

CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E A REFORMA DO ESTADO

*José Benjamim de LIMA**

Sumário: 1. Introdução. 1.1 A crise do Estado intervencionista e sua reforma. 1.2 A reforma do Estado no Brasil. 2. A concessão de serviços públicos no contexto da reforma do Estado. 2.1 Concessão de serviços públicos na *Constituição Federal* de 1988. 2.2 Concessão de serviços públicos na Lei n. 8.987/95. 2.2.1 Conceito de concessão de serviços públicos. 2.2.2 Concessão de serviços públicos e sua natureza contratual. 2.2.2.1 O contrato administrativo e suas características principais. 2.2.2.2 O contrato de concessão e suas características principais. 2.2.3 Princípios da administração pública e dos serviços públicos e a Lei n. 8.987/95. 3. Conclusões. 4. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente artigo examina a lei de concessão de serviços públicos no contexto da chamada reforma do Estado. Nesse novo modelo, reduz-se consideravelmente a execução direta de atividade econômica, social ou de serviços públicos, orientando-se as funções do Estado predominantemente para a normatização, regulamentação, controle e fomento. Para a regulamentação e controle criam-se agências reguladoras. A concessão de serviços públicos, cuja disciplina legal é traçada na Lei n. 8.987/95, é um dos principais instrumentos de que se vale o Estado para amoldar-se a esse novo perfil. As relações da concessionária com o Poder concedente e com os usuários são de direito público, sujeitas, portanto, à legalidade estrita e aos princípios do Direito Administrativo, enquanto suas relações com seus próprios funcionários e com terceiros, no desenvolvimento de sua atividade empresarial, são orientadas pelo direito privado. Na sua conformação legal, a concessionária acaba tendo um *status* privilegiado, em relação à empresa privada comum, seja porque os riscos do empreendimento são em última análise, suportados pelo próprio Estado, em face das garantias oferecidas à concessionária, sobretudo a garantia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, seja porque, na prática, o serviço concedido, na maioria dos casos, configura atividade monopolística e sem real concorrência, o que minimiza ainda mais os riscos.

Abstract: The present study examines the law on concession of public services in the context of the State Reform, whose main characteristic is the transfer of assets and government activities to the private initiative. In this new model, the economic, social or public services activity is considerably reduced by the State, the functions of the State are oriented mainly to regulation, control and promotion. To be regulated and controlled, the agencies, also called “autarquias em regime especial” in Brazil, are created, having administrative independence and financial

* Promotor de Justiça aposentado e Mestre em Direito, pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI – UNESPAR, *campus* de Jacarezinho. Professor de Processo Penal, da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília/SP.

autonomy and playing an important role in this scenario. The concession of public services, whose legal topic is on Law 8,987 of 1995, is one of the main instruments of the State. The relations of the concessionaires with the authority and the users are the ones of public law, subject to the strict legality and Administrative Law principles, whereas their relations with their own workers and third parties, concerning the entrepreneurial activities, are oriented by the private law. The concessionaire has a privileged status in relation to private companies, either because the risks are supported by the State before the guarantees offered to the concessionaire, mainly the ones concerning the maintenance of the financial-economic balance, or because the service, in most cases, is a monopolistic activity and with no real competition, what minimize the risks.

Palavras-chave: Reforma do Estado. Privatização. Agências reguladoras. Serviços públicos. Concessão.

Keywords: State Reform. Privatization. Agencies. Public services. Concession.

1. Introdução

1. 1 A crise do Estado intervencionista e sua reforma

No modelo liberal, a função precípua do Estado é garantir a livre iniciativa, interferindo minimamente na atividade econômica e social. Daí falar-se em Estado neutro ou abstencionista. Acreditava-se na suficiência do livre jogo de interesses privados em conflito, como elemento conformador de uma sociedade livre e justa, cabendo ao Estado apenas proporcionar às pessoas a liberdade de iniciativa. Para o filósofo inglês John Locke, o Estado era necessário para preservar a liberdade e a propriedade dos cidadãos, vale dizer, sua função principal era a manutenção da ordem e da segurança.

A partir de meados do século XIX começa a reação contra o Estado Liberal, responsável por “conseqüências funestas no âmbito econômico e social” (PIETRO, 1996, p. 14), notadamente pela formação de grandes monopólios, com aniquilação das pequenas empresas e pela ampliação da desigualdade social, com o surgimento de uma nova classe social – o proletariado – que, sem condições de se impor ao poder do capital, vivia

em condições de extrema miséria.

O modelo liberal entrou em colapso, pela sua incapacidade de conciliar liberdade com igualdade: o que se viu, no regime de ampla liberdade de iniciativa, foi a ampliação das desigualdades sociais.

Passou-se então a se defender e implementar um novo modelo de Estado, mais voltado aos problemas sociais, atuando mais diretamente na vida social, regulamentando a atividade econômico-financeira privada em função do interesse público, ampliando os direitos sociais, assumindo como serviços públicos um número cada vez maior de atividades de relevância coletiva, incentivando a iniciativa privada naquelas atividades de interesse público não assumidas diretamente ou exclusivamente, tudo com o objetivo de minimizar as desigualdades sociais e compatibilizar liberdade com igualdade e justiça social.

No modelo de Estado intervencionista, que dominou no século XX a partir da década de 1930, intensificando-se no após guerra, a atividade estatal e sua interferência na vida social crescem desmesuradamente.

Nesse modelo, denominado *Welfare State* - Estado-Providência ou Estado do Bem-Estar -, a atividade estatal vai além do papel de mero garantidor das liberdades públicas e da livre iniciativa no campo econômico-financeiro. Passa a disciplinar a atividade privada, no papel de regulador da atividade econômico-financeira privada, assim como atua, também, em larga escala, como Estado Empresário, exercendo diretamente atividades econômico-financeiras. No plano social, busca superar ou minimizar as desigualdades, através de execução de políticas assistenciais ou interferindo como mediador nos conflitos entre capital e trabalho, mas de forma a proteger o trabalho, considerado a parte mais fraca.

No Estado do Bem-Estar, a administração pública, de mera executora da lei e da vontade do legislativo, passa a atuar e interferir

diretamente na elaboração das leis. A atuação econômica e social do Estado se amplia e se diversifica, criando-se grande número de órgãos ou entes administrativos, tais como autarquias, fundações, sociedades de economia mista, empresas públicas, destinadas a dar conta das múltiplas funções que assumiu o Estado.

No final do século XX, constata-se o esgotamento do Estado intervencionista, cujo gigantismo, sem se mostrar capaz de eliminar as desigualdades sociais, acabou produzindo ineficiência.

Atuando “em todos os setores da vida social, com uma ação interventiva que coloca em risco a própria liberdade individual, afeta o princípio da separação de Poderes e conduz à ineficiência na prestação de serviços” (PIETRO, 1996, p. 16), o Estado intervencionista não conseguiu realizar aquilo a que se propôs. Para além de seu gigantismo, percebeu-se que tal modelo redundava em custos cada vez mais insuportáveis, seja pelo volume de serviços sociais prestados pelo Estado, seja pelo seu encarecimento, em decorrência da excessiva burocratização e da corrupção.

A reforma do Estado passa a ser o grande tema do final do século XX, prevalecendo a idéia de seu “enxugamento”, vale dizer, da redução de seu “tamanho”, transferindo-se à iniciativa privada grande parte de suas atividades, não só as econômico-financeiras, mas também os serviços públicos e a sua atividade social.

Nas palavras algo otimistas de Caio TÁCITO (RDA 214/31),

“O pêndulo se volta, na experiência atual, para um período de retração de ingerência direta do Estado que, ao mesmo tempo, se torna menor e se aprofunda, harmonizando o estímulo à dinâmica da iniciativa privada com a maior responsabilidade pública em áreas

essenciais do bem-estar social”.

Essa discussão sobre o modelo de Estado e seu tamanho logo se fez acompanhar de conseqüente atividade legislativa e da adoção de medidas concretas destinadas a reorientar o seu perfil. Tais medidas estão compreendidas, genericamente, pelo conceito de privatização.

Para AMARAL FILHO (1996, p. 43), até o início dos anos 70, as políticas públicas estavam sendo orientadas no sentido de ampliar o papel do Estado na atividade econômica, enquanto a partir da segunda metade da década de 70 desenvolveu-se uma verdadeira campanha desfavorável à excessiva intervenção do Estado na economia.

Foi mais precisamente na Inglaterra, a partir do final da década de 1970, com o programa de privatização do governo Margaret Thatcher, que começou o desenho do novo modelo de Estado, que alguns denominam Estado Mínimo, outros Estado Subsidiário, cujo perfil definitivo está ainda em elaboração.

O fenômeno da “privatização” é a face mais visível das transformações pelas quais está passando o Estado na atualidade, especialmente os europeus, em que o modelo intervencionista, o chamado Estado do Bem-estar, se esgotou.

Para AMARAL FILHO (1996, p. 14), a privatização, no sentido que se dá hoje a esse termo, de “política de transferência sistemática de ativos públicos para mãos particulares” é “a pedra de toque das chamadas ‘modernas’ políticas públicas”. Segundo esse autor,

“A privatização, fenômeno tão variado e dinâmico, conseqüentemente, colocou em xeque, como era de se esperar, todo o pensamento jurídico construído ao longo do século, voltado

para a proteção dos interesses do Estado. Todas as noções e instituições desenvolvidas com tal objetivo se depararam, em pouco mais de uma década, com uma reviravolta sem precedentes, sem que os administrativistas, colhidos de surpresa, tivessem tido tempo de desenvolver uma análise mais aprofundada do processo em curso e de suas repercussões no mundo jurídico.”. (AMARAL FILHO, 1996, p. 15).

Conforme observa Maria Sylvia Zanella di PIETRO (1996, p. 10), é difícil definir “privatização”, conceito que se vincula mais à Ciência da Administração, à Ciência Política e às Ciências Econômicas do que ao Direito. Segundo essa autora, “privatização” é um conceito em elaboração

“**processo em aberto**, que pode assumir diferentes formas, todas amoldando-se ao objetivo de reduzir o tamanho do Estado e fortalecer a iniciativa privada e os modos privados de gestão dos serviços públicos” (PIETRO, 1996, p. 13, negrito no original).

Entre as medidas abrangidas pelo conceito amplo de “privatização”, estão

“a- a **desregulação** (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico); b - a **desmonopolização** de atividades econômicas; c- a **venda de ações de empresas estatais ao setor privado** (desnacionalização ou desestatização); d- a **concessão de serviços públicos** (com a devolução da qualidade de concessionário à empresa privada e não mais a empresas estatais, como vinha ocorrendo); e- os **contracting out** (como forma pela

qual a Administração Pública celebra acordos de variados tipos para buscar a colaboração do setor privado, podendo-se mencionar, como exemplos, os convênios e os contratos de obras e prestação de serviços); é nesta última fórmula que entra o instituto da **terceirização**.” (DI PIETRO, 1996, p. 11-12, negritos no original).

1. 2 A reforma do Estado no Brasil

A crise do Estado intervencionista também se verificou no Brasil. É verdade que nunca tivemos um verdadeiro Estado do Bem-Estar, pois nossas políticas públicas no campo social sempre foram ineficientes. Entretanto, tivemos, sobretudo após a segunda guerra mundial, uma intervenção crescente do Estado no domínio econômico, dentro de uma política nacionalista de substituição de importações, o que levou o Estado Brasileiro a investir maciçamente em certas atividades, seja criando empresas estatais, destinadas a explorar setores da economia considerados estratégicos, seja nacionalizando algumas empresas de capital estrangeiro. Essa política, que vinha desde a Era Getulista, foi intensificada nos governos militares pós 1964, ampliando-se desmesuradamente a presença do Estado na economia do país, inclusive em setores de nenhum significado estratégico ou social que justificasse a iniciativa pública.

Segundo AMARAL FILHO (1996, p. 73),

“durante os anos de 75 e 76, o jornal *O Estado de S. Paulo* notabilizou-se por uma série de matérias revelando o crescimento da máquina estatal e os escândalos das ‘mordomias’. Foi, de fato, o início da reação liberal no Brasil.”

Desde então, sob o influxo das concepções oriundas dos países centrais, e até mesmo por imposição dos órgãos internacionais, que representam o pensamento desses países e implementam sua política, o Brasil começa a dar os primeiros passos rumo a um novo modelo de Estado, caracterizado exatamente pela transferência ao setor privado de muitas de suas empresas e serviços, aquelas pela via da privatização (em sentido estrito, ou seja, venda do controle acionário ou da totalidade da participação do Estado para o setor privado), estas, pela via da concessão ou permissão, ou pelo estabelecimento de parcerias com o setor privado, especialmente com o chamado terceiro setor.

Antecedente histórico¹ do que poderíamos denominar programa de reforma e modernização do Estado brasileiro foi o “Programa Nacional de Desburocratização”, criado ainda no tempo do governo militar, em 1979, através do Decreto 83.740, de 16 de julho do mesmo ano. O objetivo do programa era a desregulamentação, reduzindo-se “a presença estatal na vida do cidadão e da empresa” (BAZILI, 2000, p. 83). Ainda no governo militar, tivemos o Decreto 91.991, de 28 de novembro de 1985, estabelecendo normas para a transferência, transformação e desativação de empresas sob controle do governo federal.

Já no governo Sarney foram editados os Decretos 91.991, de 28.11.1985 e o Decreto 95.886, de 29.03.1988. O primeiro tratava também de privatização, mas mantinha as diretrizes que vinham dos decretos do último governo militar. O segundo, sem abandonar a linha dos anteriores, foi mais ousado, retirando algumas restrições à privatização que os outros continham, a pretexto de razões de segurança nacional e de reserva de mercado.

1 Para esse breve excursus histórico, estamos utilizando o artigo de Roberto Ribeiro BAZILI: Organizações da sociedade civil de interesse público: nova modalidade de parceria. In *Revista dos Tribunais (RT)* n° 799, de setembro de 2000, p. 79-92, especialmente p. 82-84.

Com o governo Collor, a política de desregulamentação e desestatização se intensifica. Edita-se a Lei 8.031, de 12 de abril de 1990, que criou o programa nacional de desestatização, cujos objetivos fundamentais eram, principalmente,

“a reordenação da posição do Estado na economia, com a transferência à iniciativa privada das atividades indevidamente exploradas pelo setor público, ampliação da competitividade e da capacidade empresarial, concentração dos esforços da Administração Pública nas atividades em que a presença do Estado fosse fundamental” (BAZILI, 2000, p. 83).

Finalmente, o governo Fernando Henrique Cardoso dá continuidade à política de “reforma do Estado”, patrocinando e fazendo aprovar, pelo Congresso Nacional, diversas Emendas à *Constituição Federal*, devendo-se destacar a Emenda n. 19, de 4 de junho de 1998, que trata da reforma administrativa. Além das emendas constitucionais, foram aprovadas várias leis ordinárias destinadas a consolidar o novo modelo de Estado. Entre elas, a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, que será objeto de breve análise, nesse trabalho.

2. A concessão de serviços públicos no contexto da reforma do estado

2.1 Concessão de serviços públicos na *Constituição Federal* de 1988

A concessão de serviços públicos é um dos mais importantes instrumentos de privatização, entendida em sentido amplo como o conjunto de medidas destinadas a diminuir o tamanho do Estado.

Ao lado da desregulação, da desmonopolização, da desnacionalização ou desestatização e da terceirização, a concessão ocupa posição de relevo entre as medidas que instrumentalizam o novo perfil de Estado, pois através dela transferem-se para o setor privado atribuições que estão ou poderiam estar sob responsabilidade direta do Estado.

No regime de concessão, embora seu instrumento seja o contrato administrativo e, pois, predominem as normas de direito público, implicando em que o Poder Público mantenha a plena disponibilidade sobre o serviço, fiscalize-o e disponha sobre a tarifa,

“a execução do serviço estará entregue a uma empresa privada, que atuará pelos moldes das empresas privadas, livre de procedimentos como concursos públicos, licitação, controle pelo Tribunal de Contas e outros formalismos que emperram hoje a atuação da Administração Pública Direta e Indireta” (DI PIETRO, 1996, p. 44).

A *Constituição Federal* contém referências expressas à concessão de serviços públicos nos artigos 21, incisos XI e XII, 25 § 2º, 30, inciso V, e 175. Nos incisos XI e XII do artigo 21 estão discriminados os serviços públicos de competência da União, cuja exploração a *Carta Magna* autoriza seja feita diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão. Trata-se dos serviços de telecomunicação (inciso XI), radiodifusão (sonora e de sons e imagens), energia elétrica (incluindo instalações e aproveitamento energético dos cursos de água), navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura portuária, transporte ferroviário e aquaviária (entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os

limites de Estado ou Território, transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, portos marítimos, fluviais e lacustres (inciso XII).

Importante observar que o inciso XI, do artigo 21 da *Carta Magna* prevê a edição de “lei, que disporá sobre a organização dos serviços [de telecomunicações], a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”. Também o art. 177, que trata do petróleo como monopólio da União, prevê no § 2º, III, a criação de um órgão regulador. Tais dispositivos vêm ao encontro do novo modelo de Estado que se procura implantar, o qual dá ênfase à função reguladora e fiscalizadora do Estado. Essa função reguladora e fiscalizadora é feita através das chamadas agências reguladoras (ANP, ANATEL, ANEEL, ANA etc). Tais agências, constituídas como autarquias de regime especial, integrantes da administração indireta, gozam de independência administrativa e autonomia financeira, sem qualquer subordinação hierárquica à administração centralizada. Seus dirigentes têm mandato fixo e estabilidade, inexistindo possibilidade de sua demissão *ad nutum*. Com essas características, as agências reguladoras passam a desempenhar importante papel regulamentador e fiscalizador na prestação de serviços públicos, principalmente através de concessão.

No artigo 25, § 2º, a *Constituição Federal* atribui aos Estados competência para explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei.

O inciso V do artigo 30, por sua vez, atribui aos Municípios competência para “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”.

Finalmente, o artigo 175 da *Constituição Federal* de 1988

estabelece, em seu caput: “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”.

O comando de seu parágrafo único, por sua vez, determina a edição de lei ordinária, que disporá sobre:

“I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – política tarifária; IV – a obrigação de manter serviço adequado.”

Importante ressaltar, nesse passo, que a *Constituição Federal* nem definiu ou conceituou o que seja serviço público, nem esgotou, em seus comandos, o seu rol, referindo-se expressamente a alguns serviços públicos, sem prejuízo de que outros possam ser criados por lei; vale dizer, outros serviços, além daqueles discriminados nos artigos 21 e 25, podem ser criados pelo legislador federal ou estadual. No tocante aos serviços públicos municipais, isso fica bem claro, na medida em que o comando constitucional fez menção genérica a “serviços públicos de interesse local”, discriminando expressamente entre esses apenas o transporte coletivo.

2.2 Concessão de serviços públicos na Lei n. 8.987, de 13-2-1995

2.2.1 Conceito de concessão de serviços públicos

Em cumprimento ao comando do artigo 175, parágrafo único, da *Constituição Federal*, o legislador ordinário editou a Lei n. 8.987, de 13-2-

1995, que regulamentou o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.

A Lei n. 8.987/95 define concessão de serviço público como sendo

“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 seu desempenho, por conta e risco e por prazo determinado” (art. 2º, II).

Poder concedente é a União, o Estado, o Distrito Federal e o Município, em cuja competência se encontre o serviço público (art. 2º, I). Se a concessão for precedida da execução de obra pública, configura-se modalidade especial de concessão, denominada concessão de serviço público precedida da execução de obra pública (art. 2º, III).

O conceito legal trazido pela lei revela-se incompleto, não fazendo referência a dois elementos fundamentais caracterizadores do instituto, quais sejam, sua natureza contratual e o de remuneração do serviço prestado. A própria lei, entretanto, acaba deixando expressos esses dois elementos, ao referir-se a eles em outros de seus dispositivos (arts. 4º e 9º, por exemplo).

No plano doutrinário, pode-se dizer que os autores têm conceitos bastante próximos do que seja concessão de serviços públicos, verificando-se alguma divergência apenas quanto a sua natureza jurídica. A maioria tende a afirmar sua natureza contratual, enquadrando-a como modalidade de contrato administrativo. Celso Antônio Bandeira de MELLO, porém, é um dos autores que não vê assim o instituto, preferindo classificá-lo como ato complexo. Para esse autor, trata-se de

“ato complexo através do qual o Estado atribui a alguém o *exercício* de um serviço público e este aceita prestá-lo em nome do Poder Público sob condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Estado mas por sua conta, risco e perigos, remunerando-se com a própria exploração do serviço, geralmente pela cobrança de tarifas diretamente dos usuários do serviço e sendo a garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro”. (MELLO, 1995, p. 395, itálico no original)

Maria Sylvia Zanella di PIETRO, por sua vez, define concessão como

“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, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço” (*op. cit.*, p. 49, negrito no original)

Lúcia Valle FIGUEIREDO (1995, p. 65), de modo sintético, também vê a concessão de serviço público como

“contrato administrativo por meio do qual o Poder Público transfere o exercício de determinados serviços ao concedente, pessoa jurídica privada, para que os execute em seu nome, por sua conta e risco”.

Diante das transcrições feitas, é possível perceber que os autores mencionados são unânimes em conceituar a concessão como exercício

delegado de um serviço público, por conta e risco da prestadora, vinculada, entretanto, à lei e às condições impostas pelo Poder Concedente em nome do interesse público, podendo o poder público alterar unilateralmente essas condições, obrigando-se apenas a preservar o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente previsto.

2.2.2 Concessão de serviços públicos e sua natureza contratual

2.2.2.1 O contrato administrativo e suas características principais

Se tomarmos o conceito tradicional de contrato como sendo uma relação jurídica em que as partes, consensualmente, ou seja, por acordo de vontades, assumem reciprocamente obrigações consistentes em determinadas prestações contrapostas, de tal forma que nenhum dos contratantes pode, unilateralmente alterar ou extinguir o que resulta do acordo, já se percebe a resistência que existiu à introdução do conceito de contrato no campo do direito administrativo. Aquele, o contrato, tem como um de seus pilares a autonomia da vontade; este, o direito administrativo, é informado pelo regime jurídico-administrativo, cujos princípios norteadores gerais são a supremacia do interesse público e a sua indisponibilidade.

A idéia de contrato administrativo tornou-se possível apenas na medida em que se lhe atribuiu regime jurídico especial, compatível com o regime jurídico-administrativo, diferente do contrato administrativo privado.

Esse regime jurídico especial tem, como característica principal, a possibilidade de a Administração

“instabilizar o vínculo, seja: a) alterando unilateralmente o que fora pactuado a respeito das obrigações do contratante; b) extinguindo unilateralmente o vínculo” (MELLO, 1995, p. 349, *itálico no original*).

Tal possibilidade de instabilização, materializada nas prerrogativas mencionadas de alteração ou extinção unilateral do vínculo, embora seja direito da Administração, decorrente de lei ou de cláusulas contratuais “exorbitantes”, implica, entretanto, no respeito à identidade do objeto do contrato e aos interesses patrimoniais da outra parte, como contrapartida dos poderes da Administração (Cf. MELLO, 1995, p. 349 e 356).

Nessa perspectiva, o regime do contrato de direito público, contrariamente ao que se poderia pensar, não deixa o particular contratante em posição desfavorável, em relação aos contratos privados; na realidade, sua posição se mostra muito mais favorável, vez que “*se beneficia de garantias que o direito privado ignora*” (Jean RIVERO, *apud* MELLO, 1995, p. 356, *itálico no original*).

Para Maria João ESTORNINHO (1990, p. 121), podem ser resumidas a três as cláusulas chamadas “exorbitantes” do contrato administrativo, vale dizer, as prerrogativas de autoridade reconhecidas à Administração: 1) a interpretação do contrato; 2) a fiscalização, direção ou imposição de sanções e 3) a modificação ou extinção unilateral do contrato.

O poder de interpretação unilateral autônoma das cláusulas contratuais, pela Administração, nem sempre é admitido. Para alguns autores, ele se dilui nos demais poderes, especialmente os poderes de direção ou de modificação unilateral das prestações, tratando-se, na verdade, de pressuposto implícito desses outros poderes ou condição necessária para o seu exercício.

O poder de fiscalização da Administração é inerente ao contrato administrativo e decorre remotamente da indisponibilidade do interesse público e proximamente da lei e das cláusulas da própria avença. Justifica-se pela necessidade de controlar a execução do contrato, evitando-se

“surpresas prejudiciais ao interesse público” (ESTORNINHO, 1990, p. 125). Compreendido no poder de fiscalização está o de direção, consistente em orientar a atuação do contratado, dando-lhe ordens e instruções sobre o modo de cumprir as obrigações assumidas; também pode-se entender como inerente ao poder de fiscalização ou corolário deste o poder de impor sanções ao contratado por faltas cometidas durante a execução do contrato.

Por fim, são também prerrogativas próprias do contrato administrativo o poder que tem a Administração de modificá-lo ou extingui-lo unilateralmente, se o interesse público o exigir.

Tal poder, no que se refere à possibilidade de modificação unilateral, corresponde ao que a doutrina denomina “*ius variandi*”, “*fait du prince*” ou “*factum principis*”, assim definido por LAUBADÈRE (*apud* ESTORNINHO, 1990, p. 131): “toda a intervenção dos poderes públicos que resultem numa qualquer alteração das condições jurídicas ou mesmo apenas das condições de facto nas quais um contraente da Administração executa o seu contrato”. A possibilidade de rescisão unilateral, por conveniência do interesse público, é também modalidade do “*ius variandi*” e, em última análise, manifestação do poder de modificação unilateral.

Tais poderes, entretanto, para serem exercidos pela Administração, têm sua contrapartida nas garantias do contratado, sendo a principal delas a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Tal garantia, somada à atividade monopolística que geralmente envolve os contratos administrativos que têm por objeto a prestação de serviços públicos conferem ao ente privado situação bastante favorável, para não dizer, privilegiada, em relação aos contratos privados comuns, onde o particular suporta integralmente os riscos do empreendimento, inclusive da concorrência.

Há autores que contestam a idéia de que o contrato administrativo se caracterize pela existência das chamadas “cláusulas exorbitantes”, que conferem os poderes já mencionados à Administração, decorrente de sua posição de supremacia. Um desses autores é a administrativista portuguesa Maria João ESTORNINHO. No seu livro – *Réquiem pelo contrato administrativo* – ela busca exatamente demonstrar que o contrato administrativo não difere substancialmente do contrato privado moderno, pois este também se afastou do contrato privado clássico, baseado na autonomia privada. Segundo essa autora,

“A idéia da ‘exorbitância’ dos poderes que a Administração é dotada nos contratos que celebra, foi, em grande medida, devida ao facto de o Direito Privado utilizado como ponto de comparação ser ainda, na época, o Direito clássico de inspiração novecentista. Esse direito contratual do séc. XIX caracterizava-se por partir de premissas individualistas, tais como a liberdade contratual e a igualdade jurídica das partes. Entendidas de uma forma absoluta, essas premissas giravam em torno da idéia fundamental de autonomia privada e eram, de facto, incompatíveis com situações de domínio de uma das partes num contrato. À luz desses cânones tradicionais do Direito contratual privado era, na realidade, impensável que uma das partes pudesse ditar a seu bel-prazer a interpretação das cláusulas contratuais ou qualquer modificação à sua redacção inicial.

Quão longe estão essas concepções iniciais acerca da autonomia privada! Ao longo do séc. XX, a disciplina dos contratos sofreu as mais profundas transformações, verificando –se quer o alargamento da intervenção do Estado na própria área contratual quer, por outro

lado, o aparecimento de novos contratos e de situações de desequilíbrio entre as partes e de predomínio de uma delas.” (ESTORNINHO, 1990, p. 140-141)

De qualquer modo, entendamos ou não que a “exorbitância” de poderes seja uma característica definidora dos contratos administrativos, por oposição aos contratos privados, certo é que essa “exorbitância”, independentemente de a aceitarmos ou não em certos contratos privados, é uma das características presentes nos contratos administrativos. A aceitar-se a tese da professora ESTORNINHO, poderíamos dizer, apenas, que tais cláusulas exorbitantes não são mais hoje exclusividade do contrato administrativo.

2.2.2.2 O contrato de concessão e suas características principais

A concessão, como forma de gestão de serviços públicos, não surgiu com a Lei n. 8.987/95, obviamente. Com as conotações atuais, tem sido utilizada desde o séc. XIX na Europa, especialmente na França, como instrumento para possibilitar a oferta de serviços, tais como estradas de ferro, transportes urbanos, fornecimento de água, gás, eletricidade etc, que exigiam grandes aportes financeiros e pessoal técnico especializado e que o Poder Público não estava em condições de assumir (MEDAUAR, 1995, pp. 12-13).

Trata-se, portanto, de instituto que já existe de longa data no Direito Administrativo; foi mesmo “a primeira forma de descentralização do serviço público” (DI PIETRO, 1996, p. 44) e ao longo do tempo tem sido utilizado com maior ou menor intensidade.

Na visão de BILAC PINTO,

“A grande vantagem do regime de concessão para o Estado liberal

era a de que, por meio dela, o Estado prestava um serviço público essencial sem que tivesse necessidade de inverter recursos do Tesouro e, sobretudo, sem correr os riscos econômicos de toda exploração industrial. Estas características originárias da concessão de serviço público foram, entretanto, sensivelmente alteradas, de começo pelas cláusulas de ‘garantias de juros’ e mais tarde pela aplicação da teoria da imprevisão. Em razão destas modificações estruturais do contrato de concessão, entre o concedente e o concessionário, como que surgiu uma associação financeira lesiva ao Poder Público que, privado dos benefícios eventuais, estava, entretanto, obrigado a participar das perdas da exploração do serviço público concedido. Quando a evolução do instituto chegou a este ponto, seu declínio se tornou inevitável.” (*apud* DI PIETRO, 1996, p. 36).

Jean RIVERO (*apud* DI PIETRO, 1996, p. 36-37), por sua vez, ao discorrer sobre concessão, anota que

“a autoridade pública foi levada a aumentar os seus poderes sobre o concessionário, a fim de o obrigar a reger-se pelos imperativos de interesse geral. A contrapartida necessária destas intervenções que comportavam o risco de pôr em cheque as previsões financeiras do concessionário e de comprometer, pela sua ruína, a continuidade do serviço, foi a outorga ao concessionário de uma ajuda financeira cada vez maior. O casamento da autoridade pública com o empresário privado passou de um regime de separação de bens para um regime de comunhão. Por isso o processo de concessão perdia, aos olhos do poder público, muito

do seu interesse e, aos olhos dos empresários capitalistas, muito de sua sedução”

Como se percebe a partir dos textos transcritos, o contrato de concessão de serviços públicos foi bastante prestigiado, sobretudo no Estado Liberal, perdendo força na fase do Estado Providência, que assumiu para si a execução da maior parte dos serviços públicos, seja através da Administração Direta, seja através de órgãos públicos da Administração Indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou fundações), criados muitas vezes com a única finalidade de gerir atividades de serviço público.

Nas décadas de 30 e 40, do século XX,

“registra-se o declínio das concessões [...] em virtude da instabilidade econômica em geral, devida às guerras mundiais e outros fatores e às tendências estatizantes. Muitas das atividades concedidas foram nacionalizadas e criaram-se empresas estatais que absorveram boa parte das concessões do setor privado. E assim surgiram as concessões outorgadas não ao setor privado, segundo o modelo clássico, mas a entes da Administração indireta ou descentralizada: as empresas públicas e sociedades de economia mista” (MEDAUAR, 1995, p. 13).

Desde a década de 80 do século passado, volta-se a conferir um papel relevante à concessão de serviços públicos a empresas privadas, como instrumento de privatização, conforme já observamos.

Essa mudança de perspectiva, compatível com as pretensões de enxugamento do Estado, não tem trazido, aparentemente, pelo menos

na experiência brasileira, efetiva melhoria do serviço público prestado.

A manifesta insatisfação da população com muitos dos serviços públicos concedidos deve ser atribuída em grande parte a aspectos negativos, inerentes a tais contratos de concessão. Anote-se que a atual legislação mantém, relativamente às concessões, as mesmas características que levaram, em determinada fase, ao seu declínio e desprestígio.

Tais aspectos negativos são, principalmente, a tendência à exploração monopolística, sem real concorrência, e a minimização dos riscos do empreendimento para o empresário privado, levando-o a certa acomodação.

O contrato de concessão tende, na verdade, à criação de monopólios, a salvo de toda e qualquer concorrência. Se é certo que o artigo 16, da Lei 8.987/95, observa não haver caráter de exclusividade em tais contratos, daí decorrendo que o monopólio na exploração do serviço não deve ser necessariamente a regra, o próprio texto do artigo ressalva os casos de inviabilidade técnica ou econômica como justificadores de exclusividade. E na prática a grande maioria dos serviços concedidos acaba sendo explorada de forma monopolística.

Muito embora as concessionárias, em que pese o monopólio, não possam aumentar as tarifas livremente, pois os preços do serviço são administrados ou controlados pelo Estado, elas raramente correm riscos pelo empreendimento, por se tratar de atividade monopolizada e por estarem garantidas pela regra do equilíbrio financeiro do contrato.

O empresário privado detentor da concessão, ao contrário do empresário comum, fica em situação bastante privilegiada, graças à exclusividade e aos mínimos riscos da exploração da atividade, sempre garantida pela teoria da imprevisão e pela regra do equilíbrio econômico-

financeiro. No fundo, é o próprio Estado ou a coletividade -pelo aumento das tarifas, pela indenização em caso de extinção unilateral etc -, quem acaba suportando os riscos do empreendimento.

A natureza contratual da concessão e, especificamente, de contrato administrativo é extraída da própria Lei 8.987/95. Assim, aquelas características do contrato administrativo mencionadas acima se encontram presentes na conformação legal do instituto.

O poder de fiscalização está expresso no artigo 3º: “As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários”. Tal fiscalização é incumbência permanente do poder concedente (art. 29, I), cabendo à concessionária

“permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis” (art. 31, V).

Registre-se que a lei, de forma louvável, confere papel relevante à colaboração do usuário na fiscalização da concessionária, prevendo em vários dispositivos sua participação ativa. O poder concedente deverá “estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço” (art. 29, XII). A lei, ainda, atribui aos usuários direitos e obrigações, entre os quais o de levar ao conhecimento do poder público e da concessionária, irregularidades referentes ao serviço e o de comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço (art. 7º, incisos III e IV). Na forma do artigo 30, parágrafo único, representantes dos usuários

participarão, juntamente com representantes do poder concedente e da concessionária, de comissão destinada a periodicamente fiscalizar o serviço.

O poder de direção está presente no poder de regulamentar o serviço concedido (art. 29, I), de fazer cumprir as disposições regulamentares (art. 29, VI) e de tomar providências relativamente a queixas e reclamações dos usuários (art. 29, VIII). No limite, o poder de direção envolve até mesmo a possibilidade de intervenção na concessão, prevista e regulamentada no capítulo IX da Lei, artigos 32, 33 e 34.

O poder sancionador do concedente está previsto em dois dispositivos. No próprio contrato de concessão devem constar as penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação (art. 23, VIII). É competência do poder concedente “aplicar as penalidades regulamentares e contratuais” (art. 29, II). O não cumprimento das penalidades impostas por infrações, no devido prazo, poderá ocasionar a declaração de caducidade da concessão, com a conseqüente extinção do contrato (art. 38, § 1º, inciso V).

No que se refere à possibilidade de a administração modificar ou extinguir unilateralmente o contrato, tal poder vem previsto indiretamente no art. 9º, § 4º e diretamente no art. 23, incisos V, IX, bem como no capítulo X, arts. 35 a 39, que trata da extinção da concessão. O art. 37 dispõe sobre a encampação, que é a retomada do serviço pelo poder concedente, por motivo de interesse público, durante o prazo da concessão. O art. 38 trata da caducidade da concessão, por inexecução total ou parcial do contrato pela concessionária

2.2.3 Princípios da Administração Pública e dos Serviços Públicos e a Lei 8.987/95

Na atualidade, dentro do novo perfil de Estado que se busca atingir, o Poder Público volta a conferir à concessão de serviços públicos a empresas privadas, papel relevante como instrumento do fenômeno da privatização, considerado em seu sentido amplo. Expressão desse novo papel é a Lei 8.987/95, que, ao lado de outros diplomas legais, provê a disciplina legal da concessão.

O fato de o Poder Público transferir ao particular a prestação de certos serviços públicos, pela via da concessão, não significa, entretanto, que se retire desses serviços sua natureza pública e mesmo que o próprio Estado se desvincule do serviço. Nessa linha, a professora Odete MEDAUAR (1995, p. 13) observa que a concessão envolve “atividades ou interesses que não podem ficar no âmbito da autonomia privada porque são reservados aos poderes públicos”. Assim, embora concedido, o serviço “permanece serviço público; a concessão não configura abandono, desligamento total. O Estado continua o ‘fiador’ da execução perante a coletividade” (MEDAUAR, 1995, p. 13). O que ocorre é apenas descentralização do serviço, por delegação, sob controle do poder concedente.

Se a exploração do serviço, tutelada à distância pelo Estado, conserva sua natureza pública e está sujeita ao interesse público, determinados comportamentos da Administração Pública e especialmente os princípios que a norteiam deveriam informar a atuação do concessionário. Os princípios constitucionais da Administração Pública, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF/88, art. 37, *caput*) deveriam alcançar o conjunto das atividades da concessionária.

Não é o que ocorre, entretanto. No plano legal, o tratamento que se confere à atuação da concessionária, na gestão do negócio, é, em

princípio, o da autonomia privada, ou autonomia da vontade, ao menos em suas relações com terceiros, conforme previsto expressamente no artigo 25 da Lei 8.987/95. A finalidade principal da adoção, pelo Estado, do regime de concessão é exatamente livrar aquela determinada atividade das limitações da atuação da Administração Pública, decorrentes da necessidade de atender a princípios como o da legalidade, isonomia, etc, sem margem de liberdade para a autonomia da vontade. Oportuno, nesse passo, repetir a lição supra referida da professora Maria Sylvia di PIETRO (1996, p. 44): a concessionária a quem for entregue a execução do serviço atuará “livre de procedimentos como concursos públicos, licitação, controle pelo Tribunal de contas e outros formalismos que emperram hoje a atuação da Administração Pública Direta e Indireta”.

A concessionária desempenha ou presta o serviço por sua conta e risco (art. 2º, II, da Lei 8.987/95), ou seja, na gestão do serviço, goza de parcial liberdade de atuação, sobretudo no que se refere a sua organização administrativa, quadro de funcionários, aquisição de bens e serviços de terceiros etc.

De qualquer modo, há que se admitir um caráter misto na atuação da concessionária: de um lado, está vinculada à legalidade estrita, no que se refere a suas relações com o poder concedente e no que se refere aos direitos dos usuários; de outro lado, tem autonomia no que se refere as suas relações com terceiros e com os seus próprios funcionários, submetida apenas, como todos, à legislação civil ou trabalhista.

Assim, pode-se dizer que três espécies de relações diferenciadas se estabelecem, cada qual com suas características próprias: entre a concessionária e o poder concedente; entre a concessionária e os usuários do serviço e entre a concessionária e terceiros. Sua conformação interna é de ente privado e, enquanto tal, orienta-se, na sua organização

administrativa e nos seus negócios, pelo princípio da autonomia da vontade, não estando, neste plano, sujeita aos princípios que regem a Administração Pública, mas sim àqueles que regem as relações privadas.

Não se pode negar, entretanto, que em certos aspectos de sua vinculação ao poder concedente e aos usuários - seja em decorrência da lei, seja dos termos do contrato -, esteja a concessionária sujeita aos princípios constitucionais da administração pública, especialmente o da legalidade, o da responsabilidade administrativa (art. 37, § 6º da CF/88), da impessoalidade, da moralidade e da eficiência.

Ademais, enquanto prestadoras de serviço público, estão as concessionárias investidas de parcela de autoridade pública - por isso mesmo atos seus que envolvam direitos dos usuários podem ser contestados pela via do mandado de segurança - e devem atender, em sua atuação aos chamados princípios do serviço público, quais sejam, o da obrigatoriedade da prestação, o da continuidade, o da eficiência etc.

Assim, vários princípios do serviço público estão presentes na concessão, podendo-se mencionar (Cf. PORTO NETO, 1998, p. 82-90): princípio da atividade normatizada, princípio da alteração unilateral das normas de organização do serviço, princípio da obrigatoriedade da prestação, princípio da continuidade, princípio da generalidade na organização e distribuição do serviço, princípio da autoridade pública, princípio da eficiência e qualidade na prestação do serviço, princípio da responsabilidade objetiva e princípio da modicidade da contrapartida paga pelo usuário.

A maior parte desses princípios está contida no conceito de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, oferecido pelo art. 6º da Lei 8.987/95. Nos termos desse dispositivo, serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança,

atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (art. 6º, § 1º).

3. Conclusões

A expressão “reforma do Estado” designa o conjunto de medidas destinadas a dar-lhe um novo perfil, caracterizado pela redução de suas atividades no plano econômico e social e até mesmo em relação aos serviços públicos, transferindo-se tais atividades - e os ativos públicos a elas vinculados - à iniciativa privada.

Essa política de transferência de ativos e atividades, inclusive serviços públicos, para a iniciativa privada pode ser designada pelo termo privatização, em sentido amplo, compreendendo principalmente a desregulação, a desmonopolização, a venda de ações de empresas estatais ao setor privado, a concessão de serviços públicos e a terceirização e parceria.

Nesse novo modelo, a função do Estado, em detrimento da execução direta de atividade econômica, social ou de serviços públicos, passa a ser de normatização, controle e fomento.

Na função de regulamentação e fiscalização passam a ter papel relevante as agências reguladoras, autarquias de regime especial, dotadas de independência administrativa e autonomia financeira.

A concessão de serviços públicos é um dos principais instrumentos de que se vale o Estado para amoldar-se a esse novo perfil.

Modalidade de contrato administrativo, a concessão consiste no exercício delegado de um serviço público por conta e risco da prestadora. As relações da concessionária com o Poder concedente e com os usuários são de Direito Público, enquanto suas relações com terceiros, para o desenvolvimento de sua atividade empresarial são norteadas pelo Direito

Privado.

Os poderes administrativos - “exorbitantes” - do Poder concedente sobre a concessionária, inclusive o de alterar unilateralmente as condições do contrato, têm sua contrapartida na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Embora submetida a tais poderes “exorbitantes”, a concessionária, empresa privada, acaba tendo um *status* privilegiado, em comparação com o empresário privado comum, na medida em que o serviço concedido se constitui na maioria dos casos como monopólio e os riscos do empreendimento acabam sendo assumidos pelo próprio Estado, em face das garantias que o contrato de concessão oferece ao concessionário, sobretudo a de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Nas suas relações com terceiros, regidas pelo Direito Privado, as concessionárias não estão sujeitas aos princípios da Administração Pública, o que ocorre somente em suas relações com o próprio Poder concedente e com os usuários, daí a natureza mista ou complexa da concessão, não obstante sua natureza predominante seja contratual.

Os princípios do serviço público devem ser observados pela concessionária, em face de sua presença na Lei 8.987/95, especialmente no artigo 6º, que conceitua serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários.

4. Referências bibliográficas

AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. *Privatização no Estado contemporâneo*. São Paulo: Ícone, 1996.

BAZILI, Roberto Ribeiro. Organizações da sociedade civil de interesse público: nova modalidade de parceria. In *Revista dos Tribunais (RT)* nº 799, setembro de 2000, p. 79-92.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública – concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Editora Atlas, 1996.

ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1990.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

MEDAUAR, Odete. A figura da concessão. In MEDAUAR, Odete (coordenação) e outros. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 6. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de serviço público no regime da Lei n. 8.987 – conceitos e princípios*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

TÁCITO, Caio. Transformações do direito administrativo. In *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, nº 214.