantes da administração pública descentralizada⁹⁸, ou mesmo, como ocorrera em França, pessoas jurídicas de Direito Público, voltadas à descentralização dos serviços⁹⁹.

No Brasil há muitíssimos casos a exemplificar esse fato. Há empresas estaduais de Saneamento Básico que atuam como concessionárias em diversos municípios¹⁰⁰; há muitas empresas sob controle acionário da União ou dos Estados, que assumiram a função de concessionárias de serviços públicos específicos: a Eletrobrás, Furnas, Cemig e a Cteep, no setor de energia elétrica, são alguns exemplos disso.

É fato que a tendência mais recente não é exatamente essa. Atualmente, retorna-se, de certo modo, ao paradigma clássico, em razão do movimento

André de e outros, 1983, p.100 e seguintes; **Berçaitz, Miguel Angel**, 1980, p. 632; **Mello, Oswaldo Aranha Bandeira de**, 1979, p. 548; **Cretella Júnior, José**, 2001, p. 359 e seguintes). Não tratamos dessa discussão neste trabalho, pois não entendemos que seja pertinente ao objeto aqui tratado. Como se verifica ao longo de todo nosso esforço, tratamos a concessão como contrato e, mais especificamente, como contrato administrativo, assumindo dessa forma a posição que nos parece dominante na doutrina brasileira atual, até mesmo em razão das normas legais que se encontram entre nós positivadas.

98. Cf. **Di Pietro, Maria Sylvia Zanella**, 2003, p. 277.

99. É o caso dos chamados *établissements publics*, Cf. **Llorens, François**, “*La définition actuelle de la concession de service public em droit interne*”, in **Bréchon-Moulènes, Christine**, 1992, p. 22.

100. É o caso da SABESP, no Estado de São Paulo e de muitas outras companhias estaduais.

de privatização. Em todas as partes do mundo, envidam-se esforços voltados à diminuição da máquina do Estado e, conseqüentemente, para a redução do número de empresas estatais concessionárias de serviços públicos. Entre nós, por exemplo, houve privatização de todas as empresas concessionárias de serviços públicos no setor da telefonia fixa local e de longa distância. Mas esse fato não chegou a abolir completamente as empresas estatais concessionárias de serviços públicos, como vimos, e muito menos eliminou a possibilidade legal de sua criação, em determinadas circunstâncias.

Não há dúvida, portanto, de que a figura do concessionário deslocou-se do modelo clássico, onde era visto como um particular, pessoa física ou jurídica privada, não incluída organicamente na administração pública. Nas concessões hodiernas, o concessionário pode ser um particular como também pode ser uma pessoa jurídica estatal, autárquica ou de Direito Privado.

2.2. A figura jurídica do concedente

Também em relação ao poder concedente, houve uma evolução, na prática, da idéia de concessão classicamente veiculada. Como vimos, o concedente era visto como pessoa pública coletiva (e.g. União, Estado, Município, Distrito Federal); tornando-se muito comum, entretanto, com o passar do tempo, a existência de entes da administração indireta que contam com competência delegada para a realização de concessão, ou seja, para assumirem a posição jurídica de concedente em contratos de concessão eventualmente firmados.

Salienta em relação ao Direito Administrativo português **Pedro Gonçalves**: *“Ora, a verdade é que, freqüentemente, a lei prevê a atribuição de concessões de serviço público por entes da administração estadual indirecta, e não se descortinam razões para considerar essas situações anómalas ou excepcionais: desde que uma pessoa colectiva de Direito Público seja titular de um serviço público, não há nenhum obstáculo que impeça a lei de a habilitar a conceder a respectiva gestão”*¹⁰¹.

A lição vale entre nós. No setor de telecomunicações, por exemplo, a Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, delega à Anatel – Agência Nacional de Tele-

101. Cf. **Gonçalves, Pedro**, 1999, p. 132.

comunicações - (autarquia federal) a competência para celebrar contratos de concessão (art. 19, VI). O mesmo ocorre nas concessões de serviços públicos de energia elétrica, onde se delegou à Aneel – Agência Nacional de Energia Elétrica - competência para celebrar contratos de concessão (art. 3º, IV, da Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996), ou mesmo, no Município de São Paulo, na área de limpeza urbana, onde se delegou à Amlurb – Autoridade Municipal de Limpeza Urbana (também uma autarquia) - a competência de atuar como concedente nas concessões dos serviços de coleta e destinação final de lixo (art. 199, X, da Lei 13.478, de 30 de dezembro de 2002).

Há caso no Brasil até mesmo de entidades de Direito Privado, integrantes da administração indireta, que assumem a posição de concedentes, como ocorre com a CDV - Companhia de Desenvolvimento de Vitória – nos termos do art. 2º. da Lei Municipal 2.669, de 13 de fevereiro de 1980¹⁰².

Constata-se, assim, que a figura do concedente também se modificou nas concessões atuais. Concedente é, hoje, a entidade da administração direta ou indireta a quem a lei confere competência para efetuar a delegação do serviço ao concessionário.

2.3. A natureza jurídica da atividade concedida

Outro traço que acabou alterado em relação ao paradigma clássico da concessão é o da natureza jurídica do serviço concedido. O desenvolvimento havido neste ponto pode ser explicado a partir das seguintes linhas: (1) a relação existente, originalmente, entre a utilização da concessão e os chamados serviços públicos de natureza comercial e industrial vem sendo flexibilizada para abrigar no objeto da concessão outras atividades; (2) a ligação entre a concessão e os serviços “*uti singuli*” tem sido, aos poucos, abrandada para se admitir a concessão também de serviços “*uti universi*”; (3) as recentes modificações da noção de serviço público (como visto no capítulo anterior) têm levado a modificações também na abrangência e na natureza das atividades concedidas. Tratemos de aprofundar cada uma dessas observações.

Como vimos, a definição da concessão de serviço público compreendia a

102. Alterada, pelas Leis Municipais 3.345 e 5.948.

noção de que o concessionário deveria ser remunerado por meio da cobrança de tarifas junto aos usuários do serviço. Com isso limitava-se a natureza dos serviços concedidos àqueles passíveis de exploração econômica, dada sua natureza industrial ou comercial. No entanto, novas leis e a realidade vieram alargar o objeto da concessão e tornar mais abrangente a sua utilização, ao estender o regime concessório à singela exploração econômica de bens e a alguns dos chamados serviços públicos administrativos. Operação de redes de água e esgoto, de túneis, pontes, auto-estradas e estacionamentos; gestão de hospitais, entre outros¹⁰³, passaram a ser objeto de concessão, na medida em que se verificou que essas atividades também poderiam, em alguma proporção, ser remuneradas pelo usuário¹⁰⁴.

A distinção entre serviços públicos comerciais e industriais e serviços públicos administrativos é matéria discutida com maior atenção pelo Direito Administrativo francês¹⁰⁵. Há muito tempo a doutrina francesa e a jurisprudência do Conselho de Estado discutem a distinção entre esses dois tipos de serviço público sem chegar a uma posição imune a polêmicas. Três são os critérios sedimentados pela jurisprudência francesa para a distinção entre essas modalidades de serviço. O primeiro corresponde ao objeto do serviço (no caso dos serviços comerciais e industriais verifica-se a presença de operações

103. Cf. **Llorens, François**, “*La définition actuelle de la concession de service public em droit interne*”, in **Bréchon-Moulènes, Christine**, 1992, p. 23.

104. Cf. **Delgado, Juan Francisco Mestre**, “*Las formas de prestación ...*”, in **Machado, Santiago Muñoz** (org.), 2003, v.2, p. 1474-1476, segundo o qual a técnica da concessão chegou a avançar para “*âmbitos bastante insólitos*” resultando na criação de “*novas aplicações de técnica concessional*”.

105. A doutrina brasileira, de forma geral, dá pouca importância à distinção entre serviços públicos industriais e comerciais e administrativos. **Hely Lopes Meirelles** (1994, p. 296) é um dos que cuidaram da matéria atribuindo o rótulo de serviços administrativos àqueles “*que a Administração executa para atender suas necessidades internas*” e de serviços industriais àqueles “*que produzem renda para quem os presta, mediante a remuneração da utilidade usada ou consumida*”. Mais recentemente **Maria Sylvia Zanella Di Pietro** (2003, p. 104) repete a definição de **Meirelles** para os serviços administrativos, mas dá maior precisão à noção de serviço público industrial e comercial denominando-o como “*aquele que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para atender às necessidades coletivas de ordem econômica*”. Há contradição evidente entre essa definição de serviços públicos administrativos e a mais abrangente que utilizamos, que abriga além dos serviços internos aqueles que são prestados diretamente ao público, mas que tradicionalmente não são prestados em regime de exploração econômica, como por exemplo os serviços de saúde e educação públicas, limpeza de vias públicas, conservação de jardins e praças, entre outros.

de compra e venda, estoques e atividades em geral comparáveis às das empresas privadas); o segundo é o da origem dos recursos (nos serviços comerciais e industriais a receita provém de tarifas pagas pelos usuários e não do orçamento); o terceiro se refere ao modo de organização e às condições de prestação do serviço (nos serviços comerciais e industriais investe-se o prestador dos instrumentos necessários para sua atuação no mercado como se fora uma empresa privada). A consequência dessa distinção é a completa regência da atividade pelo Direito Administrativo (nos serviços públicos administrativos) ou a regência da atividade por um regime misto composto pelo Direito Administrativo e pelo Direito Privado (nos serviços públicos comerciais e industriais)¹⁰⁶.

No Brasil não temos muitos exemplos ainda desse desenvolvimento. Não há utilização da concessão na área hospitalar ou na área cultural (museus, teatros, entre outros), como há, por exemplo, no Direito francês¹⁰⁷, ou em matéria de educação infantil ou assistência médico-social como no Direito português¹⁰⁸, ou em matéria de construção e conservação de parques como ocorre no Direito inglês¹⁰⁹. Há, no entanto, no Brasil, leis na área de limpeza urbana que autorizam a concessão de serviços de varrição e conservação de logradouros públicos, atividade que, entre nós, era tradicionalmente considerada um serviço administrativo¹¹⁰.

O debate sobre a distinção entre serviço público e obra pública, por seu turno, já é bem mais freqüente no Direito brasileiro¹¹¹. O serviço público corresponde materialmente a utilidades ou comodidades oferecidas à coletividade ou aos usuários de forma geral, ao passo que a obra pública corresponde materialmente à edificação ou reforma de um bem (por vezes a construção ou modernização de infra-estrutura) que possui função instrumental à realização do serviço público.

106. Cf. **Moreau, Jacques**, 1989, p. 321; **Vedel, Georges e outro**, 1992, v.2, p. 746-755; **Laubadère, André de e outros**, 1994, v.1, p. 807-822.

107. Cf. **Raymundie, Olivier**, 1995, pp. 66, 89 e **Soulage, Bernard** “*Modernisation et gestion déléguée ...*”, in **Froment, Jean-Charles e outro** (org.), 1998, p. 193, que traz um interessante depoimento sobre a delegação de serviços de animação social, esportivos e culturais na cidade de Grenoble.

108. Cf. **Amaral, Diogo Freitas do e outro**, 2002, p. 51.

109. Cf. **Bettinger, Christian**, 1997, p. 117.

110. Cf. Lei Municipal de Vitória 6.979, de 30 de dezembro de 2003; Lei Municipal de Curitiba 386, de 03 de novembro de 1951, Lei Municipal de Foz do Iguaçu 2.419, de 6 de agosto de 2001.

111. Cf. **Bandeira de Mello, Celso Antônio**, 2003, pp. 612 e 621.

Independentemente dessa clara distinção, pode-se notar uma elevada tendência de inclusão no objeto do contrato de concessão de serviço público da obrigação de execução de obras públicas e da possibilidade de exploração econômica do bem construído¹¹², associada à **gestão dos serviços**, fato este que tem como consequência uma progressiva identificação dos regimes da concessão de serviço público com o da concessão de obra pública¹¹³.

No Brasil, se não temos exemplos numerosos da utilização da concessão na delegação de serviços públicos administrativos, temos antigas experiências relacionadas à exploração econômica de bens públicos, como pontes, auto-estradas, entre outros, por meio de concessão, e verificamos, sem sombra de dúvida, a tendência de realização de contratos de concessão com duplo objeto (concessão de serviço público combinada com a concessão de obra pública).

A Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (lei brasileira de concessões de serviço público), embora muito criticada pela suposta impropriedade técnica de suas definições¹¹⁴, exemplifica essa tendência ao deixar de adotar a denominação “*concessão de obra pública*” – tradicional no Direito brasileiro e estrangeiro – e adotar a expressão “*concessão de serviço público precedida da execução de obra pública*” (art. 2º, III), reforçada, neste ponto, pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, que, ao tratar do programa federal de concessões de serviço, inclui em seu rol a concessão de “*vias federais, precedidas ou não de obras públicas*” e “*exploração de obras*” (art. 1º, IV e V), clássicos exemplos de concessão de obra pura e simplesmente¹¹⁵.

112. Como constata **Llorens** (“*La définition actuelle de la concession de service public em droit interne*”, in **Bréchon-Moulènes, Christine**, 1992, p. 31): “(...) a maior parte das concessões hoje em dia tem esse duplo objeto, as concessões de obras públicas ou de serviço público em seu estado puro tornaram-se bastante raras”

113. Essa discussão é muito importante no âmbito do Direito Comunitário europeu pois as diretivas 89/440/CEE e 93/37/CEE impõem a realização de procedimento de licitação prévio à contratação de concessão de obra pública (Cf. **Llorens, François**, “*La définition actuelle de la concession de service public em droit interne*”, in **Bréchon-Moulènes, Christine**, 1992, p. 31 e **Gonçalves, Pedro**, 1999, p. 152).

114. Cf. **Mello, Celso Antônio Bandeira de**, 2003, p. 648; **Di Pietro, Maria Sylvia Zanella**, 2002, p. 127.

115. O tema vem por nós exposto de maneira resumida, muito embora seja teoricamente extremamente complexo. Crê a doutrina hodierna que a concessão de serviço público, em que o concessionário assume a obrigação de executar obras públicas, é figura distinta da concessão de obra, ainda que, nesta última, o concessionário tenha que executar serviços. Explique-se: há concessões

Sendo assim, pode-se afirmar sem temor que no estágio de desenvolvimento atual da concessão de serviço público, inclusive no Brasil, há relativa ampliação de seu objeto, de modo a compreender atividades (serviços públicos administrativos; obra pública e decorrente exploração de bens públicos) que não estariam vislumbradas pelo seu conceito clássico.

Tem relação direta com esse assunto a discussão sobre a vinculação da concessão aos chamados serviços “*uti singuli*” e a decorrente inutilidade deste instituto, em tese, como instrumento de gestão privada de serviços “*uti universi*”.

Serviços gerais ou “*uti universi*” são os prestados a usuários indeterminados, a toda a população indistintamente e que, em função dessa natureza ou do grau de avanço tecnológico em que se encontram, não são divisíveis, isto é, são serviços nos quais o consumo realizado pelos usuários não é mensurável individualmente (e.g. iluminação pública ou limpeza de logradouros públicos). Serviços “*uti singuli*” ou divisíveis, por sua vez, são aqueles cujo consumo realizado individualmente pelos usuários consegue ser mensurado (em razão da própria natureza do serviço ou pelo grau de avanço tecnológico em que se encontra), como ocorre no transporte coletivo de passageiros ou nos serviços de telefonia fixa ou móvel¹¹⁶.

A adscrição do conceito clássico de concessão à noção de remuneração do concessionário pelo usuário, da mesma maneira que vinculou os serviços concedidos àqueles passíveis de exploração econômica por sua característica comercial ou industrial, identificou o objeto da concessão com os serviços “*uti singuli*”, cujo consumo pelo usuário, como vimos, é mensurável.

Mas há, na atualidade, exemplos de ordenamentos que acolhem a conces-

cujo traço que principalmente lhes caracteriza é a gestão de um serviço público, pois, ainda que o concessionário execute obras, estas serão mero instrumento para a gestão do serviço, isto é, as obras serão exploradas em função da execução do serviço prestado ao usuário (é o caso, por exemplo de obras que servem de suporte à prestação de serviços de abastecimento de água). Há, em outra mão, concessões cujo traço principal é a exploração econômica da obra (ou do bem dela resultante), os serviços eventualmente prestados pelo concessionário não são instrumentalizados pela obra, mas, ao contrário, são instrumentos para a boa ou correta utilização do bem (como ocorre no caso dos serviços de auxílio ao usuário em rodovias) – Cf. **Justen Filho, Marçal**, 2003, p. 97-98 e **Gonçalves, Pedro**, 1999, p. (153).

116. Sobre essa classificação consultar **Meirelles, Hely Lopes**, 1994, p. 297; **Gonçalves, Pedro**, 1999, p. 140; **Rivero, Jean e outro**, 1994, p. 396; **Amaral, Diogo Freitas do e outro**, 2002, p. 473.

são de serviços públicos “*uti universi*”. É o caso, em muitos ordenamentos, inclusive no brasileiro, dos serviços de radiodifusão sonora ou de imagens, quando se trata de emissão aberta (rádio e televisão aberta), cuja gestão privada dá-se muitas vezes por intermédio de contrato de concessão.

Em relação ao ordenamento português, ainda exemplificando, defendem **Diogo Freitas do Amaral** e **Lino Torgal** que “*em oposição ao entendimento tradicional, não é mais verdade que apenas sejam susceptíveis de exploração no regime econômico de empresa privada os serviços públicos ‘que se resolvem em prestações a fazer aos indivíduos ‘uti singuli’ mediante o pagamento de taxas calculadas sobre a base da formação normal dos preços no respectivo mercado’, quer dizer, serviços públicos econômicos (ou industriais ou comerciais, na terminologia francesa) de prestação individual. Efectivamente, conhecem-se, hoje, nas nossas legislação e dogmática administrativas, por um lado, concessões de serviços públicos em que a Administração é a própria utente do serviço.*”¹¹⁷

No Brasil, muito embora não trate diretamente do tema, **Marçal Justen Filho** caminha no sentido de aceitar a concessão de serviços “*uti universi*”, ao admitir a concessão de serviços públicos por algum motivo não rentáveis, dizendo: “*colocada a questão nesses termos, acaba por admitir-se a possibilidade de adotar-se como objeto da concessão todo e qualquer serviço público, mesmo aqueles destituídos de rentabilidade econômica*”¹¹⁸.

Mais que isso, há muitos exemplos no Brasil de leis municipais que, especialmente nas áreas de limpeza urbana e saneamento, admitem (expressa ou implicitamente) que a administração pública seja usuária do serviço, na condição de representante dos usuários finais ou da população em geral, fator que possibilita a delegação da gestão de serviços divisíveis sob remuneração direta da administração (caso da legislação relacionada à concessão dos serviços de limpeza urbana no Município de São Paulo¹¹⁹ e de serviços de tratamento de esgotos em diversos municípios do Estado de São Paulo: e.g. Ribeirão Preto, Itu, Limeira, Jundiaí, Mauá¹²⁰) ou ainda a concessão de

117. Cf. **Amaral, Diogo Freitas do e outro**, 2002, p. 471-472. No mesmo sentido, sobre o ordenamento português, **Gonçalves, Pedro**, 1999, p. 141.

118. Cf. **Justen Filho**, 2003, p. 101-102.

119. Lei Municipal 13.478, de 30 de dezembro de 2002.

120. Lei Complementar Municipal de Ribeirão Preto 363, de 7 de julho de 1994; Lei Municipal

serviços públicos indivisíveis (caso da legislação de limpeza urbana no Município de Vitória¹²¹).

No Direito francês e no Direito espanhol essa situação apresenta-se de modo um pouco diferenciado, basicamente porque nestes se encontra a previsão de diferentes instrumentos contratuais de **delegação da gestão do serviço público**, contratos que poderíamos considerar *vizinhos*¹²² da concessão, mas que se diferem desta porque o contratado recebe sua remuneração diretamente da administração. Falamos dos contratos de gestão interessada (*régie intéressée* ou *gestión interesada*)¹²³, que permitem a remuneração do concessionário pela administração, em função de resultados alcançados por este, na conformidade do que preceitua o respectivo instrumento e dos contratos de empresa de obras públicas (*marchés d'entreprise de travaux publics - METP*)¹²⁴, estes exclusivos do Direito francês, que também permitem ao contratado ser diretamente remunerado pela administração pública ao lado de terem a delegação da gestão de serviços públicos e de obras públicas como objeto.

De qualquer sorte, o próprio fato da legislação de diferentes países criar figuras jurídicas “vizinhas” da concessão, demonstra que o objeto da concessão, em sua visão clássica, tornou-se demasiadamente estreito para o enfrentamento das atuais missões da administração pública, fato este que ratifica *contrariu sensu* a tendência, acima constatada, de alargamento do objeto da concessão.

de Itu 3.735, de 18 de abril de 1995; Lei Municipal de Jundiá 5.307, de 5 de outubro de 1999; Lei Municipal de Limeira 2.879, de 22 de dezembro de 1997; Lei Municipal de Mauá 3.262, de 22 de fevereiro de 2000.

121. Lei Municipal de Vitória 6.979, de 30 de dezembro de 2003. Vale esclarecer que, no caso do Município de São Paulo a legislação fez clara diferenciação entre os serviços de limpeza divisíveis (coleta de lixo domiciliar e comercial) e indivisíveis (varrição de ruas). No modelo do Município de São Paulo autorizou-se a concessão dos serviços divisíveis, enquanto os indivisíveis continuaram sendo executados por meio de contratos de prestação de serviço regulados pela Lei 8.666/93. No caso do Município de Vitória a legislação autorizou a concessão tanto dos serviços divisíveis como dos indivisíveis.

122. Cf. **Laubadère, André de, e outros**, 1983, p. 283 e seguintes.

123. Cf. **Parada, Ramón**, 1994, p. 372; **Mescheriakoff, Alain-Serge**, 1997, pp. 365 e seguintes.

124. Cf. **Vedel, Georges e outro**, 1992, v. 2, p. 790 e **Llorens, François**, “*La définition actuelle de la concession de service public em droit interne*”, in **Bréchon-Moulènes, Christine**, 1992, p. 53-55.

Finalizando esse ponto, vale recordar as conclusões que logramos obter ao cabo do capítulo anterior, quando verificamos o revolvimento atual da noção de serviço público em função de fatores como: (1) a aproximação dos modelos europeu e norte-americano de abordagem jurídica e econômica do serviço público; (2) a valorização da gestão indireta ou delegada do serviço público; (3) a redução do campo de aplicação das regras de Direito Público ao serviço público; (4) a valorização da competição econômica no setor de serviços públicos; (5) a necessidade de atração de investimentos privados e da experiência gerencial privada para a expansão e modernização das redes de serviços públicos.

Ora, a reflexão que aqui fizemos em relação ao objeto da concessão não ficaria completa se não constatássemos que os desenvolvimentos acima apreendidos, em relação ao objeto da concessão, são fruto certamente do revolvimento da noção de serviço público. Mais especificamente do último ponto acima referido: a necessidade de incentivo à aplicação de capitais privados no setor dos serviços públicos.

Atualmente, o enxugamento dos orçamentos públicos, como regra geral de estabilidade econômica, é extremamente valorizado por razões cuja discussão foge aos objetivos do presente trabalho¹²⁵. Ao lado disso, há hoje uma incessante busca dos diferentes países (organizados ou não em blocos econômicos) por modernização e ampliação dos serviços públicos ou por maior eficiência e economicidade na gestão desses serviços, pois se verifica que esses alvos são ferramentas fundamentais para a ampliação da competitividade dos agentes econômicos de um modo geral.

Pois bem, nesse contexto, há necessidade de atração de capitais privados para todos os setores da vida pública: para os serviços públicos industriais e comerciais como também para obras públicas e serviços públicos administrativos; para serviços públicos “*uti singuli*” e para serviços públicos “*uti universi*”. A ampliação do objeto da concessão de serviços públicos é conseqüência óbvia desse quadro.

2.4. A exploração do serviço por conta e risco do concessionário

125. Cf. **Bradford, David F.**, “*Reforming budgetary language*”, in **Cnossen, Sijbren e outro**, 2003, p. 112.

A exploração do serviço por conta e risco exclusivos do concessionário também é um aspecto do conceito clássico da concessão de serviço público sensivelmente alterado. É que não faltam exemplos da prática de “*solidariedade financeira*”¹²⁶ entre concedente e concessionário, tais como: concessões subsidiadas ou subvencionadas; divisão dos ônus da concessão, em termos de assunção de obrigações de custeio de obras ou desapropriações pelo concedente; favores ou incentivos fiscais; ou mesmo a assunção de concessões por entidades da própria administração indireta, como empresas públicas e sociedades de economia mista, que acabam, ainda que indiretamente, por colocar o Poder Público como responsável final pelos riscos do empreendimento. Voltaremos a analisar este ponto mais agudamente ao longo do presente trabalho.

2.5. Renda da concessão em favor do Poder Público

Também não se encontrará no conceito clássico de concessão a possibilidade de instituição de renda derivada da exploração do serviço em favor do concedente ou do Poder Público. Modernamente, no entanto, é relativamente comum que sobre a receita da exploração do serviço incidam encargos em favor do Poder Público, seja na forma de ônus econômico da concessão ou na forma de tributos, taxas de fiscalização ou ainda na forma de contribuição para fundos de universalização¹²⁷.

A Lei brasileira de concessões institui claramente a possibilidade de cobrança de um ônus do concessionário em favor do concedente. O art. 15, da Lei nº 8.987/03, estabelece, nesse sentido, que um dos critérios de julgamento da concorrência para escolha do concessionário é o de maior oferta, melhor dizendo, que o concedente pode exigir o pagamento de uma oferta em dinheiro ou uma parte da receita do concessionário e que esse pode vir a ser fixado

126. Cf. **Justen Filho, Marçal**, 2003, p. 89; **Di Pietro, Maria Sylvia Zanella**, 2002, p. 108; **Gonçalves, Pedro**, 1999, p. 106; **Laubadère, André de e outros**, 1983, p. 296; **Guglielmi, Gilles J.**, 1994, p. 125; **Llorens, François**, “*La définition actuelle de la concession de service public em droit interne*”, in **Bréchon-Moulènes, Christine**, 1992, p. 24; **Ojeda, Alberto Ruiz**, “*Aplicaciones recientes em matéria ...*”, in **Ojeda, Alberto Ruiz e outros**, 2000, pp. 179 e seguintes.

127. Cf. **Llorens, François**, “*La définition actuelle de la concession de service public em droit interne*”, in **Bréchon-Moulènes, Christine**, 1992, p. 28, que discute a compatibilidade da previsão de renda em favor do Poder Público com a noção de concessão, em comparação com o contrato de arrendamento - “*affermage*”.

como um dos critérios para o julgamento da licitação que escolhe o concessionário. O entendimento do legislador brasileiro, nesse caso, foi o de que, em determinadas situações, a possibilidade de acesso ao mercado de serviços públicos em um específico setor é um ativo que, caso possua valor econômico relevante, pode se tornar um dos critérios de seleção dos interessados em acessar aquele mercado¹²⁸.

No caso do setor de telecomunicações no Brasil, temos um segundo exemplo dessa extração de uma parte das receitas da concessão pelo Poder Público, por meio, neste caso, da instituição de taxas de fiscalização de instalação e funcionamento e ônus das concessões para exploração dos serviços de telecomunicações em favor do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - Fistel (art. 47 e seguintes da Lei 9.472/97), bem como por meio de contribuições para o Fundo de Universalização dos Serviços Públicos de Telecomunicações - Fust (art. 81, da Lei nº 9.472/97 e Lei nº 9.998, de 17 de agosto de 2000)¹²⁹.

O arrendamento portuário é mais um exemplo no Direito brasileiro da tendência analisada neste ponto. O arrendamento portuário é figura contratual preconizada pela Lei 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, que assegura ao contratado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar e explorar instalação portuária (art. 4º). O arrendamento é evidentemente uma modalidade de concessão, pois compreende em seu objeto a delegação da gestão de instalações portuárias associada à realização de obras. O contratado assume encargos de investimento e remunera-se por meio da exploração econômica das instalações por ele geridas. Neste caso, mais uma vez, a administração passa a ser beneficiária de parte da renda gerada pela gestão privada das instalações portuárias, como ocorre em arrendamentos civis (art. 804 do Código Civil) e no já referido *affermage* do Direito francês.

128. Entendemos que essa hipótese facultada pela lei ao administrador deva ser aplicada com moderação e estritamente nos casos em que o acesso ao mercado possui realmente um valor agregado relevante a ponto de justificar a cobrança de um ônus em favor da administração, pois, de modo geral, a única consequência da cobrança desse ônus econômico do concessionário é uma majoração artificial do valor da tarifa cobrada do usuário.

129. Aqui encontramos não somente a intenção da administração de extração de uma vantagem econômica em função de possibilitar aos particulares o acesso a um segmento do mercado, mas, principalmente, a intenção de extrair do serviço as receitas necessárias para o custeio de todo o sistema que lhe envolve, notadamente no que se refere às atividades de fiscalização do próprio serviço e ao custeio das obrigações de universalização.

2.6. O modo de remuneração do concessionário

Em seu formato clássico, a concessão caracterizava-se, como vimos, pelo fato do concessionário remunerar-se por meio da cobrança de tarifas dos usuários¹³⁰. Essa idéia evoluiu, com o passar dos anos, em basicamente três direções. A primeira, para admitir que o concessionário buscasse remuneração proveniente de outras fontes de receita ligadas à exploração do serviço, mas que não fossem necessariamente as tarifas recebidas do usuário dos serviços públicos por ele prestados. A segunda, para aceitar a chamada “*solidariedade financeira*” na implementação dos objetivos da concessão, ou seja, a prestação pela administração de ajuda financeira ou subsídios no âmbito da concessão. A terceira, para reconhecer que, em determinadas circunstâncias, a administração possa assumir o encargo de pagamento direto do concessionário.

De certo modo, já analisamos essa matéria em traços gerais no item 2.3, acima, ao falarmos da extensão do objeto da concessão para abrigar serviços públicos não necessariamente rentáveis ou que, por suas características intrínsecas ou grau de desenvolvimento tecnológico, não comportam remuneração pelo usuário final: caso dos serviços públicos administrativos e dos serviços públicos “*uti universi*”. Cumpre-nos, aqui, aprofundar um pouco mais a discussão desse tema.

São praticamente inconteste na atualidade: (1) o fato do concessionário se remunerar não somente por meio da tarifa cobrada dos usuários, mas também por meio de todas as fontes de receitas imanentes à exploração econômica do serviço público, e (2) o fato de existirem, nessa mesma linha de raciocínio, concessões sem tarifa, pois o concessionário, nesses casos, consegue extrair toda a remuneração necessária a atingir os objetivos da con-

130. Cf. **Llorens, François**, “*La définition actuelle de la concession de service public em droit interne*”, in **Bréchon-Moulènes, Christine**, 1992, p. 36 e seguintes. O autor explica que a remuneração por tarifas (“*redevances*”) cobradas dos usuários há muito tempo tem sido considerada um dos critérios distintivos entre a concessão e os contratos administrativos comuns (“*marchés publics*”), mas que a tendência atual, por influência do Direito comunitário europeu, é de evolução dessa concepção, admitindo-se que o concessionário remunere-se de outras formas. De modo geral, costuma-se expressar essa nova concepção por meio de uma noção mais ampla da remuneração do concessionário, dizendo-se que o mesmo remunera-se pelos resultados financeiros oriundos da exploração do serviço.

cessão pela exploração de outras fontes de receita¹³¹. Há, inclusive, muitos exemplos na realidade que comprovam essa afirmação: concessões de serviços de radiodifusão televisiva ou sonora (realizados mediante a emissão de sinais abertos); concessões de manutenção de equipamentos urbanos (pontos de parada ou terminais de ônibus, por exemplo); o serviço de provimento gratuito de internet, entre outros, nos quais o concessionário não retira sua remuneração do usuário final por meio de tarifa, mas como decorrência da comercialização de publicidade ou de outras receitas associadas às potencialidades econômicas da concessão.

A própria Lei nº 8.987/95 (cf. art. 2º, III e art. 11) admite, conceitual e expressamente, a remuneração do concessionário pela fórmula ampla e atual da “*exploração do serviço ou da obra por prazo determinado*” e a exploração pelo concessionário de fontes alternativas de receita como método de “*favorecer a modicidade das tarifas*”.

Não há dúvida, portanto, de que, na atualidade, a concessão remunera o concessionário por meio da exploração econômica do serviço público, porém não necessariamente por meio de tarifas cobradas dos respectivos usuários desse serviço.

O segundo ponto apresenta-se um pouco mais polêmico. A possibilidade de ajuda econômica ou subsídio do Poder Público em favor do concessionário não é tema novo para os tratadistas da concessão¹³². **Laubadère, Moderne e Delvolvé** há muito trataram do tema, ressaltando que foi fruto da evolução do contrato de concessão de serviço público “*a solidariedade financeira que pode se estabelecer entre concedente e concessionário*” e concluindo que “*não se pode*

131. A noção de remuneração por meio da exploração do serviço ou da obra construída está presente em praticamente todos os tratadistas hodiernos, para a confirmação disso, verificar, no Brasil, **Medauar, Odete**, 2004, p. 379; **Di Pietro, Maria Sylvia Zanella**, 2002, p. 75; **Wald, Arnoldo e outros**, 2004, p. 203; **Justen Filho, Marçal**, 2003, p. 332; **Mello, Celso Antônio Bandeira de**, 2003, p. 644; **Araújo, Edimir Netto de**, 1987, p. 86, **Souto, Marcos Juruena Villela**, 2000, p. 94, entre muitos outros.

132. Já fizemos referência, acima, item 2.4. à “*solidariedade financeira*” na concessão: cf. **Justen Filho, Marçal**, 2003, p. 89; **Di Pietro, Maria Sylvia Zanella**, 2002, p. 108; **Gonçalves, Pedro**, 1999, p. 106; **Guglielmi, Gilles J.**, 1994, p. 125; **Llorens, François**, “*La définition actuelle de la concession de service public em droit interne*”, in **Bréchon-Moulènes, Christine**, 1992, p. 24; **Rinaud, Jean-Marie**, 1999, p. 104.

*mais definir a concessão pela remuneração somente sob a forma de tarifas*¹³³.

Mas há quem enxergue claros argumentos contrários a essa posição, sob o argumento de que a concessão não é, hoje em dia, senão um veículo de privatização e que não há sentido na utilização desse instituto se o Estado continuar a despendar seu orçamento no custeio, ainda que parcial, dos serviços públicos¹³⁴.

Recorde-se que os motivos apresentados pelo veto presidencial ao artigo 24, da Lei 8.987/95, faziam clara referência a esse entendimento, reconhecendo que garantias em relação à receita do concessionário *“além de incentivarem a ineficiência operacional (...) representam, na realidade, um risco potencial de dispêndio com subsídio pelo Poder Público”*¹³⁵.

A posição predominante, no entanto, na doutrina nacional e estrangeira é em defesa da possibilidade de subsídios, não faltando exemplos na realidade de concessões direta ou indiretamente subsidiadas¹³⁶. Entre nós vale citar a posição de **Justen Filho** - que resulta, inclusive, de uma mudança de pensamento deste autor, que originalmente se opunha à atenuação dos riscos do

133. Cf. **Laubadère, André de e outros**, 1983, p. 296.

134. **Groti, Dinorá Adelaide Museti** (Cf. 2003, p. 247) coloca o tema nos seguintes termos: *“Paira também dúvida sobre a viabilidade de outorga de subsídio pelo poder concedente para a composição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.”*, muito embora não defenda essa posição. Também não defende a posição da impossibilidade de subsídios, mas questiona o tema **Souto, Marcos Juruena Villela** (2000, p. 99-100), nos seguintes termos: *“No que concerne à possibilidade de o poder concedente prever subsídios em favor do concessionário, questiona-se se tal prática não colidiria com o próprio conceito de concessionário – art. 2º, III, da Lei 8.987/95 -, que prevê deva ele demonstrar capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado’. Isso poderia representar uma noção de que a tarifa seria, ao lado dos projetos complementares, a única forma de remuneração do concessionário, estando o concedente impedido de qualquer participação financeira.”*

135. Cf. **Wald, Arnaldo e outros**, 2004, p. 385.

136. No Direito estrangeiro, além do já citado trabalho de **Laubadère**, exemplificam a existência de subsídios às concessões **Guglielmi, Gilles J.**, 1994, p. 125; **Rinaud, Jean-Marie**, 1999, p. 104; **Mescheriakoff, Alain-Serge**, 1997, p. 371; **Gonçalves, Pedro**, 1999, p. 141; **Amaral, Diogo Freitas do e outro**, 2002, p. 475; **Ojeda, Alberto Ruiz**, *“Aplicaciones recientes em matéria ...”*, in **Ojeda, Alberto Ruiz e outros**, 2000, p. 133 e seguintes; **Rojas, Francisco José Villar**, 2000, p. 180; **Ortiz, Gaspar Ariño**, 1999, p. 312; **Delgado, Juan Francisco Mestre**, *“Las formas de prestación de los servicios públicos ...”*, in **Machado, Santiago Muñoz** (org.), 2003, v.2, p. 1515, entre outros.

concessionário - para quem:

A solução adotada no estrangeiro também pode ser praticada no Brasil. Não há particularidade no regime jurídico brasileiro que afaste a alocação de recursos públicos para a manutenção de serviço concedido. O conceito de concessão de serviço público não apresenta, tal como já apontado, uma definição precisa e exata.¹³⁷

De fato, não se pode nem mesmo argumentar que no Brasil seja incomum a “*solidariedade financeira*” entre concedente e concessionário. Há bom número de concessões (no setor de rodovias, por exemplo, ou de transportes ferroviários) em que a concedente responsabiliza-se por uma parte dos investimentos em modernização e ampliação, ou pelos custos de desapropriação, ou por gratuidades (para estudantes ou idosos, entre outros) eventualmente instituídas. Há, ainda, linhas de crédito favorecidas, geralmente disponibilizadas aos concessionários por instituições oficiais (pelo BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social -, por exemplo), visando à viabilização do respectivo *project financing* e não faltam, também, exemplos de aporte direto em concessões para socorro em eventuais crises¹³⁸.

Outro exemplo, embora mais sutil, de subsídio às concessões, encontra-se nos chamados *fundos de perequação tarifária*¹³⁹, também existentes entre

137. Cf. **Justen Filho, Marçal**, “As diversas configurações da concessão ...”, in RDPE, 2003, p. 129.

138. Entendem que o ordenamento brasileiro permite a existência de subvenção a concessionários privados, além de **Justen Filho**, acima referido, **Souto, Marcos Juruena Villela**, 2000, p. 100-101; **Mello, Celso Antônio Bandeira de**, 2003, p. 644; **Blanchet, Luiz Alberto**, 1995, p. 76; **Di Pietro, Maria Sylvia Zanella**, 2002, p. 108.

139. Os fundos de perequação ou de compensação tarifária são institutos jurídicos constantemente referidos pela doutrina europeia. Esses fundos geralmente são constituídos por meio de um percentual da tarifa paga pelos usuários, por contribuição dos operadores do serviço ou, ainda, por receitas do orçamento público, e são destinados a cobrir eventuais déficits apurados na prestação de serviços de pequena rentabilidade ou para subsidiar diretamente a universalização dos serviços em determinados casos. Geralmente os fundos de perequação servem à realização de subsídios cruzados, visando à fixação de tarifas módicas e acessíveis, mas podem vir a servir, até mesmo, como fonte de recursos para a garantia do aporte público em determinadas situações de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão

nós (veja, por exemplo, o ocorrido no setor elétrico após os chamados “*apagões*” de 2001, com a instituição de encargo emergencial sobre a tarifa de consumo de eletricidade¹⁴⁰ ou, ainda, o já referido fundo de universalização dos serviços de telecomunicações - Fust¹⁴¹), por meio dos quais a administração instituiu um subsídio cruzado¹⁴² na tarifa de alguns setores, de modo que uma parte da tarifa cobrada de todos usuários de um dado serviço sirva a compensar o concessionário pela prestação em segmentos não rentáveis deste mesmo serviço, mas cujo atendimento é imprescindível à sua generalidade e universalidade¹⁴³.

É bom esclarecer que não fazemos aqui uma defesa da utilização indiscriminada dos subsídios ou ajudas estatais nas concessões, fato que realmente poderia levar ao desvirtuamento de uma das diretrizes principais de sua utilização nos dias de hoje (a atração de capitais financeiros privados e redução dos gastos orçamentários públicos diretos com a criação, manutenção, modernização e ampliação dos serviços públicos, como anteriormente já dissemos). O que fazemos, sim, é constatar que não há como se defender a tese clássica de que a concessão é um contrato pelo qual o concessionário remunera-se exclusivamente por tarifas recebidas dos usuários, pois não é mais assim na teoria e não é o que ocorre na prática. Além disso, essa posição realista auxilia

(Cf. **Raymundie, Olivier**, 1995, p. 329; **Rainaud, Jean-Marie**, 1999, p. 104-106; **Rojas, Francisco José Villar**, 2000, p. 179 e seguintes; **Gouveia Rodrigo**, 2001, p. 35; **Sokolof, Pascal**, 2004, p. 320; **Long, Martine**, “*La tarification des services publics industriels et commerciaux locaux*”, in **Auby, Jean-Bernard (org.) e outros**, 2003, p. 74).

140. Lei 10.438, de 26 de abril de 2002.

141. Lei 9.998, de 17 de agosto de 2000.

142. O chamado subsídio cruzado corresponde geralmente à conjugação de serviços muito rentáveis com outros pouco rentáveis, de modo que o excesso de renda produzido por um serve ao custeio dos déficits gerados pelo outro. Atualmente é comum que a regulação de alguns serviços crie fundos, por meio dos quais, os usuários contribuam para o equilíbrio de atividades essenciais, muito embora deficitárias, são os chamados fundos de universalização, fundos de perequação tarifária, entre outros.

143. Vale referência o fato do parágrafo único do art. 119, da Constituição do Estado de São Paulo, vedar o subsídio de concessões e permissões na hipótese dos serviços delegados serem “*prestados por particulares*”. A norma somente vigora no âmbito das relações contratuais firmadas pelo Estado de São Paulo e não teve, até o momento, sua constitucionalidade questionada, muito embora nos pareça francamente exorbitante da competência legislativa do Estado estabelecer norma relativa a contratos administrativos com tamanha generalidade, quando a lei federal, competente para editar normas gerais nessa matéria (art. 22, inciso XXVII da Constituição Federal), não estabelece nenhum tipo de vedação a subsídios.

na interpretação do ordenamento jurídico, livrando-nos de preconceitos que, como vimos, derivam da repercussão, até hoje, do conceito clássico da concessão e que, no mais das vezes, levam a um aproveitamento muito menor da concessão do que poderia haver¹⁴⁴.

Por fim, resta analisar a vertente evolutiva mais polêmica da remuneração do concessionário, qual seja, a admissão de que não há descaracterização da concessão em casos em que a administração assumo o encargo de pagamento direto do concessionário.

A posição, neste caso, do Direito francês é muito distinta da estabelecida por outros sistemas jurídicos, pois entre os franceses busca-se, há algum tempo, estabelecer uma rigorosa diferença entre a concessão e os demais contratos de gestão delegada ou privada de serviços públicos (como já vimos: o arrendamento, a gestão interessada, a gerência, o mandato, os METP¹⁴⁵), e um dos critérios principais de diferenciação encontra-se na percepção ou não de pagamentos diretos do concedente. Para os franceses é inconcebível que o concessionário receba pagamentos diretos da administração, pois esse recebimento levaria, necessariamente, o contrato a se caracterizar como uma gestão interessada ou um METP¹⁴⁶.

Porém, em sistemas jurídicos em que não há uma variedade muito grande de *contratos de delegação da gestão de serviços públicos*¹⁴⁷, a concessão tende a incorporar regras de remuneração mais amplas e diversificadas, não se lhe

144. Há efetivamente uma série de empreendimentos na área de ampliação, modernização e manutenção de serviços e infra-estrutura que não se viabilizam sem alguma garantia ou aporte da administração, há vários exemplos disso na área de transportes coletivos, em auto-estradas e em saneamento básico. A não utilização da concessão nesses casos, aliada aos limites de endividamento público em vigor, leva invariavelmente à não realização desses empreendimentos, com grande prejuízo para a população e para a economia nacionais.

145. Contratos *vizinhos* da concessão Cf. **Laubadère, André de, e outros**, 1983, p. 283 e seguintes; **Vedel, Georges e outro**, 1992, v. 2, p. 790 e **Llorens, François**, “*La définition actuelle de la concession de service public em droit interne*”, in **Bréchon-Moulènes, Christine**, 1992, p. 53-55.

146. Com conseqüências bem práticas, neste caso, porque, ao ser um METP, o contrato passa a ser regido pela legislação de “*marches publics*” e decorrentemente a escolha do prestador deve ser precedida de licitação pública especificamente prevista para esses contratos.

147. Essa expressão é a usada também por **Pedro Gonçalves** (2003, p. 74) e que, segundo entendemos, como será visto na seqüência deste estudo, tende a se generalizar.

vedando a possibilidade do concessionário ser remunerado diretamente pelo concedente, uma vez verificadas circunstâncias que a justifiquem.

No Direito português, por exemplo, como explica **Pedro Gonçalves**:

[...] ao contrário do que se verifica noutros ordenamentos jurídicos (v.g. francês e espanhol), não há no direito português nenhum princípio ou norma jurídica que impeça de qualificar como concessão de serviço público o acto que ‘concede’ a uma entidade o ‘direito de gerir um serviço público’ e que estabelece como contrapartida do gestor uma remuneração suportada exclusivamente pelo concedente.¹⁴⁸

O Direito britânico, por seu turno, criou a figura do *pedágio-sombra* ou pedágio fictício. Neste caso, realizaram-se inicialmente concessões (ou contratos de BOT – Build Operate and Transfer) para a construção, manutenção e ampliação de vias públicas, nas quais, ou por situarem-se em meio urbano ou ante a falta de “*cultura de pedágio*” da população usuária, o concessionário obtinha sua remuneração diretamente da administração, em função do volume de tráfego de veículos¹⁴⁹. Outros ordenamentos rapidamente viram nesta modalidade de concessão uma oportunidade de financiamento de obras e serviços que não possuíam rentabilidade para sua concessão em moldes tradicionais.

O Direito alemão, cuja experiência com as concessões se revitalizou recentemente, na tentativa de resolver os problemas de financiamento para a construção de redes de captação e sistemas de tratamento de esgotos (que com grande frequência apresentam inviabilidade econômica, em termos de rentabilidade pelos moldes clássicos da concessão) criou o “*Betreibermodelle*”, tipo de concessão na qual o concessionário é remunerado após a realização das obras e demais investimentos, diretamente pelo concedente, no prazo geral-

148. Cf. **Gonçalves, Pedro**, 1999, p. 141. O autor dá como exemplos dessa espécie de concessão em Portugal a do serviço público de televisão, no caso da RTP, vinculada ao regime da Lei 31-A/98 e a concessão de auto-estrada sem cobrança dos utilizadores, mas com “**pedágio-sombra**”, isto é, com cobrança do concedente em função do volume de automóveis que trafegam pela rodovia.

149. Cf. **Bettinger, Christian**, 1997, p. 117.

mente de 30 (trinta) anos¹⁵⁰.

Mesmo no Direito espanhol que, como vimos, possui contratos como o de gestão interessada, o sistema de *pedágio-sombra* tem sido utilizado, bem como outros sistemas que transferem o encargo de pagamento do concessionário do usuário final para o concedente, como reconhece **Ruiz Ojeda**:

A concessão de obra pública aparece na Lei 13/1995, de Contratos das Administrações Públicas, como uma figura aberta do ponto de vista dos mecanismos de retribuição do concessionário (...) há casos em que, embora inexista pagamento por parte dos usuários e recaindo sobre a Administração integralmente os ingressos que percebe o concessionário, se mantém em sentido verdadeiro e próprio o risco comercial do concessionário. É o que acontece no caso do financiamento de obras públicas mediante pedágio-sombra.¹⁵¹

No Brasil, temos também, efetivamente, alguns exemplos dessa tendência. Já citamos, aqui, o caso dos serviços de limpeza pública no Município de São Paulo¹⁵² e no Município de Vitória¹⁵³, bem como dos serviços de tratamento de esgoto nos Municípios de Itu¹⁵⁴ e Jundiaí¹⁵⁵. Em todos esses casos, o concedente, em função das peculiaridades sócio-econômicas do serviço, assume a obrigação de pagamento da concessionária, embora realize a cobrança de taxa ou tarifa dos usuários para a cobertura de parte das despesas orçamentárias.

Frisamos, mais uma vez, que essa tendência é simplesmente reveladora, também entre nós, de uma evolução conceitual da concessão de serviços públicos e de obras públicas. Não há atualmente um movimento de abandono

150. Cf. **Raymundie, Olivier**, 1995, p. 137-142 e **Bettinger, Christian**, 1997, p. 106.

151. Cf. **Ojeda, Alberto Ruiz**, “*Aplicaciones recientes em matéria ...*”, in **Ojeda, Alberto Ruiz e outros**, 2000, p. 200-201.

152. Lei Municipal 13.478, de 30 de dezembro de 2002.

153. Lei Municipal 6.979, de 30 de dezembro de 2003.

154. Lei Municipal 3.735, de 18 de abril de 1995.

155. Lei Municipal 5.307, de 5 de outubro de 1999.

da cláusula de remuneração pelo usuário, nem é isso o que defendemos nesse trabalho (quisera todos tivessem a capacidade econômica de pagar pelos serviços públicos tornando-os indiscriminadamente rentáveis). O que há é uma busca por novas alternativas de remuneração do concessionário, que viabilizem o financiamento de empreendimentos públicos essenciais ao bem estar da população, ao meio ambiente ou ao desenvolvimento econômico, ainda que estes não se apresentem completamente auto-sustentáveis sob o prisma econômico, como é o caso, em muitas ocasiões, dos serviços de tratamento de esgoto, limpeza pública, transportes, manutenção e ampliação de rodovias, entre outros¹⁵⁶.

Nota-se, portanto, que há inequívoco desenvolvimento de diversos ordenamentos legais, inclusive do ordenamento brasileiro, no sentido de admitir-se que a concessão incorpore em seu regime jurídico diferentes formas de remuneração do concessionário: a remuneração tradicional por tarifas pagas pelo usuário; a remuneração pela exploração do serviço ou da obra (esta no caso da concessão de obra); a remuneração mista, em parte decorrente da exploração do serviço ou da obra, em parte decorrente de auxílios ou subsídios públicos e, afinal, a remuneração exclusiva pelo concedente.

2.7. O status jurídico dos usuários

Muito embora não represente uma alteração conceitual da concessão de serviços públicos é importante anotar uma evolução significativa havida no *status* jurídico do usuário.

Se, por um lado, a concessão já era vista classicamente como veículo de uma relação tripartite, tendo em uma das pontas o usuário - e essa característica continua presente nas concessões atuais -, por outro lado, é preciso reconhecer que hoje o usuário se encontra numa posição jurídica muito diferenciada daquela antevista pela acepção clássica da concessão. Há, de certo modo, uma valorização do usuário que deixa o papel de espectador passivo, de mero objeto das ações do concedente e do concessionário, para assumir uma

156. Apóia-nos na compreensão de que o Direito brasileiro contempla e admite modelos de concessão em que a remuneração do concessionário seja paga diretamente pela administração pública: **Justen Filho, Marçal**, “As diversas configurações da concessão ...”, in RDPE, 2003, p. 129-132 e **Porto Neto, Benedicto**, 1998, p. 76.

função ativa e participativa na concessão, passando a atuar como agente no processo de regulação, no controle e na fiscalização dos serviços concedidos.

Essa valorização do usuário é descrita por muitos como a migração da figura clássica do usuário para a figura do *cliente*, numa analogia com os serviços privados prestados pelo mercado. Cliente do qual se espera o exercício de direitos e não que seja o simples receptáculo passivo de uma atividade fruto de relação contratual regulada, celebrada, executada e controlada no âmbito exclusivo da relação entre concedente e concessionário¹⁵⁷. Na prática, essa idéia se expressa por meio da codificação dos direitos dos usuários em diplomas gerais (cartas ou códigos de direito dos usuários de serviços públicos¹⁵⁸) ou em regulamentos dos respectivos serviços; pelo incentivo à criação de entidades associativas ou comitês de usuários¹⁵⁹ e por utilização de mecanismos de participação do usuário no processo de regulação e controle dos serviços (consultas e audiências públicas, direito de petição, entre outros¹⁶⁰).

No Brasil, como exemplo do que dissemos, a Lei nº 8.987/95 estatui, em seu art. 7º, um conjunto de direitos e obrigações do usuário, sem prejuízo dos direitos previstos na Lei nº 8.078/90 (Código do Consumidor), bem como a participação do usuário no exercício da fiscalização dos serviços concedidos (art. 30, parágrafo único). Ainda exemplificando essa tendência, a Lei 9.472/97 (lei geral de telecomunicações), além de estatuir um rol de direitos do usuário (art. 3º.), estabelece a obrigatoriedade de procedimento de consulta pública nos processos de regulação (art. 42). A própria Constituição Federal, após o advento da Emenda Constitucional nº 19, passou a testemunhar essa alteração do papel do usuário ao prever (art. 37, § 3º, I) a disciplina legal das “*reclamações relativas à prestação dos serviços em geral*”.

Inegável, portanto, a alteração do *status* jurídico do usuário, que passa ago-

157. Cf. **Royo, David Sancho**, 1999, pp. 29 e 45; **Coing, Henry**, “*Services Urbains et Ville ...*”, in *Societes Contemporaines*, nº 32/98, p. 59 e **Auby, Jean-François**, 1996, pp. 99 e seguintes.

158. Do que é exemplo a *Citizen's Charter Act* do Direito britânico (Cf. **Mameli, Bárbara**, 1998, p. 268) ou o Código do Consumidor brasileiro, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.

159. Cf. **Cocconi, Mônica**, “*Servizi pubblici locali e modelli di gestione ...*”, in Sanviti, Giuseppe (org.), 1995, p. 222.

160. Cf. **Perez, Marcos Augusto**, 2004, pp. 168 e seguintes.

ra a ser visto como agente colaborador na prestação dos serviços públicos, ou melhor, como agente que contribui na definição das diretrizes e do modo de prestação do serviço, no momento de sua regulação, e no controle e fiscalização das atividades do concessionário.

2.8. A submissão à regulação econômica

O último, mas não o menos importante, dos traços revelados pelo desenvolvimento da concessão de serviços públicos decorre da noção atual, já comentada no capítulo anterior, de que muitos serviços públicos (especialmente os de natureza industrial e comercial) passaram a ser prestados em regime de competição econômica ou, caso se prefira, em regime de mercado, o que conduz necessariamente à idéia de criação de uma regulação do mercado de serviços públicos¹⁶¹.

A regulação econômica, enquanto atividade estatal, advém da necessidade de corrigir-se as falhas ou desvios que todos os mercados tendem a apresentar e que podem vir a prejudicar o interesse público¹⁶². No caso dos serviços públicos, recém abertos à competição, há uma preocupação com a criação de um mercado setorial, em ramos de atividades que eram considerados até há pouco tempo como monopólio natural do ponto de vista econômico¹⁶³.

161. Cf. **Breyer, Stephen G. e outros**, 2002, p. 4, segundo os quais: “Nenhum governo pode evitar a regulação” ou **Sunstein, Cass R.**, 1997, p. 5 para quem: “A noção de “laissez-faire” é uma grotesca deformação do que os mercados livres requerem e não prescindem. Mercados livres dependem do Direito para sua existência.” e, por fim, **Rojas, Francisco José Villar**, “Os caminhos da privatização ...”, in *Studia Iuridica* 60, 2001, p. 215, que conclui: “Numa análise público-jurídica, a principal consequência da privatização de serviços públicos é sua reordenação jurídica (...) o mercado não é a lei da selva (...) o mercado é regulação”.

162. Há alguma polêmica em torno da noção jurídica de regulação econômica, conforme testemunha **Marques Neto, Floriano Peixoto de Azevedo**, “Limites à abrangência e à intensidade ...”, in *RDPE*, 2003, v.1, p. 71-75. Não há razão para esmiuçarmos o assunto aqui, pois as pequenas diferenças relacionadas à definição de regulação econômica, constatadas a partir do enfoque dado à matéria por distintos tratadistas, não repercute sobre as afirmações que ora fazemos.

163. Cf. **Moreira Neto, Diogo de Figueiredo**, 2001, p. 437; **Rachline, François**, 1996, pp. 76 e seguintes; **Moreira, Vital**, 1997, pp. 43 e seguintes; **Marzi, Graziella e outros**, 2001, pp. 57 e seguintes; **García-Morato, Lúcia López de Castro e outro**, 2003, pp. 8 e seguintes e **Ortiz, Gaspar Ariño**, 1999, pp. 554 e seguintes.

Assim, para a regulação econômica de um dado serviço público será importante criar mecanismos que evitem a criação de monopólios, cartéis ou trustes, pois a formação dessas estruturas tende a levar a uma formação artificial dos preços, deformando-se a lógica de oferta e procura, prejudicando-se o público (os consumidores) de uma forma geral. Outro exemplo do que acima dissemos vamos encontrar, mais especificamente, na criação de normas para regular o compartilhamento de infra-estruturas essenciais à realização de uma dada atividade econômica ou serviço público, de modo a permitir a entrada de novos competidores num dado mercado, competidores que, sem a regra de compartilhamento, teriam que realizar investimentos tão altos que, provavelmente, desistiriam da disputa daquele mercado¹⁶⁴.

Como dizem **García-Morato e Ariño**:

[...] uma regulação conforme o mercado tratará de oferecer incentivos que empurrem as empresas a operarem mais eficientemente, obtendo assim uma maior participação no mercado ou um maior benefício (...) os aspectos fundamentais (...) são dois: garantir a prestação presente e futura do serviço de que se trate e estabelecer os níveis adequados na relação qualidade-preço, segundo o grau de desenvolvimento e as prioridades que a sociedade queira estabelecer. Na medida em que, para obter esses fins, seja necessário e imprescindível intervir na atividade e nas decisões empresariais, estará justificada a regulação.¹⁶⁵

O fato é que a competição torna as empresas mais eficientes, leva-as a reduzirem seus custos para praticar preços menores para os clientes ou usuários, leva-as à busca de crescente qualidade na prestação de serviços, como forma de atração e fidelização dos consumidores, o que alça a competição a justificar a submissão de determinados serviços públicos à regulação econômica.

Temos alguns exemplos desse fato no Brasil, dentre os quais talvez o mais expressivo seja o caso dos serviços de telecomunicação. Até 1997, os serviços

164. Sobre este assunto, conhecido como compartilhamento de “*essential facilities*”, vale verificar os apontamentos de **Salomão Filho, Calixto**, 2001, p. 54.

165. Cf. **García-Morato, Lúcia López de Castro e outro** 2003, p. 10.

de telefonia no Brasil possuíam índice baixíssimo de universalização, a disponibilidade de linhas dependia dos “*planos de expansão*” das companhias estatais de telefonia, que demandavam do usuário a espera por vários anos para a instalação de um telefone fixo residencial; as linhas eram comercializadas num “mercado paralelo” e, no Município de São Paulo, chegavam a atingir o preço de US\$ 3.000,00 (três mil dólares norte-americanos).

Com a edição da Lei 9.472/97 (lei geral de telecomunicações) e a privatização do setor, estabeleceu-se uma competição regulada entre a concessionária dos serviços (desestatizada) e empresas que passaram a operar em regime privado (mediante autorização); uma competição entre as operadoras de telefonia fixa e as operadoras de telefonia móvel; e, ainda, projetou-se, para o futuro (momento em que as concessionárias atingissem as metas de universalização) a possibilidade de maior competição entre elas, mediante operação dos serviços fora de sua área original de concessão.

Isso bastou para que, em menos de 5 (cinco) anos, ocorresse uma autêntica reviravolta no setor de telecomunicações. Eliminaram-se os “*mercados paralelos*”; eliminaram-se as filas de espera para instalação telefônica; as metas de universalização foram alcançadas pela maioria dos concessionários antes de seu prazo final; as redes se modernizaram; as tarifas foram reduzidas (notadamente as de longa distância, setor onde o modelo previu maior competição).

Há, evidentemente, setores em que a competição ou a criação de um mercado de serviços públicos é inviável, seja em razão das condições econômicas (não rentabilidade), seja por razões políticas (opção constitucional pela prestação direta ou em regime de exclusividade do serviço), seja por razões tecnológicas (impossibilidade tecnológica de compartilhamento de redes, entre outras)¹⁶⁶. Nestes casos não há grande alteração do conteúdo da regulação dos serviços públicos, em relação ao modelo concessório clássico¹⁶⁷. Em serviços

166. Cf. **Salomão Filho, Calixto**, 2001, p. 28, que vai até mais além, excluindo algumas atividades da prestação por particulares pois “*O que importa é a existência de relevância social na atividade, que faz com que ela não possa ser prestada pelos particulares sem efeitos distributivos perversos*”.

167. A regulação econômica nestes setores, como dizem, mais uma vez, **García-Morato e Ariño**: “*está afeta a setores objeto de intervenção (em muitos casos serviços públicos), centra-se fundamentalmente na entrada e saída da atividade (em muitos casos mediante concessões) e afeta às condições econômicas em que a actividade se desenvolve: ao ‘quantum’ de produção, às zonas ou mercados que servem cada empresa, ao preços ou retribuições que*

não submetidos à competição continua a existir a regulação estatal minudente de atividade do concessionário, sem preocupação de torná-lo mais livre de amarras tradicionais, a fim de que se busque a forma mais conveniente e eficiente de competir com as demais empresas prestadoras de serviço público.

Portanto, nem todos os serviços públicos são prestados em regime de competição e mercado, mas, onde estes são assim prestados, há o convívio da concessão com as normas de regulação econômica que regem aquele dado setor¹⁶⁸.

Esse convívio, além de ser uma novidade importante no regime jurídico das concessões (daí tratá-lo nesse ponto de nosso trabalho), tende a reproduzir um regime onde a intervenção estatal passa a ser altamente complexa em face de lidar muitas vezes com valores contraditórios: liberdade de atuação *versus* obrigações de universalização; ampliação da competitividade *versus* preservação do equilíbrio econômico, entre outros. Sem que ainda seja o momento de aprofundar este assunto, há que se antever que esse ingrediente novo no regime jurídico das concessões (o convívio das normas contratuais com a com a regulação econômica) irá fabricar uma sorte variada de questões relacionadas com o risco dos contratos de concessão.

2.9. Uma definição atualizada

Ao cabo de todas essas observações, cumpre-nos resumir nosso pensamento. Não nos interessa conceituar a concessão de forma absolutamente fechada, afinal, como vimos, a concessão é um instituto jurídico em franca transforma-

percebem por aquela e, por fim, ao negócio em que a atividade consiste propriamente dito.”, Cf. **García-Morato, Lúcia López de Castro e outro**, 2003, p. 8.

168. Em matéria de serviços públicos, em função das limitações que por vezes surgem à criação de um livre mercado nesses setores, por vezes veicula-se uma noção de competição “pelo mercado”, distinta da competição “no mercado”. No primeiro caso realiza-se uma competição (fala-se geralmente de um certame licitatório) para decidir quem, em regime de exclusividade, acessará um dado mercado (serviço público prestado em uma determinada região geográfica, por exemplo). A competição “no mercado” dá-se quando se faculta a mais de um prestador, com ou sem limites, o acesso a uma dada região ou ramo de atividade (por vezes por meio de prestadores diferentes para modais de serviços diversos, por exemplo transporte por meio de ônibus concorrendo com transporte por metrô) – Cf. **Delvolvé, Pierre**, “Perspectives d’ évolution ...”, in **Bréchon-Moulènes, Christine e outros**, 1992, pp 113 e seguintes e **Rangone, Nicoletta**, 1999, p. 38 e seguintes.

ção. Mas é possível revelar, tal como fotografia, seus traços momentâneos, nos dias de hoje, estabelecendo de forma aproximada seu perfil.

Nesse sentido, a concessão é um contrato cujo objeto é a **delegação da gestão** de um serviço público ou de uma obra pública e, na maior parte das vezes, de ambos. Contrato em que figura como concedente a entidade da administração direta ou da administração indireta, a quem a lei confere competência para efetuar a delegação da gestão do serviço ou obra. Contrato em que figura como concessionário um particular ou uma pessoa jurídica estatal, autárquica ou de Direito Privado.

Deixam de ser essenciais à definição da concessão detalhes como a natureza específica da atividade delegada; a transferência integral dos riscos do empreendimento ao concessionário e a forma de remuneração do concessionário. Entre os serviços objeto de gestão delegada encontramos serviços comerciais e industriais ou serviços administrativos. A exploração do serviço ou da obra se dá mediante partilha dos riscos ligados à execução-contratual entre concedente e concessionário contratuais, nos termos das diretrizes fixadas em cada contrato¹⁶⁹. Além dos riscos, a renda fruto da concessão pode ser também partilhada entre concedente e concessionário. A remuneração do concessionário pode se dar pela exploração do serviço ou da obra (por meio de tarifas pagas pelo usuário ou outras fontes alternativas de remuneração); em parte pela exploração do serviço ou da obra, em parte por meio de auxílios ou subsídios públicos e, afinal, por meio de pagamento direto pelo concedente.

Acrescem-se, não como elemento de definição, mas como detalhes importantes do hodierno regime concessório, a valorização do papel do usuário, que passa a ser considerado pela legislação como agente colaborador na prestação dos serviços públicos - especialmente pela sua participação na regulação e na fiscalização das atividades do concessionário - e a submissão do contrato de concessão e, logicamente, do concessionário à regulação econômica estatal, especialmente naqueles serviços objeto de competição ou formadores de novos mercados.

O perfil atual da concessão somente se completa, entretanto, com duas ca-

169. Estudaremos mais detidamente esse assunto na seqüência deste trabalho.

racterísticas que, até agora, não comentamos. A primeira, refere-se ao fato da concessão constituir, na verdade, um instrumento voltado à realização de um projeto de financiamento (na maior parte das vezes um financiamento privado) de obras e serviços públicos. A segunda, necessariamente ligada à anterior, refere-se ao fato da concessão ser um contrato de longo prazo, durante o qual, os compromissos financeiros assumidos pelo concessionário são adimplidos e sua expectativa de lucro é realizada.

Ora, sem considerar que o contrato de concessão vincula-se à idéia de realização de um projeto de financiamento, ou melhor, de um financiamento sob responsabilidade contratual do concessionário, que será amortizado a longo prazo, deixamos de apontar a maior utilidade da concessão, nos dias atuais.

Assim sendo, podemos concluir que o contrato de concessão é, essencialmente, um instrumento de delegação da gestão de serviços e obras públicas, calcado em um projeto de financiamento de longo prazo¹⁷⁰.

3. A concessão como gestão delegada de serviços públicos no Direito brasileiro

A análise feita acima deve ser completada com um olhar mais agudo sobre o Direito brasileiro.

No Brasil a concessão de serviços públicos é matéria constitucional¹⁷¹. O

170. Esses traços diferenciam claramente a concessão do contrato de prestação de serviços e de obra pública. As contratações de empreitada de serviços ou obras não compreendem a delegação da gestão desses cometimentos. Na prestação de serviços ou na obra pública a execução da atividade é privada, mas sua gestão é pública, tanto que os serviços e as obras se dão mediante estrita fiscalização da administração pública, sob projeto aprovado pelo poder público e sob comando das autoridades públicas. Não tem o empreiteiro a margem de liberdade e discricionariedade que possui o gestor ou concessionário dos serviços, na condução da concessão. Os contratos de prestação de serviço, além disso, não se concretizam mediante a realização de um projeto de financiamento (no Brasil, como sabemos, há até vedação legal para a inclusão da captação de financiamentos, no objeto da contratação de obras e serviços – art. 7º, § 3º, da Lei 8.666/93). Por fim, os contratos de prestação de serviço e de obra pública têm prazo legal limitado (justamente em razão da desnecessidade de atrelá-los à amortização de financiamento de longo prazo).

171. Um bom histórico da utilização da concessão de serviços públicos no Brasil, até o advento da Constituição de 1988, pode ser recolhido de uma série de artigos de **Caio Tácito** (1997), v.

artigo 175, da Constituição Federal, estabelece que “*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*”, norma que em face de sua amplitude, merece alguma reflexão de nossa parte, para que possamos extrair dela todo o seu alcance jurídico.

Primeiramente, verifica-se que o art. 175 refere-se a duas modalidades de prestação de serviços públicos: a prestação direta e a prestação mediante concessão e permissão. Poderíamos dizer, de outra forma, que a Constituição previu a gestão direta de serviços públicos, que se consuma pela própria administração pública, sem intermediação contratual, e a **gestão delegada de serviços públicos**, que se dá mediante celebração de contratos de concessão e permissão¹⁷².

Observe-se, outrossim, que a Constituição não estabelece maiores detalhes quanto ao objeto, à forma e ao regime jurídico da concessão e da permissão, que, ressalvado o fato de subordinarem-se à forma contratual¹⁷³, devem ser reguladas infraconstitucionalmente.

Sendo assim, vemos, primeiramente, que a Constituição somente admitiu duas formas de gestão delegada de serviços públicos: a concessão e a permissão¹⁷⁴. Por outro lado, como o conteúdo jurídico desses contratos de delegação

1, p. 199-255, “*O equilíbrio financeiro ...*”. v. 1, p. 753-759, “*Reforma do Estatuto de Concessões ...*”, v.1., p. 761-776, “*Evolução das Concessões ...*”, entre outros reunidos na mesma obra.

172. Preferimos a expressão **gestão** delegada ou direta à expressão **execução** delegada ou direta, porque a primeira nos parece definir de modo mais preciso o objeto das concessões na atualidade (v. item 2.9 *supra* e observações anteriores neste mesmo capítulo).

173. A adoção da forma contratual vem regradada tanto no *caput* do art. 175, que se refere à invariável precedência de licitação, como no inciso I, do parágrafo único, do mesmo artigo, que remete à lei a competência de dispor sobre as concessionárias e permissionárias de serviço público e o “*caráter especial de seu contrato*”.

174. Não concordamos com a tese de que a autorização seja uma forma de delegação de serviços públicos ao lado da concessão e da permissão (Cf. **Di Pietro, Maria Sylvia Zanella**, 2002, pp. 132 e seguintes), a referência constante do art. 21, XII, à autorização não nos parece *data venia* credenciar essa posição. A autorização referida no art. 21, XII, da Constituição Federal, assim como aquela referida pela Lei 9.472/97 (telecomunicações) ou pela Lei 9.074/95 (energia elétrica) não se difere em fundamento das autorizações (tradicionais no Direito brasileiro) que facultam ao particular o desempenho de uma atividade econômica submetendo-o à polícia administrativa. A Constituição Federal, neste caso, simplesmente ampliou o leque das possibilidades do legislador, facultando-lhe a passagem de alguns

da gestão de serviços públicos deve ser fixado por lei, abre-se efetivamente a possibilidade de criação legislativa de diferentes modalidades contratuais de concessão e permissão.

Portanto, a Constituição Federal possibilita que a lei dê abrigo à criação, entre nós, de diferentes contratos de delegação de gestão de serviços públicos, tais como os de: arrendamento, gestão interessada ou gerência. Não obstante essa possibilidade, estas novas formas de delegação da gestão de serviços públicos serão, necessariamente, espécies de concessões ou permissões¹⁷⁵.

Além disso, verificamos que a Constituição Federal não limita o objeto da concessão aos serviços públicos comerciais e industriais, o que possibilita, como acima analisamos, a extensão da gestão delegada a serviços públicos administrativos¹⁷⁶.

Essas constatações são confirmadas pela legislação infraconstitucional que, já pudemos ver, fornece vários exemplos de concessões sob novo formato: ora sem tarifa, mas com remuneração pela exploração do serviço ou da obra; ora remunerada diretamente pelo Poder Público; ora subsidiadas; ora tendo como concessionário entidade da administração indireta, entre outros muitos exemplos acima citados.

A própria Lei nº 8.987/95 confirma esse entendimento por intermédio de diversas regras. O art. 1º. deste diploma legal, em seu parágrafo único, por exemplo, remete às pessoas públicas coletivas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) a incumbência de editar normas específicas de concessão que busquem “*atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços*”. O art. 2º. da Lei 8.987/95, reitere-se, define concessões mistas (de

serviços públicos da regência direta ou delegada (prestados em regime predominante de Direito Público), para a regência meramente regulada, típica dos chamados *serviços públicos impróprios* (que remete à prestação do serviço sob regência predominante do Direito Privado). Voltaremos a este assunto mais adiante.

175. O mesmo ocorre, como vimos anteriormente (item 2.6, *supra*), no Direito português e nos demais ordenamentos que não se importam com a definição normativa estrita da concessão.

176. O que é sistematicamente ratificado, por exemplo, pelo art. 197, da Constituição Federal, que estabelece que os serviços públicos de saúde devem ser executados “*diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de Direito Privado*”, seguido pelo art. 199 que vincula as instituições privadas ao sistema único de saúde por meio de “*contrato de Direito Público ou convênio*”.

serviços e obras), ampliando o objeto da concessão de serviços e define esta, na linha que defendemos, como veículo genérico de “delegação” de serviços públicos, sem carregar a maior parte dos apetrechos da definição clássica¹⁷⁷. O art. 16, ainda da Lei 8.987/95, autoriza o regime de competição entre concessionários de serviços públicos (ressalvados os casos de inviabilidade técnica ou econômica). Os incisos VI e XII, do art. 18, admitem, respectivamente, a remuneração do concessionário por fontes de receita alternativa e a solidariedade financeira, ao permitir que o Poder Público assumira o ônus econômico de desapropriações ou servidões administrativas (o art. 17, anteriormente analisado, prevê o pagamento de subsídios ao concessionário). O art. 23, também da Lei 8.987/95, ao tratar das cláusulas essenciais do contrato de concessão, fala na estipulação de “*preço do serviço*” (inciso IV), em virtude do que compreendemos que o mesmo regula uma alternativa ao regime de remuneração do concessionário exclusivamente por tarifas cobradas do usuário.

Consideramos que essas observações sejam suficientes para demonstrar que o ordenamento brasileiro alinha-se perfeitamente às tendências atuais em relação à concessão de serviço público. Entre nós, a concessão¹⁷⁸ assume, portanto, o viés de instrumento geral de delegação da gestão de serviços públicos, cujo formato jurídico deve se amoldar às peculiaridades de cada serviço público e, mais especificamente, de cada empreendimento, cuja implementação encontre-se nas intenções do Poder Público.

4. Concessões; PPPs e Autorizações de Serviço Público: perspectivas futuras da concessão

Se a constatação do quadro atual em que se emoldura a concessão de serviço público não é tarefa pouco árdua, mais difícil ainda é a predição do que acontecerá em futuro próximo com este instituto jurídico. Especialmente em matéria de prestação de serviços públicos, somos, os operadores do Direito,

177. O art. 2º vai, contudo, referir-se à concessão como contrato que se dá por conta e risco do concessionário, questão que analisaremos mais detidamente na seqüência deste trabalho.

178. E também, embora com menor importância, a permissão que, em nossa opinião, nada mais é que uma modalidade de concessão gravada por precariedade ou maior flexibilidade de seu regime jurídico em relação ao gênero concessão.

herdeiros dos movimentos da economia que, segundo podemos verificar pela história do último século, ora tende à maior liberdade econômica, valorizando o setor privado da economia, ora tende ao maior intervencionismo governamental, valorizando o papel desempenhado pelo Estado em prol do desenvolvimento. Nesse contexto de incertezas, torna-se realmente tarefa hercúlea antever o que ocorrerá com a concessão de serviços públicos nos próximos anos. Podemos, entretanto, chegar a algumas conclusões a partir dos vetores que hoje conseguimos identificar.

O primeiro dos vetores extraídos da realidade indica que há forte tendência na continuidade das políticas governamentais de contenção orçamentária e na conseqüente busca pelo Estado de parceiros na iniciativa privada, que assumam a gestão de serviços públicos, em regime de delegação, o que reforça o papel da concessão¹⁷⁹. Afinal, como sustenta **Odete Medauar**: “*A partir da década de oitenta ressurgiu o interesse pela concessão, num outro contexto, mas com justificativa idêntica àquela que norteou sua elaboração no séc. XIX: execução de serviços sem ônus financeiro para a Administração.*”¹⁸⁰.

O fato é que não há, na ordem do dia, nenhuma proposta alternativa (especialmente nas chamadas economias emergentes, mas também nas economias ditas desenvolvidas) ao enxugamento dos gastos públicos, por intermédio da eliminação de ineficiências econômicas que a gestão pública direta dos serviços públicos acaba por acumular (burocracia excessiva e auto-interessada; desperdícios em escala; carência de métodos modernos de gestão; critérios político-paroquiais para a definição dos investimentos prioritários; falta de confiança do capital financeiro por investimento em iniciativas exclusivamen-

179. Com enfoque um pouco diferente do nosso, vale referência o estudo realizado por **Ana Patrícia Guglielminetti** (1999, p. 134-135) para quem há de uma forma geral, em todo o mundo, uma busca pela “*utilização de técnicas contratuais que se articulam de forma distinta dos esquemas típicos dos contratos de obra pública, de concessão ou de fornecimento (...) disseminando figuras ‘ad hoc’*” com vistas voltadas à “*utilização de técnicas jurídicas que se comportem como instrumentos de financiamento privado*” de serviços públicos. Em linha razoavelmente próxima a de nosso raciocínio conferir **Froment, Jean-Charles**, “*Reflexions théoriques et pratiques sur la délégation de service...*”, in **Froment, Jean-Charles (org.) e outros**, 1998, pp. 185 e seguintes, para quem: “*A existência de tensões orçamentárias muito fortes na gestão de todas as coletividades públicas, nacionais ou locais, ou ainda a superação dos níveis razoáveis de endividamento têm fortemente incitado as administrações a procurar a colaboração de capitais privados*”

180. Cf. **Medauar, Odete**, “*A figura da concessão*”, in **Medauar, Odete (org.) e outros**, 1995, p. 13.

te públicas e, conseqüentemente, falta de recursos disponíveis para a instalação de novos serviços, como também para a manutenção, ampliação ou modernização de serviços já instalados).

Nesse contexto a concessão acaba por ser uma saída institucional, em sentido amplo, para os impasses vividos pela gestão pública direta dos serviços públicos. Uma saída política, pois se afastam as decisões de gestão de um dado serviço dos interesses eleitorais dos grupos políticos reunidos no Legislativo, conservando-se, ao mesmo tempo, a essência pública do serviço por meio da definição de suas diretrizes gerais pelo processo político. Uma saída gerencial, pois se reduz o papel da administração pública à regulação, controle e fiscalização da atividade concedida, aliviando-a dos encargos de execução e, ao mesmo tempo, permitindo-lhe aproveitar-se indiretamente das formas de gestão privadas, que tendem a ser mais eficientes. Uma saída, enfim, econômico-financeira, pois a concessão permite a articulação de múltiplos e variados projetos financeiros para sua implementação, de modo a não se endividar diretamente a administração pública, mas, sim, seu parceiro privado.

Logo, o vetor ora analisado indica no sentido do aumento das parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada, as chamadas **PPPs** - *parcerias público-privadas*¹⁸¹. Exemplo disso são as leis recentemente aprovadas: Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004; Lei Estadual 14.868, de 16 de dezembro de 2003 (Estado de Minas Gerais); Lei Estadual 11.688, de 19 de maio de 2004 (Estado de São Paulo).

Referidos textos legislativos têm em comum o fato de criarem programas de parceria, baseados em contratos que se configuram como novas espécies de concessão¹⁸². Após muita discussão para sua aprovação, a Lei 11.079/04 deixou claro que: “*Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa*” (art. 2º).

Observe-se, portanto, que a concessão, gênero que abriga as múltiplas for-

181. Cf. **Goh, Jeffrey**, “*Avances en la colaboración de los sectores público y privado ...*”, in **Ojeda, Alberto Ruiz e outros**, 2000, p. 95 e seguintes e p. 245 e **Sokoloff, Pascal**, 2004, p. 59;.

182. Não poderíamos, ademais, entender de outra forma, afinal, como anteriormente expusemos, defendemos a idéia de que a concessão, no Direito brasileiro, corresponde a um gênero contratual suficientemente amplo para abrigar todas as espécies eventualmente criadas pela legislação de delegação da gestão de serviços públicos.

mas de *parcerias público-privadas*, tem como finalidade essencial, no contexto acima narrado, possibilitar à administração pública a atração de parceiros para a montagem de projetos de financiamento que viabilizem a implantação, manutenção, ampliação e modernização de serviços públicos, característica que tende a manter a concessão no centro epistemológico do constante processo de modernização do Estado, durante, ainda, algum tempo.

De forma diametralmente oposta, há, porém, vetores a indicarem a redução de importância da concessão em alguns campos. É que se torna cada vez mais comum que serviços públicos industriais e comerciais (tradicionalmente objeto de concessão, recorde-se) possam ser prestados pela iniciativa privada com base em mera **autorização administrativa**¹⁸³.

É o que acontece entre nós em relação aos serviços de telecomunicações (art. 131 da Lei nº 9.472/97) ou aos serviços de energia elétrica (art. 4º. da Lei nº 9.074/95), para que fiquemos em torno de exemplos de inequívoca importância¹⁸⁴.

183. Há, atualmente grande polêmica jurídica, no Brasil, em torno da autorização administrativa (Cf. **Sundfeld, Carlos Ari**, “*Serviços públicos e regulação estatal*”, in **Sundfeld, Carlos Ari (org.) e outros**, 2000, p. 32). Ocorre que, até bem pouco tempo, a unanimidade da doutrina definia a autorização como ato administrativo unilateral, discricionário e precário que faculta a alguém o exercício de uma atividade, mas de tempos para cá a legislação passou a tratar de forma distinta a autorização. A autorização para a prestação de serviços no setor de energia ou em telecomunicações, de fato, não tem caráter discricionário ou precário e, para alguns, passou inclusive a ser ato bilateral (não é incomum, muito embora isso ainda nos cause algum espanto, depararmos-nos, na prática, com *contratos de autorização*). Entendemos, na linha defendida por **Cármem Lúcia Antunes Rocha** (1996, p. 176), que não se pode mais atribuir um sentido jurídico único (como fazíamos, antigamente) ao instituto da autorização, sua definição jurídica dependerá do contexto normativo em que esta é utilizada.

184. É importante reiterar que não concordamos que a autorização seja um instrumento de delegação de gestão de serviços públicos. As atividades delegadas são de titularidade da administração pública. No caso da autorização, a atividade é privada, muito embora se exija uma habilitação conferida pela administração pública para a sua prática (que corresponde, em termos econômicos, a uma barreira de entrada). A autorização, nestes casos, expressa, em parte, o poder de controle da administração sobre atividades privadas, muito embora de interesse público (regime jurídico que já existe, entre nós, há muito tempo, em áreas como educação, saúde, bancos, corretoras de valores, seguros, entre muitos outros). **Eros Grau** (1990, p. 149) chamou essas atividades de “*serviços públicos não privativos*” caracterizando-os pelo fato de terem: “*por substrato atividade econômica que tanto pode ser desenvolvida pelo Estado, enquanto serviço público, quanto pelo setor privado, caracterizando-se tal desenvolvimento, então, como atividade econômica em sentido estrito*” (p. 150).

O mesmo ocorre no Direito de outros países, como testemunham **Muñoz Machado**: “Agrupa-se, desde logo, à concessão propriamente dita, que já não é mais a forma essencial e única de organizar-se a prestação privada dos serviços públicos, a autorização ou licença (...)”¹⁸⁵, ou **Ariño Ortiz**: “Substituição do sistema concessional por um sistema baseado em autorizações. Dizíamos que isso é uma consequência imediata do princípio da livre iniciativa empresarial e da ‘despublicatio’ que introduz a lei.”¹⁸⁶, ou **Pedro Gonçalves**¹⁸⁷: “as obrigações de serviço público (v.g. no setor dos transportes aéreos) podem ser impostas por via das ‘autorizações modais’ (...). Neste caso, há portanto uma imposição unilateral pela Administração das obrigações de serviço público”¹⁸⁸.

Na verdade, o fenômeno retira realmente importância da concessão, na medida em que algumas atividades deixam de se enquadrar como serviço público em sentido próprio ou estrito, passando à condição de **serviços públicos impróprios ou virtuais**¹⁸⁹. Com isso, deixa de existir um vínculo normativo-contratual entre o prestador desses serviços e a administração pública, e as atividades privatizadas passam a se submeter, simplesmente, à regulação econômica estatal, como qualquer atividade privada de interesse público¹⁹⁰.

185. Cf. **Machado, Santiago Muñoz**, 1998, v. 2, p. 216.

186. Cf. **Ortiz, Gaspar Ariño**, 1999, p. 642.

187. Cf. **Gonçalves, Pedro**, 1999, p. 162.

188. Ainda sobre as autorizações para a prestação de serviços públicos, verifique-se **Rangone, Nicoletta**, 1999, pp. 273 e seguintes. A autora conclui que o Direito comunitário europeu e o Direito italiano, neste caso, buscaram mais uma vez inspiração nos países de *common law*, em particular no *telecommunications act* inglês, de 1984.

189. A classificação que distingue serviços públicos próprios de serviços públicos impróprios é antiga e retirada da contribuição original de **Arnaldo de Valles** e de **Bielsa**, como informa **Cretella Júnior, José** (2001, pp. 402 e seguintes): “serviços públicos próprios são aqueles que o Estado executa diretamente (por meio de seus agentes) ou indiretamente (regime de concessões). Serviços públicos impróprios são os que, atendendo embora às necessidades coletivas, como os anteriores, não são executados pelo Estado, nem direta, nem indiretamente, se bem que recebam ‘autorização’ (...) existem necessidades coletivas que são satisfeitas por particulares, cujas prestações constituem verdadeiros serviços que a Administração autoriza, ou permite, sujeitando-os a regulamentação de polícia”. Ver, ainda, sobre o tema **Masagão, Mario**, 1977, p.270 (ainda que este autor rejeitasse a idéia de que serviços autorizados sejam realmente serviços públicos) e, mais recentemente, **Grotti, Dinorá Adelaide Musetti**, 2003, pp. 116-129 e **Justen, Monica Spezia**, 2003, p. 119.

190. Alguns autores chegam a considerar que há, nestes casos, uma desqualificação da atividade da condição de serviço público (Cf. **Machado, Santiago Muñoz**, 1998, v. IV, p. 136).

A decisão relacionada à passagem para o regime de autorização é evidentemente política, fruto de lei, mas invariavelmente tem fundo econômico. São atividades que passam a ser reclamadas pela iniciativa privada - em função da expertise por esta acumulada e dos ganhos econômicos em escala que pode propiciar - e que prestadas em regime aberto, competitivo, ainda que regulado, não deixam de atender ao interesse público subjacente a elas.

Assim, pelo que podemos compreender dos vetores que contraditoriamente valorizam e desvalorizam a concessão, ao mesmo tempo em que se abre uma porta para a utilização mais freqüente da concessão, ampliando seus horizontes para a delegação da gestão de serviços públicos administrativos, para a realização de concessões mistas (obras e serviços), ampliando as formas de remuneração do concessionário e utilizando-a amiúde nas parcerias público-privadas, como importante instrumento de viabilização de projetos financeiros aptos à criação, manutenção, expansão e modernização de serviços públicos, fecha-se a porta da concessão para alguns serviços públicos industriais e comerciais que passam a depender única e exclusivamente de autorização da administração pública para que estejam abertos à livre iniciativa privada.

Outra observação importante, neste ponto, é que, algumas vezes, realmente passa a existir **vínculo contratual** entre a administração pública e o autorizado, em função da celebração de contrato para a explicitação de compromissos de interesse público (“*obrigações de serviço público*” para o Direito comunitário europeu - Cf. **Gonçalves, Pedro**, 1999, p. 162). É o que ocorre, entre nós, no terreno das telecomunicações, por força do art. 135, da Lei 9.472/97. Entendemos que a autorização (habilitação para empreender a atividade) e o contrato para fixação de compromissos de interesse público são atos distintos, ainda que, obviamente, inter-relacionados.

Capítulo 3

O risco dos contratantes na concessão de serviço público

Sumário: 1. A doutrina tradicional da concessão “por conta e risco do concessionário” no Brasil e sua discussão atual. 2. A teoria das áleas ordinária e extraordinária. 3. Problemas concretos derivados da aplicação da doutrina tradicional do risco na concessão de serviços e da teoria das áleas ordinária e extraordinária. 4. Alguns casos concretos. 5. A posição atual da jurisprudência brasileira. 6. A tendência de atenuação dos riscos do concessionário e, mais uma vez, as parcerias público-privadas (PPPs). 7. O risco calculado e devidamente partilhado.

1. A doutrina tradicional da concessão “por conta e risco do concessionário” no Brasil e sua discussão atual

Como vimos no capítulo anterior, a definição clássica da concessão de serviços públicos tinha como um de seus elementos a idéia segundo a qual a concessão seria um contrato, cujos riscos seriam suportados exclusivamente pelo concessionário. Desse fato, ademais, advém a frase geralmente utilizada para caracterizar a concessão como contrato em que o concessionário realiza investimentos e executa o serviço “*por sua conta e risco*”.

Muito embora já tenhamos constatado que esse traço da definição clássica tem sido teoricamente, como também na prática, posto em questão, seja em função

da não rara “*solidariedade financeira*” entre concedente e concessionário (concessões subsidiadas ou subvencionadas; divisão dos ônus da concessão, em termos de assunção de obrigações de custeio de obras ou desapropriações pelo concedente; favores ou incentivos fiscais; ou mesmo a assunção de concessões por entidades da própria administração indireta, como empresas públicas e sociedades de economia mista que acabam, ainda que indiretamente, por colocar o Poder Público como responsável final pelos riscos do empreendimento), seja em razão da diversificação das formas de remuneração do concessionário (admitindo-se, em alguns casos, até mesmo o pagamento direto do concessionário pela administração pública), é imprescindível admitir que este conceito continua a demonstrar força e a influenciar a legislação, a doutrina e a jurisprudência atuais.

Reforça, certamente, esse modo de compreender o tema um pensamento econômico muito divulgado, segundo o qual a concessão seria um meio de atração dos investimentos privados para o setor de serviços públicos, o que é verdade, e que, em função disso, a administração pública deixaria de investir os recursos orçamentários em serviços eventualmente concedidos, o que nem sempre é verdade.

No Brasil, a Lei nº 8.987/95 chega a apresentar a definição da concessão de serviços públicos como: “*a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado*” (grifamos), refletindo, de certo modo, esse pensamento.

Na doutrina, a grande maioria de nossos tratadistas atuais ainda empresta do conceito clássico a noção da concessão como contrato “*por conta e risco*” do concessionário. Para **Odete Medauar**¹⁹¹, por exemplo: “*a concessionária é pessoa jurídica ou consórcio de empresas que executa o serviço por sua conta e risco, por prazo determinado*”. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁹²: “*Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço*”. Para Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹³, ainda: “*Concessão de serviço público é o instituto*

191. Cf. **Medauar, Odete**, 2004, p. 379.

192. Cf. **Di Pietro, Maria Sylvia Zanella**, 2003, p. 278.

193. Cf. **Mello, Celso Antonio Bandeira de**, 2003, p. 643.

através do qual o Estado atribui o 'exercício' de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se 'pela própria exploração do serviço', em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço". Para Lúcia Valle Figueiredo¹⁹⁴, enfim: "A concessão de serviço público é espécie de contrato administrativo por meio do qual o Poder Público concedente (...) transfere o exercício de determinados serviços ao concessionário, pessoa jurídica privada, para que os execute em seu nome, por sua conta e risco"¹⁹⁵.

Muito embora inequivocamente majoritária, essa posição - que doravante denominaremos doutrina tradicional do risco na concessão - não disfarça um despreocupado apego à repetição de textos clássicos, cujo questionamento parece-nos fundamental na atualidade.

Observe-se, nesse sentido, que, ao mesmo tempo em que se define a concessão como contrato cuja execução se dá *por conta e risco* do concessionário, caracteriza-se geralmente a concessão (e esse posicionamento também é absolutamente majoritário e assente entre nós há muito tempo) como *contrato comutativo*¹⁹⁶, isto é como contrato em que há uma justa equivalência das prestações de cada uma das partes, o que, por si só, é um elemento atenuador do risco do concessionário.

Contratos comutativos, explica-nos **Silvio Rodrigues**¹⁹⁷, "*são aqueles contratos em que não só as prestações apresentam uma relativa equivalência, como também as partes podem avaliar, desde logo, o montante das mesmas. As prestações são certas e determináveis, podendo qualquer dos contratantes antever o*

194. Cf. **Figueiredo, Lúcia Valle**, 2003, p. 91.

195. Há, de fato, muitos outros autores que tratam da concessão de serviço público como contrato que se dá por conta e risco do concessionário, entre eles **Cretella Júnior, José**, 2001, p. 359; **Wald, Arnoldo e outros**, 2004, p. 100; **Souto, Marcos Juruena Villela**, 2000, p. 79-80; **Blanchet, Luiz Alberto**, 1995, p.26; **Mujalli, Walter Brasil**, 2002, p. 62; **Granziera, Maria Luiza Machado**, 2002, p. 111-112; **Toba, Marcos Maurício**, "O contrato de concessão", in Medauar, Odete (org.) e outros, 1995, p. 84, **Souza, Horácio Augusto Mendes de**, "O contrato de prestação de serviços ...", in **Souto, Marcos Juruena Villela (org.) e outros**, 2002, p. 716.

196. Cf. **Meirelles, Hely Lopes**, 1994, p. 337; **Mujalli, Walter Brasil**, 2002, p. 62 e **Masagão, Mario**, 1977, p. 286.

197. Cf. **Rodrigues, Silvio**, 2003, v. 3, p. 124.

*que receberá em troca da prestação que oferece*¹⁹⁸.

Ora, a noção de equivalência entre os encargos contratuais das partes, bem como de prévio conhecimento destes, opõe-se francamente à idéia de transferência de todos os riscos da contratação para uma única parte: o concessionário. Havendo comutatividade – e não aleatoriedade¹⁹⁹ –, à prestação realizada pelo concessionário deverá corresponder uma contraprestação, pré-conhecida, certa e relativamente equivalente, fixada no contrato (o pagamento de tarifa; o ônus de realizar determinados subsídios; a obrigação de aplicação de reajustes, entre outras). A comutatividade importa, inclusive, na salvaguarda dos contratantes quanto aos riscos inerentes às situações alheias à sua vontade e imprevisíveis (cláusula *rebus sic stantibus*²⁰⁰), como veremos em seguida.

Essa, todavia, não é a única contradição teórica relacionada à doutrina tradicional do risco na concessão de serviços. Outra se encontra no fato da concessão de serviço público (e este é mais um ponto incontestado, em função, inclusive, do previsto no art. 6º, § 1º. da Lei 8.987/95) ser regida pelo princípio da modicidade tarifária. É que desfaz de qualquer bom senso imaginar que há possibilidade de reforçar-se a carga de riscos do concessionário ou transferi-los todos a ele, como aparenta sustentar a doutrina tradicional do risco na concessão, e simultaneamente reduzir a tarifa, isto é, a contraprestação pelos serviços prestados, a valores módicos. Maiores riscos significam, necessariamente, maiores custos transferidos ao usuário²⁰¹.

198. No mesmo sentido vamos encontrar **Diniz, Maria Helena**, 2003, v. 3, p. 87 e **Gomes, Orlando**, 1997, p. 74.

199. A aleatoriedade do contrato, esta sim, importaria em transferência total dos riscos ao concessionário pois, como diz mais uma vez **Silvio Rodrigues** (2003, v. 3, p. 124-125), “o contrato aleatório é aquele em que as prestações oferecem uma possibilidade de ganho ou perda para qualquer das partes (...) ‘O objeto do negócio está ligado à idéia de risco’ (...) Nos casos de risco total, ou absoluto, mais nítida se apresenta a figura do contrato aleatório, porque só uma das partes desembolsa”. Não são essas evidentemente características presentes no contrato de concessão.

200. Ver, como um resumo da matéria, inclusive da jurisprudência, associada a esta ponderação, o artigo de **Bittar Filho, Carlos Alberto**, “Teoria da Imprevisão ...”, 1992, pp. 18 e seguintes.

201. Embora fale de outro assunto (dos reflexos da regulação econômica do risco sobre a economia) a lição de **Sunstein, Cass R.** (2002, p. 125) pode ser aplicada analogicamente para reforçar o que dissemos: “Quando as empresas são chamadas a gastar centenas de milhões de dólares em redução de risco, as pessoas comuns serão inevitavelmente afetadas, usualmente para pior.”

Apóia-nos nessa reflexão **Marçal Justen Filho**²⁰², para quem: “*Tem-se afirmado que o concessionário assume os ‘riscos’ da atividade, cabendo-lhe a faculdade de imprimir os princípios da atividade privada à organização do serviço concedido. Daí se extrai que, se o titular da competência para prestação do serviço público mantiver em sua esfera jurídica a responsabilidade pelos encargos e riscos correspondentes, não se configurará ‘concessão’.* Esse parece ser o ângulo menos explorado do instituto da concessão, dificultando sua compreensão mais aprofundada e conduzindo a impasses graves para a satisfação do interesse público. (...) O risco é ‘precificado’ não apenas na acepção de comportar uma avaliação financeira mas também no sentido de integrar-se no valor da tarifa. Isso significa que, quanto maior o risco do concessionário, tanto mais elevada será a tarifa. A incerteza sobre os custos necessários à efetiva obtenção dos benefícios pretendidos pelo empresário se traduz em ‘custos de transação’, o que significa que o empresário transfere para o preço as incertezas e inseguranças que entranham sua atividade”²⁰³.

Como se isso não bastasse, é inequívoco que as concessões não prescindem de pormenorizado planejamento técnico e econômico-financeiro para que sejam implementadas de modo juridicamente válido. Essa conclusão é extraída dos artigos 5º, 16, 18, IV e 21, da Lei 8.987/95, que se referem direta ou indiretamente à realização de estudos prévios à licitação e à prática de atos que explicitem os motivos que levaram a administração pública à decisão de delegar a gestão de determinado serviço²⁰⁴. Ora, se a gestão do serviço público se desse realmente por *conta e risco* exclusivos do concessionário, qual a

202. Autor que, é bom anotar, alterou profundamente sua posição em seus escritos mais recentes (a edição de 2003 de seu “*Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*” e o artigo “*As diversas configurações da concessão de serviço público*”, publicado na Revista de Direito Público da Economia, 2003, nº 1, pp. 95 e seguintes), passando a adotar linha que, se não é absolutamente coincidente, certamente apóia a tese defendida no presente trabalho.

203. Cf. **Justen Filho, Marçal**, 2003, p. 77-78.

204. Nos apóia, mais uma vez, **Justen Filho, Marçal**, 2003, pp. 203 e seguintes, que fala sobre o dever de previdência do poder concedente e da relevância da fase interna da licitação nas concessões. Adiante (p. 382) o mesmo tratadista vai expor mais detalhadamente seu pensamento, com o qual concordamos, dizendo: “*Na medida em que o Estado disciplina os encargos de um operador econômico e delimita as vantagens de que ele pode usufruir, amplia-se a vinculação estatal quanto ao destino do empreendimento. A tutela à equação econômico-financeira é tanto mais intensa e ampla quanto maior for a intervenção estatal sobre a prestação do serviço público.*”.

finalidade da administração pública realizar estudos de viabilidade da concessão? Estudar a viabilidade da concessão ou planejar delegação de serviço (verificando em que medida se dá e se dará no futuro a demanda pelos serviços; deduzindo quais as metas de modernização ou, simplesmente, de qualidade e universalização que devem ser visadas pelo concessionário; estudando qual o valor ideal da tarifa que possibilite, ao mesmo tempo, o pagamento do custo do serviço e o acesso dos usuários ao mesmo), que são atividades essenciais para a validade jurídica de qualquer concessão, é comprometer-se em alguma medida com o seu resultado. Afinal, como parece óbvio, o insucesso de um empreendimento concessório, em que possa causar a desgraça econômica de uma empresa particular, associará a esta, sem dúvida, um rol bem maior de sacrifícios à população, a quem, lembre-se, dever-se-ia possibilitar a fruição dos respectivos serviços públicos, quase sempre essenciais ao seu bem estar. Neste sentido, a doutrina tradicional do risco na concessão de serviços públicos revela-se contraditória com a própria noção básica de responsabilidade pública sobre os serviços públicos (art. 175 da Constituição Federal) que, como vimos no primeiro capítulo deste trabalho, encontra-se na essência de nosso sistema constitucional, como norma imprescindível à realização da igualdade e coesão sociais.

A maior das contradições da doutrina tradicional do risco na concessão de serviços públicos está, em nossa opinião, no fato de admitir teoricamente a transferência total dos riscos ao concessionário, mas, ao mesmo tempo, reconhecer que há garantia do concessionário em relação a alguns riscos relacionados ao empreendimento, geralmente chamados de riscos extraordinários ou de álea extraordinária, cujo detalhamento veremos em seguida.

2. A doutrina das áleas ordinária e extraordinária

De fato, a leitura tradicionalmente feita da expressão “*por conta e risco*” do concessionário acaba por admitir uma divisão geral e hipotética dos riscos na concessão de serviço público entre a administração pública e a pessoa por ela contratada, aos moldes do que ocorre com os demais contratos administrativos.

Os riscos ou áleas seriam, dessa forma, divididos em **ordinários** e **extraordinários**. O concessionário assumiria os riscos ordinários do empreendimento. A administração pública assumiria os riscos extraordinários.

Riscos ordinários seriam aqueles que “*todo o empresário corre, como resultado*

*da própria flutuação do mercado*²⁰⁵ e abrangeriam “*além dos prejuízos que lhe resultem por atuar canhestamente, com ineficiência ou imperícia, aqueles outros derivados de eventual estimativa inexata quanto à captação ou manutenção da clientela de possíveis usuários, bem como, no caso de fontes alternativas de receita, os que advenham de uma frustrada expectativa no que concerne aos proveitos extraíveis de tais negócios*”²⁰⁶.

A álea extraordinária, por seu turno, corresponderia a um “*risco imprevisível, inevitável e não imputável ao contratado*”²⁰⁷, que se subdividiria em *álea econômica* e *álea administrativa*. Sempre que fato dessa espécie ocorresse, obrigaria-se o concedente a recompor o equilíbrio econômico e financeiro da proposta contratada²⁰⁸.

A álea econômica corresponderia à aplicação da chamada teoria da imprevisão ou da cláusula *rebus sic stantibus* às concessões e demais contratações administrativas. Em função disso, encontrar-se-ia o concessionário garantido em relação ao risco da superveniência de fatos imprevisíveis (notadamente ligados às alterações relevantes no mercado e na economia de modo geral) – ou de fatos previsíveis mas de resultados incalculáveis – que viessem a turbar o equilíbrio econômico da contratação.

Entre nós existem muitos exemplos do tipo de acontecimento que levaria ao acionamento da garantia de reequilíbrio econômico-financeiro, em razão dessa garantia econômica dada ao concessionário. A economia dos países chamados emergentes ou em desenvolvimento, dos quais o Brasil é amostra, é repleta de exemplos de acontecimentos imprevisíveis: incalculável variação cambial; crise no fornecimento de energia; confiscos e bloqueios de depósitos em contas-correntes mantidas em instituições financeiras; crises internacionais que afetam deletariamente as condições econômicas internas desses países, entre muitos outros, são fatos que justificariam, em tese, o acionamento da garantia de recomposição do equilíbrio econômico e financeiro do contrato. Dissemos “em tese” porque, obviamente, não é a

205. Cf. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, 2002, p. 98.

206. Cf. Mello, Celso Antonio Bandeira de, 2003, p. 680.

207. Cf. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, 2002, p. 98.

208. Equilíbrio econômico e financeiro é a equação estabelecida entre “os encargos do contratado e sua remuneração” (Cf. Medauar, Odete, 2004, p. 262).

mera superveniência desses fatos que leva ao reequilíbrio econômico e financeiro, mas a prova inequívoca pelo concessionário da existência de desequilíbrio econômico e financeiro motivada pela superveniência de fatos imprevisíveis ou incalculáveis²⁰⁹.

Interessante notar que a garantia dada ao concessionário, nesses termos, é maior até do que a garantia inerente às contratações de Direito Privado, onde o Direito Administrativo foi buscar a teoria da imprevisão.

Isto porque, no caso dos contratos privados, prevalece a tese de que, aplicando-se a teoria da imprevisão (inexistindo disposição contratual específica), os encargos extraordinários que desequilibram a contratação devem ser rateados proporcionalmente ou eqüitativamente entre as partes, tudo visando a evitar que o ônus do desequilíbrio recaia, injustamente ou de modo não eqüitativo, somente sobre uma das partes.

A solução estabelecida pelo Código Civil brasileiro, para problemas dessa envergadura, confirma essa posição (artigos 478 a 480), na medida em que manda aplicar a eqüidade nos casos onde for admissível a revisão contratual²¹⁰.

A diferença pode parecer sutil ou até mesmo passar despercebida para alguns intérpretes, mas é claramente diferente o procedimento de eliminar o ônus excessivo do contrato, por meio da “*modificação eqüitativa das condições do contrato*” (regra para os contratos privados), do procedimento de eliminar o ônus excessivo para restabelecer a equação econômica e financeira da proposta do contratado (regra para os contratos administrativos). Nos contratos administrativos, o risco do contratado é nitidamente menor, não há divisão eqüitativa do ônus, pois a administração pública em regra assegura ao contra-

209. Com este mesmo posicionamento vamos encontrar acórdão do **Superior Tribunal de Justiça** no **Resp nº 434.879-SP**. Rel. Min. Garcia Vieira.

210. A jurisprudência do **Superior Tribunal de Justiça** também caminha na linha da divisão eqüitativa dos ônus provocados pela imprevisão em contratos privados. Verifique-se o **REsp 473.140 – SP**, julgado em 12/02/2003, cuja ementa diz o seguinte: “(...) *Admissível, contudo, a incidência da Lei n. 8.078/90, nos termos do art. 6º, V, quando verificada, em razão de fato superveniente ao pacto celebrado, consubstanciado, no caso, por aumento repentino e substancialmente elevado do dólar, situação de onerosidade excessiva para o consumidor que tomou o financiamento. Índice de reajuste repartido, a partir de 19.01.99 inclusive, eqüitativamente, pela metade entre as partes contratantes (...)*” – rel. Min. **Carlos Alberto Menezes Direito**.

tado a total cobertura da álea econômica²¹¹.

A álea administrativa, por sua vez, corresponderia à garantia pelo concedente de dois riscos inerentes a todas contratações administrativas sem exceção: o risco de modificação unilateral do contrato e o risco de sobreoneração direta ou indireta do contrato, em função do exercício das potestades públicas pelo concedente ou pela entidade pública coletiva por ele representada (a que geralmente se denomina fato da administração e fato do príncipe).

A alteração unilateral encontra-se circunscrita por um regime de limitações aplicável às contratações administrativas em geral (art. 65, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 – lei nacional de licitações e contratos da administração pública), exceto aos contratos de concessão²¹². Mas o referido artigo 65, em seu § 6º, estatui a regra geral de reequilíbrio econômico e financeiro do contrato em favor do contratado (esta sim aplicável às concessões por força do disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal), sempre que houver alteração unilateral do contrato que aumente os seus encargos. A Lei 8.987/95, muito embora não estabeleça regra específica nesta matéria, deixa implícita a garantia de reequilíbrio econômico e financeiro em favor do concessionário em função do disposto pelo seu art. 10 e art. 23, IV, que consideram mantido o “*equilíbrio econômico-financeiro*”, sempre que forem atendidas as “*condições da contrato*”, e obriga o administrador público a incluir nos contratos de concessão cláusula que estabeleça os critérios e procedimentos para o reajuste e revisão da tarifa.

O fato do príncipe é tratado assiduamente como “*decisão da Administração, de caráter geral, alheia ao contrato em si, mas que tem reflexos fortes na sua execução*”²¹³. É o caso, por exemplo, da criação de novos tributos ou da majora-

211. Cf. **Justen Filho, Marçal**, 2003, p. 387. O autor explica de modo muito claro a amplitude com que o Direito brasileiro tratou a “*intangibilidade da equação econômico-financeira*” dos contratos administrativos, inclusive em contraste com o Direito francês: “*No Brasil, todos os eventos aptos a produzir efeitos nocivos à configuração contratual original estão compreendidos na teoria da intangibilidade da equação econômico-financeira, com conseqüências jurídicas equivalentes*”.

212. As cláusulas regulamentares da concessão, isto é, o conjunto de normas que estabelece como o concessionário deve prestar o serviço, são absolutamente mutáveis em razão da natureza desse contrato (Cf. **Justen Filho, Marçal**, 2003, pp. 165 e seguintes), as cláusulas econômicas, mais especificamente, o equilíbrio econômico do contrato, são intangíveis.

213. Cf. **Medauar, Odete**, 2004, p. 264.

ção de alíquotas de tributos incidentes sobre a atividade do concessionário²¹⁴.

O fato da administração tem a mesma essência daquele primeiro, trata-se, como dissemos, de ato relacionado ao exercício das potestades públicas, mas “o fato da Administração difere do fato do príncipe, pois, enquanto o primeiro relaciona-se diretamente com o contrato, o segundo é praticado pela autoridade, não como ‘parte’ no contrato, mas como autoridade pública que, como tal, acaba por praticar um ato que, reflexamente, repercute sobre o contrato”²¹⁵.

A suspensão dos serviços por motivo de ordem pública, a assunção em caráter emergencial e precário de atividades não previstas no contrato original ou a imposição à concessionária, no curso da contratação, de gratuidades na prestação específica do serviço para algumas categorias de usuários (e.g. idosos, portadores de necessidades especiais, estudantes) podem se configurar como exemplos de *fato da administração* e levar à compensação econômica e financeira do concessionário.

Por meio dessas observações, verifica-se que a mesma doutrina tradicional do risco na concessão, que perora no sentido de que “os riscos advindos pela efetividade do serviço público concedido cabem tão-só ao concessionário”²¹⁶, considera o concessionário garantido, no âmbito da contratação administrativa, em relação a diversos riscos compreendidos nas chamadas *áreas extraordinárias*: fatores imprevisíveis que geram sua oneração excessiva; modificação contratual unilateral pela administração pública contratante; fatos do príncipe e da administração. A contradição teórica da doutrina tradicional do risco na concessão é evidente²¹⁷, o que importa na necessidade de extremo cuidado na

214. Vale anotar a interessante observação de **Odete Medauar** (2004, p. 263), neste ponto, que diz: “Em termos evolutivos, pode-se dizer que o advento do intervencionismo e do dirigismo em grande escala, após a Segunda Guerra, tornou difícil fixar a diferença entre ‘imprevisão’ e ‘fato do príncipe’.”

215. Cf. **Di Pietro, Maria Sylvia Zanella**, 2002, p. 99.

216. Cf. **Cretella Júnior, José**, 2001, p. 359.

217. Essa contradição não passa completamente despercebida pela doutrina nacional, **Maria Sylvia Zanella Di Pietro** (2002, p. 97), por exemplo, ressalta: “Hoje, é pacificamente aceita a idéia de que o equilíbrio econômico-financeiro constitui-se em **Direito** do concessionário e esta idéia está tão arraigada na doutrina e na jurisprudência, que tal Direito seria reconhecido ainda que não previsto em lei ou no contrato. (...) O problema é saber como se concilia a idéia de equilíbrio econômico-financeiro com a idéia de que a execução do serviço, na concessão, se faz por conta e risco do concessionário. (...) Na realidade, tem-se que conciliar duas idéias: de

interpretação da expressão “*por conta e risco*” do concessionário constante da legislação, como veremos mais detalhadamente abaixo.

Antes disso, porém, é necessário notar que a teoria das áleas ordinária e extraordinária, emprestadas da disciplina geral dos contratos administrativos, não é suficiente para resolver todos os conflitos relacionados aos riscos suportados pelas partes no contrato de concessão, apresentando-se, muitas vezes, diáfana, imprecisa e, até mesmo, contraditória com as necessidades da práxis jurídica.

3. Problemas concretos derivados da aplicação da doutrina tradicional do risco na concessão de serviços e da teoria das áleas ordinária e extraordinária

O fato é que as concessões de serviço ou de obra pública, na forma em que se dão atualmente, refletem, quase invariavelmente, a realização de um negócio jurídico de alta complexidade. Nesses contratos, o modo de prestação do serviço é planejado por um longo prazo, a partir de exaustivas projeções de demanda, relacionadas às previsões de crescimento demográfico e econômico, às diretrizes de desenvolvimento regional, ao planejamento urbano, ao estágio de desenvolvimento das tecnologias aplicadas na prestação do serviço, ao tempo médio de duração dos bens necessários aos serviços, entre outros fatores técnicos e econômico-financeiros relevantes.

Por ser um negócio de longo prazo, a concessão de serviços públicos sofre a injunção da evolução tecnológica. O ritmo do desenvolvimento tecnológico na vida hodierna é avassalador, torna obsoletos equipamentos e técnicas com imensa rapidez²¹⁸. Ou seja, atualmente, ao longo de um período de dez, vinte

um lado, a de que, para o concessionário, a concessão constitui um empreendimento que visa ao lucro; de outro, a de que, para a Administração, o objeto do contrato é um serviço público e, portanto, uma atividade que atende a necessidades da coletividade e, por isso mesmo, não pode parar” a teoria das áleas ordinária e extraordinária seria um modo de conciliação desses dois valores contraditórios, segundo a mesma autora.

218. Para que essa idéia se concretize basta recordar que há vinte anos a grande maioria dos humanos utilizava, ainda, a escrita manual ou por meio de máquinas de escrever, ouviam discos de vinil e comunicavam-se à distância por carta que demorava, em média, dois dias

ou trinta anos (prazos que se comparam aos dos contratos de concessão) as mudanças tecnológicas tendem a ser gigantescas, o que, obviamente, traz impactos econômicos de toda ordem e, por vezes, extremamente intensos, sobre determinado setor de serviços públicos ou contrato de concessão.

A tecnologia pode gerar, por exemplo, competição econômica onde exista um monopólio natural, o que, certamente, frustraria as previsões por demanda de serviço feitas, por vezes, pela própria administração pública, ao realizar os estudos de viabilidade de uma concessão de serviços. Amostra de nova tecnologia concorrente encontramos no advento dos telefones celulares ou móveis, que efetivamente diminuíram a demanda potencial por telefones fixos. A rápida mudança tecnológica e de costumes pode tornar até mesmo dispensável um determinado serviço, ou impor a prestadores a completa transformação do escopo de sua atividade, como vem ocorrendo com os serviços públicos de correio que tendem a se tornar, majoritariamente, serviços de entrega de encomendas, ao invés de serviços de remessa de comunicação pessoal.

Por outro lado, sendo um negócio que visa à viabilização do financiamento de um empreendimento público, por intermédio de sua gestão delegada, a concessão deve se apresentar atrativa ao capital privado.

Ora, atualmente, o capital privado encontra inúmeras possibilidades de investimento, em função da proliferação dos mercados e da globalização da economia, e torna-se nítido que a administração tende a oferecer maiores garantias aos empreendedores privados como forma de atraí-los para o setor dos serviços públicos. Afinal, e nisso há consenso inclusive entre os defensores da doutrina tradicional do risco, a concessão não é para o concessionário outra coisa senão uma alternativa de investimento, um instrumento de realização de lucro ou de geração de ganhos de capital.

Daí a necessidade de aliviar incertezas, de apresentar certas garantias aos investidores, sem as quais o interesse público pode ficar comprometido pela falta de investimentos num dado serviço público, simplesmente pela inexistência de interessados²¹⁹.

para chegar ao destinatário.

219. É importante que se esclareça que não fazemos aqui uma defesa com matiz, digamos, “ideológica” da realização de concessões sem risco, ou de que a única forma de prestar os ser-

As incertezas, aliás, num contrato firmado pela administração pública e que pode vigorar por décadas, não são somente de ordem técnica e econômica (que tendem, ademais, a se agravar em países em desenvolvimento, como o Brasil, mais suscetíveis à crises econômicas), mas também de ordem política. O efetivo funcionamento das instituições constitucionais e democráticas (o *rule of law*, a eficiência e independência do Poder Judiciário, o respeito aos contratos e ao direito de propriedade, entre outros), ou a garantia de *imunização* das decisões administrativas em relação a interesses políticos imediatos ou paroquiais (o que não se dá apenas por intermédio de um Judiciário independente e atuante, mas também por meio da instituição de agências independentes) diminuem o risco dos concessionários e obviamente o custo financeiro dos investimentos.

Observe-se que, diante desse contexto muito complexo, a teoria das áleas ordinária e extraordinária apresenta-se como uma solução por demais simplista, inepta a solucionar muitos dos problemas relacionados ao risco nas concessões de serviço público.

A teoria das áleas ordinária e extraordinária, ainda que atenua de forma apriorística o risco do concessionário, como acima já constatamos, trata do risco somente pelo seu aspecto “*profilático*”. Melhor dizendo, dá-se teoricamente solução para prejuízos já existentes e contabilizados. Não há, de parte dessa teoria, preocupação com a formulação de soluções que previnam o prejuízo, o que, certamente, importaria em grandes vantagens econômicas para a administração pública, para o concessionário e para o usuário.

O que acaba ocorrendo é que, em algumas situações, a aplicação da teoria da áleas ordinária e extraordinária não resulta em solução do problema jurídico concreto, mas, ao contrário, gera novos impasses, insegurança e, algumas vezes, cria, até mesmo, novos problemas.

viços públicos convenientemente seria por meio da delegação privada de sua gestão. Nossa tentativa é de constatar a realidade e pensar essa realidade como ela se apresenta. Pode-se entender que, num caso concreto, é inviável a concessão do serviço pois o custo das garantias que o Poder Público terá de oferecer para torná-la atraente aos investidores não é equivalente ao benefício que a coletividade logrará por meio da delegação da gestão dos serviços. O importante, como veremos em seguida, é isso o que defendemos, é que o administrador público deixe de pensar sobre um *standard* posto, em termos de divisão de riscos na contratação, e passe a fundar suas decisões numa reflexão concreta sobre os custos e benefícios de uma dada divisão de riscos, em um dado empreendimento, em uma específica contratação.

Alguns exemplos tornarão mais claras nossas ponderações. De que adiantaria impor à administração o pagamento de uma indenização, em função de um desequilíbrio gerado por superveniência de alguma das áleas extraordinárias, se, em estado de contenção orçamentária, a administração não tivesse como arcar com o pagamento imediato desse prejuízo que, repetimos, já fora suportado pelo concessionário? Relembre-se, a propósito, que a administração pública socorre-se da concessão, em boa parte das vezes, justamente para aliviar seus encargos de financiamento do serviço.

O exemplo acima pode ser reformulado de vários modos, todos conduzindo a um impasse e provavelmente à frustração dos objetivos da concessão. Imaginemos que o desequilíbrio econômico e financeiro acima narrado fosse desembocar na revisão da tarifa cobrada do usuário, e que essa revisão, o que muitas vezes certamente ocorre, se implementada, impossibilitasse o acesso de muitos usuários ao serviço. Mais uma vez, não se atingiriam os objetivos da concessão ou, de maneira mais genérica, a satisfação do interesse público, com o resultado obtido.

Imaginemos, agora, ainda sobre o mesmo exemplo, todavia considerando inexistir o cerceamento de acesso dos usuários ao serviço, quais seriam os reflexos indiretos sociais, políticos e econômicos de uma abrupta elevação tarifária. Certamente a elevação tarifária poderia levar inúmeros agentes econômicos a realizar planos de corte de despesa com os respectivos serviços públicos, o que poderia afetar indiretamente a curva de demanda prevista pelo concessionário e necessária ao equilíbrio da concessão. Talvez o aumento tarifário levasse a uma avalanche de ações de consumidores que se considerariam prejudicados (o que do ponto de vista econômico também representaria um custo indireto a ser suportado pelo erário do Estado). Talvez, enfim, a majoração levasse a população a reagir negativamente, por meio das urnas e de manifestações públicas de desagrado ou por outros meios menos civilizados como depredação de equipamentos da concessionária, tentativas de fraude em relação ao pagamento da tarifa, entre outros fatores que, por vezes, o *“Direito nos livros”* ignora, mas que, certamente, o *“Direito da realidade”* tem que se preocupar em resolver.

Mas não é só. Há uma grande variedade de situações concretas em que é impossível saber se o desequilíbrio econômico e financeiro da concessão é fruto de situação relacionada ao risco ordinário ou extraordinário, tomando-se por base as balizas da teoria das áleas na contratação administrativa. Veja-se o

exemplo freqüente da frustração positiva ou negativa das projeções de demanda. Muitas vezes, é impossível saber se o excesso ou a insuficiência da demanda, em relação àquela projetada nos estudos de viabilidade da concessão (que, suponhamos, gere, no primeiro caso, maiores lucros para o concessionário e, no segundo caso, menores lucros ou, até mesmo, prejuízos para o concessionário), é fruto de seu talento ou de sua inépcia empresarial, de sua capacidade de atrair novos usuários para o serviço ou de sua negligência comercial ou, por fim, de projeções de demanda absolutamente equivocadas, ainda que realizadas pela administração pública. As conseqüências jurídicas em uma ou em outra hipótese, no âmbito da teoria das áleas ordinárias e extraordinárias, são muito distintas. Ora, é absolutamente consentâneo com os objetivos da concessão que o concessionário se aproprie das eficiências por ele geradas e arque com o prejuízo advindo de suas ineficiências. Por outro lado, os resultados econômicos que não se relacionam estritamente à conduta do concessionário, mas que decorram, como no exemplo, das projeções canhestras feitas pela administração pública, não podem gerar maior ou menor enriquecimento deste concessionário ou da própria administração contratante. Portanto, o problema analisado no exemplo persistiria, independentemente da aplicação ao caso da teoria jurídica que se apresentaria, em tese, apta para dirimi-lo, em face da impossibilidade de se optar com segurança por uma das hipóteses – a do risco garantido (álea extraordinária) ou a do risco não garantido (álea ordinária) pela administração pública²²⁰.

Aqui, o ponto problemático da teoria das áleas ordinária e extraordinária encontra-se numa definição extremamente vaga do risco efetivamente suportado pelo concessionário, em cotejo com uma definição muito larga dos riscos suportados pelo concedente. Sem definições mais precisas, o conflito tende a não ser resolvido ou a sê-lo em desfavor do erário e do usuário que acabarão de uma forma ou de outra conservando a missão de manter sob o seu

220. Muito embora tenha um enfoque um pouco diferente do que aqui externamos, **Marçal Justen Filho** (2003, p. 400) aborda também essa questão em trecho que vale reproduzir: *“Não existe critério objetivo, abstrato e predeterminado para diferenciar álea ordinária e extraordinária. Aliás, as tentativas de definição tendem a ser circulares ou repetitivas (tautológicas). Afirma-se que álea ordinária é a normal e inerente a um empreendimento, diversamente da extraordinária. Essa fórmula não é apta a fornecer um critério exato para solucionar problemas práticos. A questão fundamental reside em que somente é possível identificar a ordinary ou extraordinariedade da álea em face do caso concreto e das circunstâncias específicas de um certo empreendimento.”*

custeio o serviço público em funcionamento.

Avançar, portanto, a partir do marco colocado pela teoria das áleas ordinária e extraordinária é imprescindível. Entenda-se que o esforço crítico que ora implementamos não tem o condão de descartar a teoria das áleas contratuais herdada da teoria geral dos contratos administrativos. Nossa tentativa é de caminhar adiante a partir dessa teoria, aprofundar a análise dos problemas concretos nas concessões de serviço público e buscar alternativas que representem a sua efetiva solução, de modo a proporcionar maior segurança jurídica a quem contrata uma concessão e maior estabilidade econômica ao usuário dos serviços públicos.

A vida das concessões de serviço público nasce complexa, como vimos, e torna-se mais complexa no curso da vigência contratual. O intérprete do Direito terá de lidar com a justificativa da decisão de socorrer ou não socorrer financeiramente concessionárias de serviço público que se encontrem em maus lençóis (sem que exista, por exemplo, fato excepcional, superveniente e imprevisto a justificar essa situação); com as conseqüências jurídicas do impacto da regulação econômica dos serviços públicos, que poderá eventualmente visar à redução da margem de lucro de um operador dominante, ainda que concessionário, para dar lugar à competição econômica naquele setor ou, simplesmente, visar à defesa do usuário, mediante edição ou alteração de regulamentos supervenientemente à contratação. O operador jurídico terá que solucionar, ainda, casos de desequilíbrio numa concessão relacionados à competição de operadores que não possuem as mesmas obrigações de serviço público (universalização, por exemplo) que o concessionário (como se dá, no Direito brasileiro, no setor de telecomunicações); ou terá que buscar orientar a possibilidade ou não, num caso concreto, do erário público tornar-se avalista do concessionário nos contratos de financiamento por este celebrados com instituições financeiras, tendo em vista a viabilidade do empreendimento concedido.

4. Alguns exemplos concretos

É interessante analisar alguns exemplos concretos, extraídos da realidade brasileira recente, a fim de ilustrar o que acima defendemos.

O primeiro desses exemplos decorre da **crise de energia de 2001**, objeto de grande repercussão e polêmica na opinião pública.

Sabe-se que o Brasil tem a maior parte de sua energia gerada por hidrelétricas. Em 2001, após um longo período de estiagem, a geração de energia tornou-se insuficiente para o atendimento de toda demanda existente e o país teve que atravessar uma série de meses de racionamento, entremeados por blecautes - “apagões” – que foram seguidos por significativo aumento tarifário. Alguns atribuíram a **crise de energia de 2001** não à insuficiência das chuvas, mas ao modelo adotado na privatização do setor elétrico²²¹.

O fato é que a carência de energia no período (seja por deficiência na geração seja por insuficiência da rede de transmissão) demonstrou a fragilidade dos contratos de concessão celebrados na área de distribuição ou comercialização de energia. Ao término do período de racionamento, o quadro passou a ser o seguinte: as tarifas haviam aumentado (inclusive por conta de encargos extraordinários impostos aos usuários para se fazer frente a investimentos emergenciais na geração de energia elétrica); o consumo havia caído; as concessionárias reclamavam judicialmente o reequilíbrio do contrato, em face da queda no consumo fruto das medidas de racionamento e, mesmo após consumado o reequilíbrio, muitas concessionárias distribuidoras de energia passaram a enfrentar sérios problemas econômicos²²².

221. Verifique-se nesta linha, **Rosa, Luiz Pinguelli**, “A crise de energia elétrica (...)”, in **Branco, Adriano Murgel (org.)**, 2002, p. 89 e seguintes.

222. Sobre esse ponto, veja-se a matéria publicada no jornal “**Valor Econômico**”, de 31/03/2003, 1º caderno, sob o título, “**Elétricas querem plano emergencial de R\$ 8 bi**” que dizia: “Um novo acordo está sendo proposto pelo setor elétrico ao governo para sanar os problemas de liquidez das empresas e pavimentar o caminho para mudanças estruturais no atual modelo. Pela proposta, o Estado faria um aporte de R\$ 8 bilhões e, em troca, passaria a deter ações preferenciais resgatáveis das elétricas, estatais e privadas. O investimento seria remunerado pelo IGP-M mas 6% ao ano. Pela proposta das empresas, a divisão dos recursos seria feita de acordo com o tamanho do mercado de cada uma, de forma semelhante ao que foi estabelecido no acordo de recomposição das perdas do racionamento, no fim de 2001, que liberou R\$ 7,9 bilhões do BNDES”.

Observe-se que, neste caso, a aplicação da teoria das áleas ordinária e extraordinária conformou-se ao quadro colocado, de modo a considerar as carências e variações do sistema de geração e transmissão um fator excepcional e interpretar as medidas de racionalização do consumo de energia como “*fato do príncipe*”, atribuindo-se, dessa maneira, à administração concedente todos os riscos supervenientes à crise de energia de 2001. Esse enfoque foi fundamental para que a grave situação econômica das concessionárias não se agravasse ainda mais²²³.

Mas é bom que se veja que a atribuição, no caso, desses riscos à administração concedente, por meio da teoria das áleas ordinária e extraordinária, não é assunto isento de polêmica. O risco de demanda pelo serviço não seria, afinal, um risco ordinário, notadamente em concessões contratadas, a pretexto de transferirem-se as responsabilidades e riscos do empreendimento ao particular? Qual o risco do concessionário que aderiu voluntariamente a contrato de distribuição de energia, na sapiência que as demandas de geração de energia poderiam, a qualquer tempo, não ser plenamente atendidas? A possibilidade de crise de fornecimento, em sistemas calcados em energia hidrelétrica, cuja capacidade de geração é proporcional ao volume das chuvas, não é algo previsível ao particular que adere a contrato de concessão para a distribuição de energia?

Essas dúvidas certamente estiveram presentes no caso e, ante a falta de clareza do contrato quanto à divisão de riscos entre as partes ou mesmo quanto aos mecanismos de solução de conflitos inerentes a esses riscos, o Governo Federal teve que baixar a Medida Provisória 2.227, de 4 de setembro de 2001 e, posteriormente, a Lei 10.762, de 11 de novembro de 2003, que dispunha sobre o “*Programa Emergencial e Excepcional de Apoio às Concessionárias de Serviços Públicos de Distribuição de Energia Elétrica*”.

O caso, pelo menos, exemplifica o esforço feito para salvar contratos de concessão, em meio a situações de riscos, cuja responsabilidade da administração concedente, nos estritos termos do contrato ou da teoria das áleas ordinária e extraordinária, era, no mínimo, polêmica; e demonstra, ainda, quão

223. De fato nem isso bastou para debelar a crise do setor, que culminou com a edição da Lei 10.762, de 11 de novembro de 2003, cujo objeto foi a criação de um “*programa emergencial e excepcional de apoio às concessionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica*” que consistia, mais especificamente, um programa de refinanciamento da dívida do setor.

relativa é a qualificação do contrato de concessão como negócio que se dá “*por conta e risco*” do concessionário.

Outro caso interessante é o da **concessão de ferrovias federais**. Privatizadas a partir de 1996, as ferrovias encontravam-se, em 2001, em situação econômica muito delicada²²⁴. O problema residia no fato das empresas acumularem prejuízos seguidos, em razão da administração de seu endividamento e da necessidade de grandes investimentos em modernização, sem os quais não se eliminariam os principais problemas de demanda do sistema ferroviário. Essa situação já era conhecida pelos concessionários, quando participaram dos leilões para a privatização das empresas estatais federais. Aliás, essa situação fora arrolada como um dos motivos para a realização da concessão, a qual serviria de instrumento para buscar investimentos privados que alavancassem o setor de ferrovias²²⁵.

A partir de então, as concessionárias passaram a reivindicar crescente participação da administração concedente nos riscos econômico-financeiros das concessões que acabou por vir, em 2003, por meio do incremento de linhas de financiamento (com taxas de juros incentivadas) do BNDES – Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social -, instituição oficial de fomento ao desenvolvimento econômico.

Os empréstimos referidos (segundo anotou a imprensa na época) contariam com o aval da União Federal. Além disso, anunciou o Governo Federal a disposição de continuar os planos de investimento no setor de ferrovias por

224. O jornal “**Valor Econômico**”, de 8 de agosto de 2001, página A8, destacava sob o título “**Problema nas concessões das malhas ferroviárias**”: “*Os cinco primeiros anos de administração privada das ferrovias brasileiras apontam um conjunto de hiatos. Entre os setores privatizados, este é o que exhibe a pior performance – dos serviços prestados à postura da maioria das empresas que substituiu ao comando estatal. Até aqui o grupo mostrou-se incapaz de melhorar substancialmente o desempenho da malha e enfrenta pesado endividamento. Diante dos revezes, pretende renegociar com o governo a redução ou adiamento do pagamento do prazo de concessão e reclama financiamentos especiais do BNDES para sair do buraco (...)*”.

225. O próprio jornal “**Valor Econômico**”, de 8 de agosto de 2001, página A8, deduz esse fato: “*O estrago já foi devidamente contabilizado pelos concessionários nas ofertas que fizeram nos leilões em que garantiram o comando dos atuais negócios. Eventualmente, eles podem até ter-se equivocado ao dimensionar os investimentos necessários ao empreendimento e seu retorno. Mas esses não são problemas do poder público, que concedeu o dir eito de exploração das ferrovias exatamente por não dispor do capital exigido pelos aportes demandados pelo setor*”.

intermédio de PPPs (parcerias público-privadas), segundo palavras publicadas na imprensa: “*onde concessionárias e União dividem os riscos*”²²⁶.

Vê-se, mais uma vez, que, apesar da concessão se dar “*por conta e risco do concessionário*”, em face dos seguidos e exponenciais prejuízos acumulados pelas concessionárias, o setor passou a contar com intenso auxílio do governo federal, por meio de instituição financeira oficial. Não fosse assim, certamente o contrato de concessão teria se inviabilizado e o serviço prestado pelas concessionárias sofreria problemas ainda maiores²²⁷.

5. A posição atual da jurisprudência brasileira

A jurisprudência de nossos principais tribunais, por seu tirno, acolhe atualmente a doutrina tradicional do risco na concessão de serviço público, por meio da consagração da teoria das áleas ordinária e extraordinária.

Clássico e muito citado é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal que, em 1968, já predicava:

Na concessão de serviço público, como ato complexo, meio regulamentar, meio contratual, o concedente pode modificar, por lei, o funcionamento do serviço, alterando o regime dos bens públicos envolvidos e até impondo ônus ao cessionário, desde que a este assegure o equilíbrio financeiro, para remuneração e amortização do capital efetivamente investido (...)

226. Cf. Jornal “**Valor Econômico**”, de 22/05/2003: “*Empréstimo do BNDES para ferrovias terá vala do governo*”; de 23/05/2003: “*Governo troca concessão por parceria em ferrovias*”; de 07/10/2003: “*BNDES vai financiar compra de 14 mil vagões até 2006*”; de 10/10/2003: “*Investimentos em ferrovias chegarão a R\$ 2,5 bi em três anos*”.

227. Em 2002 as concessionárias do setor acumularam mais de um bilhão de reais de prejuízo, apesar dos investimentos terem caído 23% (vinte e três por cento) em relação a 2001. O patrimônio líquido negativo das empresas certamente inviabilizaria a obtenção de novos empréstimos em condições normais de mercado. Em 2003, com maior participação do governo na liberação de empréstimos para a realização de investimentos estes cresceram cerca de 60% (sessenta por cento) em relação a 2002, atingiu-se o recorde de um bilhão de reais de investimentos no ano, tendo o prejuízo do setor recuado para a casa de 167 (cento e sessenta e sete) milhões de reais (o menor em cinco anos) – esses dados constam dos relatórios anuais de acompanhamento das concessões ferroviárias, disponível no site “www.antt.gov.br”.

Hoje admite-se que não apenas a parte estatutária desse ato complexo, misto, duplo, contrato-e-regulamento, possa ser modificada. Também a parte contratual, dado que a empresa tem sempre a garantia da equação financeira.

O que o Governo não pode é tirar-lhe o equilíbrio financeiro, não pode, de maneira nenhuma, privá-la de uma renda pela qual ela possa obter novos empréstimos, amortizá-los dentro do prazo contratual, realizar novos investimentos e reaver, no tempo, o capital efetivamente aplicado.²²⁸

Nessa mesma linha, bem mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido os conflitos que reclamam sua prestação jurisdicional, como abaixo exemplificamos:

A novel cultura acerca do contrato administrativo encarta, como nuclear no regime do vínculo, a proteção do equilíbrio econômico-financeiro do negócio jurídico de direito público, assertiva que se infere do disposto na legislação infralegal específica (arts. 57, § 1º, 58, §§ 1º e 2º, 65, II, d, 88, § 5º e 6º, da Lei 8.666/93.

Deveras, a Constituição Federal ao inculpir os princípios intransponíveis do art. 37 que iluminam a atividade da administração à luz da cláusula mater da moralidade, torna clara a necessidade de manter-se esse equilíbrio, ao realçar as 'condições efetivas da proposta'.

O episódio ocorrido em janeiro de 1999, consubstanciado na súbita desvalorização da moeda nacional (real) frente ao dólar norte-americano, configurou causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das partes.²²⁹

228. Cf. MS 17.957, rel. Min. **Aliomar Baleeiro**.

229. Cf. ROMS 15154/PE, 2002, rel. Min. **Luiz Fux**.

Se no caso acima citado o Tribunal aplicou a teoria das áleas ordinária e extraordinária, reconhecendo a vigência da cláusula “*rebus sic stantibus*” nos contratos administrativos, em outro caso, também recente, aplicou o Tribunal a tese do reequilíbrio econômico e financeiro por força de alteração unilateral do contrato:

Concessão de serviço de transporte coletivo. Alteração unilateral de cláusula econômica do contrato e correspondente reajuste das tarifas de remuneração. (...) É lícito ao poder concedente alterar, unilateralmente, as cláusulas objetivas do serviço, e, até, agravar os encargos ou as obrigações do concessionário, desde que reajuste a remuneração estipulada, evitando a quebra do equilíbrio econômico financeiro do contrato.²³⁰

Interessante, ainda, fazer referência a mais um caso, entre muitos apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça. No processo que tratava da insurgência de empresas concessionárias de transporte público coletivo contra ato do Governador do Estado do Ceará, que sancionara lei instituindo benefício de gratuidade de passagem para “*deficientes físicos pobres*”, decidiu a Corte:

Verifica-se que o próprio texto constitucional federal consagra a proteção aos deficientes físicos, outorgando-lhes garantias distintas que objetivam efetivamente promover a inserção dessas pessoas na sociedade (...) Quanto à alegação de desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato administrativo, verifica-se que, de fato, se trata de princípio acolhido em âmbito constitucional (...)

Diante do conflito de princípios constitucionais, é de aplicar-se o princípio da proporcionalidade, que predica que deve haver uma ponderação entre os valores constitucionalmente assegurados, almejando-se otimizar a eficácia dos direitos fundamentais,

230. Cf. ROMS 3161/RJ, 1993, ementa, rel. Min. **Demócrito Reinaldo**. No mesmo sentido em relação à proteção do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, mas impondo também o reajuste de tarifa veja o acórdão proferido no Resp 120113/MG, 2000, rel. Min. **Humberto Gomes de Barros**.

a despeito de haver, no caso concreto, um princípio prevalecente. (...)

De resto, o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo não fica inteiramente suprimido, uma vez que é plenamente possível que os prejudicados interponham ações comuns contra o Estado do Ceará, exigindo o restabelecimento da equação contratual.²³¹

A referência a este caso é importante, porque ele revela, na prática, o que dissemos em relação à teoria das áleas ordinária e extraordinária. Essa teoria acaba por constituir uma garantia que não previne a eclosão de prejuízos ao concessionário e, eventualmente, o comprometimento da concessão, pois, como ocorreu no caso acima narrado, o ato que eventualmente desequilibrou a concessão encontrava-se em pleno vigor e a falta de reequilíbrio do contrato não conduziu o Tribunal a declará-lo inválido, mas simplesmente reconhecer que os prejudicados tinham o direito de, posteriormente, reclamarem seus prejuízos em Juízo, em ação própria, o que, ratificando nossa posição, não resolve o conflito, mas gera um novo impasse²³².

O mais relevante, neste ponto de nosso trabalho, no entanto, é verificar que nossos Tribunais mais elevados utilizam a teoria das áleas ordinária e extraordinária nos contratos de concessão de serviço público, sem distinção em relação aos demais contratos administrativos. Ou seja, os Tribunais tendem a amenizar, dentro das balizas teóricas acima abordadas, o risco do concessionário.

Pelo menos até o momento em que elaboramos esta tese, a jurisprudência não indica claramente ao intérprete do Direito caminho outro, senão o da

231. Cf. ROMS 13.084, 2002, rel. Min. **José Delgado**.

232. Não é essa a posição da doutrina de **Wald, Arnoldo e outros**, 2004, p. 185, para quem: “*havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o Poder Concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração*”. Podemos até concordar que o quadro pintado por **Wald** é o ideal para a preservação da equação econômico-financeira do contrato, mas o autor é um dos poucos a defender a tese da simultaneidade entre o desequilíbrio e o reequilíbrio do contrato e a posição não reflete o que ocorre amiúde, conforme, inclusive comprova o acórdão acima citado. Seu posicionamento, portanto, não elimina a crítica teórica que fizemos acima à doutrina tradicional do risco na concessão e à teoria das áleas ordinária e extraordinária.

teoria das áleas ordinária e extraordinária, para a resolução das complexas questões relacionadas ao risco nos contratos de concessão de serviço público.

6. A tendência de atenuação dos riscos do concessionário e, mais uma vez, as Parcerias público-privadas – PPPs

As dúvidas suscitadas pelas contradições da doutrina tradicional do risco e pela teoria das áleas ordinária e extraordinária nas concessões têm gerado algumas manifestações fragmentárias tendentes a expressar, seja na doutrina seja na legislação, uma atenuação ainda maior dos riscos assumidos pelo concessionário.

Na doutrina, temos dois exemplos claros dessa tendência. Um deles encontraremos em **Wald**²³³ que defende a adoção, em cada contrato, de “*medidas para garantir a estabilidade da tarifa*”, ponderando: “*para assegurar a estabilidade tarifária, caberia o estudo de aperfeiçoamento da redação dos contratos de concessão, bem como a adoção de medidas administrativas, inclusive com previsão de um sistema de recuperação automática do equilíbrio inicial, através da imediata recomposição da tarifa, dentro de certas regras específicas e claras, diante da constatação de perdas provocadas por fatores externos e fora da alçada da concessionária*”. Outro, encontraremos no posicionamento recente de **Justen Filho**²³⁴, já referido ao longo do presente trabalho, que questiona frontalmente a doutrina tradicional do risco na concessão, muito embora se conforme com a utilização da teoria das áleas ordinária e extraordinária.

A produção legislativa brasileira mais recente, por seu turno, tem evidentemente tratado dos riscos do concessionário com mais atenção do que fez a Lei 8.987/95, seguindo uma tendência de atenuá-los. Falamos, mais uma vez, das recentes leis sobre *parcerias público-privadas* editadas pela União Federal, pelo Estado de Minas Gerais, pelo Estado de São Paulo.

A legislação mineira²³⁵, por exemplo, a par de incluir a concessão de servi-

233. Cf. **Wald, Arnaldo e outros**, 2004, p. 191.

234. Cf. **Justen Filho, Marçal**, 2003 e “As diversas configurações ...”, in RDPE nº 1, 2003.

235. Lei Estadual 14.868 de 16 de dezembro de 2003.

ços públicos como uma das formas de parceria público-privada²³⁶, estabelece diferentes possibilidades de arranjo contratual, deixando clara a faculdade da administração concedente de prever as seguintes cláusulas contratuais: arbitragem ou outra forma de composição amigável para os eventuais litígios²³⁷ (art. 13); atenuação expressa dos riscos do concessionário (art. 14, V); diversas formas de remuneração do concessionário, inclusive recebimentos diretos do Tesouro estadual (art. 15, II); sub-rogação de financiamentos contraídos pela concessionária para o erário estadual (art. 15, § 2º.); amplas garantias dos créditos da concessionária (art. 16).

A Lei nº 11.688/04, do Estado de São Paulo, contém praticamente todas as garantias acima referidas da legislação mineira (arts. 8º., III, a; 9º., II; 11), mas agrega àquelas pelo menos dois novos mecanismos de garantia do concessionário. O art. 12 autoriza a criação de uma companhia de ativos incumbida legalmente de realizar parcerias público-privadas (Companhia Paulista de Parcerias) e de garantir, por meio de formas e ativos variados (art. 15, VI), a viabilidade financeira dos empreendimentos contratados.

O deslocamento das contratações da administração direta para a órbita da administração indireta (governamental de Direito Privado) torna as garantias mais efetivas, pois altera inclusive a forma de sua execução (a administração pública despe-se das prerrogativas usuais de impenhorabilidade de bens, de orçamentação prévia das despesas com precatórios judiciais, e passa a contar com prazos processuais menores). A Lei paulista autoriza, por fim, a Companhia Paulista de Parcerias a constituir um “*fundo fiduciário*”, isto é, de um conjunto patrimonial destinado à fidúcia nas operações de parcerias²³⁸,

236. Em nossa opinião, como salientamos no capítulo anterior, a concessão é, na verdade, um gênero que acomoda todas as formas de parcerias público-privadas que importam na delegação da gestão de serviços públicos.

237. Visa a amenizar o risco judicial, do qual trataremos mais detalhadamente na seqüência deste trabalho.

238. A figura deriva do chamado “*trust*” dos países de “*common law*” e tem sido difundida entre nós em projetos financeiros privados, em negócios societários internacionais e no planejamento tributário. Muito embora não prevista expressamente em nossa legislação, nem mesmo com o advento do novo código civil, sua utilização é admitida pela doutrina e pela jurisprudência. É contrato que visa a resguardar riscos daquele intitulado como beneficiário do *trust* pois “*uma das partes, recebendo da outra bens móveis ou imóveis, assume o encargo de administrá-los em proveito do instituidor ou de terceiro, tendo sua livre administração, embora sem prejuízo do beneficiário*” – Cf. **Diniz, Maria Helena**, 2003, v. 3, p. 599-600.

aumentando, ainda mais, a garantia do concessionário ou do projeto financeiro que lastreia a concessão.

A Lei Federal²³⁹, por sua vez, caminha na mesma tendência dos textos anteriormente referidos. O projeto estabelece: regra explícita de repartição de riscos (art. 4º, VI e art. 5º, III) entre a administração e o contratado, abandonando a fórmula da doutrina tradicional do risco na concessão; a sub-rogação da administração pública em relação aos pagamentos dos financiadores (art. 5º, § 2º, II); a remuneração direta do “*parceiro privado*”²⁴⁰ pela administração pública (art. 6º, I e parágrafo único) e a possibilidade de oferecimento de amplas garantias ao “*parceiro privado*” (art. 8º), inclusive a formação de *fundo garantidorou empresa estatal criada para esta finalidade* (art. 8º, V).

Não resta dúvida, portanto, que a tendência atual é de abertura explícita de nossa legislação a novas formas de concessão (ou de parcerias público-privadas²⁴¹) que dão mais abrigo aos riscos do concessionário, reduzindo ainda mais o alcance da doutrina tradicional do risco na concessão.

7. O risco calculado e devidamente partilhado

Tudo o que acima expusemos nos encaminha para algumas conclusões, sem as quais, aliás, tornar-se-ia impossível dar seqüência ao presente estudo.

A primeira conclusão relaciona-se à interpretação da Lei 8.987/95, particularmente no que se refere à definição da concessão como instrumento da delegação da gestão do serviço público “*à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado*” (art. 2º, II).

239. Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

240. Note-se que o projeto federal, ao contrário dos diplomas já aprovados nos Estados antes referidos, evita a utilização direta das expressões concessão, poder concedente, concessionário, preferindo a denominação mais genérica “*parceiro privado*”. A par de refletir alguma insegurança técnica, o projeto não consegue disfarçar que produz norma modificadora da atual Lei 8.987/95, na medida em que veicula normas para contratos que têm como objeto “*a delegação total ou parcial, da prestação ou exploração de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública*” (art. 3º, I).

241. Verificar sobre isso o item 4 do capítulo 2 deste trabalho.

Ora, como vimos acima, são numerosas as contradições da doutrina tradicional do risco na concessão. Na verdade, o regime jurídico positivado da concessão de serviços públicos, corroborado pela própria doutrina (por meio da teoria das áleas ordinária e extraordinária), pela jurisprudência e pelos desenvolvimentos mais recentes (inclusive legislativos) desse tema, leva à conclusão de que o contrato de concessão não veicula a transferência de todos os riscos da contratação para o concessionário.

O que ocorre, na realidade, é que há uma divisão dos riscos da contratação entre o concessionário e o concedente, mesmo que para essa constatação nos baseemos na doutrina tradicional que, contraditoriamente ao bordão “*por sua conta e risco*”, forjou a teoria das áleas ordinária e extraordinária que, como vimos, dá garantias realmente amplas ao concessionário ou, dizendo de outra forma, mantém na esfera da administração concedente boa parte dos riscos nas concessões.

Impõe-se, logo, sanar a aparente contradição do art. 2º, II, da Lei nº 8.987/95, interpretando em termos sistemáticos (e não literalmente) ou com os devidos temperamentos a expressão “*por sua conta de risco*” utilizada pelo legislador.

O que defendemos, nesse sentido, é que “*por sua conta e risco*” não importa em transferência ao concessionário de **todos os riscos** inerentes ao empreendimento. Importa, sim, transferência ao concessionário **dos riscos que o contrato indicar**. Melhor dizendo, são *por conta e risco* do concessionário aqueles riscos que o contrato, expressa ou implicitamente, lhe transferir.

Ora, não há concessão sem riscos para o concessionário, da mesma forma que não há concessão que possa aliviar a concedente de todos os riscos, mediante a transferência destes ao concessionário. Assunção de todos os riscos ou de nenhum risco pelo concessionário são situações meramente imaginárias, as quais não condizem com o que o sistema jurídico estabelece. Mesmo que pensássemos num empreendimento concedido em que a grande maioria dos riscos fosse transferida para o concessionário (imaginemos que o concessionário se dispusesse inclusive em assumir a álea extraordinária da concessão), restaria para a administração o risco de responder em última instância pelo serviço público, caso o concessionário faltasse com suas obri-

gações; de responder supletivamente em relação a terceiros prejudicados²⁴²; de responder solidariamente à concessionária nos casos indicados por lei, notadamente os de responsabilidade ambiental²⁴³. Nem neste caso limite, ao qual na realidade nunca assistimos (frise-se, de transferência ao concessionário da maioria dos riscos, inclusive os inerentes à álea extraordinária), o concedente não transferiria ao concessionário **todos** os riscos da concessão.

Por outro lado, também é impossível garantir ao concessionário um empreendimento sem quaisquer riscos. Por mais garantias que cerquem o contrato de concessão, há por meio desse contrato uma delegação de atividades ao concessionário que passa a gerenciar ou comandar a prestação de serviço. Sempre lhe restará o risco de quebra, por absoluta ineficiência empresarial, e o risco em relação às matérias jurídicas em que há responsabilidade solidária legalmente estabelecida entre o concessionário e a concedente (como já narramos em relação ao dever de preservação do meio ambiente).

Nossa primeira constatação, portanto, é que a Lei nº 8.987/95, ao estabelecer que a concessão se dá “*por sua conta e risco*” referindo-se à esfera de responsabilidades do concessionário, na verdade não transfere normativamente **todos** os riscos da concessão ao concessionário, mas tão somente aqueles que o negócio (o contrato), em função de suas condicionantes econômico-financeiras, estabelecer.

A segunda conclusão, fruto das observações feitas ao longo deste capítulo, refere-se à teoria das áleas ordinária e extraordinária. Essa teoria, no mesmo passo em que abranda os riscos do concessionário (revelando, como vimos, a fragilidade da doutrina tradicional do risco na concessão), realiza uma divisão extremamente vaga dos riscos na contratação com implicações realmente graves pois:

- (1) não deixa explicitados os riscos efetivos da contratação, criando insegurança às partes, bem como aos eventuais intérpretes do contrato

242. Sobre a responsabilidade supletiva da administração pública em relação a terceiros, interessante consultar a recente monografia de **Gandini, João Agnaldo Donizeti**, 2003, p. 146.

243. Sobre a responsabilidade solidária da administração pública e do concessionário, em matéria ambiental, há decisão do STJ, no **Resp 28.222 - SP**, rel. Min. **Nancy Andriighi**: “O Município de Itapetininga é responsável solidariamente com o concessionário de serviço público municipal, com quem firmou ‘convênio’ para realização do serviço de coleta de esgoto urbano, pela poluição causada no Ribeirão Carrito, ou Ribeirão Taboãozinho”.

em caso de conflito ou mero controle (juízes, agências reguladoras, ministério público, entre outros);

- (2) baseia-se numa divisão abstrata dos riscos, igualando, em seus termos, todos os empreendimentos²⁴⁴, o que leva a administração pública a deixar de realizar uma análise de economicidade (análise de custo benefício) em função dos riscos de cada concessão e pode conduzi-la à realização de péssimos contratos;
- (3) despreocupa-se, dessa forma, com uma divisão clara e inequívoca dos riscos na contratação e, como consequência disso, com a prevenção à eclosão de prejuízos às partes, arriscando em excesso empreendimentos de grande valor e interesse público.

Mas a tendência atual é de superação desses problemas. A nova legislação brasileira das parcerias público-privadas testemunha o avanço legislativo nessa matéria, tornando mais explícito do que fazia a Lei 8.987/95 que o administrador público, ao realizar uma concessão, deve planejá-la criteriosamente, estudando a sua viabilidade econômica e buscando alternativas que efetivem o interesse público (geralmente relacionado à implementação de um projeto de financiamento para a criação, manutenção, ampliação ou modernização de um serviço público) e que, ao mesmo tempo, repartam de forma razoável, baseada numa análise de custo benefício, os encargos e riscos do empreendimento concessório.

Nossa posição, neste caso, indica a necessidade de desenvolvimento, a partir da teoria das áleas ordinária e extraordinária, de uma explicação mais criteriosa e minudente sobre os riscos mais frequentes nas concessões e como, em cada caso, pode se dar o arranjo contratual de sua prevenção e de sua divisão, tudo com vistas voltadas a uma maior economicidade da contratação. Esse, pelo menos, é o desafio que motiva o quarto capítulo deste estudo.

244. Existem empreendimentos mais rentáveis que, por sua pujança econômica, poderiam colocar a administração pública na posição de assumir pouquíssimos riscos e outros, de menor viabilidade econômica, em que a administração pública não conseguiria parceiros sem assumir boa parte dos riscos.

Capítulo 4

Por uma leitura mais abrangente dos riscos na concessão de serviço público

Sumário: 1. A estabilidade contratual, a boa fé dos contratantes e a economicidade do contrato. 2. A importância do planejamento e da identificação dos riscos na concessão de serviço público. 3. Formalidades contratuais: a importância da descrição dos riscos, de sua divisão entre as partes, das garantias e das fórmulas para a solução de situações controvertidas. 4. Os riscos mais frequentes nas concessões de serviço público e sua manifestação. 5. Riscos econômico-financeiros. 6. Riscos técnicos. 7. Riscos jurídicos. 8. Riscos políticos. 9. Quadro resumo. 10. Como evitar que a superveniência dos fatores de riscos inviabilize a concessão.

1. A estabilidade contratual, a boa fé dos contratantes e a economicidade do contrato

Para seguir o objetivo enunciado no fechamento do capítulo anterior, é imprescindível que antes travemos uma breve discussão em torno dos princípios jurídicos da economicidade e da boa-fé nos contratos administrativos. A verificação do alcance da aplicação desses princípios nas concessões e, mais especificamente, na normatização ou na solução jurídica das questões relacionadas ao risco das partes nesses contratos criará os fundamentos necessários ao desenvolvimento posterior de nossa tese.

A Constituição Federal brasileira consagra o princípio da economicidade, tanto expressamente, em seu art. 70, como implicitamente, por intermédio da enunciação do princípio da eficiência²⁴⁵, em seu art. 37, sem mencionar as muitas regras radicadas no texto constitucional²⁴⁶ e na legislação infraconstitucional que velam pela austeridade nos dispêndios econômicos concretizados pela administração pública e, ao mesmo tempo, pela necessidade de realização do interesse público por atuação direta ou normativa desta.

Também estabelece a Carta Federal brasileira o princípio da moralidade (art. 37), que impõe à administração pública uma atuação pautada pela boa-fé, lhanza, honestidade e por intenções voltadas à boa administração e ao interesse público²⁴⁷.

No plano dos contratos administrativos, estes princípios vão assumir uma dimensão ou um significado mais preciso. O princípio da economicidade torna-se elemento essencial para a definição do objeto a ser contratado, como também para definição dos critérios de seleção da melhor proposta a ser contratada pela administração pública e, por fim, para o acompanhamento da execução contratual (por exemplo, nas decisões sobre a conveniência de realização de aditivos ou sobre a suspensão ou alteração unilateral da contratação). O princípio da moralidade expressa-se por meio de uma norma específica reitora do seu regime jurídico geral e da sua interpretação jurídica: o **princípio da boa-fé dos contratantes**, que incumbe à administração pública e aos que por ela sejam contratados um dever geral de hones-

245. Cf. **Medauar, Odete**, 2004, p. 151, para quem: “Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população.” Ora, agir de modo preciso supõe a realização do melhor pelo menor custo, daí a implicitude do princípio da economicidade em relação ao da eficiência.

246. O próprio inciso XXI, do art. 37, da Constituição Federal, ao estabelecer a obrigatoriedade de licitação prévia às contratações públicas, tem como um de seus escopos a realização do princípio da economicidade, pois a licitação define-se, em regra, como procedimento apto a selecionar a melhor proposta para a contratação, tanto em termos técnicos como em termos econômico-financeiros.

247. Cf. **Medauar, Odete**, 2004, p. 148, para quem a tradução em palavras do princípio da moralidade é difícil “talvez porque seja impossível enquadrar em um ou dois vocábulos a ampla gama de condutas e práticas desvirtuadoras das verdadeiras finalidades da Administração Pública. Em geral, a percepção da imoralidade administrativa ocorre no enfoque contextual; ou melhor, ao se considerar o contexto em que a decisão foi ou será tomada.”

tidade que se revela por dois veículos básicos: (1) pela firmeza da intenção de levar o contrato ao cumprimento de seus objetivos e (2) pela clareza da intenção de permitir às partes lograrem os proveitos recíprocos que a contratação irá gerar²⁴⁸.

Esses dois princípios militam em favor da estabilidade da relação contratual. Se a definição do objeto de uma dada contratação é realmente conveniente ao interesse público, a relação entre os contratantes tende a se estabilizar; se os critérios de seleção da melhor proposta a ser contratada foram corretamente decididos e utilizados, a contratação tende a atingir seus objetivos; se as partes, enfim, revelam por seu atos a firme intenção de dar cumprimento ao contrato ou se abstêm de condutas que visem a lesar a parte contrária (logrando proveitos que não se previam contratualmente ou, ainda, impedindo que a outra parte logre os proveitos inerentes à execução do contrato) a relação contratual tende à estabilidade.

No contexto em que ora trabalhamos, portanto, a estabilidade contratual comunga dos mesmos objetivos dos princípios da economicidade e moralidade administrativa.

Na verdade, nem era preciso ir tão longe para se depreender que a estabilidade contratual, especialmente nos contratos de concessão de serviço público – contratos de longo curso e de grandes investimentos –, favorece a economicidade das contratações, com proveitos econômico-financeiros para todos envolvidos (concedente, concessionário e usuário) e a plena realização dos objetivos contratuais (prestação adequada dos serviços públicos; viabilidade de investimentos na implantação, manutenção, modernização ou ampliação destes serviços).

248. Neste ponto, já se tornou clássica a referência à **Gordillo, Agustín**, para quem: “os contratos administrativos são essencialmente de *boa fé*, o que leva a que a administração não deva atuar como se tratasse de um negócio lucrativo, nem tratar de obter lucros ilegítimos às custas do contratado, ou aproveitar-se de situações legais ou fáticas que a favoreçam em prejuízo do contratado” (2003, t. 1, p. XI-47). Também é importante, neste contexto, a lição trazida por **Ocampo, Raúl Enrique Granillo**, 1990, p. 133 para quem: “No Direito Público atual, a boa fé, como critério administrativo ou judicial, exerce a função de delimitadora do ‘quantum’ de direitos e obrigações das partes. É uma técnica jurídica através da qual o direito lógico passa a converter-se em justiça particular para o caso concreto; é o freio de emergência ao qual se recorre quando a conclusão dogmática não é alcançável, ou o resultado que dela emerge é intrinsecamente injusto.”

Se assim são as coisas, não nos parece subversão pensar que os contratantes, especialmente em contratos de maior complexidade e longevidade, notadamente na concessão de serviço ou de obra pública, devam atentar para a correta previsão e divisão dos riscos inerentes aos seus negócios jurídicos, como forma de majorar o grau de estabilidade dessas avenças administrativas.

2. A importância do planejamento e da identificação dos riscos na concessão de serviço público

Assumindo-se, dessa forma, que, no regime jurídico das concessões, a estabilidade contratual (ou o cumprimento dos contratos) deva ser tratada como um valor jurídico essencial, verifica-se, conseqüentemente, que o planejamento prévio da concessão assume um papel fundamental na prática dessas contratações.

É que o correto planejamento da concessão deve ter como um de seus objetivos a identificação dos riscos a ela inerentes para que estes riscos obtenham tratamento contratual expresso .

Melhor dizendo, a identificação dos riscos de uma concessão é essencial não só para a verificação de sua viabilidade econômica e financeira, como também deve conduzir, do ponto de vista estritamente jurídico, à previsão expressa dos riscos contratuais, dos mecanismos de atenuação contratual destas áleas e dos mecanismos contratuais de solução de eventuais conflitos entre as partes (divisão de ônus, inclusive), que sejam relacionados à superveniência de situação fática identificada com os riscos previstos nos estudos prévios à contratação.

Alguns exemplos podem aclarar o que ora sustentamos. Em uma concessão de transporte coletivo de passageiros, os estudos prévios à licitação do contrato podem verificar uma série de fatores de risco: variação imponderada do preço dos combustíveis (derivados de petróleo ou eletricidade); alto risco de demanda em virtude da competição de outras modalidades de transporte ou de evasão provocada pela deterioração do serviço em passado recente; alçada elevada dos investimentos a comprometer a modicidade da tarifa. Uma vez identificados, estes riscos podem ser equacionados em termos contratuais: as tarifas, por exemplo, podem ser vinculadas na proporção devida à variação dos combustíveis, como forma de amenizar o risco de desequilíbrio do contrato; o

risco de demanda pode ser assumido integralmente pelo concedente ou pelo concessionário ou, ainda, partilhado na proporção e na forma que o contrato estabelecer; os investimentos podem ser divididos entre as partes (muito embora este não nos pareça, de forma geral, o melhor arranjo pois há uma tendência do concedente não realizar ou postergar os investimentos de sua responsabilidade) ou pode ser fixada cláusula de solidariedade financeira, por meio de avais do concedente ou subsídio tarifário direto para a atenuação do risco de excessivo aumento da tarifa, inviabilizando o acesso universal ao serviço.

Outro exemplo: na concessão dos serviços de distribuição e comercialização de energia elétrica, pode-se prever o risco de eventual crise de oferta de energia (em quadro de aceleração do crescimento econômico ou de deficiência de infra-estrutura para a geração de energia) ou de crise de demanda de energia (em quadro de desaceleração do crescimento econômico ou de excessiva oferta, em razão de aumento desmesurado da capacidade de geração de energia); pode-se prever, ainda, o risco de diminuição do consumo em face da modernização de equipamentos (que passam a consumir menos energia), de regulação do mercado com imposição ou incentivo à co-geração ou a conservação de energia ou, por fim, da insurgência de novos combustíveis ou meios alternativos de geração de energia. Uma vez identificados, esses riscos podem ser assumidos ou não pelo concedente, ou partilhados dentro de alguma lógica que não retire do concessionário a vontade de buscar maior produtividade e conquistar a clientela pela qualidade dos serviços que presta. O equacionamento dos riscos levará certamente à fixação de uma tarifa mais adequada, mais estável e mais justa, diminuindo a necessidade de reequilíbrios constantes e de imposição aos usuários de encargos tarifários extraordinários.

O planejamento, esclareça-se, não tem o condão de eliminar os riscos de uma concessão. Sua virtude encontra-se em prevê-los e equacionar, tendo em vista a preservação dos fins da concessão e a solução dos impasses criados na eventualidade da eclosão desses riscos. Como disse **Auby**: “A *planificação é a função que se traduz pela vontade de administrar a mudança.*”²⁴⁹; o planejamento, portanto, é de fundamental importância, na medida em que tende a reduzir os conflitos ao longo da concessão, aumentando o grau de estabilidade da contratação.

249. Cf. **Auby, Jean-François**, “*Management Public*”, 1996, p. 115.

Diga-se, ainda, que deve emergir desse planejamento prévio a própria opção pela delegação ou não dos serviços aos particulares e a escolha, se for o caso, de uma das formas de gestão delegada dentre todas as que forem legalmente permitidas. A afirmação parece óbvia, mas se torna imprescindível fazê-la, tantas são as oportunidades em que temos verificado a inexistência de qualquer planejamento na execução dos serviços públicos e demais funções públicas.

Haverá, dessa forma, critérios que, a partir de uma análise dos riscos, bem como dos aspectos financeiros, sociais, técnicos e patrimoniais do empreendimento e, enfim, da qualidade que se almeja na prestação do serviço²⁵⁰, deverão orientar a decisão administrativa quanto à delegação dos serviços e, em se decidindo por esta, nortearão a decisão pelo arranjo contratual mais conveniente (inclusive quanto às opções legalmente existentes de predominância do regime jurídico de Direito Público ou de Direito Privado – como ocorre, por exemplo, no regime da Lei 9.472/97 – Leis Geral de Telecomunicações – entre nós).

Esse é o sentido que se deve atribuir aos estudos e atos de justificação da concessão referidos nos artigos 5º, 16, 18 e 21 da Lei 8.987/95. Muito embora o texto da lei nacional de concessões não seja suficientemente claro, a interpretação teleológica e sistemática do seu texto conduz ao entendimento de que a administração pública deve, previamente à realização de qualquer concessão, realizar profundos estudos de viabilidade da concessão, compreendendo o seu detalhado planejamento, que evidenciará: a conveniência da outorga e seu objeto, área e prazo (art. 5º); o caráter de exclusividade ou não da concessão e sua viabilidade técnica e econômica (art. 16); os projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas (art. 18, IV) e demais investigações, levantamentos, despesas ou investimentos vinculados ao empreendimento (art. 21).

É, em outras palavras, o que **Justen Filho** chama de “*dever de previdência do poder concedente*”:

A Administração tem de tomar em vista todos os possíveis efeitos diretos e indiretos das escolhas realizadas por ocasião da concepção da licitação e das

250. Cf. Long, Marceau (org.), 1999, pp. 35 e seguintes.

condições que serão consagradas a propósito da futura contratação. Tal se traduzirá no ato convocatório, nas condições regulamentares sobre a prestação do serviço e nas cláusulas contratuais pertinentes. Todas essas previsões deverão estar completamente determinadas e previstas no corpo de edital, por ocasião de sua divulgação. Daí deriva a enorme relevância da etapa interna e preliminar, durante a qual são identificados os problemas e diagnosticadas as soluções. Esse dever de diligência tem de traduzir-se numa atuação minuciosa, detalhada, responsável e capacitada, para a Administração modelar adequadamente tanto o certame como a outorga que dele derivará.²⁵¹

Infelizmente, temos verificado em muitas e muitas vezes que a administração pública no Brasil não tem se pautado com todo o cuidado necessário, teimando em realizar concessões sem o devido planejamento prévio. A consequência disso tem se demonstrado extremamente nefasta. Ao invés de incentivar ganhos de produtividade e sua apropriação pela tarifa, isto é, pelo usuário, a comparação do quadro atual com o passado, em muitas concessões, faz constatar a elevação constante das tarifas, em prejuízo dos usuários. Essa ineficiência provoca danos em escala ao processo de produção e comercialização das empresas instaladas no país, que perdem competitividade quando deveriam ganhá-la, em função da aplicação dos modos de gestão delegada de serviços públicos (encontramos exemplo evidente disso nos setores dos serviços de energia elétrica e transportes - notadamente os rodoviários).²⁵²

251. **Justen Filho, Marçal**, 2003, p. 203.

252. Não é aqui, infelizmente, o lugar para o aprofundamento desse tema, podemos verificar, entretanto, facilmente como, por exemplo, a idéia recorrente de obrigar a concessionária a pagar um ônus econômico (fixo ou variável) em favor do poder concedente e inclusive decidir a escolha do concessionário pelo critério da maior oferta em relação a esse ônus (art. 15, II, da Lei 8.987/95) tem tido como consequência a elevação das tarifas cobradas dos usuários (esse é certamente um fator de elevação das tarifas nas concessões de rodovias) ou, ainda exemplificando, como a falta de previsão da eventual carência de geração de energia elétrica elevou a tarifa desse serviço por meio de reequilíbrios dos contratos e da imposição de encargos emergenciais. Tanto num caso como no outro a elevação das tarifas acaba sendo mais um veneno econômico do que um remédio, pois traz custos em escala para todos aqueles que produzem, transportam ou comercializam mercadorias, que assim perdem competitividade no mercado global, além de servir para a elevação da inflação, conduzindo à maior insegurança de forma geral dos agentes econômicos.

3. Formalidades contratuais: a importância da descrição dos riscos, de sua divisão entre as partes, das garantias e das fórmulas para a solução de situações controvertidas

A solução desses problemas (afora evidentemente o acionamento dos controles típicos da administração pública) passa por uma atenção maior dos administradores em relação às formalidades contratuais da concessão.

Melhor dizendo, o planejamento e demais estudos técnicos e econômicos efetuados na fase interna da licitação de uma concessão devem necessariamente reverter-se em cláusulas contratuais ou regulamentares, de modo a tornar absolutamente claro quais os riscos da contratação, como se encontram divididos entre as partes do contrato e quais são os mecanismos desde logo previstos para a solução das controvérsias eventualmente ocorrentes em razão dos riscos assumidos.

Em uma dada concessão, como já dissemos, o risco de desequilíbrio pode estar presente, por exemplo, em relação à demanda pelos serviços, tendo em vista as expectativas de desenvolvimento econômico regional ou em função da concorrência de prestadores de serviços em outras modalidades (como ocorrido entre serviços telefônicos fixos e móveis). Realizadas as previsões, esse risco de demanda pode ser integralmente transferido ao concessionário ou não. No caso do concedente não transferir o risco ao concessionário, o contrato pode prever, desde logo, mecanismos para o seu reequilíbrio, tais como prorrogação do prazo da concessão, revisão de tarifa, alteração de metas de universalização ou de qualidade, retardamento do cronograma de execução de obras ou, até mesmo, a possibilidade de extinção do contrato por inviabilidade superveniente da concessão. Quão maiores forem as especificações contratuais sobre os riscos do empreendimento e a solução dos problemas aos mesmos inerentes, menores serão os riscos efetivos da contratação, tendendo-se à maior estabilidade da concessão e, obviamente, a menores custos de transferência.

Tudo isso, reitere-se, deve emergir do planejamento e da modelagem da concessão, que tentará determinar, em função dos riscos e das especificidades de cada serviço, quais os melhores mecanismos para a resolução dos problemas supervenientes²⁵³.

253. Há casos, no Brasil, em que a preocupação com esse assunto levou agências (por exemplo a ASEPRJ – Agência de Serviços Públicos do Estado do Rio de Janeiro) a estabelecer, até

A lei brasileira de concessões, ainda que não chegue a esse grau de detalhamento, merece ser assim interpretada. Com efeito, os referidos artigos 5º, 16, 18 e 21, reitera-se, estatuem a obrigação de amplos estudos prévios à realização da concessão, que certamente devem se pautar pelo maior rigor e abrangência possível no âmbito do planejamento da atividade que se alvitra conceder, senão por sua natureza intrínseca, em razão do princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*) e da economicidade (art. 70, *caput*), como também da necessidade de conferir o maior grau de estabilidade possível à relação contratual que será firmada ao cabo desses estudos, como vimos no item inicial deste capítulo.

Mais que isso, deve-se reconhecer que, dentre as cláusulas essenciais do contrato de concessão enumeradas pela Lei 8.987/95, muitas abrigam em seu enunciado genérico a necessidade da administração velar pela melhor descrição dos riscos inerentes à atividade concedida, de sua divisão entre as partes e dos modos de solução das controvérsias eventualmente surgidas. O art. 23 deste diploma legal fixa, por exemplo, que devem estar presentes em todos os contratos de concessão cláusulas que abordem os critérios para revisão de tarifas (inciso IV), as garantias das partes em razão de *“previsíveis necessidades de futura alteração”* do serviço (inciso V), os casos de extinção da concessão (inciso IX), as condições de prorrogação do contrato (inciso XII) e o modo amigável de solução das divergências contratuais (inciso XV).

A partir de uma visão sistemática da Lei nº 8.987/95, portanto, é impossível afastar o rigor formal que aqui defendemos na celebração de contratos de concessão.

A Lei nº 11.079/04, que regula as **parcerias público-privadas**, veio reforçar esse quadro e ratificar a posição que defendemos. Além de estabelecer, no art. 4º, que a *“repartição objetiva de riscos entre as partes”* (inciso VI) é uma diretriz na contratação de concessões patrocinadas ou administrativas, estabeleceu obrigatoriedade de cláusula contratual (art. 5º, III) que disponha sobre *“a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”*.

mesmo, um processo de revisão tarifária dos contratos de concessão. A preocupação com a processualização é pertinente e extramente útil, pois dá à decisão administrativa, em casos de revisão tarifária, transparência e racionalidade, no entanto, não é suficiente aos objetivos aqui preconizados pois, no mais das vezes, sem parâmetros contratuais claros quanto à divisão de riscos, o processo de revisão tende ao casuísmo.

4. Os riscos mais freqüentes nas concessões de serviço público e sua manifestação

De nada adiantará, entretanto, a boa intenção do administrador e que este se torne mais rigoroso nos estudos prévios, no planejamento das concessões e na formalização dos respectivos contratos, se estes continuarem balizados somente pela doutrina tradicional das áleas contratuais na concessão.

Como vimos no capítulo anterior, a doutrina tradicional das áleas na contratação da concessão estatui a divisão dos riscos contratuais em duas categorias distintas: a dos riscos **ordinários**, assumidos em regra pelo concessionário e a dos riscos **extraordinários**, assumidos pelo concedente.

Estes, por sua vez, subdividir-se-iam em duas espécies: os **riscos econômicos** e os **riscos administrativos**. Os primeiros explicados pela teoria da imprevisão, os demais relacionados às prerrogativas da administração pública de modificação unilateral do contrato ou de editar medidas de ordem geral que possam afetar indiretamente o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Ora, é realmente fácil verificar, a partir do que demonstramos até aqui, que a simples enunciação em uma ou mais cláusulas contratuais de regra segundo a qual a administração pública não assume os riscos ordinários da concessão, mas que assume os riscos extraordinários, econômicos ou administrativos, não resolve senão uma pequena parte dos problemas freqüentes das concessões nessa matéria.

Em primeiro lugar, porque, assim disposta a divisão de riscos, sempre restará uma dúvida relacionada à determinação da amplitude dos riscos ordinários, fator que evidentemente contribui para a desestabilização da relação contratual.

Em segundo lugar, porque pode ser excessiva ou injustificada, em alguns casos, a cobertura de todos os riscos extraordinários pela administração concedente. Certamente, haverá casos em que a concessão se dá em setores de tamanha pujança econômica ou com grau de competitividade tal, que não será necessário garantir o concessionário em relação às variações econômicas imprevisíveis ou relacionadas às medidas administrativas de ordem geral, tendo este condição de assumir maiores riscos sem grande impacto tarifário.

Pode haver, ainda, atividades delegadas que não necessitem de cobertura quanto aos riscos de imprevisibilidade em relação à variação do câmbio monetário, pois o impacto dessas variações, por maior que seja, não produzirá reflexos tarifários ou alterações na taxa de retorno de longo prazo prevista contratualmente em favor do concessionário. Se assim for, o planejamento prévio da concessão deve indicá-lo e o contrato deverá excluir esse risco do rol daqueles garantidos pelo concedente.

A racionalidade que deve orientar a elaboração das contratações em geral (e isso vale ainda mais para as contratações de longo prazo e que envolvam grandes valores) deve ser a de eliminar focos de problemas futuros entre as partes. A clareza do contrato em relação às responsabilidades e garantias por ele não contempladas, evita discussões futuras em torno de questões que não têm relevância ou repercussão econômica significativa.

Em setores regulados (como ocorre entre nós nos serviços de telecomunicações, energia, entre outros), a assunção pelo concedente do risco relacionado à edição de medidas normativas, de caráter geral (álea administrativa no enfoque tradicional da doutrina jurídica), pode comprometer em grande medida o exercício do poder de regulação setorial, que, no mais das vezes, deverá atuar no intuito de coibir margens de lucro excessivas ou de incentivar a competição e a abertura desses setores a novos prestadores (há exemplos no Direito estrangeiro de imposição a prestadores de serviço dominantes de adoção de comportamentos de incentivo a novos prestadores e à competição, como ocorreu, no caso norte-americano, por meio de regulação da revenda de serviços de telecomunicações e do compartilhamento de redes e de infra-estrutura)²⁵⁴.

254. Cf. **Crandall, Robert W. e Hausman, Jerry A.**, “*Competition in U.S. Telecommunications Services: Effects of the 1996 Legislation*”, in **Peltzman, Sam** (org.) e outros, 2000, p. 80 e seguintes. Interessante para a ilustração deste ponto é a reflexão feita por **Sidak, J. Gregory e Spulber, Daniel F.**, 1998. Estes autores defendem, a partir da proteção constitucional ao Direito de propriedade, a idéia da existência de um “contrato regulatório” (*regulatory contract*) – justamente em setores como energia e telecomunicações, nos quais, nos EUA, não há contrato de concessão – que daria proteção às empresas atuantes no setor (*incumbents*) em face dos incentivos criados pela regulação às empresas entrantes (*entrant firms*) de modo a “*compensar a prestadora de serviços (incumbent utility) pelas obrigações regulatórias passadas, presentes e futuras*” – p. 535. Os autores quase chegam a formular um conceito de equilíbrio econômico-financeiro, a defender as empresas atuantes nos setores regulados contra os incentivos que a regulação venha a criar para incentivo da competição, argumentando que a regulação tem tendido a restringir o Direito de propriedade ao afetar o patrimônio das empresas prestadoras de serviço público tornando-o coisa pública (*common*) – p. 540.

Em setores competitivos, para que se faça uma reflexão final em relação a este ponto, a assunção de riscos pela administração concedente pode influenciar negativamente na competição, favorecendo prestadores que se encontrem em regime de concessão em desfavor de prestadores que não gozem das mesmas garantias por prestarem o serviço mediante autorização²⁵⁵.

Esses exemplos – e muitos outros haveria – dão noção da complexidade que possui a divisão de riscos na contratação de concessões, complexidade esta que, como já dissemos, reclama a releitura da doutrina tradicional das áleas contratuais na concessão. O primeiro foco dessa releitura passa pela identificação mais abrangente dos riscos enredados ao contrato de concessão²⁵⁶.

Um dos estudos dos mais interessantes e úteis nessa matéria foi o desenvolvido por um grupo de trabalho organizado na França pelo Instituto de Gestão Delegada, sob direção de **Marceau Long**, recolhido no livro “*Négociier, gérer et contrôler une délégation de service public*”²⁵⁷. Nesta obra, em diversas passagens, alerta-se para a necessidade de identificação e de divisão dos riscos contratuais nos contratos de gestão delegada de serviço público, notadamente nos contratos de concessão. Dizem os autores:

A repartição dos riscos deve igualmente ser objeto de uma atenção particular. Na gestão direta, a coletividade suporta todos os riscos do empreendimento. **Na gestão delegada, ela transfere uma parte maior ou menor dos riscos ao delegado. A repartição dos riscos é um elemento essencial das convenções de delegação de serviço público.** (...) As delegações de serviço público possuem longa duração. Elas possuem, portanto, áleas importantes. A repartição do encargo e da gestão dessas áleas é um elemento determinante do equilíbrio contratual.²⁵⁸

255. Hipótese aplicável entre nós no terreno das telecomunicações, onde, como dissemos anteriormente, convivem prestadores em regime público, que firmam contrato de concessão com a administração pública, com prestadores em regime privado, que recebem autorização para a exploração dos serviços públicos.

256. A descrição que segue, afora compilar contribuições teóricas de diferentes autores, é extraída em grande parte da prática jurídica, ou melhor, da tentativa de sistematização teórica da vivência profissional do autor.

257. Cf. **Long, Marceau** (org.), 1999.

258. Cf. **Long, Marceau** (org.), 1999, p. 38, grifamos.

Os riscos a serem repartidos, ainda para os mesmos autores, seriam genericamente identificados como: **riscos técnicos** ou ligados à evolução técnica; **riscos financeiros** ligados à modificação de comportamento dos consumidores ou ligados à evolução dos preços; **riscos ligados à evolução legislativa**, regulatória e à intervenção de novas normas; **riscos penais**, ligados a acidentes; **riscos ligados à situação social**; **riscos ligados à aparição de produtos concorrentes** suscetíveis de desestabilizar o empreendimento²⁵⁹.

Os riscos técnicos seriam os relacionados à gestão propriamente dita dos serviços delegados. O risco de administrar mal a evolução dos encargos de manutenção e administração do serviço delegado (e conseqüentemente receber uma remuneração insuficiente para fazer frente a essas tarefas) ou o risco, associado a este, de não conseguir a produtividade ou a performance esperadas na condução dos serviços (lembremo-nos que há formas de delegações – a gestão interessada do Direito francês e espanhol, por exemplo – em que a remuneração do contratado pode ser vinculada, em alguma medida, à sua performance, ao alcance de metas pré-determinadas contratualmente), também afetam à viabilidade econômica do empreendimento²⁶⁰. Considerar-se-iam riscos técnicos, ainda, as áleas relacionadas à evolução tecnológica, que podem vir a exigir novos e grandes investimentos na modernização do serviço ou, até mesmo, implicar em mudança de hábito dos usuários ou na criação de concorrência, onde, em tese, assegurar-se-ia ao concessionário a exclusividade (ou um monopólio natural).

Riscos financeiros, para os mesmos autores, seriam os relacionados a numerosos eventos suscetíveis de afetar o equilíbrio econômico do empreendimento (modificação das circunstâncias ou de preços de mercado, modificação do comportamento dos consumidores, riscos climáticos, acidentes e outros relacionados à teoria jurídica da imprevisão)²⁶¹.

Os riscos ligados à situação social, enfim, estariam ligados aos prejuízos relacionados a eventuais greves, sejam elas específicas, a afetarem diretamente os serviços delegados, sejam de caráter mais geral capazes de afetar indiretamente o contrato de concessão.

259. Ibidem, pp. 36 e 116.

260. Ibidem, pp. 36 e 61.

261. Ibidem, p. 39.

Os demais riscos identificados pelos autores em referência prescindem de maior explicação²⁶².

Outro ensinamento que merece ser recolhido, muito embora a preocupação direta de seu autor não seja a tipificação dos riscos na concessão, mas, sim, a divisão dos mesmos entre a administração pública e o contratado, é o de **Gérard Marcou**²⁶³. Para ele, primeiramente, “*uma das principais funções dos contratos é repartir os riscos entre as partes*”²⁶⁴, riscos estes que qualifica como **riscos políticos** (inerentes às prerrogativas que a administração pública exerce nas contratações administrativas e que a permitem “*fazer prevalecer o interesse público em qualquer circunstância*”²⁶⁵); **riscos técnicos** (“*consequência de fatores tecnológicos ou geológicos na fase de construção da obra como na fase de exploração*”) e **riscos econômicos** (riscos comerciais relacionados à evolução da demanda pelos serviços, riscos de financiamento ou riscos inerentes aos custos de execução do contrato)²⁶⁶.

O autor chega a analisar alguns casos concretos e recentes, onde identificou principalmente a superveniência de riscos relacionados à viabilidade financeira dos empreendimentos²⁶⁷. Em todos esses casos, acabou-se por abandonar a fórmula inicial do contrato que veio a sofrer modificações substanciais. As causas fundamentais, segundo o autor, foram incrementos significativos dos custos iniciais de execução da obra (caso do túnel Canal da Mancha), erros

262. Concluem os autores da obra ora analisada, como fizemos anteriormente, que as teorias do fato do príncipe e da imprevisão não são por si só suficientes para a solução dos problemas inerentes à eclosão, no curso do contrato, de situações de risco e que é necessário especificar-se contratualmente as condições de aplicação dessas teorias, num contexto de repartição de riscos, devendo o contrato prever as condições para sua própria adaptação, nestes casos (p. 117).

263. Cf. **Marcou, Gerard**, “*La experiencia Francesa de Financiación Privada de Infraestructuras y Equipamientos*”, in **Ojeda, Alberto Ruiz** e outros, 2000, pp. 27 e seguintes. **Marcou** não se refere exclusivamente ao contrato de concessão mas a outros instrumentos de delegação da gestão de serviços e obras públicas como o contrato de gestão interessada (*régie intéressée*) e o já anteriormente por nós citado *METP*.

264. *Ibidem*, p. 59.

265. *Ibidem*.

266. *Ibidem*, pp. 83 e 84.

267. *Ibidem*, pp 86 e seguintes. **Marcou** analisa os casos do túnel do Canal da Mancha, do enlace metroviário chamado Orlyval que comunica o aeroporto de Orly com o centro de Paris e do bulevar periférico de Lyon.

significativos nas projeções de tráfego (caso do bulevar periférico de Lyon), a oposição dos usuários aos altos custos tarifários ou a superestimativa do número de usuários (caso Orlyval).

Sem ter, também, preocupação sistemática com a tipificação de riscos nos contratos de concessões e outras formas contratuais aptas a mediar o financiamento privado de infra-estruturas públicas, **Alberto Ruiz Ojeda**²⁶⁸ menciona a presença dos **riscos de projeto, construção, conservação e o risco comercial**²⁶⁹, este último relacionado à obrigação do contratado de “*atrair usuários mediante prestação de um bom serviço*”.

Olivier Raymundie, por seu turno, menciona a existência de **riscos políticos**, os **riscos puramente comerciais**, os **riscos tecnológicos**, os **riscos de gestão de pessoal** e os **riscos associados à variável rentabilidade** dos serviços delegados²⁷⁰.

Por fim, **André Brabant**, ao analisar o desenvolvimento europeu da prática do chamado “*project financing*” (projeto financeiro), como instrumento para a realização de contratos de delegação de serviços ou de grandes obras de infra-estruturas, ressalta que a execução desses financiamentos se adapta sobretudo aos riscos específicos de cada operação, descrevendo os riscos analisados, caso a caso, como:

- a *qualidade e a competência técnica e comercial dos promotores e do operador* (gerente responsável pela condução do projeto, que, nos países de ‘direito civil’, poderia ser o concessionário);
- o *risco ligado à boa finalidade efetiva do projeto e às garantias* obtidas por parte dos promotores, construtores e, por vezes, mesmo dos ‘gerentes do projeto’ (‘completion guarantee’ e ‘continuing undertaking’). Esses riscos podem ser parcialmente cobertos por garantias bancárias de boa execução ou por ‘performance bonds’.

268. **Ojeda, Alberto Ruiz**, “*Aplicaciones Recientes em Matéria de Financiación Privada de Infraestructuras en España: Entre la Financiación Presupuestaria Diferida y las Fórmulas Concesionales*”, in **Ojeda, Alberto Ruiz e outros**, 2000, pp. 133 e seguintes.

269. *Ibidem*, pp. 204 e 205.

270. Cf. **Raymundie, Olivier**, 1995, p. 98.

Na prática, os bancos exigem às vezes que os créditos sejam garantidos solidariamente pelos promotores, até o recebimento definitivo da obra e o início das atividades do 'operador'.

- o **risco de rentabilidade inferior às previsões**: se as condições de mercado (no curso da construção ou após o início das operações) sejam menos favoráveis: a tecnologia ou a concepção escolhida podem demonstrar-se inadequadas; os custos de construção podem superar as previsões;

- o **risco político** ('fato do príncipe', fiscalização local, desordens, etc.) pode também subverter as expectativas razoáveis dos promotores (...);

- o **risco comercial**: p. ex. uma guerra de preços destravada pelos concorrentes para sufocar o novo rival (...)

Em certos casos, constata-se que o crescimento desses riscos incita os banqueiros a se assegurarem do controle de fato da 'estrutura específica', mas às vezes com conseqüências inesperadas. Essa decisão engendra um novo risco: o de infringir as disposições legais imperativas em matéria de **conflito de interesses**.²⁷¹

A nosso ver, os riscos enredados aos contratos de gestão delegada de serviços ou de concessão de serviços, para os fins específicos deste estudo, devem ser identificados, primeiramente, como: **riscos econômico-financeiros, riscos técnicos, riscos jurídicos e riscos políticos**. Essa classificação genérica serve, como veremos em seguida, para rotular os riscos segundo sua ligação predominante a fatores de ordem econômico-financeira, técnicos, jurídicos ou políticos, mas não é auto-explicativa, pois cada um desses rótulos encobre uma série de áleas sob sua formulação genérica (áleas que merecem explicação e análise pormenorizadas e específicas) e, muito menos, revela *a priori* uma divisão de riscos entre as partes contratuais porque, como já dissemos, essa divisão se dá caso a caso, segundo o perfil e as especificidades de cada concessão.

271. Cf. Brabant, André, 1996, pp. 282, 283.

5. Riscos Econômico-financeiros

Os riscos **econômicos-financeiros** assumem diferentes matizes. Há os riscos relacionados à **teoria da imprevisibilidade**, sempre tratados seja pela doutrina seja pela jurisprudência, que se expressam por meio de circunstâncias supervenientes à contratação; alterações econômicas conjunturais no curso do contrato, que sejam absolutamente imprevisíveis ou de conseqüências incalculáveis *a priori*, e que subvertam a equação econômico-financeira da contratação. Aqui, se enquadram as alterações imprevisíveis dos preços no mercado dos insumos necessários à prestação adequada dos serviços (os combustíveis, por exemplo, em concessões de transporte coletivo ou de geração de energia por processo térmico) ou as alterações das condições gerais de mercado (relacionadas, por exemplo, à eclosão de conflitos sociais, guerras, entre outros fatores de grande desestabilização do mercado), e a evolução imprevisível ou desproporcional dos demais fatores de custo dos serviços ou da obra concedidos.

Mas há, na prática hodierna da concessão, outros riscos de caráter econômico-financeiro. Há o **risco de competição**, naqueles serviços que são regulados como serviços competitivos (telecomunicações, por exemplo, entre nós), escapando, como vimos no capítulo primeiro, da tradicional associação entre prestação de serviço público e monopólio ou exclusividade. Nestes casos, as margens do prestador podem sofrer grandes quedas, a ponto, até mesmo, de comprometimento da saúde financeira da concessão, em função da concorrência ruínosa ou de eventual guerra de tarifas entre os concorrentes.

Há, ainda falando dos aspectos econômico-financeiros da concessão, **riscos relacionados à modelagem econômico-financeira** do empreendimento. Como vimos anteriormente, a formatação econômico-financeira de uma concessão corresponde à atividade de planejamento de altíssima complexidade e não menor importância para o sucesso dessas contratações. Acontece que nenhum planejamento, por mais bem feito que seja, abordará com cirúrgica precisão o porvir de uma concessão, ainda mais se levarmos em conta a longevidade desse tipo de contratação (as concessões - também já dissemos isso - são celebradas para vigorar vinte, trinta anos ou mais)²⁷². Assim, há uma

272. Cf. **Brabant, André**, 1996, p. 274.

série de fatores enredados ao planejamento ou modelagem da concessão, que se apresentam como fatores de risco no curso do contrato. A **evolução da demanda dos usuários do serviço** é um deles. A demanda que exceder as estimativas pode exigir a realização de maiores investimentos que os inicialmente previstos. A demanda inferior às estimativas pode dificultar o retorno dos investimentos previstos inicialmente, comprometer as garantias oferecidas aos financiadores ou, até mesmo, inviabilizar economicamente todo o empreendimento.²⁷³

Há que se frisar que o referido **risco de demanda não se confunde com os riscos inerentes à aplicação da teoria da imprevisão**. Muito embora ambos tenham natureza econômica, o risco de demanda não é um fator superveniente e imprevisível. O risco de demanda é estimado no projeto que orienta a concessão e nas projeções particulares realizadas pelo concessionário, no momento em que optou por oferecer uma proposta à administração pública, no curso do processo de licitação para a escolha do futuro contratado. A proporção de variação da demanda pelo serviço público concedido, insista-se, está longe de ser um acontecimento superveniente imprevisto, ainda que erros em sua projeção inicial sejam relativamente comuns seja por parte do concessionário seja da parte do concedente²⁷⁴. Daí tratar-se o risco de demanda de hipótese distinta da álea econômica tradicionalmente enfocada pela doutrina administrativista, circunscrita à teoria da imprevisão.

Outro risco de natureza econômica é o inerente à **escolha do modelo tarifário**. É que o modelo tarifário adotado tende a influenciar o comportamento do concessionário e do concedente, de modo que essa opção pode se revelar, no curso do contrato, mais acertada ou menos, a depender do tipo de estímulo que ela represente aos contratantes no contexto da execução de cada contrato. Se a tarifa se baseia no modelo ou critério do “*custo do serviço*”, em determinadas circunstâncias pode-se levar o concessionário a deixar de se preocupar com a eficiência de sua operação, na medida em que tem garantido para si uma compensação pelos maiores custos que vier a suportar em sua

273. Lembre-se do caso Orlyval (referido neste capítulo).

274. A discussão das soluções contratuais para esse tipo de risco faremos nos itens seguintes deste capítulo.

atividade²⁷⁵. O modelo de “*price cap*”²⁷⁶ (preço máximo), por seu turno, ainda que estimule a busca de maior produtividade pelo concessionário, pois quanto menor for o custo de sua operação maior será seu lucro, tende a tornar a concessão mais arriscada, pois, além de permitir a guerra de tarifas (nos setores competitivos) ou a minimização exagerada dos custos que pode comprometer a qualidade do serviço, exige do concessionário um controle muito mais eficiente de seus custos e das variações de comportamento dos usuários, de modo a fornecer sustentabilidade de longo prazo para o seu negócio. Vê-se, portanto, que o risco do concessionário varia de acordo com a adoção de um ou outro modelo tarifário.

O **risco comercial**, também deve ser considerado dentre as áleas econômico-financeiras da concessão. Tarifas muito altas ou serviços de pouca qualidade são elementos suficientemente desestabilizadores do sucesso de qualquer concessão. Hoje, dificilmente o concessionário não sofre algum tipo de concorrência, ainda que indireta. Imagine-se, por exemplo, a concessão de uma linha ou de um conjunto de linhas de ônibus urbano. Mesmo que se outorgue a exploração dessas linhas com exclusividade a um determinado concessionário, ele poderá enfrentar graves problemas de demanda caso suas tarifas sejam muito altas (a ponto de não permitir o acesso ao serviço ou desestimular os usuários que preferirão ir ao trabalho ou aos seus demais destinos caminhando, utilizando o metrô, trem ou seu próprio carro), como também no caso de prestar um serviço de baixa qualidade (a utilização de equipamentos antigos ou de baixo desempenho; o descumprimento de horários; a falta de correta e completa informação do usuário quanto aos modos de utilização do serviço; a falta de cortesia no atendimento do usuário, entre outros, são fatores que tornam o serviço de baixa qualidade ou inadequado).

275. Como diz **Justen Filho, Marçal**, 2003, p. 357: “*Em suma, a tarifa fundada no custo do serviço produz transferência para os usuários de todos os custos excessivos, desnecessários ou equivocados realizados pelo prestador de serviço*”.

276. Cf. **Justen Filho, Marçal**, 2003, pp. 359 e seguintes e **García-Morato, Lucía López Castro** e outro, 2003, pp. 40 e seguintes descrevem o modelo do “*price cap method*” como uma opção de regulação dos serviços que opta pelo controle do preço do serviço e não do custo do serviço. Controlado o preço máximo “*introduzem-se incentivos para a redução de custos (...) e permite-se a translação das garantias de eficiência aos consumidores mediante revisão periódica do fator de produtividade*”.

Enfim, temos os **riscos de financiamento** da concessão. Insistimos que a utilização crescente da concessão, nos dias de hoje, está associada à idéia de “*project financing*”²⁷⁷, isto é, de concepção, junto à modelagem da concessão, de um projeto financeiro (daí falar-se por vezes em *engenharia financeira*) que garanta o sucesso do empreendimento concessório, por meio da perfeita adaptabilidade dos financiamentos às características específicas do empreendimento (tanto em termos de projeções econômicas como em termos de risco)²⁷⁸. O importante, neste caso, é que as garantias contratuais e o desempenho econômico do concessionário (retorno do capital) sejam tais que sustentem a confiança dos investidores e, conseqüentemente, o fluxo de recursos de financiamento necessários à operação da concessão ao longo de todo o contrato. O problema aqui é que, mais uma vez, a sustentação de toda a concessão passa a depender da precisão das projeções que são feitas a respeito de sua viabilidade econômico-financeira. Mais que isso, a confiança dos investidores pode ser minada por acontecimentos indiretamente relacionados à concessão, como, por exemplo, se dá no caso transferências de controle da concessionária, em função da excessiva intervenção ou da falta da devida intervenção da administração pública no curso da execução do contrato, ou, até mesmo, devido a circunstâncias ligadas à ambiência política ou à conjuntura econômica local ou internacional. Todos esses fatores acrescentam riscos à concessão, na medida em que se dependa (e geralmente se depende) do constante fluxo dos financiamentos inicialmente projetados, para alcançar seus objetivos.

6. Riscos Técnicos

O **risco técnico** mais tratado pela doutrina, senão o de mais comum incidência nos contratos de concessão, é o risco relacionado à constatação superveniente de falhas técnicas do projeto da obra que se encontre eventualmente incluída no objeto da concessão: o **risco de projeto**.

É que, muitas vezes, a complexidade ou grandiosidade das obras inerentes a um contrato de concessão tornam extremamente difíceis os trabalhos de elaboração dos projetos de engenharia, de modo a trazer constantes incertezas

277. Cf. Marni, Bárbara, 1998, p. 577.

278. Cf. Brabant, André, 1996, t. II, p. 282.

no curso da execução dessas obras. No mais das vezes, essas incertezas não são fruto de erro no projeto, no sentido em que se traduziria pela negligência do consultor que o elaborou, mas de falha, sim, do projeto plenamente justificável à luz da parcialidade das projeções e estimativas que foram feitas (seguindo-se um critério de razoabilidade) no momento em que se desenhou a obra. A doutrina tem tradicionalmente chamado essas circunstâncias de “*sujeições imprevistas*” arrolando-as dentre as áleas suportadas pela administração pública na contratação administrativa²⁷⁹, há, entretanto, como verificaremos, mais adiante, técnicas de contratação aptas a transferir esse risco ao contratado.

O **risco de projeto** é muito significativo no contexto das concessões, pois o sobrecusto eventualmente gerado pelas correções supervenientes do projeto de engenharia pode comprometer ou, até mesmo, inviabilizar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão²⁸⁰.

O **risco tecnológico** é também dos mais sérios, na atualidade. Como dissemos anteriormente, o advento de novas tecnologias (e os dias que passam são pródigos nessa matéria) pode inviabilizar uma concessão. Imagine-se, na área de telecomunicações, o que o advento de uma tecnologia de comunicação sem fio (*wireless*), rápida, mais barata ao usuário do que a tecnologia de comunicação por fio ou cabo e que possibilite o acesso simultâneo de voz, imagem e dados, pode produzir no terreno das concessões de telefonia fixa por fio. Imagine-se, na área de transporte urbano coletivo de passageiros, o impacto que produziria o desenvolvimento de tecnologias que assegurassem um bom desempenho dos veículos por meio de combustível renovável, barato e não poluente.

A inviabilidade superveniente da concessão, nestes casos, adviria do impacto que os custos para a modernização dos equipamentos acarretaria no valor da tarifa, ou nos eventuais subsídios públicos à prestação do serviço ou, ainda, na desvalorização dos ativos da concessionária, de modo a comprometer o retorno dos investimentos realizados ou o projeto financeiro da conces-

279. Cf. **Bandeira de Mello, Celso Antônio**, 2003, p. 593 ou **Vedel, Georges e outro**, 1992, p. 427.

280. Lembre-se do caso citado por **Marcou, Gerard**, “*La experiencia Francesa de Financiación Privada de Infraestructuras y Equipamientos*”, in **Ojeda, Alberto Ruiz** e outros, 2000, p. 88, relativo ao túnel sob o Canal da Mancha, no qual teria havido “*incrementos importantes nos custos de execução*” que levaram ao “*abandono da fórmula inicial*”.

são (ativos, por exemplo, relacionados a bens de infra-estrutura que podem vir a tornar-se inservíveis).

Há, ainda, o advento de novas tecnologias que criam competição em setores onde, originalmente, previa-se a existência de um monopólio natural. O exemplo recorrente da concorrência entre a telefonia por meio de fio e a telefonia por radiofrequências ou sem fio é bastante eloqüente para demonstrar esse fato. Essa competição pode frustrar a demanda do concessionário, em cuja expectativa calcou-se o projeto financeiro da concessão e, dessa forma, comprometer o equilíbrio econômico do contrato.

O risco, nesse caso, é tão sério que leva autores como **Marcou** a não recomendar a utilização da concessão em setores pertencentes à chamada “*industria de rede*”²⁸¹ (telecomunicações, energia, aviação, entre outros) ou de grande e constante desenvolvimento tecnológico:

Da experiência francesa se deduz que o financiamento privado, especialmente das concessões e do METP – conquanto esta técnica esteja hoje sendo questionada pelo Conselho de Estado, como fizemos notar anteriormente neste estudo -, tem-se mostrado eficaz para as infra-estruturas que não funcionam em regime de rede (por exemplo, a construção e exploração do complexo desportivo ‘Stade de France’) ou para as integradas em uma rede estritamente local (por exemplo o abastecimento de água à população, seguido, menos freqüentemente pelos transportes urbanos, nos quais a infra-estrutura e a maior parte dos riscos são assumidos pela Administração) e com alguns riscos moderados no que respeita ao **componente tecnológico atrelado à prestação do serviço**. Por outro lado, para as infraestruturas em rede, que comportam grande imobilização de recursos, com extenso prazo de amortização, ou que exigem inovações tecnológicas que incrementam os níveis de risco nos custos ou na exploração, a concessão para empresas privadas arroja resultados decepcionantes (...).²⁸²

281. Cf. **Peltzman, Sam** (org) e outros, 2000, p. 191.

282. Cf. **Marcou, Gerard**, “*Reflexión final: los papeles del Estado y del mercado en la financiación de infraestructuras públicas*”, in **Ojeda, Alberto Ruiz** e outros, 2000, p. 224, grifamos.

Se não há como desaconselhar de modo absoluto a utilização da concessão nos setores de rede ou de constante desenvolvimento tecnológico, mesmo porque em muitos casos a concessão já se deu, isto é, já foi utilizada como veículo de delegação de gestão, há, pelo menos, que se atentar para os devidos cuidados contratuais em relação à identificação desses **riscos tecnológicos**, em função de sua importância para o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

7. Riscos Jurídicos

Os riscos jurídicos, na classificação ora adotada, são aqueles inerentes ao sistema jurídico propriamente dito, seja em razão da estrutura jurídica que norteia a prestação de serviços públicos, seja em razão das faculdades criadas pelo sistema para o controle ou questionamento do contrato celebrado, seja, ainda, em razão das responsabilidades que, por força de lei, sempre caberão aos contratantes quando celebrarem um contrato de concessão. Nesse contexto, é possível imaginar uma série de fatores que podem se revelar como áleas contratuais. Trataremos daqueles que consideramos principais: o chamado **fato do príncipe, o fato da administração, o risco regulatório, o risco ambiental e o risco judicial**.

Já analisamos no capítulo anterior, ao descrever a teoria tradicional das áleas nos contratos administrativos, a teoria do **fato do príncipe**. Explica essa teoria o risco da contratação inerente à prerrogativa que a administração pública possui de praticar atos normativos ou de caráter geral, que afetem indiretamente o equilíbrio econômico do contrato. O aumento da carga tributária incidente sobre serviços, ou a instituição supervenientemente à contratação de gratuidades ou favores tarifários (a idosos ou estudantes, por exemplo), que reduzam indiretamente o retorno econômico esperado pelo concessionário, são exemplos disso, entre muitos outros de relativa frequência na prática das concessões²⁸³.

283. Esse risco é claramente relacionado às prerrogativas que a administração pública tem a faculdade de exercer em razão do estabelecido pelo sistema jurídico, daí o classificarmos dentre os riscos jurídicos. Há que se admitir, entretanto, que possibilidade haveria de enquadrá-lo entre os riscos políticos, em função justamente de possibilitar uma ingerência política no contrato de concessão. Na verdade, a tipificação que ora apresentamos não é estanque.

Como explica **Odete Medauar**:

[...] fato do príncipe (...) é a decisão da Administração, de caráter geral, alheia ao contrato em si, mas que tem reflexos fortes na sua execução; não se confunde, portanto, o fato do príncipe, como o poder conferido à Administração contratante de alterar unilateralmente o contrato, pois este se refere ao contrato em si, é específico, previsível e, no Direito brasileiro, legalmente circunscrito.²⁸⁴

Observe-se, por fim, que o **fato do príncipe** vem geralmente associado à edição de medidas de ordem geral por autoridade administrativa, desde que esta autoridade pratique atos em nome da própria entidade pública contratante. Se os atos são praticados por outra esfera administrativa ou federativa, geralmente se enquadram na **teoria da imprevisão**.

Segundo alguns doutrinadores, o **fato da administração**, como já verificamos no capítulo anterior, corresponderia à prerrogativa de alteração unilateral do contrato pela administração concedente ou a “*qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte contratual, torne impossível a execução do contrato ou provoque seu desequilíbrio econômico*”.²⁸⁵

Há alguns riscos que apresentam caráter predominantemente técnico, mas também apresentam traços de ordem econômica, como alguns que apresentam traços predominantemente jurídicos (como é o caso), muito embora reúnam também nuances políticas, técnicas ou econômicas. Nosso objetivo aqui não é o de criar uma classificação estanque dos riscos contratuais na concessão, mas apresentar uma descrição detalhada e mais completa possível desses riscos.

284. Cf. **Medauar, Odete**, 2004, p. 264. Explicam, ainda, a teoria do fato do príncipe: **Justen Filho, Marçal**, 2003, p. 384; **Di Pietro, Maria Sylvia Zanella**, 2003, p. 265; **Wald, Arnaldo e outros**, 2004, p. 183; **Vedel, Georges e outro**, 1992, p. 426; **Rivero, Jean e outro**, 1994, p. 112; **Ocampo, Raúl Enrique Granillo**, 1990, p. 216; **Berçaitz, Miguel Ángel**, 1980, p. 388; **Parada, Ramon**, 1994, p. 290, entre muitos outros. Esses autores travam extensa polêmica acerca do fato do príncipe. Alguns incluem na teoria do fato do príncipe somente atos de ordem geral, apartando a intervenção direta no contrato para a classificação de “*fato da administração*”, outros incluem os atos particulares de intervenção direta no contrato dentre aqueles explicados pela teoria do fato do príncipe. A polêmica, em que pese interessante, não tem relação direta e não altera de modo relevante as conclusões deste estudo.

285. Cf. **Di Pietro, Maria Sylvia**, 2003, p. 266.

O **risco regulatório** poderia ser identificado com a álea subjacente à teoria do **fato do príncipe**, não marcasse a regulação uma presença muito mais ativa e previsível ou, na verdade, não tivesse a regulação uma função específica na execução dos contratos de concessão.

Já vimos anteriormente²⁸⁶ que, na atualidade, os contratos de concessão se viram associados à regulação econômica, especialmente quando se trata da prestação dos serviços conhecidos como *serviços públicos industriais e comerciais* (ou *serviços de interesse econômico geral*²⁸⁷, para utilizar a expressão corrente do Direito comunitário europeu) que, por força da característica predominantemente mercantil e empresarial de sua exploração, e em virtude do desígnio da formação de um mercado de serviços públicos dessa natureza (com vistas à redução das ineficiências econômicas nesses setores), sofrem a injunção das regras de defesa do consumidor e da concorrência, entre muitas outras.

No Direito estrangeiro, dentre os autores que mais atenção dedicaram a este tema encontram-se **Ariño Ortiz e García-Morato**, que nos descrevem a regulação dos serviços públicos como um dos elementos do processo de “*liberalização*” de serviços públicos em setores tradicionais²⁸⁸. Para esses autores, no âmbito dos serviços públicos, surgem atualmente dois níveis distintos de regulação econômica: o primeiro, relacionado às **atividades potencialmente competitivas**, onde “*a regulação está subordinada ao mercado*”, isto é, a regulação tem as funções de criar e defender o mercado (editam-se regras de “*organização de mercados*”, atua-se em defesa da concorrência); o segundo nível é relacionado às **atividades não competitivas**, em razão da existência de “*monopólios naturais nas redes*” ou da necessidade de prestação universal do serviço, onde a regulação “*substitui a liberdade de empresa, muito embora utilizando mecanismos que causem menor distorção ao mercado*”²⁸⁹.

286. Ver, especialmente, **capítulo 2, item 2.8.**

287. Ver **capítulo 1, itens 5 e 7.**

288. Cf. **García-Morato, Lucía López Castro** e outro, 2003, p. 43.

289. *Idem* *Ibidem*, p. 44.

Entre nós, vários autores têm tratado da regulação econômica no contexto dos serviços públicos²⁹⁰. Para **Floriano de Azevedo Marques Neto**²⁹¹ “tanto nos serviços públicos como nas atividades econômicas (em sentido estrito) há alguma incidência de regulação estatal”²⁹². Reconhece o mesmo autor que, no âmbito dos serviços públicos, essa regulação tem a função de “equilibrar a competição (ditada pelo rompimento da idéia exclusivista de exploração de serviço público e pela abertura da atividade às vicissitudes da disputa competitiva) com os pressupostos de continuidade e generalidade intrínsecos à moderna noção de serviço público”²⁹³.

Assim se conformando, ou seja, integrada à noção hodierna de prestação de serviços públicos, a regulação, sob o prisma que nos importa analisar neste estudo, passa a se configurar como um fator de risco para os contratos de concessão. Isso ocorre por dois motivos básicos: porque a regulação geralmente introduz fatores de mudança estrutural na conformação da prestação de serviços públicos em alguns setores (visando à criação de competição e mercado, por exemplo) e porque a regulação tende a alterar-se ao longo do contrato de concessão (para, por exemplo, eliminar distorções econômicas supervenientes à celebração deste).

No primeiro caso, a regulação participa indiretamente da modelagem econômica da concessão. Fatores como o maior ou menor número de *barreiras de entrada*²⁹⁴, isto é, o maior ou menor número de entraves à abertura dos serviços públicos à iniciativa privada e à competição majoram ou diminuem, de modo inversamente proporcional, o risco dos concessionários.

290. Veja, por exemplo, **Marques Neto, Floriano de Azevedo**, “Limites à abrangência ...”, 2003, in RDPE 01, p. 73 e seguintes e “A nova regulação dos serviços públicos”, 2002, in RDA 228, p. 13 e seguintes; **Aragão, Alexandre Santos de**, “O conceito jurídico de regulação da economia”, in RDAC 06, p. 59 e **Souto, Marcos Juruena Villela**, “Desestatização ...”, 2000, p. 223 e seguintes.

291. O referido autor defende um conceito amplo de regulação econômica estatal, afirmando que toda atuação estatal na economia, que não se resuma à exploração direta de atividade econômica, é regulação.

292. Cf. **Marques Neto, Floriano de Azevedo**, “Limites à abrangência ...”, 2003, in RDPE 01, p. 75.

293. Cf. **Marques Neto, Floriano de Azevedo**, “A nova regulação dos serviços públicos”, 2002, in RDA 228, p. 29.

294. Cf. **García-Morato, Lucía López de Castro e outro**, 2003, p. 154 e **Ortiz, Gaspar Ariño**, 1999, pp. 564 e seguintes.

A maior liberdade de formação de preços aumenta o risco dos concessionários. A maior liberdade de investimento aumenta o risco dos concessionários. O direito de acesso às infra-estruturas essenciais para a prestação do serviço aumenta o risco dos concessionários instalados, mas diminui o risco de concessionários entrantes, caso se admita a competição²⁹⁵.

No segundo caso, falamos tanto do “*risco da discricionariedade, da arbitrariedade, da parcialidade ou da falta de credibilidade do regulador*”²⁹⁶, como das decorrências inerentes à regulação econômica de um dado setor de atividades ao longo do tempo. Ora, não resta dúvida que é desejável para os atores econômicos em geral que o ambiente regulatório seja claro, determinado e estável, de modo a permitir-lhes “*desenhar suas próprias políticas de atuação*”²⁹⁷ com certo grau de segurança. Mas não é menos certo que, por melhor que seja, a regulação comportará alterações ao longo do tempo, seja para sua modernização técnica, seja para assegurar a competição ou, enfim, para melhor velar pela universalidade dos serviços públicos. Assim é, afinal, em todos os setores da vida econômica e não somente nos serviços públicos. A indústria, o comércio e os serviços de modo geral convivem com normas públicas a todo o tempo criadas, as quais aperfeiçoam mecanismos de defesa do consumidor, proíbem a utilização de substâncias ou métodos de produção nocivos à saúde, impõem comportamentos não discriminatórios ou, enfim, proíbem comportamentos voltados à eliminação da competição.

Daí diferir-se, ratifique-se, a **álea regulatória** dos riscos tradicionalmente narrados por meio da teoria do **fato do príncipe**. Os riscos regulatórios têm faceta mais ampla que o risco de **fato do príncipe**; além do fato de que, enquanto este último é geralmente assumido pela administração pública nos contratos que firma, os primeiros não necessariamente serão assim divididos,

295. A regulação, no Brasil e mundo afora, dos serviços públicos do setor elétrico é exemplo importante de influência na modelagem econômico-financeira das concessões. Geralmente, baseada no modelo britânico, a regulação do setor elétrico diz ter como finalidade a busca de eficiência pela criação de um ambiente competitivo, o que realiza, no mais das vezes, pela separação econômica e funcional entre a produção ou transporte e a comercialização ou fornecimento de energia elétrica (Cf. **Feliú, José Maria Gimeno**, 1994, p. 153). Assim conformado, o modelo engendrará riscos variados tais como os inerentes à otimização do sistema, ao incentivo à geração de energia ou à formação dos preços ao consumidor.

296. Cf. **Ortiz, Gaspar Ariño**, 1999, pp. 595.

297. *Idem* Ibidem, p. 595.

e dependerão, muito mais, das circunstâncias concretas em que se dá a contratação e, mais especificamente ainda, do que vier a explicitar o contrato a seu respeito.

O **risco ambiental** pode ser visto como uma modalidade de **risco regulatório**, eis que o Direito Ambiental é uma das faces mais importantes da regulação econômica. Nenhum contrato de concessão, assim como nenhuma atividade econômica, escapa desse risco, ou seja, das superveniências relacionadas à progressiva regulação ambiental e às obrigações e restrições inerentes a esta.

Outro lado do risco ambiental pode ser analisado em relação à responsabilidade por danos ao meio ambiente. Neste caso, a observação cabível é que, mesmo que a administração pública utilize a concessão ou outro meio de delegação da gestão de serviços públicos à iniciativa privada, esse risco, pelas regras do Direito brasileiro, será sempre compartilhado por todos partícipes do contrato²⁹⁸.

Sob a expressão **risco judicial**, por seu turno, abrigamos duas áleas. Uma relacionada ao exercício regular do controle judicial sobre o contrato de concessão. A segunda relacionada às deficiências da prestação jurisdicional do Estado.

Parece-nos óbvio que a possibilidade (muito justa ademais) de acionamento do Judiciário por qualquer cidadão, ou por entidades públicas ou privadas (Ministério Público, organizações não governamentais) legitimadas legalmente para tanto²⁹⁹, com vistas ao questionamento da validade jurídica da concessão como um todo ou de determinadas cláusulas de seu contrato, engendra considerável risco para as partes.

O caso Ministério Público *versus* Estado do Rio Grande do Sul e Convias³⁰⁰ é exemplificativo do que ora defendemos. Na oportunidade, o

298. No Direito brasileiro a responsabilidade solidária encontra-se prevista na Lei 6.938/81 (art. 3º, IV) e na Lei 9.605/98 (art. 3º). Já fizemos referência, no capítulo anterior, nota 46, à jurisprudência neste sentido firmada pelo STJ, por meio o **Recurso Especial 28.222-SP**, Rel. Min. **Nancy Andrichi**.

299. No Brasil temos um bom número de instrumentos para isso, tais como: mandados de segurança individuais ou coletivos, ações civis públicas ou de improbidade administrativa e ações populares.

300. Cf. STJ, **Recurso Especial 434.283-RS**, Rel. Min. **Luiz Fux**.

Ministério Público requereu ao Judiciário a anulação da licitação que gerara o contrato de concessão da operação e manutenção de rodovia, por falta de autorização legal específica, ou a proibição de cobrança do pedágio até a disponibilização aos usuários de rodovia alternativa. Em primeiro grau, decidiu-se pela procedência da ação e pela sustação da cobrança do pedágio. Após decisão de segundo grau, restou confirmada a nulidade da concessão, mas se acrescentou o direito de indenização da concessionária pela obras que realizara com base no contrato. Decidiu, por fim, o Superior Tribunal de Justiça reformar decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul para declarar válido o contrato de concessão (ante a superveniência de lei autorizadora), restabelecer a cobrança do pedágio e reconhecer o direito do concessionário à indenização.

Note-se que, no caso Ministério Público *versus* Estado do Rio Grande do Sul e Convias, o Judiciário posicionou-se três vezes, sucessivamente, e de três maneiras distintas. Sem adentrar no mérito das referidas decisões, pois isso nos desviaria completamente do tema que abordamos, o importante no caso é notar que a situação que restou sufragada, ao cabo de longo percurso judicial, gerou direito à concessionária de indenização, ou seja, desequilibrou o contrato.

Pode-se cogitar, ainda, que, além das indicadas indenizações, tenha sido o contrato totalmente alterado em função das dificuldades enfrentadas (suspensão da cobrança do pedágio) e da impossibilidade de realizar as obras no tempo programado (o que criaria problemas de toda ordem, pois faria decrescer as previsões de tráfego da rodovia, comprometeria o retorno da concessionária e geraria incerteza dos financiadores).

Não se pode negar, portanto, que, no caso citado, o direito legítimo do Ministério Público de questionar judicialmente a validade do contrato de concessão acabou por revelar-se como grande fator de risco para a concessão em questão, gerando grandes repercussões econômicas, tais como o agravamento da situação financeira do Estado concedente em função de sua condenação a indenizar a concessionária.

As deficiências do sistema jurisdicional estatal também representam fator de **risco judicial**. Países que não contem com um aparelho jurisdicional independente ou que padeçam de corrupção crônica trazem, por exemplo, riscos insuportáveis para a realização de negócios de parceria como a concessão.

No Brasil, a maior deficiência do sistema jurisdicional encontra-se na sua excessiva lentidão como revelou recente pesquisa do Ministério da Justiça³⁰¹. Essa lentidão é um fator de grande insegurança em todos os negócios jurídicos e, como não poderia deixar de ser, nas concessões.

8. Riscos Políticos

Os **riscos políticos** são relacionados, predominantemente, às disputas ínsitas ao sistema político institucional. As disputas eleitorais, a pressão dos movimentos sociais, a eventual prevalência de interesses políticos paroquiais no Legislativo ou no Executivo são exemplos de fatores que representam **risco político** para a estabilidade dos contratos de concessão.

O caso das concessões de rodovias no Estado do Paraná é bastante representativo dessa modalidade de risco. No citado Estado da Federação brasileira, implementou-se, a partir de 1998, um amplo programa de concessão de rodovias. O programa contou com grande resistência da população que não se conformava, no primeiro momento de sua implantação, com o pagamento do pedágio. Em meio à reação popular e às vésperas de um pleito eleitoral, o governador do referido Estado determinou, unilateralmente, a redução de 50% (cinquenta por cento) do valor dos pedágios. Os contratos não se inviabilizaram somente porque, com o passar do tempo, foi-se restabelecendo o patamar econômico original das tarifas, não sem que houvesse alterações contratuais que importassem redução de investimentos. Em 2003, a eleição para o governo estadual de uma nova corrente política importou na tomada de novas medidas, tais como a autorização legislativa para a encampação das concessionárias, a decretação de utilidade pública das ações das empresas concessionárias para fim de desapropriação e a revisão dos contratos de concessão para que se operasse nova redução de tarifas³⁰².

Observe-se que a administração pública, no caso, instada por motivos eminentemente políticos (no caso pode-se até mesmo dizer que foram motivos

301. Ver o documento “*Diagnóstico do Poder Judiciário*” em www.mj.gov.br/reforma.

302. Todos esses dados foram retirados de publicação do próprio Governo do Estado do Paraná denominada “*Pedágio. Proposta de uma tarifa justa*” disponível em www.pr.gov.br/dossies/pedagio.html.

político-eleitorais), tem se utilizado das prerrogativas que a lei lhe faculta para obstar a realização dos contratos de concessão. Essa atuação tende a frustrar os objetivos do contrato, seja em detrimento dos interesses da administração e dos usuários, seja em prejuízo das projeções de retorno econômico-financeiro pela exploração da concessão, do interesse do concessionário e daqueles que financiaram o empreendimento.

Pode-se, ainda, refletir sobre o risco político com exemplos menos frequentes na realidade brasileira. Imagine-se a decisão legislativa ou administrativa que proíba a continuidade das atividades de concessionário de uma usina termelétrica ou termonuclear, por força de pressão de grupos ecologistas; ou a decisão regulatória (no setor de telefonia ou televisão, por exemplo) tomada por pressão de determinados grupos industriais, que orientasse o concessionário a trocar (sem custo-benefício) determinada tecnologia por ele utilizada.

Em todos esses casos, a regra do jogo político prevaleceria em detrimento dos princípios da estabilidade contratual, da boa-fé e da eficiência. É assim que o risco político se manifesta.

9. Quadro Resumo

Em resumo, os riscos mais frequentes na concessão podem ser divididos pelos seus traços predominantes, sob as seguintes rubricas: riscos econômico-financeiros, riscos técnicos, riscos jurídicos e riscos políticos. Os riscos econômico-financeiros subdividem-se entre: riscos inerentes à teoria da imprevisibilidade; riscos de competição; riscos inerentes à modelagem econômico-financeira da concessão; riscos inerentes ao modelo tarifário adotado; riscos comerciais e riscos de financiamento. Os riscos técnicos compreendem: os riscos de projeto e os riscos tecnológicos. Dentre os riscos jurídicos enquadrar-se-iam: o fato do príncipe e o fato da administração; o risco regulatório; o risco ambiental e o risco judicial. Por fim, dentre os riscos políticos verificamos aqueles associados às disputas eleitorais, à pressão dos movimentos sociais ou, enfim, à prevalência de interesses políticos paroquiais em determinadas conjunturas. Temos, pois, o seguinte quadro:

Riscos da Concessão	Espécies ou Formas de Manifestação
1. Econômico-financeiros	1.1. Imprevisibilidade 1.2. Competição 1.3. Modelagem econômico-financeira 1.4. Modelo tarifário 1.5. Comerciais 1.6. Financiamento
2. Técnicos	2.1. Projeto 2.2. Tecnológicos
3. Jurídicos	3.1. Fato do príncipe 3.2. Fato da administração 3.3. Regulatório 3.4. Ambiental 3.5. Judicial
4. Políticos	4.1. Disputas eleitorais 4.2. Movimentos sociais 4.3. Interesses paroquiais

10. Como evitar que a superveniência dos fatores de risco inviabilize a concessão

O esforço em torno da identificação dos riscos que afligem as concessões seria inócuo, caso não gerasse uma reflexão a respeito de como se evitar que o contrato feneça em razão de sua superveniência.

Não é possível evitar a eclosão dos riscos na concessão ou em qualquer contrato privado ou administrativo. Certo é, e isso já se disse anteriormente, que o correto planejamento da concessão diminui os riscos suportados pelas partes, mas, de forma alguma os elimina.

É possível, entretanto, por meio de certas medidas, atenuar o impacto da eclosão superveniente dos riscos acima identificados. São essas medidas que passamos a analisar.

10.1. Divisão clara dos riscos entre concessionário e concedente

Se o contrato de concessão estabelece uma clara e precisa divisão dos riscos entre as partes, a eventualidade da efetivação desses riscos tende a deixar de ser um fator que inviabilize a continuidade do empreendimento.

Uma clara demarcação das fronteiras, entre as áreas pelas quais responde o concessionário e aquelas pelas quais responde a administração concedente, leva as partes a se prevenirem para enfrentar sua eventualidade tanto em termos de fixação do valor da tarifa ou do preço, como em termos de organização da prestação do serviço em seus diferentes aspectos.

Se no contrato restar claro, por exemplo, que as previsões realizadas pela administração, por ocasião da modelagem da concessão, foram meramente indicativas e que o **risco comercial** relacionado à **demanda pelo serviço** caberá inteiramente ao concessionário, certamente este se importará mais em organizar-se para atrair os usuários do que na hipótese de não ficar bem delimitada esta divisão de riscos³⁰³.

Por outro lado, refletindo-se sobre mais um exemplo, verifica-se quão prejudicial à continuidade da concessão seria a situação em que a administração pública, após editar um novo regulamento que alterasse as condições de execução do serviço, passasse a contender com o concessionário simplesmente por não ter previsto com exatidão no contrato a quem caberia responder pelo **risco regulatório**.

Em setores, por fim, nos quais há ou pode haver competição no mercado³⁰⁴ (como ocorre, atualmente, em telecomunicações, ou na comercialização de energia) e em que as inovações tecnológicas são incessantes, há que se deixar claro que os riscos assumidos pela administração concedente sejam mínimos.

303. Esse é um mero exemplo que não serve de standard para toda e qualquer situação, pois haverá casos em que a concessão não se viabilizará economicamente sem que a administração assuma em alguma medida o risco relacionado às variações da demanda pelos serviços.

304. Tem sido freqüente a abordagem segundo a qual diferem-se os serviços onde a competição se dá “no mercado” daqueles em que a competição se dá “pelo mercado”, o primeiro é o sistema de livre competição regulada, o segundo é aquele em que se outorga o serviço com exclusividade, mas mediante licitação que possibilite a concorrência “pelo mercado”, que passa a ser cativo do concessionário (Cf. **Byatt, Ian**, “*La régulation de l’eau en Angleterre et au pays de Galles*”, in **Henry, Claude** (org.) e outros, 2003, p. 79).

A administração pública, nestes casos, não deve (salvo motivo excepcional que justifique essa medida) assumir riscos de competição, de montagem econômico-financeira, tecnológicos, regulatórios, comerciais, entre outros, sob pena de intervir equivocadamente na dinâmica do mercado, tornando os prestadores menos eficientes e protegendo alguns em detrimento de outros.

Vê-se, dessa forma, que a primeira vacina contra a inviabilidade superveniente da concessão encontra-se na previsão contratual explícita de uma precisa divisão dos riscos entre concedente e concessionário³⁰⁵.

10.2. Regime de remuneração do concessionário

Outro assunto que deve ser objeto de norma contratual, com vistas a atenuar os efeitos da superveniência dos riscos acima enumerados, é a completa e compatível delimitação do regime de remuneração do concessionário.

Fala-se em delimitação completa e compatível do regime de remuneração, pois não é incomum encontrar-se casos em que o concedente, ao planejar a realização da concessão ou celebrar o contrato, não tenha se importado em descrever com minúcia todas as fontes e formas de remuneração exploráveis pelo concessionário, olvidando-se, por exemplo, de considerar o impacto de receitas alternativas, que sejam importantes para a formação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou se esquecendo de delimitar o critério de repartição de eventuais ganhos de produtividade (especialmente em concessões cujo modelo tarifário tenha seguido o sistema de “*price cap*”), dando azo à prática de um regime de remuneração do concessionário, que acabe por se tornar incompatível com a natureza do modelo de concessão adotado.

Ora, como dito nos capítulos anteriores, houve ao longo do tempo gradativa evolução nas formas de remuneração do concessionário. Caso se compreenda (como se faz no presente estudo) que as novas formas de delegação da gestão de serviço público são espécies de concessão ou “*contratos vizinhos*” da

305. Nem sempre essa divisão se dá em termos simples e absolutos (este risco cabe a fulano, aquele cabe à cicrano, etc.). Delegações que necessitam de maior apoio financeiro da administração, por força das características econômicas do empreendimento, geralmente exigem modelagem complexa, de modo a estabelecer-se riscos proporcionalmente compartilhados, ou compartilhados em razão de metas atingidas.

concessão³⁰⁶, vai-se notar que a remuneração do concessionário conforma-se, atualmente, às seguintes hipóteses:

- a) Remuneração somente por tarifa cobrada do usuário;
- b) Remuneração por tarifa cobrada do usuário e por receitas alternativas³⁰⁷;
- c) Remuneração somente por receitas alternativas³⁰⁸;
- d) Remuneração por tarifa subsidiada (com ou sem receitas alternativas)³⁰⁹;
- e) Remuneração (integral ou parcial) por meio de tarifa ou preço pagos diretamente pelo poder público³¹⁰.

A opção correta por uma dessas formas de remuneração, desde que atenta às particularidades de cada concessão e com preocupação voltada à estabilidade e à viabilidade contratuais, abrandará o efeito de riscos supervenientes.

Por esta ótica, a opção pela remuneração do concessionário somente por tarifa cobrada do usuário deve refletir o resultado de estudos que apontem, sem sombra de dúvida, para a plena viabilidade econômico-financeira da concessão nesse modelo. Caso contrário, os riscos serão de tal monta que de duas uma: ou a administração não encontrará interessados pela concessão, restando deserta a licitação, ou a concessão somente atrairá empreendedores aventureiros e a execução do contrato transformar-se-á em uma luta constante por reivindicações de revisão tarifária e reequilíbrio contratual³¹¹.

306. Cf. **Laubadère, André de, e outros**, 1983, p. 283.

307. A **Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**, em seu art. 11, fala em “*receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados*”.

308. Este é o caso clássico da TV aberta, pela qual os usuários não remuneram o concessionário. Este, por sua vez, obtém sua remuneração por meio de comercialização de anúncios.

309. Este exemplo é muito comum nos setores de saneamento e transporte coletivo de passageiros.

310. É o caso das concessões com “*pedágio sombra*”, utilizadas em diversos países europeus; dos contratos franceses de gestão interessada; da concessão pelo “*modelo alemão*” e, no Brasil, de algumas concessões na área de limpeza pública urbana (ver capítulo 2, *supra*).

311. É o que indiretamente diz **Mescheriakoff, Alain-Serge**, 1997, p. 371, quando reconhece que em alguns contratos procura-se reduzir a álea econômica do concessionário por meio de “*garantia das receitas do concessionário em caso de baixo volume de atividade (...); garantia dos empréstimos feitos pelo concessionário (...); obrigação de pagar uma compensação financeira ao concessionário*”.

A fixação de regime tarifário subsidiado ou de remuneração paga diretamente pela administração pública, no extremo oposto do exemplo acima analisado, também não resolve todos os problemas da concessão. É que a simples fixação de um regime de remuneração subsidiado ou garantido integral ou parcialmente pela administração concedente, ainda que abrande os riscos econômico-financeiros do concessionário, poderá levá-lo à acomodação e à prestação de serviços de baixa qualidade, pois não o incentivará à persecução de ganhos de produtividade e de maior eficiência, resultados absolutamente essenciais para a plena realização dos objetivos de qualquer contrato de gestão delegada dos serviços.

Assim, a eventual fixação de remuneração direta pela administração ou de remuneração por meio de tarifa subsidiada deve ser acompanhada de claras metas de produtividade da concessionária (metas de qualidade e universalização dos serviços, de eficiência em sua gestão), aferidas e revisadas periodicamente, sob pena de inviabilizar-se a concessão por imposição à administração concedente de carga muito elevada de **riscos econômico-financeiros**³¹².

Outro exemplo, este muito importante na realidade brasileira, encontra-se na elevação das tarifas por meio do pagamento de ônus econômico em prol da administração concedente. Tem sido comum entre nós a idéia de tornar a concessão uma fonte de receita para a administração pública, mas nem sempre essa medida encontra eco no planejamento econômico-financeiro da concessão, fazendo crescer o **risco da modelagem econômica**, pois a majoração tarifária afasta usuários e provoca a rejeição política da concessão e do concessionário. A arrecadação de receita para a administração concedente não pode ser vista como um objetivo primário da concessão. Somente em concessões onde se assegure a modicidade da tarifa, ao lado da sustentabilidade econômico-financeira do empreendimento, pode-se cogitar do auferimento de receita pela administração concedente. Mesmo assim,

312. As concessões que conciliam o chamado “*pedágio sombra*” (parte paga diretamente pela administração concedente) com “*pedágio brando*” (parte paga pelo usuário), ou aquelas baseadas exclusivamente no “*pedágio sombra*” – Cf. **Ojeda, Alberto Ruiz**, “*Aplicaciones recientes (...)*”, in **Ojeda, Alberto Ruiz e outros**, 2000, p. 201/202 - encaixam-se no perfil ora delineado. Nesse tipo de concessão o equilíbrio do risco geralmente é dado pelo fato de atribuir-se ao concessionário o **risco de demanda** pois sua remuneração, ainda que subvencionada pela administração, a esta demanda vincular-se-á ao longo do tempo.

reforce-se, somente naqueles casos em que a equação “*modicidade-sustentabilidade*”, aqui referida, não se rompa por meio da fixação de receita em prol da administração pública.

Como se vê, a eventualidade de riscos de natureza econômico-financeira será, sem dúvida, mais bem suportada pelas partes quanto maior for a adequação do regime de remuneração do concessionário à realidade econômico-financeira da concessão, ou quanto maior for o cuidado no estudo e fixação desse regime.

10.3. Regras de modificação do contrato e arranjos financeiros alternativos

Um cuidado que na elaboração do contrato de concessão pode se revelar simples, mas muitíssimo útil em face da insurgência dos riscos contratuais, encontra-se na previsão detalhada das regras de modificação do contrato.

Há, com efeito, algumas “*saídas de emergência*” que podem ser reguladas no contrato para as hipóteses de superveniência de riscos que abalem a estrutura econômico-financeira da concessão. A criação de fundos de reequilíbrio tarifário ou de perequação tarifária³¹³, a possibilidade de rearranjo contratual que assinale a faculdade de alteração do cronograma de obras ou investimentos, ou mesmo a extensão do prazo da concessão, são alguns exemplos desses mecanismos que podem em muito contribuir para sanar situações de desequilíbrio.

Na maioria das vezes, o contrato não prevê expressamente a adoção desses remédios para o desequilíbrio da concessão, e essas medidas, quando adotadas, acabam por ser alvo de grande polêmica jurídica (por vezes judicial) e política.

É melhor, portanto, que essas medidas estejam previstas no contrato com o máximo de amplitude e detalhamento possíveis. Haverá casos em que o desequilíbrio do contrato (gerado por qualquer dos riscos acima enumerados) poderá ser eliminado com simples aumento de prazo da concessão. Se assim é, torna-se importante prever a majoração do prazo da concessão como mecanismo de reequilíbrio contratual. Outras hipóteses haverá

313. Ver nota 143, *supra*.

em que a alteração dos mecanismos de revisão ou de reajuste tarifários será o bastante para dar segurança, estabilidade e promover a continuidade da concessão; deve-se, pois, prever a possibilidade hipotética de alteração do contrato neste sentido.

Nossa linha de pensamento caminha no sentido de afirmar que todas as avenças contratuais, que sejam instrumentais em relação ao objeto do contrato, podem ser alteradas em situações de risco, de modo a se reequilibrar financeira e economicamente o contrato e a se resgatar a estabilidade e a continuidade contratual. Todas essas alterações devem ser motivadas pelo intuito de se alcançar o escopo da concessão: a prestação adequada do serviço público. Essa missão é grandemente facilitada se o contrato de concessão prevê esse grau de mutabilidade³¹⁴.

O modelo econômico-financeiro adotado em dado caso concreto pode apontar para a possibilidade ou necessidade de um fundo de perequação ou compensação tarifária³¹⁵. Por meio desses fundos, uma parte da tarifa paga pelos usuários, ou uma parte das receitas do orçamento público, é revertida para serviços que possuam menor rentabilidade ou para subsidiar diretamente a universalização dos serviços em determinados casos. Esses fundos podem servir como instrumento da efetivação de subsídios cruzados que permitam a modicidade ou acessibilidade tarifária, para a prestação de serviços em áreas que sejam caracteristicamente deficitárias, para a implementação da universalidade dos serviços, ou, enfim, para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, nos casos em que assim se determinar. Em todas essas hipóteses, esse mecanismo obviamente tende a assegurar a continuidade e estabilidade do contrato em face de situações emergenciais e de risco.

314. Parecem-nos de grande utilidade, neste ponto, as observações de **Hualde, Pérez Alejandro**, 2002, p. 96 e seguintes, que sugere a adoção de algumas boas práticas na renegociação dos contratos administrativos, dentre elas as seguintes: “A renegociação deverá contemplar o impacto das tarifas na competitividade da economia e na distribuição de receita (...) a renegociação deverá ter em conta a qualidade dos serviços e os planos de investimento, quando estes estiverem previstos contratualmente (...) a renegociação deverá ter presente o interesse dos usuários e a acessibilidade aos serviços (...) a renegociação deverá ter muito em conta a rentabilidade das empresas (...) a renegociação deverá ter presente a metodologia de revisão tarifária prevista nos contratos de concessão (...) a renegociação deverá assentar-se sobre o princípio do sacrifício compartilhado”.

315. Ver nota 143, *supra*.

Exemplo dessa modalidade de fundo pode ser cogitado em serviços de transporte coletivo, nos quais linhas muito rentáveis podem servir para formar fundos para o reequilíbrio de linhas cuja rentabilidade não seja tão certa (em razão do maior risco de demanda, por exemplo), ou pela associação dos serviços de fornecimento de água potável e de captação e tratamento de esgoto, nos quais as boas margens esperadas no serviço de fornecimento de água podem eventualmente formar fundo que amenize os riscos dos serviços de captação e tratamento de esgotos.

Nesta linha de atuação, também os organismos de financiamento podem prever mecanismos de salvaguarda financeira da concessão. Fundos de reequilíbrio podem ser administrados em fidúcia ou *trust*³¹⁶, por instituições financeiras, como forma de combater desequilíbrios econômicos graves em situações de risco, como também podem ser criadas linhas de crédito emergenciais (*stand-by*), com aval do poder concedente ou simplesmente securitizados³¹⁷, ou realizadas operações de proteção contra riscos financeiros - *hedging*³¹⁸ - para fazer frente às eventualidades econômicas da contratação.

10.4. Garantias de recebimento e garantias de financiamento

Tanto do ponto de vista dos riscos políticos, quanto do ponto de vista dos riscos econômico-financeiros, nos casos em que a administração pública assume certo grau de solidariedade econômico-financeira para garantir a viabilidade do contrato de concessão, a inadimplência da administração erige-se como um elemento de potencial desestabilização da concessão.

Tanto o comportamento arbitrário ou demagógico de governantes, como também as dificuldades econômicas momentâneas dos orçamentos públicos, podem levar a administração concedente a descumprir o contrato naquilo que

316. Cf. **Raymundie, Olivier**, 1995, p. 332 e seguintes, que trata do *trust* como arranjo financeiro de garantia das obrigações nas concessões, ou, entre nós, **Diniz, Maria Helena**, 2003, v. 3, p. 599, que trata especificamente da aplicação da fidúcia ou do *trust*, de forma geral, no Direito brasileiro.

317. Lastreados em títulos emitidos pelo concessionário.

318. Sobre o conceito de *hedging* no Direito brasileiro vem **Diniz, Maria Helena**, 2003, v. 3, p. 699.

se refere aos ônus econômico-financeiros por ela assumidos em função da contratação³¹⁹.

A criação de fundos, para a reserva das receitas orçamentárias destinadas ao custeio dos serviços, associada à instituição de garantias reais ou à criação de fidúcia (*trust*) para a gestão desses fundos, ou mesmo a exigência por parte do financiador do aval da administração pública em relação ao financiamento, são mecanismos que claramente visam a diminuir esse risco³²⁰.

10.5. Fixação de metas quanto aos ganhos de produtividade

O recurso à concessão ou à gestão delegada dos serviços públicos, como já vimos, tem como um de seus principais escopos a apropriação pela administração pública das vantagens econômicas inerentes aos modos de gestão privados. Pela lógica hodierna que orienta a adoção dos contratos de delegação de gestão de serviço público, em variados setores, os ganhos de produtividade obtidos pelo gestor privado gerarão proveitos econômicos expressivos, inclusive em aumento de competitividade, para todos os agentes econômicos ou usuários dependentes direta ou indiretamente da adequada prestação dos serviços cuja gestão é delegada.

Esses ganhos sociais são expressos geralmente pela modicidade ou acessibilidade tarifária, pela universalização do serviço, ou pela modernização tecnológica dos serviços.

Sendo assim, para que a concessão não se desvie de seus objetivos, é útil fixar essas metas contratualmente (metas de produtividade ou metas de

319. Pode-se imaginar o caso da administração assumir o pagamento da tarifa ou preço ao concessionário (como no caso da gestão interessada, já analisada anteriormente, ou no caso, entre nós, da concessão pelo modelo do usuário único) e não pagar, ou atrasar os pagamentos de forma a desestabilizar a equação econômico-financeira do contrato. Pode-se imaginar, ainda, ter assumido a administração o ônus de custeio de desapropriações e inadimplir essa obrigação ou de assumir o encargo de subsídio tarifário e também inadimpli-lo. Conhecemos casos concretos em que a administração simplesmente reduziu temporariamente os repasses que realizava em relação à tarifa ou mesmo a tarifa paga pelo usuário somente por motivos político-eleitorais.

320. Mais uma vez é interessante atentar para as abrangentes disposições da Lei 11.079/04 (sobre parcerias público-privadas) – art. 8º, principalmente – nesta matéria.

modicidade, universalização, qualidade ou modernização³²¹), por meio de planos referidos no contrato que possam periodicamente ser revistos, a partir da aferição do cumprimento, ou não, das metas fixadas.

Essas metas podem vincular estritamente os contratantes, de modo que seu descumprimento enseje penalidades ao contratado, como também podem ser indicativas ou programáticas, de modo que seu descumprimento (ou cumprimento) seja simples objeto de avaliação para a revisão subsequente das metas ou se revelem como condição à aquisição de direitos pelo concessionário, como, por exemplo, o de prorrogação do contrato³²².

O importante, no contexto que ora se analisa, é que a clareza dessas metas equaciona de forma inequívoca os riscos comerciais, tecnológicos e tarifários, estabelecendo os limites do dever de eficiência a ser perseguido pelo concessionário. Diminuem-se, portanto, os conflitos potenciais dessa natureza.

10.6. Agências independentes e imunização política

A criação de órgãos reguladores independentes, inspirados no modelo norte-americano das agências independentes, é a fórmula corriqueira pela qual a doutrina jurídica nacional e estrangeira tem procurado soluções ou o abrandamento dos riscos políticos na concessão³²³.

321. É o que os britânicos chama de “*service level agreements*” – Cf. **Goh, Jeffrey**, “*Avances em la colaboración de los sectores público y privado (...)*”, in **Ojeda, Alberto Ruiz e outros**, 2000, p. 126.

322. Outro exemplo importante da aplicação prática do que dissemos são os sistemas de metas e incentivos à eficiência pela fixação de uma escala decrescente de tarifas, por longo período, incentivando-se o concessionário a buscar maior eficiência interna. Esses sistemas podem ser completados – para a busca de uma maior eficiência alocativa – pela fórmula econômica geralmente chamada “*yardstick competition*” (competição por meio de paradigma comparativo). Neste caso, busca-se fixar os métodos de revisão tarifária a partir da comparação do desempenho de prestadores de serviços em regime de exclusividade ou monopólio, com outros do mesmo setor, fórmula econômica geralmente chamada “*yardstick competition*”. que enfrentem competição – Cf. **Kay, John e outro**, “*Riforma della regolamentazione: una valutazione*”, in **Pennella, Giuseppe (org.)**, 1992, p. 129.

323. Esse assunto tem sido atualmente objeto de atenção profunda de doutrinadores brasileiros e europeus como, por exemplo, **Machado, Santiago Muñoz**, 1998, v.1, p. 254 e seguintes; **Ortiz, Gaspar Ariño**, 1999, p. 314 e seguintes; **Parada, Ramón**, “*Administraciones independientes y estado regulador*”, in **Moreira Neto, Diogo de Figueiredo (org.)**, 2003, p.

As agências independentes, de fato, distanciam um pouco a atividade de regulação dos serviços públicos de uma direção puramente política, aproximando-a de uma direção mais técnico-burocrática. A estabilidade dos dirigentes da agência; a “*quarentena*” exigida para que se ocupem postos de direção nas empresas que atuem nos setores regulados; a fixação de mandatos para os dirigentes das agências não coincidentes com o do chefe do Poder Executivo e a autonomia orçamentária são exemplos de medidas que tornam as agências independentes (ou com autonomia reforçada), no conceito que se costuma usar atualmente em relação ao governo.

A instituição de agências independentes para a regulação e controle das concessões ameniza os riscos políticos, mas é bom frisar, não os elimina³²⁴.

129 e seguintes; **Bureau, Dominique e outro**, “*L’emergence des régulateurs indépendants em France*”, in **Henry, Claude (org.) e outros**, 2003, p. 119; **Autin, Jean-Louis**, “*Vers um modele européen d’autorité administrative indépendante*”, in **Grémion, Catherine (org.) e outro**, 1996, p. 363 e seguintes; **Bavagnoli, Francesco**, “*Régulateurs indépendants em Italie*”, in **Henry, Claude (org.) e outros**, 2003, p. 147; **Gouveia, Rodrigo**, 2001, p. 36 e seguintes; **Medauar, Odete**, 2003, p. 259 e seguintes; **Barroso, Luís Roberto**, “*Agências reguladoras. Constituição, transformações do estado e legitimidade democrática*”, in **Moreira Neto, Diogo de Figueiredo (org.)**, 2003, p. 159 e seguintes; **Aragão, Alexandre Santos de**, 2003, p. 331 e seguintes; **Araújo, Edmir Netto de**, “*A aparente autonomia das agências reguladoras*”, in **Moraes, Alexandre (org.)**, 2002, p. 39 e seguintes; **Cal, Arianne Brito Rodrigues**, 2003, p. 48 e seguintes entre muito outros. No Direito norte-americano, o modelo das agências independentes, ligado historicamente ao *New Deal*, foi de certo modo superado a partir da década de 1960, com a criação das *agências executivas* e o incremento do chamado “*controle presidencial*” das agências, acentuado pelas *ordens executivas* que passaram a ser expedidas mais tarde, a partir da administração Reagan – Cf. **Sunstein, Cass R.**, 1990, p. 29 e seguintes.

324. Meu pensamento em relação às virtudes do modelo das agências independentes, confesso, é um pouco contraditório. Se de um lado reconheço que ele possa solucionar, ao menos em parte, os problemas inerentes aos riscos políticos que suportam as concessões, de outro entrevejo grandes problemas em sua adoção, como, por exemplo, a questão da captura das agências (pelos próprios regulados ou por interesses paroquiais discrepantes das diretrizes de governo), da excessiva concentração de poderes ou da carência de instrumentos mais incisivos de controle de suas atividades. O aprofundamento desse tema infelizmente não pode ser feito neste estudo, sob pena de completo desvio em relação ao seu objeto. Minha posição fica um pouco melhor explicitada no debate coordenado por **Marques Neto, Floriano de Azevedo**, sob o título “*Há um Déficit Democrático nas Agências Reguladoras?*”, publicado in RDPE, 2004, nº 05, p. 163 e seguintes.

10.7. Arbitragem

A arbitragem, como via de solução para eventuais conflitos entre as partes, tem sido prevista em alguns contratos de concessão.

A adoção da arbitragem nos contratos administrativos em geral, e particularmente, nos contratos de concessão encontra permissivo no **artigo 54, da Lei 8.666**, de 21 de junho de 1993, e no **artigo 23, XV, da Lei 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. A arbitragem, de forma geral, é regulada, no Brasil, pela Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996.

No enfoque que ora nos interessa, a arbitragem é um mecanismo que reduz os **riscos judiciais** da contratação, na medida em que (analisando especificamente o que ocorre no Brasil) possibilitaria uma solução mais célere dos conflitos entre concessionário e concedente do que aquela que, eventualmente, tomaria o Judiciário.

Como testemunha **Brabant**, esse também tem sido o propósito da adoção da arbitragem em “milhares” de contratos públicos mais recentes no continente europeu, nos quais a adoção da arbitragem representa:

[...] uma possibilidade de resolução rápida dos conflitos permitindo às partes escolher seus próprios juízes e de subtrair suas divergências da jurisdição, extremamente lenta, dos tribunais judiciais.³²⁵

A arbitragem realmente tende a reforçar o vínculo de boa-fé entre as partes e a estabilidade contratual. O fato das partes contarem com uma jurisdição mais rápida faz com que os comportamentos irregulares ou desviantes dos objetivos contratuais tenham menos espaço para se dar. Além disso, o fato das partes escolherem os juízes (que, segundo a lei brasileira, podem ser um ou mais árbitros, sempre em número ímpar³²⁶) tende a tornar a jurisdição uma prática mais madura, segura e tecnicamente conseqüente (as partes obviamente não escolherão árbitros que não tenham experiência ou não reúnam condições técnicas de decidirem a causa).

325. Cf. **Brabant, André**, 1996, p. 825.

326. Lei 9.307/96, art. 13.

Infelizmente, entre nós, o TCU (Tribunal de Contas da União) tem reiterado uma posição injustificadamente conservadora, que defende a impossibilidade de utilização da arbitragem em contratos celebrados pela administração pública³²⁷. A postura do TCU encontra-se calcada na idéia de que a arbitragem possibilitaria transigência em relação ao interesse público e afrontaria ao princípio da universalidade de jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal). As ponderações do TCU, *data venia*, não fazem muito sentido. Primeiramente, porque, obrigar a administração ou o particular contratado ao cumprimento do contrato ou da lei, por meio de uma jurisdição mais célere e eficiente, não constitui nenhuma transigência com o interesse público. Vale dizer que nem ao particular nem à administração pública é dada a prerrogativa de descumprir o contrato ou atuar de má-fé. Em segundo lugar, recorde-se que o foro arbitral é uma mera faculdade criada pelo contrato, pois as partes não perdem o direito de solver suas divergências no Judiciário, em relação às questões que não consintam em submeter à arbitragem. Não há, portanto, qualquer violação do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal³²⁸.

Observe-se que a posição do TCU não elimina a possibilidade de utilização da arbitragem na concessão. Primeiramente, porque o TCU não tem jurisdição sobre todos os contratos, mas somente em relação àqueles que são celebrados pela União Federal; Estados e Municípios não se encontram, de forma alguma, afetados pelas decisões do TCU. Em segundo lugar, porque o TCU não é órgão normativo, suas decisões refletem-se tão somente sobre casos concretos, não constituindo regra que derogue ou revogue o permissivo encontrado no art. 23, XV, da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Por fim,

327. Ver, e.g., decisões dos acórdãos 182/2001/Plenário; 215/2004/Plenário e 1542/2004/Plenário.

328. Apóia-nos nessa reflexão **Dallari, Adilson Abreu**, “Arbitragem na concessão de serviço público”, in Revista de Informação Legislativa, 1995, nº 128, p. 63 e seguintes, para quem: “cabe ressaltar que ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita ou um meio mais hábil para a defesa do interesse público”. Vale citar, também, em suporte ao que acima defendemos, o Acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça de São Paulo**, no **Agravo de Instrumento 124.217.4/0**, cuja ementa vem lavrada nos seguintes termos: “Arbitragem. Lei 9307/96. Inconstitucionalidade por violação ao art. 5º, inciso XXXL, da Constituição Federal. Afastamento. Preceito constitucional que não impede a renúncia das partes a submeter a questão litigiosa à apreciação judicial, a qual não excluída, porém, a manifestar-se sobre a validade do ato. Direito patrimonial disponível. Obediência ao pacta sunt servanda. Transação entre as partes que atribui à decisão arbitral efeitos de ato jurídico perfeito. Recurso provido”.

como o próprio TCU ressalta, suas decisões não constituem jurisdição definitiva (que pertencerá ao Judiciário, por força do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) sobre a matéria³²⁹.

Assim sendo, a arbitragem também constitui um mecanismo contratual legalmente permitido, que reforça o vínculo de boa-fé das partes e pode ser utilizada para minorar os riscos judiciais enredados à concessão.

329. Creio que o TCU acabará por evoluir em seu posicionamento, a fim de possibilitar a utilização da arbitragem como mecanismo de atenuação de riscos nos contratos de concessão que se encontram sob sua jurisdição, indo em busca de um posicionamento que prestigie a boa-fé dos contratantes, a estabilidade contratual e as formas contratuais hodiernas no ambiente de uma economia globalizada.

Conclusão

A conclusão de uma tese deve esclarecer em que medida todo o resultado da pesquisa realizada e narrada, ao longo dos capítulos anteriores, representa uma contribuição original para o Direito.

A questão que nos colocamos inicialmente importava em responder se a doutrina tradicional do risco na concessão de serviços públicos necessitava ser revista.

Emolduramos a resposta desse problema com duas conclusões tópicas e iniciais, estudadas nos capítulos 1 e 2 deste trabalho:

[...] verificamos que o conceito de serviço público, em virtude de uma série de fatores sócio-econômicos e políticos, tem sofrido contínua mutação, desde os primórdios de sua elaboração teórica, e que, ao falarmos, a partir da releitura mais atual deste conceito, em regulação econômica de serviços públicos, em competição entre prestadores de serviço públicos, ou em outorga de serviço público para sua prestação em regime jurídico privado, desafiamos indiretamente a teoria tradicional do risco na concessão, a qual, calcada na noção clássica de serviço público, não compreende soluções para questões imanentes a essa nova ordenação jurídica dos serviços públicos;

[...] constatamos que o contrato de concessão de serviços públicos também tem sofrido grande mutação, fruto da experiência concreta de sua utilização, em diferentes países, e da necessidade de alargamento dos seus limites jurídicos tradicionais para fazer frente aos desígnios atuais (de ordem econômico-financeira, social e política), os quais orientam a adoção de parcerias público-privadas ou a gestão delegada de serviços públicos, e que esse desen-

volvimento recente também reclama uma nova formulação da doutrina do risco na concessão.

A partir desse contexto, trabalhamos nos capítulos 3 e 4 as duas idéias centrais deste estudo: (a) procuramos provar que, atualmente, não se pode mais falar, sem as devidas ressalvas, que a concessão é um contrato que se dá “**por conta e risco do concessionário**”; e (b) defendemos a idéia de que os riscos da concessão devem ser divididos entre as partes (concedente e concessionário) em função das circunstâncias específicas de cada contratação e, não, *a priori* ou de forma genérica e indistinta, como se concebe, ainda hodiernamente, com base na **teoria das áleas ordinária e extraordinária**.

Estas são, efetivamente, as idéias mais importantes que veiculamos no presente estudo, nelas se resume a contribuição original de nossa tese, por meio da afirmação de que a doutrina tradicional do risco nas concessões de serviço público merece, sim, revisão.

Com efeito, **a concessão nunca se dá por conta e risco exclusivos do concessionário**. Mesmo sob o enfoque da doutrina tradicional das áleas na concessão, a administração pública assume os riscos extraordinários do empreendimento. Ainda que admitíssemos, teoricamente, a transferência dessas áleas extraordinárias ao concessionário, restariam, nessa hipótese, sob a responsabilidade do concedente, os riscos relacionados à matérias nas quais, por força legal, vigora a responsabilidade solidária entre concessionário e concedente (o risco relacionado ao cumprimento das normas ambientais; o risco de responder pelos prejuízos trabalhistas ou previdenciários provocados pelo concessionário – por exemplo, em caso de quebra do concessionário -, entre outros).

Ocorre, de fato, que a concessão (por seu longo prazo de duração, por sua complexidade econômico-financeira, por sua repercussão em termos sociais e políticos, ou, enfim, por conta da rapidez com que, na atualidade, se dá a evolução da tecnologia) é um negócio jurídico mais arriscado do que os comumente firmados pela administração pública e **esses riscos são sempre divididos entre concedente e concessionário**.

Como se isso não bastasse, a tendência atual do Direito brasileiro e estrangeiro (com a edição de leis que regulam parcerias público-privadas ou com a descoberta de novas espécies de contratos de delegação da gestão de serviços públicos) é

permitir que a administração pública assumira maiores riscos na contratação da concessão ou, dizendo de outra forma, aceitar uma mais acentuada “*solidariedade financeira*” entre as partes, cercando-se a realização desse tipo de empreendimento de maiores garantias contratuais.

A concessão, portanto, deixou de ser (se é que algum dia, na prática, chegou a ser) um contrato que se dá “*por conta e risco*” exclusivos do concessionário, conclusão esta que, segundo entendemos, encontra-se suficientemente respaldada pela interpretação sistemática da legislação brasileira vigente (tema tratado, com o devido aprofundamento, no Capítulo 3, itens 1, 7 e 8, deste estudo).

Ainda que esta assertiva não duele, a princípio, com a **teoria das áleas ordinária e extraordinária** (afinal, como vimos, essa própria teoria preceitua uma certa divisão de riscos entre as partes, na concessão), procuramos demonstrar que, ao preceituar uma repartição fixa e aplicável, indistintamente, a todos os contratos de concessão, bem como ao atribuir excessiva imprecisão ao conceito de álea ordinária, e, enfim, ao deixar de analisar, mais extensamente, os verdadeiros riscos enredados aos contratos de concessão, na atualidade (por força de injunções econômicas, políticas, tecnológicas e jurídicas), essa teoria não resolve todos os problemas enredados à superveniência de fatos desestabilizadores dos contratos de concessão, mas, ao contrário, cria problemas de difícil solução.

Defendemos, assim, a necessidade de **superação da teoria das áleas ordinária e extraordinária**, visando a alcançar dois objetivos de ordem teórica e prática: (1) o primeiro objetivo encontra-se em convencer operadores do Direito e administradores públicos de que a divisão de riscos na concessão deve deixar de ser vista como um dado *a priori*, para que se passe a atribuir ao assunto a devida complexidade e importância, como também para que os riscos passem a ser divididos entre as partes em função das características econômico-financeiras, sociais e políticas de cada empreendimento; (2) o segundo objetivo reflete-se na necessidade de encontrar caminhos para uma descrição mais extensa, útil e atual dos riscos que permeiam os contratos de concessão e para a devida reflexão jurídica sobre os diferentes arranjos de divisão desses riscos, bem como sobre os instrumentos jurídicos que podem evitar que a superveniência de fatores de risco inviabilize a concessão.

Queremos crer que o esforço feito, ao longo do trabalho que ora se con-

clui, atingiu esses objetivos. Os casos analisados, a reflexão em torno da doutrina nacional e estrangeira, a interpretação que fizemos da Lei 8.987/93, as inovações constantes da Lei 11.079/04 (cujas tramitações legislativas deu-se, coincidentemente, ao mesmo tempo em que desenvolvíamos nosso trabalho de pesquisa, proporcionando-nos inusual interação) cooperaram para o convencimento de que os riscos de uma concessão devem ser mais bem analisados por ocasião de seu planejamento e de que o correto equacionamento desses riscos - tanto em termos de identificação e divisão dos mesmos como em termos de estruturação de mecanismos contratuais e regulatórios que previnam a sua eclosão ou amenizem seus efeitos - conduz a concessão à realização de seus objetivos de interesse público.

Referências

- Alessi, Renato**, *“Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano”*, Milão, Giuffrè, 1953.
- Almeida, Fernando Dias Menezes de**, *“Considerações sobre Municípios no Brasil”*, São Paulo, Método, 2003.
- Alvarenga, Lúcia Barros Freitas de**, *“A concessão de serviços públicos: encargos da concessionária; intervenção do poder concedente”*, in *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 17, p. 275.
- Alves, Andrea Moraes e Macedo e outro**, *“Reforma administrativa: o caso do Reino Unido”*, in *Revista do Serviço Público*, ano 48, n.º 3, Brasília, set./dez., 1997, p. 63.
- Amadeo, José Luis**, *“La Concesión de Servicios Públicos”*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.
- Aman Jr., Alfred C., e outro**, *“Administrative Law”*, St. Paul, West Group, 2001.
- Amaral Filho, Marcos Jordão Teixeira do**, *“Privatização no Estado Contemporâneo”*, São Paulo, Ícone, 1996.
- Amaral, Diogo Freitas do**, *“Curso de Direito Administrativo”*, Coimbra, Almedina, 2001.
- Amaral, Diogo Freitas do, e outro**, *“Estudos sobre Concessões”*, Coimbra, Almedina, 2002.
- Amorosino, Sandro (org.) e outros**, *“Le Trasformazioni del Diritto Amministrativo”*, Milão, Giuffrè, 1995.
- Aragão, Alexandre Santos de**, *“O conceito jurídico de regulação da economia”*, in *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 2, n.º 06, Curitiba, p. 59.
- Araújo, Edmir Netto de**, *“Contrato Administrativo”*, São Paulo, RT, 1987.
- Araújo, Edmir Netto de**, *“Do Negócio Jurídico Administrativo”*, São Paulo, RT, 1992.
- Atienza, Javier Corcuera e outro**, *“Derecho y Economía en el Estado Social”*, Tecnos, Madri, 1988.
- Auby, Jean-Bernard (org.) e outros**, *“Services Publics Industriels et Commerciaux: questions actuelles”*, Paris, LGDJ, 2003.
- Auby, Jean-François**, *“La délégation de service public: Premier bilan et perspectives”*, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’Etranger*, n.º 4, Paris, juillet/août, 1996, p. 1.095.

- Auby, Jean-François**, *“Management Public”*, Paris, Sirey, 1996.
- Azevedo, Eurico de Andrade e outro**, *“Concessão de Serviços Públicos”*, São Paulo, Malheiros, 1998.
- Azevedo, Eurico de Andrade**, *“Agências reguladoras”*, in Revista de Direito Administrativo, v. 213, Rio de Janeiro, jul./set., 1998, p. 141.
- Barbosa, Pedro Ribeiro**, *“Gestão de Hospitais Públicos: maior autonomia gerencial, melhor performance organizacional com apoio em contratos de gestão”*, in Revista do Serviço Público, ano 47, v. 120, n.º 2, Brasília, mai./ago., 1996, p. 67.
- Barcellona, Pietro e outros**, *“Derecho y Economía en el Estado Social”*, Madri, Tecnos, 1988.
- Barcellona, Pietro**, *“Dallo Stato Sociale allo Stato Imaginario”*, Turim, Bollati Boringhieri, 1994.
- Barilari, André**, *“La Modernisation de l’Administration”*, Paris, LGDJ, 1994.
- Barros Júnior, Carlos S. de**, *“A concessão de serviço público”*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. LXVIII, fasc. I, São Paulo, 1973, p. 249.
- Barroso, Luís Roberto**, *“Constituição da República Federativa do Brasil Anotada”*, São Paulo, Saraiva, 1998.
- Bassi, Franco**, *“Profili giuridici dell’azienda consorziale di pubblici servizi”*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, n.º 1, Milano, gennaio/febreiro, 1972, p. 176.
- Bastos, Celso Ribeiro e outro**, *“Comentários à Constituição do Brasil”*, São Paulo, Saraiva, 1989.
- Bastos, Celso Ribeiro**, *“Regime jurídico da exploração das redes ferroviárias”*, in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 06, v. 22, São Paulo, jan./mar., 1998, p. 323.
- Battini, Stefano**, *“La tutela dell’utente e la carta dei servizi pubblici”*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, n.º 1, Milano, gennaio/marzo, 1998, p. 185.
- Benvenuti, Feliciano**, *“Appunti di Diritto Amministrativo”*, CEDAM, 1987.
- Berçaitz, Miguel Ángel**, *“Teoria General de los Contratos Administrativos”*, Buenos Aires, Depalma, 1980.
- Bernard, M. Antonie**, *“Existe-t-il une catégorie juridique des services publics sociaux?”*, in Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’Etranger, n.º 1, Paris, janvier/février, 1974, p. 251.
- Bernardes, Hugo Gueiros**, *“Serviço público – função pública – tipicidade – critérios distintivos”*, in Revista de Informação Legislativa, ano 30, v. 118, Brasília, abr./jun., 1993, p. 111.
- Bettinger, Christian**, *“La gestion Déléguée des Services Publics dans le Monde”*, Paris, Berger-Levrault, 1997.
- Blanchet, Luiz Alberto**, *“Concessão e Permissão de Serviços Públicos”*, Curitiba, Juruá, 1995.
- Borges, Alice Gonzales**, *“Concessões de serviço público de abastecimento de água aos municípios”*, in Revista de Direito Administrativo, v. 212, Rio de Janeiro, abr./jun., 1998, p. 95.
- Bouissou, Michel**, *“La réforme de la radio-télévision et la notion de service public”*, in Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’Etranger, n.º 1, Paris, janvier/février, 1973, p. 5.

- Brabant, André**, *“Les Marchés Publics et Privés dans L’ U. E. et Outre-Mer”*, Bruxelas, Bruylant, 1996.
- Braibant, Guy**, *“De la responsabilité pour dommages causés à des tiers à l’occasion du fonctionnement d’un service public dont l’exécution a été confiée à un organisme privé”*, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Etranger*, n.º 3, Paris, mai/juin, 1971, p. 741.
- Branco, Adriano Murgel (org.) e outros**, *“Política Energética e Crise de Desenvolvimento”*, São Paulo, Paz e Terra, 2002.
- Bréchon-Moulènes, Christine e outros**, *“La Concession de Service Public Face au Droit Communautaire”*, Paris, Sirey, 1992.
- Breyer, Stephen G. e outros**, *“Administrative Law and Regulatory Policy”*, New York, Aspen Law & Business, 2002.
- Bucci, Maria Paula Dallari**, *“Direito Administrativo e Políticas Públicas”*, São Paulo, Saraiva, 2002.
- Buglione, Enrico**, *“Un convegno internazionale sui servizi pubblici locali”*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 3, Milano, luglio/settembre, 1987, p. 870.
- Bursztyl, Marcel**, *“Ser ou não ser: eis a questão do Estado brasileiro”*, in *Revista do Serviço Público*, ano 45, v. 118, n.º 3, Brasília, set./dez., 1994, p. 27.
- Caetano, Marcello**, *“Manual de Direito Administrativo”*, Rio de Janeiro, Forense, 1970.
- Cal, Arianne Brito Rodrigues**, *“As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro”*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- Camargo, João Laudo de**, *“As concessões e o mercado de capitais”*, in *Revista de Informação Legislativa*, ano 33, v. 131, Brasília, jul./set., 1996, p. 251.
- Campilongo, Celso Fernandes (org.) e outros**, *“Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro”*, São Paulo, Max Limonad, 2002.
- Canhim, Romildo**, *“Redesenho do Estado”*, in *Revista do Serviço Público*, ano 45, v. 118, n.º 1, Brasília, jan./jul., 1994, p. 75.
- Carbajo, Joël**, *“Droit des Services Publics”*, Paris, Dalloz, 1997.
- Carvalho Neto, Antonio Moreira de**, *“Terceirização de serviços públicos no Reino Unido e os impactos sobre as relações de trabalho: considerações sobre a realidade brasileira”*, in *Revista do Serviço Público*, ano 47, v. 120, n.º 2, Brasília, mai./ago., 1996, p. 99.
- Carvalho, Luís Gastão de Alencar Franco de**, *“As concessões para execução de serviços públicos de telecomunicações com o advento da Telebrás”*, in *Revista de Direito Público*, v. 26, São Paulo, out./dez., 1973, p. 93.
- Carvalho, Wagner**, *“A reforma administrativa da Nova Zelândia nos anos 80-90: controle estratégico, eficiência gerencial e accountability”*, in *Revista do Serviço Público*, ano 48, n.º 3, Brasília, set./dez., 1997, p. 5.
- Casavola, Hilde Caroli**, *“Un incontro su l’Italia da semplificare: concorrenza e regolazione nei servizi pubblici”*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 1, Milano, gennaio-marzo, 1999, p. 596.

- Cassagne, Juan Carlos**, “*Derecho Administrativo*”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.
- Cassese, Sabino (org.) e outros**, “*I Garanti delle Regole*”, Bolonha, Il Mulino, 1996.
- Cavalcanti, Francisco de Queiroz Bezerra**, “*A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes*”, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 219, Rio de Janeiro, jan./mar., 2000, p. 253.
- Cavalcanti, Themístocles Brandão**, “*Tratado de Direito Administrativo*”, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1955.
- Celli Júnior, Umberto**, “*A nova organização dos serviços na lei geral de telecomunicações*”, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 211, Rio de Janeiro, jan./mar., 1998, p. 151.
- Cencio, Jorge A. Silva**, “*Los principales problemas de la concesión de servicios*”, in *Revista de Derecho Público*, v. 53, São Paulo, jan./jun., 1980, p. 07.
- Chapus, René**, “*Le service public et la puissance publique*”, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’Etranger*, Paris, 1968, p. 235.
- Chenuaud-Frazier, Carole**, “*La notion de délégation de service public*”, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’Etranger*, n.º 1, Paris, janvier/février, 1995, p. 175.
- Chevalier, Jean-Marie (org.) e outros**, “*L’Idée de Service Public Est-elle Encore Soutenable?*”, Paris, PUF, 1999.
- Chevallier, Jacques e outros**, “*Le Droit Administratif en Mutation*”, Paris, PUF, 1993.
- Chevallier, Jacques**, “*A reforma do Estado e a concepção francesa do serviço público*”, in *Revista do Serviço Público*, v. 120, n.º 3, Brasília, set./dez., 1996, p. 35.
- Chevallier, Jacques**, “*Science Administrative*”, Paris, PUF, 1994.
- Chojkier, Raquel e outros**, “*Contrataciones del Estado*”, Buenos Aires, Depalma, 2000.
- Chrétien, Patrice**, “*Divine surprise ou éternels regrets?! La vacuité de la doctrine juridique du service public*”, in *Societes Contemporaines* n. 32, Paris, L’Harmattan, 1998, p. 14.
- Cnossen, Sjöbren e outro (org)**, “*Public Finance and Public Policy in the New Century*”, Cambridge, MIT Press, 2003.
- Coase, R. H.**, “*The Firm The Market and The Law*”, Chicago, University of Chicago Press, 1990.
- Coing, Henri**, “*Services Publics Urbains et Ville: Nouveaux Enjeux*”, in *Societes Contemporaines* v. 32, Paris, outubro, 1998, p. 57.
- Cooter, Robert e outros**, “*Il Mercato delle Regole*”, Bolonha, Il Mulino, 1999.
- Corail, Jean-Louis de**, “*La Crise de la Notion de Service Public en Droit Administratif Français*”, Paris, LGDJ, 1954.
- Cours-Salies, Pierre e outros**, “*Service Public. La Solidarité Face au Libéralisme*”, Paris, Syllepse, 2002.
- Cretella Junior, José**, “*Conceito moderno do serviço público*”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. LXI, fasc. II, São Paulo, 1966, p. 190.

- Cretella Júnior, José**, *Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 2001.
- Cristol, Danièle**, *Le service public hospitalier français*, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Etranger*, n.º 3, Paris, mai-juin, 1997, p. 801.
- D' Alberti, Marco**, *Diritto Amministrativo Comparato*, Bolonha, Il Mulino, 1992.
- Dallari, Adilson Abreu**, *Arbitragem na concessão de serviço público*, in *Revista de Informação Legislativa*, ano 32, v. 128, Brasília, out./dez., 1995, p. 63.
- Dallari, Adilson Abreu**, *Direito ao uso dos serviços públicos*, in *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 13, São Paulo, 1996, p. 210.
- Daussun, Madame**, *La société française des jeux est-elle investie d'une mission de service public*, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Etranger*, n.º 6, Paris, novembre-décembre, 1999, p. 1.845.
- Debbasch, Charles (org.) e outros**, *Administration et Administrés en Europe*, Paris, Éditions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1984.
- Delacour, Eric (org.) e outros**, *La loi Sapin et les délégations de service public*, Paris, Litec, 2003.
- Delpiazzo, Carlos E.**, *Responsabilidad de los funcionarios publicos y de los concesionarios de servicios publicos*, in *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 01, n.º 03, Curitiba, 1996, p. 39.
- Delvolvé, Pierre**, *Le Droit Administratif*, Paris, Dalloz, 1994.
- Derani, Cristiane**, *Privatização e Serviços Públicos*, São Paulo, Max Limonad, 2002.
- Di Pietro, Maria Sylvia Zanella**, *Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 2003.
- Di Pietro, Maria Sylvia Zanella**, *Parcerias na Administração Pública*, São Paulo, Atlas, 2002.
- Di Pietro, Maria Sylvia Zanella**, *Terceirização dos serviços públicos*, in *GENESIS*, ano 03, v. 8, Curitiba, jan./mar., 1996, p. 36.
- Diez, Manuel Maria**, *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1991.
- Dourado, Maria Cristina Cesar de Oliveira**, *O repensar do conceito de serviço público*, in *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 2, n.º 06, Curitiba, 2001, p. 75.
- Dowbor, Ladislau**, *Governabilidade e descentralização*, in *Revista do Serviço Público*, ano 45, v. 118, n.º 1, São Paulo, jan./jul., 1994, p. 95.
- Dromi, José Roberto**, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- Dromi, José Roberto**, *Reforma del Estado y Privatizaciones*, Buenos Aires, Astrea, 1991.
- Duarte, Fábio Marcelo de Rezende e outro**, *Aspectos Jurídicos das Rodovias*, Rio de Janeiro, Mauad, 1997.
- Duc, Michel Le, e outros**, *Services Publics de Réseau et Europe*, Paris, La Documentation Française, 1995.
- Duguit, Léon**, *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, Bocard, 1928.
- Duverger, Maurice**, *Eléments de Droit Public*, Paris, PUF, 1995.

- Enterría, Eduardo García de e outro**, “*Curso de Direito Administrativo*”, São Paulo, RT, 1991.
- Escola, Héctor Jorge**, “*Compendio de Derecho Administrativo*”, Buenos Aires, Depalma, 1990.
- Esplugas, Pierre**, “*Conseil Constitutionnel et Service Public*”, Paris, LGDJ, 1994.
- Fagundes, Maria Aparecida de Almeida Pinto S.**, “*Os novos rumos do Direito da eletricidade*”, in Revista de Direito Administrativo, v. 224, Rio de Janeiro, abr./jun., 2001, p. 01.
- Falla, Fernando Garrido**, “El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público”, in Revista Española de Derecho Administrativo, 1981, p. 225 e seguintes.
- Faria, Edimur Ferreira de**, “*Curso de Direito Administrativo Positivo*”, Belo Horizonte, Del Rey, 2000.
- Faucher, Philippe, e outro**, “*Desenvolvimento tecnológico: novos espaços de convergência entre o público e o privado*”, in Revista do Serviço Público, ano 46, v. 119, n.º 2/3, Brasília, mai./dez., 1995, p. 29.
- Feliú, Jose Maria Gimeno**, “*El Servicio Publico Electrico em el Mercado Interior Europeu*”, Madri, Civitas, 1994.
- Fernandes, Jorge Ulisses Jacoby**, “*A terceirização no serviço público*”, in Revista de Informação Legislativa, ano 33, v. 130, Brasília, abr./jun., 1996, p. 115.
- Fernández, Tomás-Ramón**, “*Panorama Del Derecho Administrativo al Comienzo de su Tercera Centúria*”, Buenos Aires, La Ley, 2002.
- Fernández, Tomás-Ramón**, “*Serviços públicos e empresas privadas*”, in Revista de Direito Público, v. 98, São Paulo, abr./jun., 1991, p. 153.
- Ferraz Júnior, Tércio Sampaio**, “*Regulamentação da ordem econômica*”, in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 05, v. 18, São Paulo, jan./mar., 1997, p. 95.
- Ferraz, Sergio**, “*Regulação da economia e livre concorrência: uma hipótese*”, Revista de Direito Público da Economia – RDPE, ano 01, Belo Horizonte, jan./fev./mar. 2003, p. 201.
- Ferreira Filho, Manoel Gonçalves**, “*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*”, São Paulo, Saraiva, 1990.
- Ferreira, Eduardo Paz (org) e outros**, “*Estudos sobre o Novo Regime do Sector Empresarial do Estado*”, Coimbra, Almedina, 2000.
- Ferreira, Silvia Pereira, e outro**, “*Fortalecer o serviço público e valorizar a cidadania: a opção australiana*”, in Revista do Serviço Público, ano 48, n.º 3, Brasília, set./dez., 1997, p. 37.
- Ferrer, Jordi Garces (org.) e outros**, “*La Administracion Publica del Bienestar Social*”, Valencia, Tirant lo Blanch Libros, 1994.
- Figueiredo, Lúcia Valle**, “*Curso de Direito Administrativo*”, São Paulo, Malheiros, 2003.
- Forsthoff, Ernst**, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Madri, Instituto de Estudios Politicos, 1958.
- Franchini, Claudio**, “*Un convegno sui problemi giuridici delle concessioni di servizi pubblici*”, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, n.º 2, Milano, aprile/giugno, 1988, p. 536.

- Froment, Jean-Charles (org.) e outros**, *“Le Service Public Local”*, Grenoble, PUG, 1998.
- Funes, Ignacio M. Velez**, *“Potestades conferidas por la concesión y sus limites”*, in Revista de Direito Administrativo e Constitucional, ano 02, n.º 05, Curitiba, 2000, p. 107.
- Gandini, João Agnaldo Donizeti**, *“Responsabilidades do Estado em Caso de Falência do Concessionário”*, São Paulo, Minelli, 2003.
- Garceries, Sandrine**, *“Service Public et Droit Communautaire, une Nouvelle ‘Crise’ de la Notion de Service Public em Droit Administratif Français?”*, in Societes Contemporaines v. 33, Paris, outubro, 1998, p. 41.
- García-Morato, Lúcia López de Castro e outro**, *“La Competência em Sectores Regulados”*, Granada, Comares, 2003.
- Garnica, Ernesto Garcia Trevijano**, *“El Regimen de las Garantias el la Contratación Administrativa”*, Madri, Civitas, 1997.
- Gasparini, Diógenes**, *“Direito Administrativo”*, São Paulo, Saraiva, 2000.
- Gellhorn, Ernest e outro**, *“Administrative Law and Process”*, St. Paul, West Publishing, 1990.
- Gendín, Sabino Alvares**, *“Tratado General de Derecho Administrativo”*, Barcelona, Bosch, 1958.
- Giannini, Massimo Severo**, *“Diritto Amministrativo”*, Milão, Giuffré, 1988.
- Giannini, Massimo Severo**, *“Diritto Pubblico dell’ Economia”*, Bolonha, Il Mulino, 1995.
- Giannini, Massimo Severo**, *“Istituzioni di Diritto Amministrativo”*, Milão, Giuffré, 1981.
- Gonçalves, Pedro**, *“A Concessão de Serviços Públicos”*, Coimbra, Almedina, 1999.
- Gonçalves, Pedro**, *“O Contrato Administrativo – Uma Instituição no Direito Administrativo do Nosso Tempo”*, Coimbra, Almedina, 2003.
- Gordillo, Agustín**, *“Después de la Reforma del Estado”*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1996.
- Gordillo, Agustín**, *“La concesión de obras públicas y la privatización de empresas públicas por concesión – aspectos comunes”*, in Revista de Direito Público, v. 98, São Paulo, abr./jun., 1991, p. 144.
- Gordillo, Agustín**, *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Buenos Aires, Macchi, 2003.
- Gordillo, Agustín**, *“Cien Notas de Agustín”*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999.
- Gordon, George J. e outro**, *“Public Administration in America”*, New York, St. Martin’s Press, 1995.
- Gouveia, Rodrigo**, *“Os Serviços de Interesse Geral em Portugal”*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- Granziera, Maria Luiza Machado**, *“Contratos Administrativos”*, São Paulo, Atlas, 2002.
- Grau, Eros Roberto**, *“Concessionária de serviço público – Bens públicos – direito de uso”*, in Revista de Direito Administrativo, v. 218, Rio de Janeiro, out./dez., 1999, p. 343.

- Grau, Eros Roberto**, “*A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*”, São Paulo, RT, 1990.
- Greco, Marco Aurélio**, “*Aspectos da concessão de serviço público*”, in *Revista de Direito Público*, v. 21, São Paulo, jul./set., 1972, p. 53.
- Grémion, Catherine (org.) e outros**, “*Le Service Public en Recherche*”, Paris, La Documentation Française, 1996.
- Grotti, Dinorá Adelaide Musetti**, “*O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*”, São Paulo, Malheiros, 2003.
- Grotti, Dinorá Musetti**, “*Regime jurídico das telecomunicações: autorização, permissão e concessão*”, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 224, Rio de Janeiro, abr./jun., 2001, p. 183.
- Guglielmi, Gilles**, “*Introduction au Droit des Services Publics*”, Paris, LGDJ, 1994.
- Guglielminetti, Ana Patrícia**, “*Contratos administrativos y financiamiento privado*”, in *Actualidad en el Derecho Público (AeDP)* v. 11, Buenos Aires, set./dez., 1999, p. 129.
- Guimarães, Fernando Vernalha**, “*Uma releitura do poder de modificação unilateral dos contratos administrativos (jus variandi) no âmbito das concessões de serviços públicos*”, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 219, Rio de Janeiro, jan./mar., 2000, p. 107.
- Henry, Claude (org.) e outros**, “*Réguler les services publics en réseaux: l’expérience européenne*”, Paris, La Documentation Française, 2003.
- Hualde, Alejandro Pérez**, “*Renegociación de Contratos Públicos*”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002.
- Ibáñez, Santiago González-Varas**, “*El sector audiovisual ¿servicio público o mercado?*”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, v. 110, Madrid, abril/junio, 2001, p. 215.
- Ibáñez, Santiago González-Varas**, “*Los Mercados de Interés General: Telecomunicaciones y Postales, energéticos y de Transportes*”, Granada, Comares Editorial, 2001.
- Jegeri, Ernesto**, “*Parcerias público-privadas*”, in *Revista do Serviço Público*, ano 47, v. 120, n.º 1, Brasília, jan./abr., 1996, p. 165.
- Jèze, Gaston**, “*Les Principes Généraux du Droit Administratif*”, Paris, Dalloz, 2004.
- Join-Lambert, Christian (org.) e outros**, “*L’Etat Moderne et l’Administration*”, Paris, LGDJ, 1994.
- Justen Filho, Marçal e outro**, “*Concessão de serviços públicos de limpeza urbana*”, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 219, Rio de Janeiro, jan./mar., 2000, p. 271.
- Justen Filho, Marçal**, “*As diversas configurações da concessão de serviço público*” in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 01, Belo Horizonte, jan./fev./mar. 2003, p. 95.
- Justen Filho, Marçal**, “*Concessão de serviços públicos e princípio da legalidade*”, in *GENESIS*, ano 04, v. 14, Curitiba, jul./set., 1997, p. 644.
- Justen Filho, Marçal**, “*Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*”, São Paulo, Dialética, 2003.
- Justen, Monica Spezia**, “*A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*”, São Paulo, Dialética,

2003.

Justen, Monica Spezia, “O serviço público na perspectiva do direito comunitário europeu”, in Revista de Direito Público da Economia – RDPE, ano 01, Belo Horizonte, jan./fev./mar. 2003, p. 137.

Kammerman, Sheila B. (org.) e outros, “*La Privatización y el Estado Benefactor*”, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

Kovar, Robert (org.) e outros, “*Service Public et Communauté Européenne: entre l’ intérêt general et le marché*”, Paris, La Documentation Française, 1998.

Lachaume, Jean-François e outros, “*Droit des Services Publics*”, Paris, Armand Colin, 2004.

Ladhari, M., “*La réforme hospitalière*”, in Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’Etranger, n.º 1, Paris, janvier/février, 1972, p. 5.

Laubadère, André de e outros, “*Traité de Droit Administratif*”, Paris, LGDJ, 1994.

Laubadère, André de e outros, “*Traité des Contrats Administratifs*”, Paris, LGDJ, 1983.

Larraín, Felipe e outro, “*El Sector Público y la Crisis de la América Latina*”, México, FCE, 1990.

Lazzarini, Álvaro, “*Serviços públicos nas relações de consumo*”, in Revista de Direito Administrativo, v. 215, Rio de Janeiro, jan./mar., 1999, p. 143.

Lima, Ruy Cirne, “*A encampação e a desapropriação de serviços públicos concedidos*”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. LVII, São Paulo, 1962, p. 231.

Lima, Ruy Cirne, “*Custeio da implantação de serviço público*”, in Revista de Direito Público da Universidade de São Paulo, v. 24, São Paulo, abr./jun., 1973, p. 59.

Lima, Ruy Cirne, “*Organização administrativa e serviço público no direito administrativo brasileiro*”, in Revista de Direito Público, v. 59, São Paulo, jul./dez., 1981, p.129.

Linote, Didier e outro, “*Services Publics et Droit Public Économique*”, Paris, Litec, 2003.

Long, Marceau (org.), “*Négociar, Gérer et Contrôler une Délégation de Service Public*”, Paris, La Documentation Française, 1999.

Machado, Santiago Muñoz (org.), “*Tratado de Derecho Municipal*”, Madri, Civitas, 2003, v.1/v.2.

Machado, Santiago Muñoz, “*Servicio público y mercado*”, Madri, Civitas, 1998.

Mameli, Bárbara, “*Servizio Pubblico e Concessione*”, Milão, Giuffrè, 1998.

Marconi, Pia, “*La carta dei servizi pubblici e la citizen’s charter. La normativa sulla cara dei servizi*”, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, n.º 1, Milano, gennaio/marzo, 1998, p. 197.

Marques Neto, Floriano de Azevedo, “*A nova regulação dos serviços públicos*”, in RDA, n. 228, Renovar, Rio de Janeiro, Abr./Jun., 2002, p. 13.

Marques Neto, Floriano de Azevedo, “*Aspectos regulatórios em um novo modelo para o setor de saneamento básico no Brasil*”, in Revista de Direito Administrativo, v. 224, Rio de Janeiro, abr./jun., 2001, p. 79.

Marques Neto, Floriano de Azevedo, “*Concessão de bens e serviços públicos municipais. Impres-*

- cindibilidade de lei autorizativa.*”, in GENESIS, v. 16, Curitiba, jan./mar., 1998, p. 47.
- Marques Neto, Floriano de Azevedo**, “*Limites à abrangência à intensidade da regulação estatal*”, in Revista de Direito Público da Economia – RDPE, ano 01, Belo Horizonte, jan./fev./mar., 2003, p. 69.
- Marques Neto, Floriano Peixoto de Azevedo**, “*Regulação Estatal e Interesses Públicos*”, São Paulo, Malheiros, 2002.
- Marzi, Graziela e outros**, “*La Regolazione dei Servizi Infrastrutturali*”, Bolonha, Il Mulino, 2001.
- Masagão, Mário**, “*Curso de Direito Administrativo*”, São Paulo, RT, 1977.
- Mashaw, Jerry L. e outros**, “*Administrative Law The American Public Law System*”, St. Paul, West Publishing, 1992.
- Mattos, Mauro Roberto Gomes de**, “*Agências reguladoras e as suas características*”, in Revista de Direito Administrativo, v. 218, Rio de Janeiro, out./dez., 1999, p. 71.
- Mayer, Otto**, “*Derecho Administrativo Alemán*”, Buenos Aires, Depalma, 1982.
- Medauar, Odete (org.) e outros**, “*Concessão de Serviço Público*”, São Paulo, RT, 1995.
- Medauar, Odete**, “*Direito Administrativo Moderno*”, São Paulo, RT, 1996.
- Medauar, Odete**, “*Lei de Concessões*” in *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, São Paulo, 1995, v.11, n.4, p. 201.
- Medauar, Odete**, “*O Direito Administrativo em Evolução*”, São Paulo, RT, 1992.
- Medauar, Odete**, “*Serviço Público*”, in Revista de Direito Administrativo, v. 189, Rio de Janeiro, jul./set., 1992, p. 100.
- Meirelles, Hely Lopes**, “*Direito Administrativo Brasileiro*”, São Paulo, Malheiros, 1994.
- Meirelles, Hely Lopes**, “*Estudos e Pareceres de Direito Público*”, São Paulo, RT, 1977.
- Meirelles, Hely Lopes**, “*Licitação e Contrato Administrativo*”, São Paulo, Malheiros, 1999.
- Mello, Celso Antonio Bandeira de (org.) e outros**, “*Direito Administrativo e Constitucional – Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*”, São Paulo, Malheiros, 1997.
- Mello, Celso Antonio Bandeira de**, “*Curso de Direito Administrativo*”, São Paulo, Malheiros, 2003.
- Mello, Celso Antonio Bandeira de**, “*Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*”, São Paulo, RT, 1987.
- Mello, Celso Antônio Bandeira de**, “*Privatização e serviços públicos*”, in Revista Trimestral de Direito Público, v. 22, São Paulo, 1998, p. 172.
- Mello, Oswaldo Aranha Bandeira de**, “*Natureza jurídica da concessão de serviço público*”, in Revista de Direito Público, v. 19, São Paulo, jan./mar., 1972, p. 09.
- Mello, Oswaldo Aranha Bandeira de**, “*Princípios Gerais de Direito Administrativo*”, Rio de Janeiro, Forense, 1979.
- Melo, Marcus André**, “*Governance e reforma do Estado: o paradigma agente x principal*”, in Re-

- vista do Serviço Público, v. 120, n.º 1, Brasília, jan./abr., 1996, p. 67.
- Mercuro, Nicholas e outro**, “*Economics and the Law*”, Princeton, Princeton University Press, 1997.
- Merusi, Fabio**, “*Sul finanziamento dei consorzi per l’esercizio di servizi pubblici municipalizzati*”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 1, Milano, gennaio/marzo, 1972, p. 228.
- Mescheriakoff, Alain-Serge**, “*Droit des Services Publics*”, Paris, PUF, 1997.
- Mitnick, B. M.**, “*The Political Economy of Regulation*”, Nova York, Columbia University Press, 1982.
- Moderne, Franck (org) e outro**, “*L’Idée de Service Public dans le Droit des États de L’Union Européenne*”, Paris, L’Harmattan, 2001.
- Modesto, Paulo Eduardo Garrido**, “*Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais*”, in *Revista do Serviço Público*, ano 48, n.º 2, Brasília, mar./ago., 1997, p. 27.
- Moraes, Alexandre (org.) e outros**, “*Agências Reguladoras*”, São Paulo, Atlas, 2002.
- Moraes, Alexandre de**, “*Regime jurídico da concessão para exploração de petróleo e gás natural*”, in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 09, v. 36, São Paulo, jul./set., 2001, p. 162.
- Moraes, Alexandre**, “*Constituição do Brasil Interpretada*”, São Paulo, Atlas, 2002.
- Moras, Juan Martín González**, “*Los Servicios Públicos en La Unión Europea y El Principio de Subsidiariedad*”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000.
- Moreau, Jacques**, “*Droit Administratif*”, Paris, PUF, 1989.
- Moreira Neto, Diogo de Figueiredo (org.) e outros**, “*Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo*”, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- Moreira Neto, Diogo de Figueiredo**, “*Companhia de Saneamento do Pará (Cosanpa)*”, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 219, Rio de Janeiro, jan./mar., 2000, p. 357.
- Moreira Neto, Diogo de Figueiredo**, “*Curso de Direito Administrativo*”, Rio de Janeiro, Forense, 2001.
- Moreira Neto, Diogo de Figueiredo**, “*Direito Regulatório*”, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- Moreira Neto, Diogo de Figueiredo**, “*Poder concedente para o abastecimento de água*”, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 213, Rio de Janeiro, jul./set., 1998, p. 23.
- Moreira Neto, Diogo de Figueiredo**, “*Mutações nos serviços públicos*”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 211.
- Moreira, Egon Bockmann**, “*Concessão de rodovias – Código do Consumidor – Ação Civil Pública*”, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 222, Rio de Janeiro, out./dez., 2000, p. 315.
- Moreira, Egon Bockmann**, “*O Direito Administrativo contemporâneo e a intervenção do estado na ordem econômica*”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 257.
- Moreira, Vital**, “*Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*”, Coimbra, Almedina, 1997.
- Moreira, Vital**, “*Organização Administrativa*”, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- Moreira, Vital**, “*Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da união europeia*”, in *Revista de Direi-*

- to Público da Economia – RDPE, ano 01, Belo Horizonte, jan./fev./mar. 2003, p. 227.
- Moreira, Vital**, “*Por uma regulação ao serviço da economia de mercado e do interesse público*”, in Revista de Direito Público da Economia – RDPE, ano 01, Belo Horizonte, jan./fev./mar. 2003, p. 249.
- Motta, Carlos Pinto Coelho**, “*Curso de Direito Administrativo*”, Belo Horizonte, Editora Lê, 1991.
- Mujalli, Walter Brasil**, “*Contratos da Administração Pública*”, São Paulo, Desafio Cultural, 2002.
- Mukai, Toshio**, “*Concessões e Permissões de Serviços Públicos*”, São Paulo, Saraiva, 1995.
- Mukai, Toshio**, “*O princípio da continuidade do serviço público*”, in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 05, v. 19, São Paulo, abr./jun., 1997, p. 81.
- Mukai, Toshio**, “*Privatizações de serviços públicos: licitações e vendas de ações*”, in GENESIS, v. 10, Curitiba, jul./set., 1996, p. 700.
- Napolitano, Giulio**, “*Un forum internazionale sulla liberalizzazione dei servizi pubblici*”, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, n.º 1, Milano, gennaio/marzo, 1997, p. 323.
- Negrete, Alfonso Nava**, “*Derecho Administrativo Mexicano*”, México, FCE, 1999.
- Noriega, Antonio Estella de**, “*La paradoja de la subsidiariedad: reflexiones en torno a la jurisprudencia comunitaria relativa al artículo 3B (2) del Tratado de la Comunidad Europea*”, in Revista Española de Derecho Administrativo, v. 101, Madrid, jan./mar., 1999, p. 71.
- Nunes, Antonio José Avelãs e outros**, “*Os Caminhos da Privatização da Administração Pública (Stvdia Ivridica 60)*”, Coimbra, Coimbra Editores, 2001.
- Nusdeo, Fábio**, “*Introdução do Direito Econômico*”, São Paulo, RT, 2001.
- Ocampo, Raúl Enrique Granillo**, “*Distribución de los Riesgos en la Contratación Administrativa*”, Buenos Aires, Astrea, 1990.
- Ojeda, Alberto Ruiz e outros**, “*La Participación del Sector Privado em la Financiación de Infraestructuras y Equipamientos Públicos: Francia, Reino Unido y España.*”, Madri, Civitas, 2000.
- Ojeda, Alberto Ruiz**, “*Dominio Público y Financiación Privada de Infraestructuras y Equipamientos*”, Madri, Marcial Pons, 1999.
- Oliveira, Fernando A. Albino de**, “*Concessão dos serviços públicos de energia elétrica: sua evolução no direito brasileiro*”, in Revista de Direito Público, v. 23, São Paulo, jan./mar., 1973, p. 40.
- Oliveira, José Carlos de**, “*O Estado regulador nas concessões de serviços públicos*”, in Revista de Informação Legislativa, ano 33, v. 129, Brasília, jan./mar., 1996, p. 99.
- Oliveira, José Carlos**, “*Concessões e Permissões de Serviços Públicos*”, São Paulo, Edipro, 1997.
- Oliveira, Odília Ferreira da Luz**, “*Implicações da distinção entre poder de polícia e serviço público*”, in Revista de Direito Público, v. 74, São Paulo, abr./jun., 1985, p. 207.
- Oliveira, Odília Ferreira da Luz**, “*Situação jurídica do usuário do serviço público*”, in Revista de Direito Público, v. 69, São Paulo, jan./mar., 1969, p. 45.
- Oliveira, Ruth Helena Pimentel de**, “*Entidades Prestadoras de Serviços Públicos e Responsabilidade Extracontratual*”, São Paulo, Atlas, 2003.

- Orban, Édouard**, “*Service Public! Individu, Marche et Intérêt Public*”, Paris, Syllepse, 2004.
- Ortiz, Gaspar Ariño (org.) e outros**, “*Liberalizaciones 2000*”, Granada, Comares Editorial, 2000.
- Ortiz, Gaspar Ariño e outros**, “*Principios de Derecho Público Económico*”, Granada, Comares, 2001.
- Ortiz, Gaspar Ariño**, “*El Servicio Público como Alternativa*”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, v. 23, Madri, out./dez., 1979, p. 537.
- Oviedo, Carlos García**, “*La Teoría del Servivio Público*”, Madri, Editorial Reus, 1923.
- Pajno, Alessandro (org.) e outros**, “*La Riforma del Governo*”, Bolonha, Il Mulino, 2000.
- Parada, Ramon**, “*Derecho Administrativo*”, Madri, Marcial Pons, 1994.
- Pastor, Juan Alfonso Santamaría**, “*Fundamentos de Derecho Administrativo*”, Madri, Ramon Areces, 1988.
- Paula, Adriano Perácio de**, “*O Código do Consumidor e o princípio da continuidade dos serviços públicos comerciais e industriais*”, in *Revista de Informação Legislativa*, ano 30, v. 118, Brasília, abr./jun., 1993, p. 403.
- Peixoto, Carlos Fulgêncio da Cunha**, “*Concessão de serviço público*”, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 84, Rio de Janeiro, abr./jun., 1966, p. 10.
- Peixoto, João Paulo M.**, “*Reforma do Estado no contexto da trajetória política brasileira*”, in *Revista do Serviço Público*, ano 45, v. 118, n.º 3, Brasília, set./dez., 1994, p. 37.
- Peltzman, Sam (org.) e outros**, “*Deregulation of Network Industries*”, Washington, AEI-Brookings, 2000.
- Peltzman, Sam**, “*Political Participation and Government Regulation*”, The University of Chicago Press, , 1998.
- Pennella, Giuseppe (org.) e outros**, “*Regolazione e/o Privatizzazione*”, Bolonha, Il Mulino, 1992.
- Pereira, Luiz Carlos Bresser (org.) e outros**, “*Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*”, Rio de Janeiro, FGV, 1998.
- Pereira, Luiz Carlos Bresser**, “*Da administração pública burocrática à gerencial*”, in *Revista do Serviço Público*, ano 47, v. 120, n.º 1, Brasília, jan./abr., 1996, p. 7.
- Pereira, Marcelo**, “*O Serviço Público na Atualidade*”, Tese de doutorado FADUSP, São Paulo, 1993.
- Perez, Marcos Augusto**, “*A Administração Pública Democrática – Institutos de Participação Popular na Administração Pública*”, Belo Horizonte, Fórum, 2004.
- Perez, Marcos Augusto**, “*As agências reguladoras no direito brasileiro: origem, natureza e função*”, in *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 05, Curitiba, jul./dez., 2000, p. 59-66 ou *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 23, São Paulo, jul./set., 1998, p. 124.
- Perez, Marcos Augusto**, “*Privatização e contrato. O contrato como técnica de remodelação da atuação estatal*”, in *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, v. 07, Curitiba, 1995, p. 1036.
- Perez, Marcos Augusto**, “*Privatização e reforma do Estado*”, in *Revista de Direito Administrati-*

- vo Aplicado, v. 05, Curitiba, 1995, p. 356.
- Pierce Jr., Richard J. e outros**, “*Administrative Law and Process*”, New York, Foundation Press, 1999.
- Pinto, Bilac**, “*Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública*”, Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- Plate, Luis E. Chase e outros**, “*Contratos Administrativos*”, Buenos Aires, Astrea, 1982.
- Pollitt, Christopher**, “*El Gerencialismo y los Servicios Públicos*”, Madri, Instituto de Estudios Fiscales, 1993.
- Pondé, Lafayette**, “*Concessões e permissões de serviços públicos: proposta legislativa*”, in Revista de Informação Legislativa, ano 31, v. 121, Brasília, jan./mar., 1994, p. 61.
- Pondé, Lafayette**, “*Estudos de Direito Administrativo*”, Belo Horizonte, Del Rey, 1995.
- Pontier, Jean-Marie**, “*Les Services Publics*”, Paris, Hachette, 1996.
- Posner, Richard A.**, “*The Economics of Justice*”, Cambridge, Harvard University Press, 1998.
- Quelhas, Ana Paula Santos**, “*A Refundação do Papel do Estado nas Políticas Sociais*”. Coimbra, Almedina, 2001.
- Quérol, Francis**, “*Réflexions sur la jurisprudence récente relative à la participation directe à l'exécution du service public administratif*”, in Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Etranger, n.º 5, Paris, septembre/octobre, 1995, p. 1.269.
- Rachline, François**, “*Services Publics Économie de Marché*”, Paris, Presses de Sciences Politiques, 1996.
- Rainaud, Jean-Marie**, “*La Crise du Service Public Français*”, Paris, PUF, 1999.
- Rainaud, Nicolas**, “*Service public et pompes funèbres*”, in Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Etranger, n.º 2, Paris, mars-avril, 1992, p. 513.
- Rangone, Nicoletta**, “*I Servizi Pubblici*”, Bolonha, Il Mulino, 1999.
- Rapp, Lucien**, “*Techniques de Privatisation des Entreprises Publiques*”, Paris, Libraires Techniques, 1986.
- Rawls, John**, “*Justice as Fairness*”, Cambridge, Harvard University Press, 2001.
- Raymundie, Olivier**, “*Gestion Déléguée des Services Publics en France et en Europe*”, Paris, Le Moniteur, 1995.
- Reale, Miguel**, “*Concessão e permissão de serviço público*”, in Revista de Direito Público, v. 06, São Paulo, out./dez., 1968, p. 77.
- Ricci, Jean-Claude**, “*Droit Administratif*”, Paris, Hachette, 1996.
- Richer, Laurent**, “*Les Contrats Administratifs*”, Paris, Dalloz, 1991.
- Rivaud-Danset, Dorothee e outros**, “*Service Public et Service Universel*”, Paris, L' Harmattan, 1998.
- Rivero, Jean, e outro**, “*Droit Administratif*”, Paris, Dalloz, 1994.

- Rocha, Cármen Lúcia Antunes**, “*Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*”, São Paulo, Saraiva, 1996.
- Rodrigues, Carlos Roberto Martins**, “*A crise e evolução do conceito de serviço público*”, in *Revista de Direito Público*, v. 57, São Paulo, jan./jun., 1981, p. 130.
- Rodriguez-Arana, Jaime**, “*La Privatizacion de la Empresa Publica*”, Madri, Editorial Montecorvo, 1991.
- Rojas, Francisco José Villar**, “*Privatización de Servicios Públicos*”, Madri, Tecnos, 1993.
- Rojas, Francisco José Villar**, “*Tarifas, Tasas, Peajes y Precios Administrativos*”, Granada, Comares, 2000.
- Rouban, Luc (org.) e outros**, “*Le Service Public en Devenir*”, Paris, L’Harmattan, 2000.
- Royo, David Sancho**, “*Gestión de Servicios Públicos: Estrategias de Marketing y Calidad*”, Madri, Tecnos, 1999.
- Ruiz, Matilde Carlón**, “*La comisión del mercado de las telecomunicaciones*”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, v. 102, Madrid, abr./jun., 1999, p. 229.
- Salomão Filho, Calixto (org.) e outros**, “*Regulação e Desenvolvimento*”, São Paulo, Malheiros, 2002.
- Salomão Filho, Calixto**, “*Regulação da Atividade Econômica*”, São Paulo, Malheiros, 2001.
- Salomoni, Jorge Luis**, “*Teoria General de los Servicios Públicos*”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.
- Sanviti, Giuseppe (org.) e outros**, “*I Modelli di Gestione dei Servizi Pubblici Locali*”, Bolonha, Il Mulino, 1995.
- Saraiva, Júlio César Rôla**, “*Concessões de gás canalizado e exclusividade de distribuição*”, in *GENESIS*, v. 17, Curitiba, abr./jun., 1998, p. 271.
- Schwartz, Bernard**, “*Administrative Law*”, New York, Aspen Law & Business, 1991.
- Sciullo, Girolamo**, “*Allá Ricerca del Centro*”, Bolonia, Il Mulino, 2000.
- Shy, Oz**, “*The Economics of Network Industries*”, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- Sidak, J. Gregory e outro**, “*Deregulatory Takings and the Regulatory Contract*”, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- Silva, José Afonso da**, “*Curso de Direito Constitucional Positivo*”, São Paulo, Malheiros, 2003.
- Silva, Luis Virgílio Afonso da**, “*O proporcional e o razoável*”, São Paulo, *Revista dos Tribunais* v. 91, n. 798, p. 23, RT, São Paulo, 2002.
- Slovic, Paul**, “*The Perception of Risk*”, Londres, Earthscan, 2001.
- Sobrinho, Manoel de Oliveira Franco**, “*Contratos Administrativos*”, São Paulo, Saraiva, 1981.
- Sokoloff, Pascal**, “*Marches publics, délégations de service public et autres contrats de partenariat public-privé des collectivités locales*”, Paris, Lavoisier, 2004.
- Souto, Marcos Juruena Villela**, “*Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações*”, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2000.

- Souto, Marcos Juruena Villela**, *“Direito Empresarial Público”*, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2002.
- Souto, Marcos Juruena Villela**, *“Gestão alternativa de serviços públicos”*, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 219, Rio de Janeiro, jan./mar., 2000, p. 179.
- Stiglitz, Joseph E.**, *“Globalization and its discontents”*, Nova York, Norton, 2002.
- Stoffaës, Christian**, *“Services Publics Question d’ Avenir”*, Paris, La Dcomentation Française, 1995.
- Streicher, Walter E.**, *“Atividade econômica, administração indireta e serviços públicos descentralizados”*, in *Revista de Direito Público*, v. 33, São Paulo, jan./mar., 1975, p. 42.
- Stuber, Walter Douglas**, *“O Financiamento de Projetos no Brasil e a Lei de Concessões”*, São Paulo, Max Limonad, 1996.
- Sundfeld, Carlos Ari (org.) e outros**, *“Direito Administrativo Econômico”*, São Paulo, Malheiros, 2000.
- Sundfeld, Carlos Ari (org.) e outros**, *“Direito Global”*, São Paulo, Max Limonad, 1999.
- Sunstein, Cass R.**, *“After the Rights Revolution”*, Cambridge, Harvard University Press, 1993.
- Sunstein, Cass R.**, *“Free Markets and Social Justice”*, New York, Oxford University Press, 1997.
- Sunstein, Cass R.**, *“Risk and Reason”*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- Tácito, Caio**, *“Agências reguladoras da administração”*, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 221, Rio de Janeiro, jul./set., 2000, p. 01.
- Tácito, Caio**, *“O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público”*, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 63, Rio de Janeiro, jan./mar., 1961, p. 01.
- Tácito, Caio**, *“Saneamento básico – Concessão municipal – Tarifa”*, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 217, Rio de Janeiro, jul./set., 1999, p. 332.
- Tácito, Caio**, *“Serviço público especial – Taxa de incêndio – Constitucionalidade”*, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 78, Rio de Janeiro, out./dez., 1964, p. 436.
- Tácito, Caio**, *“Temas de Direito Público”*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997.
- Teixeira, J. H. Meirelles**, *“Permissão e concessão de serviço público”*, in *Revista de Direito Público*, v. 07, São Paulo, jan./mar., 1969, p. 114.
- Tesaurò, Giuseppe (org.) e outros**, *“Regolazione e Concorrenza”*, Bolonha, Il Mulino, 2000.
- Toledo, Gastão Alves de**, *“Aspectos do contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, celebrado com a Agência Nacional de Petróleo – ANP”*, in *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 07, v. 28, São Paulo, jul./set., 1999, p. 180.
- Triana, Adolfo Serrano**, *“Fundamentos del Servicio Publico”*, Madri, Servicio Publicaciones Facultad Derecho, 1990.
- Vedel, Georges e outro**, *“Droit Administratif”*, Paris, PUF, 1992.
- Vesperini, Giulio**, *“Lattuazione della carta dei servizi pubblici in Italia”*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 1, Milano, gennaio-marzo, 1998, p. 173.

- Vianna, Gaspar**, “*Os serviços de telecomunicações na Constituição Brasileira de 1988*”, in Revista de Informação Legislativa, ano 27, v. 107, Brasília, jul./set., 1990, p. 19.
- Vidigal, Geraldo de Camargo**, “*Teoria Geral do Direito Econômico*”, São Paulo, RT, 1977.
- Vlachs, Georges**, “*Droit Public Économique Français et Communautaire*”, Paris, Armand Colin, 1996.
- Wald, Arnaldo e outros**, “*O Direito de Parceria e a Lei de Concessões*”, São Paulo, Saraiva, 2004.
- Wald, Arnaldo**, “*Os serviços públicos no Estado moderno*”, in Revista de Informação Legislativa, ano 23, v. 89, Brasília, jan./mar., 1986, p. 199.
- Waline, Marcel**, “*Les fournitures entre services publics constituent-elles des atteintes à la liberté du commerce?*”, in Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’Etranger, n.º 6, Paris, novembre/décembre, 1970, p. 1423.
- Waline, Marcel**, “*Les pouvoirs du gouvernement de restreindre l’exercice du droit de grève dans le services publics*”, in Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’Etranger, n.º 3, Paris, mai/juin, 1967, p. 555.
- Zanetti, Giovanni (org.) e outros**, “*Le Decisioni di Investimento*”, Bolonha, Il Mulino, 1997.