Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

IDPB
Instituto de Direito Público da Bahia

R DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 1 – fevereiro/março/abril de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS LICITAÇÕES EM MATÉRIA DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Prof. Marçal Justen Filho
Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná. Doutor em Direito pela PUC-SP. Advogado e Consultor Jurídico no Paraná.

1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

O estudo das licitações para outorga de concessões [1] não costuma merecer maior autonomia. Como regra, presume-se que os princípios e regras acerca de licitações aplicam-se indistintamente para todas as espécies contratuais. Daí se segue a conclusão – inadequada – de que as licitações atinentes a concessões não apresentam maiores especialidades, submetendo-se ao regime geral vigente para toda e qualquer contratação administrativa. Destaque-se que tal idiossincrasia apenas reflete uma concepção mais ampla, consistente em submeter a concessão ao mesmo regime jurídico dos demais contratos administrativos.

Aliás, esse enfoque refletiu-se na própria disciplina legislativa. Até a edição da Lei n° 8.987/95, as concessões estavam disciplinadas (inclusive no tocante à licitação) pelo diploma geral dos contratos administrativos. Mesmo no âmbito da Lei n° 8.987, o tema das licitações para concessões não adquiriu autonomia significativa. Basta examinar a disciplina da licitação adotada nesse diploma para confirmar a sobrevivência da idéia clássica de que as regras gerais acerca de

[1] Pede-se licença ao leitor para produzir uma simplificação vocabular, consistente em referir-se à concessão de serviço público simplesmente como "concessão". É evidente que não se ignora que o instituto da concessão apresenta diferentes manifestações e que o regime jurídico é diverso conforme o objeto concedido. No entanto, o contexto do presente estudo versa apenas e exclusivamente sobre a concessão de serviço público, o que autoriza evitar a desnecessária e cansativa explicitação a cada passo.

licitações seriam suficientes para disciplinar inclusive aquelas que versassem sobre concessões. Afinal, a Lei n° 8.987 dedica não mais do que nove artigos à licitação da concessão, o que representa quase nada em face das dezenas de dispositivos sobre o tema, contidos na Lei n° 8.666.

A distinção se afirma não apenas no próprio Direito brasileiro. Trata-se de questão reconhecida nos demais países que também conhecem e praticam ambos os institutos. Na França, berço de origem dos contratos administrativos, distinguem-se os *marchés publics* e os *contrats de délégation de service public*[2], entre os quais se inclui a concessão. Lembre-se que, na França, existe um *Code des Marchés Publics* (Código de Contratos Administrativos), ao qual não se subordinam as concessões[3]. A diferença de regime alcançou a dimensão do próprio Direito Comunitário, que consagrou diretivas distintas a propósito dos contratos administrativos comuns e das concessões[4]. A diferença também alcança a disciplina da licitação. Sobre o tema e com especial atenção dos efeitos no âmbito do Direito italiano, podem conferir-se as lições de MASSIMO TUCCI[5], MAURIZIO MENZI[6] e FRANCESCO SCIAUDONE[7].

A distinção de regime jurídico entre concessão e contrato administrativo comum deriva das peculiaridades de cada instituto. Cada qual necessita de regras distintas, adequadas às circunstâncias e natureza correspondentes.

A dificuldade de reconduzir contratos administrativos comuns e concessões de serviços públicos a um mesmo e idêntico regime já fora apontada há muito na doutrina brasileira. Lembre-se que LUCIA VALLE FIGUEIREDO já defendia que, embora não impossível, seria muito problemático disciplinar as concessões através do mesmo diploma que contivesse regras para as modalidades comuns de contratação[8].

Não seria exagero, portanto, partir do pressuposto de que uma inovação fundamental sobre licitação em matéria de concessões envolve considerar a licitação nesse campo como sujeita a princípios e regras próprios, reconhecendo a distinção entre o campo dos contratos administrativos comuns e a própria concessão.

---

[2] Confira-se em JACQUELINE MORAND-DEVILLER, *Cours de Droit Administratif*, Paris, Montchrestien, 1999, 6ª ed., p. 403 e ss.; RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif Général*, Paris, Motchrestien, 1999, 13ª ed., t. I, pp. 599.

[3] OLIVIER RAYMUNDIE realiza estudo mais minucioso acerca das causas e motivos dessa diferenciação, tal como se vê em *Gestion Déléguée des Services Publics en France et en Europe*, Paris, Le Moniteur, 1995, em especial às pp. 37 e ss.

[4] Conforme CHRISTINA BETTINGER, *La Gestion Déléguée des Services Publics dans le Monde – Concession ou BOT*, Paris, Berger-Levrault, 1997, pp. 80/81.

[5] *Appalto e Concessione di Pubblici Servizi*, Padova, CEDAM, 1997.

[6] *Appalti Servizi Pubblici e Concessioni*, Padova, CEDAM, 1999.

[7] *Diritto Comunitario degli Appalti Pubblici*, Padova, CEDAM, 1999.

[8] *Iniciativa Privada e Serviços Públicos*, separata da RDP, vol. 98, p. 62.

Por outro lado, é fundamental examinar as novidades relacionadas ao próprio instituto da concessão.

2. EXISTÊNCIA DE PLURALIDADE DE REGIMES DIVERSOS

A temática das licitações em matéria de concessão de serviços públicos não tem merecido no Brasil, ao longo do tempo, disciplina mais aprofundada, mesmo por parte da doutrina. De modo geral, costuma-se considerar unitariamente a temática das licitações para contratações administrativas. Isso conduz a estender à concessão o tratamento reservado para os demais contratos administrativos, sem maior preocupação com as peculiaridades que identificam e diferenciam essas figuras. Isso gerava enormes problemas teóricos, mas poucos problemas práticos. É que o descrédito em que caíra o instituto da concessão de serviço público conduzira à quase ausência de casos concretos de sua utilização. Não havia oportunidade prática para questionar o regime jurídico da concessão de serviço público.

O programa político de privatizações e a insuficiência de recursos públicos para custeio dos investimentos necessários à modernização dos serviços públicos produziu modificações significativas no panorama nacional. Nos últimos anos, multiplicaram-se as hipóteses de concessão de serviço público.

A Lei n° 8.666, de 1993, veiculou normas gerais acerca de licitações e contratos administrativos. Quando editada, inexistia lei específica acerca de concessões de serviços públicos. Em 1995, surgiu a Lei n° 8.987, orientada especificamente à disciplina das concessões (e permissões) de serviços. Sucederam-se outros diplomas legislativos, inclusive disciplinando setores específicos e determinados. Isso permitiu a distinção entre regimes jurídicos distintos acerca de licitações e contratos administrativos, retratando a concepção unânime e inquestionável de que as concessões de serviços públicos não podiam sujeitar-se a princípios e regras idênticos àqueles previstos para as contratações administrativas genéricas.

No entanto, é primordial acentuar que as peculiaridades da licitação para concessões devem refletir e compatibilizar-se com as inovações que caracterizam essa modalidade de contratação administrativa. É indispensável, por isso, destacar o que se poderia qualificar como *"novo"* perfil da concessão.

3. O "NOVO" DIREITO DAS CONCESSÕES

A alusão a um *"novo"* Direito das Concessões relaciona-se com a necessidade de adequar pressupostos teóricos e princípios jurídicos a um contexto contemporâneo. Não é cabível estender para o presente e o futuro inúmeros pressupostos jurídicos que deram identidade à concessão no passado.

3.1 O PERCURSO DO INSTITUTO DA CONCESSÃO

A doutrina aponta antigas origens para o instituto da concessão. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMON FERNÁNDEZ destacam precedentes acerca da concessão no Antigo Regime.[9] MASSIMO SEVERO GIANNINI afirma que seus antecedentes se encontram em ordenamentos no mundo romano.[10]

Até o final do séc. XVIII, porém, a concessão relacionava-se estritamente a conceitos de privilégio. Era via de proteção do soberano a seus apaniguados, atribuindo-lhes o monopólio no desenvolvimento de atividades da mais variada ordem, inclusive de natureza estritamente econômica. Assim, podem lembrar-se as companhias de chá, que titularizavam o direito exclusivo de comercialização do produto nas Colônias da América.

A utilização da concessão teve grande incremento no curso do século XIX, inclusive com o efeito de definição de seu perfil jurídico sob um regime de Estado de Direito.

Por um lado, eliminou-se a utilização da concessão para atribuir privilégios no exercício de atividades econômicas em sentido próprio. A consagração da livre iniciativa e da livre concorrência propiciaram a qualquer particular o direito de exercitar indústria ou profissão, respeitados os requisitos mínimos fixados em lei.

Por outro, reservou-se a utilização da concessão para o desempenho por particulares de serviços públicos. Os serviços públicos de transporte, de energia e de água foram objeto de intenso desenvolvimento no curso do séc. XIX. A ausência de capitais públicos e a adoção de ideologias liberais conduziram à outorga de sua exploração aos particulares. A experiência e a atividade jurisprudencial acabaram por delinear os caracteres básicos do instituto[11].

O instituto da concessão foi objeto de longa e exaustiva produção doutrinária e jurisprudencial. Lembre-se que não seria exagero afirmar que o Direito Administrativo moderno foi profundamente influenciado pela evolução desse instituto. A jurisprudência francesa definiu, com relativa precisão, as peculiaridades da concessão de serviço público. Já em 1902, a temática da concessão e da mutabilidade de suas cláusulas foi afirmada no julgado do Conselho de Estado envolvendo a *Compagnie Nouvelle du Gaz de Deville-lès-Rouen*. Mas a decisão fundamental foi proferida em 1910, no chamado *"Arrêt Compagnie Générale Française des Tramways"*[12]. Ao longo das primeiras

---

[9] Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Civitas, 1980, vol. I, p. 602 e ss.

[10] *Diritto Pubblico dell'Economia*, s/l, Il Mulino, nuova ed., 1995, p. 148.

[11] Sobre o tema, consultem-se dois autores clássicos: GASTON JÈZE (*Principios Generales del Derecho Administrativo*, Bs. Aires, Depalma, 1950, vol. IV, trad. da 3ª ed. Francesa de 1934) e RAFAEL BIELSA *Derecho Administrativo*, Bs. Aires, El Ateneo, 1947, 4ª ed., t. I, pp. 358/458).

[12] Sobre esses julgados, pode consultar-se M. LONG et allii, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, Paris, Dalloz, 1993, 10ª ed., pp. 52-56 e 125-131, e PIERRE ESPLUGAS, *Conseil Constitutionnel et Service Public*, Paris, L.G.D.J., 1994, pp. 80 e ss.

décadas deste século XX, inúmeros litígios foram levados à apreciação da jurisdição administrativa francesa, envolvendo o regime jurídico da concessão. Através de sucessivos julgados, que adotavam entendimento bastante uniforme, a jurisprudência definiu a inaplicabilidade à concessão das regras gerais de direito comum.

Após a metade do século XX, porém, o instituto perdeu seu prestígio, especialmente no Brasil. Ainda que de passagem, vale referir as lições de BRUCE BANER JOHNSON e OUTROS, a propósito da histórica das concessões no Brasil. Após referência à Lei Geral n° 641 de 26.6.1852, que autorizava concessões no setor de ferrovias, observam que o amplo desenvolvimento de ferrovias acabou sendo frustrado e concluem:

"... a estatização das ferrovias brasileiras foi fruto das condições econômicas de sua exploração: progressivamente inviabilizadas como empresas lucrativas, ao Governo (Federal ou Estadual) só restava a alternativa de estatizá-las a fim de manter em funcionamento serviço essencial a populações de várias localidades".[13]

O Estado não logrou assegurar às pessoas privadas a manutenção de condições essenciais, o que conduziu ao desinteresse dos particulares em aplicar recursos em empreendimentos destinados ao fracasso. Além disso, verificou-se movimento generalizado no sentido de *"nacionalizações"*, produzindo a chamada *"encampação"* dos serviços concedidos.

Ao final dos anos oitenta, havia raros casos de concessões em sentido próprio no Brasil. Na maior parte dos casos, a expressão era utilizada para indicar formas de prestação de serviços públicos pela Administração indireta. A atribuição efetiva e real da prestação dos serviços públicos à iniciativa privada era quase inexistente.

Em face da carência de recursos públicos para exploração de serviços públicos lucrativos, tornou à tona o instituto da concessão. Redescobriu-se sua utilidade e sua difusão tornou-se bandeira de inúmeros movimentos políticos. Mas a evolução jurídica produziu um novo perfil para o instituto.

A doutrina encarregou-se de sistematizar esses princípios, de molde que GEORGES VEDEL afirmava, em 1978, que tudo que havia para dizer-se acerca de concessão de serviço público parecia já tê-lo sido[14]. Essa opinião retratava, porém, uma realidade parcial e que logo ficou ultrapassada. Como se verá adiante, a produção doutrinária acerca da concessão comporta desdobramentos

---

[13] *Serviços Públicos no Brasil - Mudanças e Perspectivas*, S. Paulo, Ed. Edgard Blücher, 1996, p. 58.

[14] Tal como se vê no prefácio à obra de CHRISTIAN BETTINGER, *La Concession de Service Public et de Travaux Publics*, Paris, Berger-Levrault, 1978.

inéditos. Tanto assim que o instituto da concessão de serviço público vem sofrendo renovação marcante mesmo no âmbito europeu[15].

Esse é um ponto fundamental a destacar. A outorga de concessão se configura como uma opção acerca do desempenho de serviços públicos, o que envolve a incidência de um plexo de princípios e regras pertinentes à relação entre o Estado, a iniciativa privada no âmbito econômico e a comunidade a quem os serviços são prestados. A disciplina dessas questões tem relação imediata com a Constituição Econômica. Bem por isso, não é possível trasladar para o período atual certas concepções sobre concessão vigente há mais de cem anos. Ditas características surgiram e se desenvolveram sob a égide de um regime constitucional que não mais é adotado.

Ou seja, um dos maiores equívocos acerca da concessão consiste em ignorar sua inserção no nível constitucional. É a Constituição que dá identidade ao instituto da concessão e a compreensão do instituto não pode fazer-se através de visão histórica permeada por pressupostos jurídico-políticos que há muito deixaram de prevalecer.

3.2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O INSTITUTO DA CONCESSÃO

A inserção do instituto da concessão em um dimensão constitucional propicia inúmeros enfoques, os quais serão enfrentados em termos meramente esquemáticos.

3.2.1 A ORDEM ECONÔMICA E O SERVIÇO PÚBLICO

A Constituição de 1988 consagrou sistema capitalista, fundado na propriedade privada dos meios de produção, no livre exercício das atividades econômicas e na limitação da intervenção do Estado no domínio econômico. Incumbe ao Estado disciplinar o exercício da atividade econômica privada, admitindo-se excepcionalmente que desempenhe diretamente atividades econômicas, respeitados determinados princípios[16].

A intervenção direta do Estado no domínio econômico faz-se sob duas modalidades. Ou o Estado desempenha atividade econômica ou presta serviços públicos. Nessa linha, vejam-se as lições de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO[17]. A doutrina pátria, de modo genérico, adota idêntico entendimento[18]. Em

---

[15] Inclusive com perspectivas de normatização específica por parte da Comunidade Européia. Acerca do tema, veja-se a edição de janeiro de 1999 da *Revue des Concessions et des Délégations de Service Public*, inteiramente dedicada à avaliação da reforma.

[16] Acerca do tema, consulte-se a imprescindível obra de JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, *O Princípio da Subsidiariedade - Conceito e Evolução*, Forense, 1996, *passim*.

[17] Verifique-se em *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 2000, 12ª ed., pp. 575 e ss.

termos práticos, ela diferencia duas modalidades de atuação estatal no domínio econômico. Uma espécie de atuação corresponde ao *exercício de atividade econômica*; outra consiste na *prestação de serviço público*.

Segundo essa concepção, a distinção entre as modalidades de atuação estatal é fundamental sob dois ângulos.

Por um lado, propicia determinar os limites da atuação privada e da atividade pública. É que o art. 175 da CF/88 fixa que os serviços públicos competem ao Estado. Já a atividade econômica propriamente dita incumbe ao particulares (CF/88, art. 170, *caput* e parágrafo único) e o Estado a ela se dedicará apenas por exceção (CF/88, art. 173). Portanto, é de grande importância identificar as duas órbitas como pressuposto de determinação da *titularidade* de seu exercício.

Sob outro ângulo, a CF/88 determina que a atuação caracterizadora de *serviço público* subordina-se ao âmbito do Direito Público. Já a atividade econômica propriamente dita se enquadra, para inúmeros efeitos, nos limites do Direito Privado. Como decorrência, a prestação de serviço público (diretamente pelo Estado ou através de particulares) far-se-á segundo os princípios e as regras de Direito Público. Já a atividade econômica (mesmo quando exercitada pelo próprio Estado) se regula pelo Direito Privado.

O núcleo da distinção está em que a atividade de natureza econômica sujeita-se a regime próximo do Direito Privado, ainda que os princípios gerais do Direito Público continuem aplicáveis. Já o desempenho de serviço público submete-se a regras inerentes ao Direito Público. Sem pretender retornar à antiga teoria do Fisco, pode dizer-se que a configuração delineada na CF/88 segue a idéia de que o Estado pode atuar no domínio econômico como instituição pública ou travestido de sujeito privado. No primeiro caso, existe serviço público; no segundo, atividade econômica em sentido restrito.

A questão foi apontada por EROS GRAU, que sublinhou a impossibilidade contrapor de modo absoluto os dois conceitos, porquanto *serviço público* é uma modalidade de *atividade econômica*. O desdobramento das premissas e idéias do mestre do Largo São Francisco conduz a evidências irrebatíveis. Todas as características apresentadas pela atividade econômica também podem ser encontradas no serviço público, ao menos sob o enfoque da natureza material.

Sob esse ângulo, evidencia-se imprestável uma diferenciação fundada na natureza *lucrativa* da atividade econômica e na ausência de lucratividade do serviço público. Afirmar que serviço público não comporta lucro retrata uma confusão acerca do problema. O centro da discussão é se o serviço público *deve ou não* ser orientado à busca do lucro, o que evidencia que ele **pode** (sob o ponto de vista estritamente econômico) comportar lucro. Também é inquestionável que alguns serviços públicos não comportam exploração lucrativa. Mas não é a

---

[18] Por todos, CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, *Temas de Direito Público*, B. Horizonte, Del Rey, 1994, pp. 491 e ss., e CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*, Saraiva, 1996, pp. 30 e ss.

ausência de potencial lucrativo que os transforma em serviço público. Aliás, existem atividades econômicas que nunca poderão gerar lucro e que não se configuram como serviço público. Dito de outro modo: há serviços públicos lucrativos e há serviços públicos não lucrativos; há atividades econômicas lucrativas e há atividade econômicas não lucrativas. Portanto, não é a potencialidade lucrativa que permite diferenciar serviço público e atividade econômica.

Nem se diga que as atividades de serviço público seriam incompatíveis com organização empresarial, característica da iniciativa privada. A questão é similar àquela apontada a propósito do lucro. Uma é a questão sobre a possibilidade de organização empresarial, outra é a definição da conveniência de fazê-lo. Organizar serviço público de acordo com imposições da racionalidade empresarial é uma escolha a ser adotada no caso concreto. Aliás, deve reconhecer-se uma tendência à racionalização máxima do serviço público, de molde a propiciar o menor desperdício de recursos públicos e a obtenção dos melhores padrões gerenciais. O serviço público tende a ser gerido segundo os padrões privados. Logo, há a perspectiva de que todos serviços públicos adquiram perfis empresariais.

Como dito, a natureza da atuação em si mesma não permite diagnosticar a presença de serviço público ou atividade econômica. Pode-se afirmar, na esteira das considerações de EROS GRAU, que o serviço público é algo **mais** do que atividade econômica - mas não é algo diverso.

O serviço público é de titularidade do Estado, ainda que sua gestão possa ser atribuída a particulares. Não se aplicam os princípios de livre iniciativa, eis que a prestação do serviço público incumbe ao Estado. Nem se poderia cogitar de livre concorrência, pois a titularidade estatal se retrata, na maior parte dos casos, em um monopólio estatal. Ainda, porém, nos casos de ausência de monopólio, existe uma intensa regulação acerca da atuação dos particulares.

A prestação do serviço público se realiza sob regime de Direito Público, mesmo quando haja delegação à iniciativa privada. Ou seja, a relação entre o usuário do serviço público e o prestador sempre será regulada pelo Direito Público.

É usual indicar alguns princípios fundamentais do serviço público, retratando uma construção de LUIS ROLLAND[19]. Diz-se que o serviço público é norteado pelos princípios da continuidade, da igualdade e da mutabilidade.

A continuidade significa a impossibilidade de interrupção da prestação do serviço, eis que se presume que as utilidades prestadas são essenciais e indispensáveis à sobrevivência ou à normalidade da vida. A idéia da continuidade se vincula à própria permanência inerente ao conceito de Estado, cuja atuação não pode ser interrompida.

---

[19] Conforme JACQUES MOREAU, *Droit Administratif*, Paris, PUF, 1989, p. 333, sobre cujo texto se assenta a exposição adiante. Acerca da questão, examine-se A. DE LAUBADÈRE, VENEZIA e GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*, Paris, L.G.D.J, t. 1, 1999, 15ª ed., p. 905 e ss.

A igualdade envolve o tratamento não discriminatório e universal para todos os usuários. Não se pode restringir o acesso aos benefícios do serviço público para os sujeitos que se encontrem em igualdade de condições. Nesse ponto, o intérprete se depara com a conhecida dificuldade inerente ao princípio da isonomia, relacionada ao problema de identificar os limites da igualdade.

A mutabilidade retrata a vinculação do serviço público à necessidade a ser satisfeita e às concepções técnicas de satisfação. É da essência do serviço público sua adaptação conforme a variação das necessidades e a alteração do modos possíveis de sua solução. Há um dever para a Administração de atualizar a prestação do serviço, tomando em vista as modificações técnicas, jurídicas e econômicas supervenientes. Isso significa ausência de direito adquirido dos prestadores do serviço e dos usuários à manutenção das condições anteriores ou originais[20]. Nessa linha, JEAN-FRANÇOIS LACHAUME destaca que *"A adaptação permanente do serviço público é analisada, então, em função da necessidade de fazer evoluir os serviços públicos, em sua organização e seu funcionamento, de tal modo que, em todos os momentos, eles apresentem em face da satisfação do interesse geral a máxima eficácia"*[21].

Mas a distinção assim radical e absoluta entre os regimes jurídicos de atividade econômica privada e serviço público retratam uma concepção político-jurídica que vai se tornando superada. Há uma forte tendência à uniformização do regime jurídico ou ao surgimento de uma síntese dialética superadora de ambas as alternativas.

Por um lado, é cada vez menos possível ao particular impor à atividade privada uma abordagem absolutamente individualística. O próprio regime de Direito do Consumidor acabou por introduzir para o âmbito das relações econômicas alguns princípios característicos do regime publicístico (por exemplo, a responsabilidade objetiva ou a presunção de culpa). Ampliam-se os limites da atividade privada, mas com a matização dos regimes jurídicos privados. Desse modo, a vinculação do bem à satisfação de interesses coletivos propicia ampliação da intervenção estatal, tal como abaixo de voltará a discorrer.

Sob outro ângulo, há uma sensível redução dos campos atinentes a serviços públicos, cujo conceito passa a privilegiar as atividades sociais. A atuação do Estado no plano industrial e comercial é reduzida de modo muito sensível.

3.2.2 CF/88 ENTRE O PASSADO E O FUTURO

Os modelos de interpretação da Ordem Econômica da Carta de 1988, tal como acima expostos, relacionam-se com a concepção de Estado de Bem-Estar

---

[20] Como afirma MOREAU, "o princípio da mutabilidade não pode não afetar a situação daqueles aos quais o serviço fornece satisfação, conseqüência que põe em plena luz a questão do 'estatuto' do usuário" (*Droit Administratif*, cit., p. 341).

[21] *Grands Services Publics*, Paris, Masson, 1989, p. 263.

que a entranhava.

A distinção entre intervenção direta e indireta retratava a primazia atribuída à primeira solução. A diferenciação entre *serviço público* e *atividade econômica em sentido restrito* relaciona-se com a concepção providencialista, que presume a existência de distinção absoluta entre os dois conceitos – independentemente da circunstância de nunca se ter atingido solução realmente satisfatória quanto a isso.

O problema reside em que, antes de realizar-se integralmente a proposta contida na CF/88, tornou-se inevitável[22] a mudança do modelo de atuação estatal. As concepções doutrinárias e a interpretação jurídica, que enfrentavam enorme dificuldade para delinear o modelo *original* da Carta de 1988, foram ultrapassadas pela dinâmica dos fatos. Um novo modelo vai sendo implantado sem que tal seja apanhado pela lente dos estudiosos do Direito, o que produz dificuldades especiais.

Dito de outro modo, o processo de privatizações e de reforma do Estado não foi acompanhado, no Brasil, pelo desenvolvimento de soluções jurídicas para a etapa posterior. As interpretações constitucionais enfocam a Ordem Econômica da Carta de 1988 tal como se nenhuma modificação radical tivesse sido produzida. O resultado consiste numa espécie de dissociação entre realidade e doutrina.

Não se pretende produzir, no bojo deste estudo, uma nova teoria da Ordem Econômica da CF/88. Mas é necessário submeter o modelo de Estado Regulamentador, que se implanta no Brasil, a uma dimensão constitucional. As regras e princípios constitucionais devem ser interpretados em face do contexto produzido pelas novas concepções, as quais derivam de circunstâncias não apenas econômicas, mas também tecnológicas.

Dois exemplos permitem compreender a dimensão dos problemas a ser enfrentados.

A doutrina jurídica considerou, ao longo do séc. XX, que as atividades pertinentes à energia elétrica configuravam o modelo de por excelência de serviço público. Caracterizava-se um monopólio natural, situação que se apresenta quando uma certa utilidade pode ser ofertada por preço inferior quando existente um único fornecedor. Além disso, a atividade de energia elétrica envolvia aplicação intensiva de capital e somente havia viabilidade econômica em situações de economia de escala. O modelo econômico de oferta da utilidade *"energia elétrica"* foi construído a partir da idéia de ciclo completo, em que uma única e mesma empresa dominava todas as atividades pertinentes (desde a geração até a comercialização de energia). Mas o progresso científico, ao longo das últimas duas décadas, propiciou alteração radical. Novas tecnologias

[22] Sem dúvida a afirmação da inevitabilidade da modificação retrata um juízo pessoal acerca da realidade brasileira. O autor assume integralmente esse juízo, reputando que a crise fiscal acarretou dificuldades insuperáveis no cumprimento do modelo de Estado de Bem-Estar delineado na CF/88. Outros fatores contribuíram para o mesmo resultado, tal como a evolução tecnológica.

permitem a geração de energia por processos muito mais baratos e com elevadíssima eficácia. Há plena possibilidade de competição no plano da geração da energia.

Mais ainda, a dissociação entre a titularidade econômica da fonte de geração da energia e da rede de transmissão propicia uma revolução significativa, fundada no conceito amplamente desenvolvido no estrangeiro acerca de *essential facilities* e *Third Party Access* (TPA). Em síntese, essas concepções reconhecem o direito de terceiros valerem-se da infra-estrutura disponível para desenvolver atividade competitiva. O monopólio acerca da infra-estrutura não afasta a possibilidade de competição, impondo-se ao titular dessa infra-estrutura um dever de permitir o acesso (mediante remuneração apropriada) de competidores a esse conjunto de bens. Há uma forte tendência na Europa e nos EUA a impedir que o titular da infra-estrutura explore outra atividade econômica além dela própria. Assim, o proprietário dos trilhos não poderá prestar serviços de transporte ferroviário: oferecerá a estrutura que permite a exploração dos serviços, obtendo lucro através da remuneração paga pelos agentes na área de transporte[23]. A grande decorrência consistiu no *fracionamento* econômico das atividades, o que inviabilizou o tratamento jurídico unitário. Ou seja, a realidade contemporânea apresenta-se ao estudioso do tema da energia elétrica um panorama econômico-material distinto daquele do início do Século XX.

O segundo exemplo envolve notícia divulgada pela imprensa nesses dias. Segundo informações disponíveis, a implantação das novas tecnologias para conjugar telefones celulares e acesso à Internet consumirá nos próximos anos, somente no âmbito da Comunidade Européia, o montante de trezentos bilhões de dólares[24]. Nenhum Estado europeu dispõe dessa quantidade de recursos para realizar os investimentos necessários. Aliás, nenhum Estado europeu dispõe de **interesse** em investir nesse campo, eis que a maior parte dos recursos será destinado ao custeio das licenças para operação das novas tecnologias. Ou seja, grande parte desses trezentos bilhões de dólares será arrecadada pelos cofres públicos, enquanto o restante será investido na construção de redes para transporte de dados em altíssima velocidade. O valor será arcado pelas empresas privadas para obter o direito de operar o mercado. Mais do que isso, esse investimento de dimensões sem precedente envolve o acesso a uma rede de operadores *privados*, basicamente. Afirmar que o acesso à Internet está abrangido no conceito de *serviço público* propicia discussões enormes, que ainda não foram realizadas. Em princípio, o acesso aos serviços de telecomunicações pode corresponder ao conceito de serviço público, mas é indefensável afirmar que a própria Internet seria uma atividade reconduzível ao dito instituto[25].

---

[23] Uma ampla exposição acerca da teoria (pouco conhecida no Brasil, mas largamente difundida no estrangeiro), pode ser encontrada em MARIO SIRAGUSA e MATTEO BERETTA, *La dottrina delle essential facilities nell diritto comunitario ed italiano della concorrenza*, Contratto e impresa/Europa, anno quarto, vol. 1, 1999, CEDAM, pp. 260-348.

[24] Confiram-se as informações em *The Economist*, October 14th 2000, p. 19, na matéria sob o título *The wireless gamble.*

[25] Poderia argumentar-se que o acesso à Internet seria uma simples circunstâncias acessória, eis que o relevante seria a estrutura de telefonia celular. O argumento procede, mas

Poderia acrescentar-se um sem número de outros exemplos, relacionados com as novas tecnologias. Mas a questão não reside nos exemplos e sim na relação entre o Direito e a realidade circundante. A ordenação jurídica reflete (também) o conhecimento científico e o domínio da técnica vigentes em uma sociedade. Não é possível dissociar os institutos jurídicos da realidade que os produziu e para a qual foram gerados. Assim, no exemplo, inúmeros pressupostos de raciocínio aplicáveis na origem do tratamento legislativo da energia elétrica **não existem mais** no universo social circundante. Não é possível manter o tratamento jurídico que se desenvolvera e delineara em face de certos pressupostos externos quando ditos pressupostos desapareceram[26].

A meditação que se produz significa que o regime jurídico contido na Ordem Econômica da CF/88 tem natureza instrumental, relativamente à realização dos valores fundamentais consagrados naquele diploma. As regras específicas acerca de intervenção do Estado no domínio econômico, livre iniciativa e outros institutos refletem uma certa consideração acerca da forma de realizar os valores fundamentais. Parece evidente que a intervenção direta do Estado no domínio econômico não era prezada como um valor em si mesmo. Essa era uma concepção instrumental: o Estado intervia na ordem econômica **para** realizar de modo mais adequado e eficiente os valores fundamentais da Nação brasileira.

Se a intervenção direta não se revelar como forma apropriada para realização dos valores fundamentais, será vedada essa opção ao Estado.

Como sempre, a interpretação tem de privilegiar os princípios acima de tudo[27]. Como observou ROBERTO CAVALLO PERIN, os princípios produzem não apenas um freio às inovações legislativas, mas permitem interpretar a legislação preexistente à luz dos valores fundamentais[28].

Daí deriva que o estudo da Ordem Econômica na CF/88 não pode reduzir-se a uma avaliação simplista acerca dos instrumentos técnicos previstos para tanto. Antes de examinar os instrumentos, é imperioso compreender os princípios que justificaram a adoção de uma certa sistemática.

Os princípios fundamentais a serem considerados são precisamente aqueles constantes dos arts. 1° e 3° da CF/88. A ordem jurídica brasileira se orienta à obtenção da dignidade da pessoa humana, em suas diferentes vertentes. Como o autor já defendeu anteriormente, *"A dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas. A supremacia e indisponibilidade do interesse público*

---

não se pode ignorar que a impossibilidade de acesso à Internet afastaria a implantação das novas tecnologias. Portanto, as duas questões estão indissocialmente vinculadas sob o ponto de vista econômico, ainda que não jurídico.

[26] Nesse ponto, aliás, o autor mantém a postura epistemológica que o levou a propor uma revisão do conceito de pessoa jurídica Confira-se o discurso inicial em *A desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*, RT, 1987.

[27] O tema mereceu, entre nós, profundas reflexões de JUAREZ FREITAS, *A Interpretação Sistemática do Direito*, Malheiros, 1998, 2ª ed.

[28] *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, em *Diritto Amministrativo*: Rivista Trimestrale, Giuffrè, 1/2000, p. 44.

são subordinados a ele"[29].

A dignidade da pessoa humana envolve a eliminação da pobreza (CF, art. 3°, inc. III) tanto quanto a garantia à propriedade privada (art. 5° e 170, inc. II). Adotada a concepção capitalista para a ordem econômica, a dignidade da pessoa humana assegura a livre iniciativa e a livre concorrência (art. 170, inc. IV e parágrafo único), mas exclui a possibilidade de abuso de poder econômico (art. 173, § 4°).

Mas há um dado nuclear a ser considerado, relativo à idéia da *função social da propriedade*, objeto de inúmeras referências na CF/88, mas explicitamente referida no art. 170, inc. III, como princípio fundamental da Ordem Econômica.

O tema já foi tratado mais aprofundadamente pelo autor, quando teceu considerações acerca do instituto da pessoa jurídica e dos limites de sua instrumentalização para satisfação egoística dos sujeitos privados[30]. O instituto da função, trabalhado exaustivamente no âmbito do Direito Público, retrata a concepção de que os poderes jurídicos devem ser exercidos para realização dos fins de interesse coletivo. A construção adquiriu prestígio inabalável no âmbito da atividade administrativa do Estado, mas também passou a dar consistência ao regime jurídico privado.

Quando o Estado reconhece e consagra a propriedade privada, isso não equivale atribuir ao proprietário privado a possibilidade de buscar toda e qualquer finalidade egoística. Há limites relacionados à disfunção do exercício das faculdades privadas. A dimensão dos limites se vincula à relação entre o bem privado e a satisfação de interesses coletivos. Os diferentes bens apresentam potencialidades distintas de realizar ou prejudicar o interesse coletivo. A funcionalização resultante retrata essa circunstância. Um exemplo prático permite compreender a diferenciação.

Considerem-se dois bens econômicos, ambos integrantes do patrimônio de um mesmo particular. Imagine-se uma arma de fogo e uma garrafa de água. Embora de propriedade privada, o regime jurídico a eles aplicável é distinto e inconfundível. A intensidade da utilização desses bens em prol da satisfação do particular pode ser extremamente diversa. O Direito pode estabelecer regras acerca do porte da arma de fogo, indo até o ponto de vetar a possibilidade de o sujeito manter tal objeto em sua posse. Em tese, a utilização dos outros bens poderia ser irrelevante para o Direito – mas nem sempre é assim. Se um ser humano estiver em risco de vida por sede, será obrigatório fornecer-lhe a água. A recusa de fornecimento poderá até caracterizar crime (omissão de socorro).

O exemplo destina-se a evidenciar que a simples idéia de propriedade privada é insuficiente para compor o regime jurídico dos bens dos particulares. Uma arma de fogo, mesmo que inquestionavelmente de propriedade privada, será objeto de regulação jurídica muito mais intensa. E isso porque a utilização da

---

[29] *Concepto de Interés Público y la "personalización" del Derecho Administrativo*, em *Actualidad en el Derecho Público*, Ad-Hoc, vol. 9, 1999, p. 69.

[30] Confira-se o já citado *Desconsideração da personalidade societária*..., cit.

arma é potencialmente perigosa para a realização dos fins de interesse coletivo. Mas também outros bens, embora destituídos dessa potencial danosidade, merecem tutela funcionalística, sempre que sua utilização puder relacionar-se com valores fundamentais.

3.2.3 O *"NOVO"* ESTADO REGULADOR BRASILEIRO E A LIVRE INICIATIVA

Esses são os parâmetros da intervenção estatal, de natureza regulatória, que vai sendo desenvolvida nos anos recentes no Brasil.

Parece claro, em primeiro lugar, que as regras limitadoras da intervenção estatal sobre empresas privadas sempre se destinaram a disciplinar a atuação relacionada com a atividade econômica propriamente dita (acepção restrita). Não tinha maior aplicação relativamente ao âmbito do serviço público.

É que os institutos da *livre iniciativa* e *livre concorrência* não se aplicavam relativamente ao segmento de serviços públicos. Quando o fornecimento de determinada utilidade é qualificado como serviço público, a conseqüência jurídica consiste na atribuição de sua titularidade ao Estado. Como está previsto no art. 175 da CF/88, a prestação dos serviços públicos é atribuída ao Estado, que a prestará pessoalmente (ou mediante o concurso de terceiros) sempre sob regime de Direito Público.

Quando se trata de serviço público, o Estado tem o dever-poder de disciplinar as condições técnico-econômicas acerca da prestação a ser ofertada aos usuários. Essa é uma das características do regime de Direito Público aplicável ao caso (objeto de explícita consagração no art. 58 da Lei n° 8.666).

Cabe ao Estado fiscalizar a atividade do particular, se a ele tiver sido atribuído o encargo de prestar serviço público. Isso significa impossibilidade de o particular invocar sigilo de negócio ou interesse privado como argumento jurídico manter indevassados seus livros, documentos ou condições negociais. O particular que presta serviço público encontra-se em situação de transparência perante a entidade concedente.

Mas outras questões surgem a partir da consagração de um modelo regulatório de Estado. Derivam da circunstância de que os fins de interesse coletivo deixam de ser perseguidos direta e imediatamente pelo Estado, tal como apontado. Ademais disso, tais atividades passam a ser exercitadas pelos particulares **sob regime privatístico**, ao menos parcialmente.

A viabilidade de um modelo tal como esse depende da existência de uma competência **regulatória**, como é evidente. Se o Estado reduzir sua atuação direta e atribuir aos particulares o poder de levar avante inúmeras atividades, a contrapartida será a regulação.

Isso equivale a afirmar a configuração de pelo menos dois segmentos distintos de "atividade econômica". Para utilizar a terminologia consagrada no pensamento europeu, poderia aludir-se a atividades econômicas de interesse

geral contraponíveis àquelas de interesse individual[31].

Ou seja, atividades privadas relacionadas com a satisfação de interesse público não podem ser tratadas como se envolvessem apenas uma questão privada. Não se admite que o empresário privado pretenda invocar os princípios de livre iniciativa e livre concorrência quando optar por desenvolver atividades essenciais à satisfação do interesse coletivo. Diversa é a situação quando as utilidades produzidas pelo empresário forem dirigidas ao interesse individual.

Nesse ponto, é evidente a proximidade com as concepções norte-americanas acerca de *public utilities*[32]. Ainda que a jurisprudência mais recente da Suprema Corte tenha restringido sensivelmente concepções mais antigas, continua a reputar-se que as atividades cujo exercício pressupuser uma autorização governamental sujeitam-se a um regime especial[33].

Independentemente de qualquer projeção acerca do futuro, afigura-se claro que a eventual *morte do serviço público* não significará a ausência de intervenção e regulação estatal sobre atividades desenvolvidas por particulares necessárias à satisfação de interesses coletivos.

A afirmativa deriva de que a supressão ou redução do serviço público apenas poderá fundar-se na sua inadequação como instrumento de realização dos valores consagrados constitucionalmente. Nunca poderá produzir-se a abolição desses valores, o que se admite (e se impõe) é a seleção da alternativa mais satisfatória para sua realização.

3.2.4 A TUTELA CONSTITUCIONAL AO CIDADÃO-USUÁRIO

As imposições governamentais em direção à privatização (própria ou imprópria) não podem afastar algumas garantias constitucionais. Optar pela extinção do serviço público e instituir atividade econômica não significa suprimir o

---

[31] Há uma evidente relação com a figura do *"serviço econômico de interesse geral"*, fórmula utilizada no Tratado de Roma e que ainda é mantida, em seus termos básicos, no Tratado de Amsterdã de 1997. O tema gerou enorme produção bibliográfica no âmbito comunitário. Há duas coletâneas de qualidade excepcional acerca da matéria, ambas derivadas de colóquios produzidos na França. Uma tem o título *Service Public et Communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché* (Actes du colloque de Strasbourg 17-19 octobre 1996, sous la direction de Robert Kovar et de Denys Simon, Paris, La Documentation Française, 1998, dois volumes). Outra foi denominada *Services Publics comparés en Europe: exception française, exigence européenne* (Ecole nationale d'admnistration, Promotion Marc Bloch 1995-1997, Paris, La Documentation Française, 1997, dois volumes).

[32] Acerca do tema, há estudo clássico no Direito Brasileiro, produzido por CAIO TÁCITO, *O Equilíbrio Financeiro da Concessão de Serviço Público* em *Tema de Direito Público,* Renovar, 1997, vol. I, p. 213 e ss. No estrangeiro, a bibliografia é tão ilimitada que não comporta referência. Para exame da matéria, pode referir-se a obra de ROBERT BALDWIN e MARIN CAVE, *Understanding Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

[33] Para conferir a jurisprudência norte-americana, inclusive as posições dissidentes de HOLMES, confira-se ALFRED E. KAHN, *The Economics of Regulation – Principles and Institutions,* Cambridge, The MIT Press, 7ª reimp., 1998, pp. 5 a 7/I.

atendimento à necessidade dos particulares, mas alterar o regime jurídico de sua prestação. Essa escolha não é resultado de uma pura e simples opção política, tal como se fosse facultado ao Estado ignorar a necessidade de satisfação de certos interesses essenciais.

É óbvio que o serviço público produz reflexos de ampliação dos encargos estatais, tendo em vista os recursos financeiros e humanos necessários à sua prestação. Quando se delibera a transferência do serviço para particulares, mantido ou não o regime de Direito Público, a decisão não reflete uma mera questão econômico-financeira. Não se trata tão-somente de redução de despesa pública.

Somente se admite a privatização (em sentido próprio ou impróprio) se tal se revelar como alternativa mais adequada e satisfatória de atendimento às necessidades coletivas.

O Estado tem o dever de assegurar que as necessidades individuais e coletivas continuem a ser satisfeitas, depois de produzida a privatização. A empresa privada que assumir a atividade correspondente ao serviço público, ainda que o faça sob regime de Direito Privado, terá o dever de fazê-lo em termos universais, com observância dos princípios da igualdade, da continuidade e da modicidade de tarifas.

Ocorre que a solução para atender os interesses gerais não envolve apenas o ângulo econômico. O problema apresenta outras dimensões. No mínimo, há que enfrentar os temas políticos e axiológicos envolvidos.

Sob o ponto de vista político, é necessário avaliar a questão do poder e de sua distribuição em determinada sociedade. A concentração de poder econômico gera o surgimento de poder político. Os particulares prestadores de serviços econômicos de interesse geral podem adquirir enormes quantidades de riqueza. Essa riqueza poderá conduzir a que eles se desvinculem do sistema jurídico e político. A titularidade da riqueza poderá fazer com que o empresário torne-se *"senhor"* e toda a sociedade se configure como *"vassala"*, em um sistema similar ao feudal.

Do ponto de vista axiológico, é necessário cogitar da realização dos fins últimos da sociedade. É imperioso determinar se a solução mais satisfatória do ponto de vista econômico é adequada para realizar os valores fundamentais. Alguns serviços econômicos de interesse geral são indispensáveis à promoção da dignidade da pessoa humana. Seria extrema ingenuidade supor que esses valores seriam realizados, de modo espontâneo, no curso da atuação dos empresários privados.

Em última análise, essas considerações não envolvem qualquer inovação mais radical. Mesmo numa concepção de Estado de Bem-Estar, já se admitia a intervenção estatal mais intensa em situações de relevância de interesse público. No modelo regulatório, fatias extremamente relevantes de atividades de interesse público são atribuídas à iniciativa privada. Ainda que se passe a aplicar-lhes o regime de Direito Privado, isso não significa invulnerabilidade à regulação estatal.

Ainda assim, a privatização própria ou imprópria do serviço público também revela uma faceta econômica. É imperioso que o Estado assegure ao usuário a solução mais vantajosa. Isso significa o melhor serviço possível, através da menor tarifa praticável.

Aliás, o mais forte argumento em favor da privatização reside nesse ponto: tem de assegurar-se que o usuário receba prestações de melhor qualidade por preço igual ou inferior ao praticado pelo Estado.

Portanto e se fosse possível afirmar que o dever de eficiência entranha o regime de Direito Público, também seria imperioso reconhecer que é ainda mais pertinente ao Direito Privado. O empresário privado, cuja atividade verse sobre utilidades necessárias à satisfação de interesses coletivos, **tem o dever jurídico** da eficiência. Está constrangido a envidar todos os esforços para atingir a maior qualidade pelo menor preço.

O regime regulatório compreende esse postulado, relacionado à eficiência da atuação da empresa privada. O Estado tem o dever de verificar o atingimento por parte do empresário privado dos mais elevados níveis de eficiência, assim entendida a relação entre recursos aplicados e vantagens para usuários.

Observe-se que o princípio da modicidade das tarifas públicas deriva dos princípios constitucionais. A razão de ser de um serviço público ou de uma atividade econômica de interesse geral relaciona-se com a menor tarifa possível. Quando os arts. 1°, 3°, 37 e 170 da CF/88 impõem a redução das desigualdades, proíbem o desperdício, asseguram a função social da propriedade privada e reconhecem a dignidade da pessoa humana – esse plexo normativo significa que nenhum cidadão poderá ser constrangido a pagar mais do que seria necessário para fruir de utilidades essenciais, mesmo quando a satisfação se fizer sob regime de Direito Privado.

Não se admite que o empresário particular mantenha o desempenho da atividade sem observância do princípio da modicidade tarifária. Praticar tarifas ou preços superiores aos viáveis, por ausência de eficiência econômica, consiste em infração aos princípios constitucionais fundamentais – e o raciocínio se aplica tanto a atividades desempenhadas diretamente pelo Estado como quanto às desenvolvidas pela iniciativa privada

Isso tudo se destina a destacar que a Constituição tutela a propriedade privada, mas não a ponto de permitir o abuso ou a imperícia. A prestação dos serviços de interesse coletivo tem de fazer-se pelo menor preço possível, como dito. Logo, o empresário privado não pode invocar a seu favor o domínio dos bens privados ou a livre iniciativa para validar conduta que infringe a garantia da tarifa módica.

3.2.5 A OUTORGA COMO ATO ESTATAL COMPLEXO

O regime jurídico constitucional impõe o reconhecimento de que a outorga da concessão não se configura como um mero ato administrativo. A decisão de

atribuir a prestação do serviço público a um particular por via de concessão não se insere na mera competência administrativa do Estado. É que, segundo o regime constitucional, a outorga da concessão pressupõe uma autorização legislativa.

Isso significa que o *"poder concedente"* não se constitui na Administração Pública. Toda a comunidade é convocada a manifestar-se acerca da forma da prestação dos serviços públicos. A concessão é uma decisão adotada por órgãos administrativos, mas a partir da deliberação de toda a sociedade.

3.3 OUTRO ÂNGULO: A CONSAGRAÇÃO DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Mas a inserção da concessão em nível constitucional apresenta outra ordem de efeitos.

A instauração de Estado Democrático de Direito e a carência de recursos públicos produziram efeitos sensíveis no âmbito da atividade administrativa pública. A supressão do arbítrio e a redução do autoritarismo dão nova relevância ao contrato administrativo, como instrumento de associação entre Estado e iniciativa privada. Produz-se fenômeno denominado de *"contratualização"* da atividade administrativa. O Estado substitui o modelo da *"imposição unilateral"* pelo do *"acordo bilateral"*. Ao invés de o Estado impor, passa a compor-se com os particulares. Confira-se, sobre o tema, FERNANDO PAULO DA SILVA SUORDEM.[34]

Sob outro ângulo, torna-se evidente que a única alternativa para superar as dificuldades profundas da coletividade e promover o bem-comum é a aproximação entre autoridade pública e os diversos segmentos da sociedade civil.

A democratização do exercício do poder estatal conduz o Estado a realizar acordos com os particulares, travando relações em níveis de colaboração. Em contrapartida, a natureza pública dos interesses assumidos constrange os particulares a vincular seus intentos egoísticos à satisfação da função social da propriedade e do lucro privado. A conseqüência reside em que o relacionamento entre Administração Pública e iniciativa privada adquire contornos de equivalência entre si, todos assumindo a subordinação em face do interesse público.

O instituto da concessão é instrumento jurídico adequado para formalizar essa via de colaboração entre Estado e iniciativa privada. O modelo político prevalente exclui a viabilidade de recursos públicos serem utilizados para financiamento de grandes obras. Os investimentos relacionados com a enorme demanda por serviços públicos terão de ser arcados diretamente pela iniciativa privada.

Mas a concessão vigente sob um Estado Democrático de Direito não se identifica com aquela conhecida no curso do século XIX, à qual se fez referência

---

[34] *O Princípio da Separação de Poderes e os novos movimentos sociais*, Coimbra, Almedina, 1995.

acima. Os princípios jurídicos de conformação da atividade administrativa e o reconhecimento de direitos e garantias insuprimíveis dos particulares produz um novo contexto jurídico, já vislumbrado por inúmeros juristas no curso dos últimos anos.

nascimento e a configuração de um "*Estado de Direito*", ao longo dos últimos duzentos anos, representou um processo de reestruturação do exercício do poder e sua submissão a limites jurídicos. O poder político deixa de ser um fenômeno fático, cujo núcleo residia na *"força"* (ou *"violência"*) e transforma em um processo organizado de atribuições jurídicas. O Estado, após 1789, passou a ser cada vez menos reconduzível à idéia de "*imperium*" e cada vez mais próximo ao modelo da "*competência*". Nesse sentido, confira-se LEÓN DUGUIT[35] e CHARLES EISENMANN[36].

Disso decorre que a manutenção de certas "*prerrogativas*" tradicionalmente reconhecidas ao Estado não significou sua recepção automática pelo modelo jurídico do Estado contemporâneo. Tais "*prerrogativas*", depois de incorporadas no sistema do Estado de Direito, adquiriram contornos integralmente distintos dos que as caracterizavam em um Estado Totalitário. Mantiveram-se alguns detalhes - a denominação técnico-jurídica, por exemplo -, mas a natureza própria do instituto foi transmutada, sofrendo influxo radical do todo do sistema jurídico.

Aliás, deve reconhecer-se que a única via para o instrumento da concessão produzir bons frutos reside na proscrição do arbítrio e o autoritarismo da Administração Pública. Sob certo ângulo, as causas do desaparecimento das concessões no passado relacionam-se com ausência de parâmetros de segurança e confiabilidade no âmbito da atividade administrativa.

A inserção do instituto da concessão num ordenamento jurídico caracterizado pelos princípios do Estado Democrático de Direito produz efeitos notáveis. O relacionamento entre Estado e concessionário sujeita-se a parâmetros distintos daqueles aplicados no séc. XIX. Surgem novas peculiaridades para a concessão, até então inexistentes.

3.3.1 CONCESSÃO COMO CONTRATO ASSOCIATIVO

A concessão é um meio de obter a colaboração dos particulares no desempenho de serviços públicos. O intento de realizar o bem-comum autoriza o Estado a estabelecer unilateralmente as regras acerca do serviço e fiscalizar a atividade do concessionário. Mas o concessionário não é um *"inimigo"* da Administração tanto como não pode ser combatido como um *"explorador"* da comunidade.

---

[35] *Las Transformaciones del Derecho*, B. Aires, Ed. Heliasta S.R.L., ed. argentina de 1975, pp. 9-26.

[36] *Cours de Droit Administratif*, Paris, LGDJ, 1983, t. II, pp. 165 e ss.

Como apontam EDUARDO GRACÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMON FERNÁNDEZ, *"Administração concedente e concessionário privado aparecem desse modo como colaboradores comprometidos na consecução de um mesmo fim, mais do que como antagonistas em uma pura relação de intercâmbio"*.[37]

3.3.2 A NECESSIDADE DE AJUSTES PERMANENTES

A evolução do mundo contemporâneo introduziu outros dados de grande relevo. Trata-se da complexidade dos problemas a enfrentar e a rápida obsolescência das soluções tecnológicas consagradas.

Até há algumas décadas, as obras e serviços objeto de concessão envolviam atividades relativamente simples, com perfil estável e inalterável ao longo do tempo. Por isso, o próprio planejamento da outorga da concessão era relativamente simples. Podia-se determinar, com relativa segurança e precisão, a forma de execução da concessão, especialmente no tocante a requisitos técnico-científicos. Esse panorama alterou-se com o progresso tecnológico. Outorgam-se concessões tendo por objeto setores extremamente complexos, em que há perspectivas de modificações e evoluções constantes e insuscetíveis de antecipação. É muito freqüente a impossibilidade de definir, de modo exaustivo, a extensão dos deveres do concessionário e a forma de execução de tarefas abrangidas na concessão.

Somente é possível enfrentar essas dificuldades através da concepção *"associativa"* da concessão. Estado e particular têm interesse comum na mais adequada prestação do serviço. Na impossibilidade de antecipação prévia e completa de todos os encargos e do modo de sua execução, esses pontos deverão ser objeto de negociação e ajuste no curso da própria concessão.

Essa característica foi bem apanhada por ARNOLDO WALD e OUTROS, tal como se vê no trecho abaixo reproduzido:

"... o gigantismo de algumas das obras estatais e a velocidade em que devem ser realizadas, para atender o interesse público, nem sempre permitem um planejamento prévio, detalhado, tanto no campo técnico como financeiro, obrigando a Administração e o empresário a recorrerem, constantemente, à criatividade para dar soluções aos problemas que surgem.

"Assim sendo, a viabilidade da realização de grandes obras, especialmente quando pioneiras e de tecnologia complexa, pressupõe um diálogo constante

[37] *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1980, vol. I, p. 614, orig. em castelhano. No mesmo sentido, AGUSTÍN GORDILLO (*Tratado de Derecho Administrativo*, Bs. Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1997, t. 1, 4ª ed., p. XI-46).

entre o contratante e o contratado, abrangendo as decisões de situações não previstas contratualmente ou daquelas que sofreram profundas mutações...".[38]

3.3.3 A GARANTIA DA REMUNERAÇÃO AO CONCESSIONÁRIO

A adequada remuneração ao concessionário é ponto essencial para o êxito dos projetos de concessão. É imperioso evitar que o concessionário obtenha resultados econômicos abusivos. A tarifa tem de ser a menor possível, nas circunstâncias. O conceito de tarifa *"módica"* corresponde a essa noção.

Mas não haverá viabilidade de obter ou manter a colaboração de particulares sem a garantia de tarifa efetiva e justa. É a perspectiva da exploração econômica que motiva o empresário a participar. Essa é uma questão inerente à concessão, quanto à qual nenhuma novidade se põe,[39] enquanto enfrentada como tema relacionado exclusivamente à órbita do interesse privado.

Surge como original a vedação ao Estado omitir as providências necessárias e adequadas a assegurar a fixação e percepção de tarifas justas em favor do concessionário. Toma-se consciência de que *"A gratuidade do serviço público como regra geralmente aceita ou característica dessa atividade constituiria, em verdade, uma falácia"*.[40]

A falácia reside em que a ausência de remuneração acarretaria a inviabilização da concessão **causada por ato de responsabilidade do Estado**. A novidade jurídica está na interdição ao Estado de adotar condutas aptas a comprometer a prestação de serviços públicos adequados. A outorga de tarifas justas não é mais simples questão subordinada ao *"poder discricionário do Estado"*.

Uma República comprometida com a democracia e a dignidade da pessoa humana apenas pode conceder aos particulares a prestação dos serviços públicos quando essa for a melhor solução. Verificando ser a concessão a alternativa ótima, a Administração tem o dever de implementá-la e de **garantir seu adequado funcionamento**. Garante-se o adequado funcionamento não apenas quando se fiscaliza o concessionário e se reprimem tarifas excessivas, mas também quando se assegura a ele a percepção da remuneração avençada.

Frustrar a cobrança da tarifa corresponde a, para usar linguagem vulgar, *"dar um tiro no próprio pé"*. A Administração não é *"dona"* da coisa pública para

---

[38] *O Direito de Parceira e a nova Lei de Concessões*, cit., p. 36. No mesmo sentido, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y ROMÁS-RAMON FERNÁNDEZ (*Curso de Derecho Administrativo*, cit., vol. I, p. 617).

[39] Por exemplo, GUIDO ZANOBINI ensinava que "O concessionário, por seu turno, tem o direito de obter as vantagens econômicas derivadas da gestão do serviço e representadas principalmente pelas prestações que pagam os consumidores como contrapartida do serviço" (*Corso di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1946, vol. 3°, 3ª ed., p. 313, orig. em italiano).

[40] CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*, S. Paulo, Saraiva, 1996, p. 99.

frustrar a continuidade do serviço e inviabilizar a satisfação das necessidades da comunidade no futuro.

Verifica-se, portanto, que impedir a cobrança de tarifas justas e adequadas não afeta apenas e estritamente o interesse do concessionário. De um modo direto, afeta-se o interesse econômico do empresário. Mas, em termos indiretos, infringe-se o interesse público. Coloca-se em risco a dignidade das pessoas que, no futuro, não terão possibilidade de fruir de serviços públicos adequados e satisfatórios.

A inviabilização de uma concessão em específico ou de todo um sistema em conjunto (pelo descrédito generalizado acerca de sua viabilidade) é conduta incompatível com os deveres fundamentais da Administração Pública, consagrados entre nós pela CF/88 e derivados dos princípios da República, dignidade da pessoa humana e moralidade da atividade administrativa.

3.3.4 A SUBMISSÃO A PRINCÍPIOS JURÍDICOS DE CONTEÚDO ÉTICO

Essa harmonização de interesses apenas pode dar-se mediante aplicação do princípio da boa-fé, que disciplina toda a atividade administrativa. Mas esse princípio adquire especial relevância em alguns extratos da atividade contratual[41].

A boa-fé se retrata, na concessão, como cooperação leal entre Estado e particular para realização do interesse comum: a prestação adequada e satisfatória do serviço público, através de uma tarifa módica. Um grande administrativista sintetizou essa noção, no trecho abaixo reproduzido:

"Diz-se também que os contratos administrativos são essencialmente de ***boa-fé****, o que conduz a que a administração não deve atuar como se se tratasse de um negócio lucrativo, nem tratar de obter ganhos ilegítimos à custa do contratado ou aproveitar-se de situações legais ou fáticas que a favoreçam em prejuízo do contratado"*.[42]

Não se admite que a Administração ignore as dificuldades concretas necessárias e compatíveis com a implementação do serviço ou com a execução da obra. O bom êxito do concessionário satisfaz o interesse público. A Administração não pode desinteressar-se desses problemas. Não pode exigir do particular uma *"compreensão"* unilateral, não correspondida por ela própria.

Um dos ângulos relevantes da boa-fé se relaciona com o princípio que veda a contraditoriedade e proíbe o *"venire contra factum proprium"*. A Administração é destituída da faculdade de ignorar suas condutas anteriores e desconhecer as orientações que transmitira ao particular ou as exigências a ele impostas.

---

[41] Nessa linha, JORGE SARMIENTO GARCIA (*Concesión de Servicios Públicos*, B. Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 83) e CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA (*Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*, S. Paulo, Saraiva, 1996, p. 66).

[42] AGUSTÍN GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., t. 1, 4ª ed., pp. XI-47/48.

Há um dever de coerência para o futuro, que atinge ao âmbito do próprio princípio da moralidade. Como aponta HÉCTOR A. AMARAL, *"o fato de que a Administração persiga o bem comum não autoriza a liberá-la de ataduras morais: o fim não justifica os meios"*.[43]

Por outro lado, lembre-se que a Constituição de 1988 gerou inovações quanto à tutela da moralidade, pública e privada. O respeito à moralidade pública tornou-se dever objetivo para a Administração, previsto expressamente no *caput* do art. 37 e no inc. LXXIII do art. 5º.

A moralidade pública deixou de ser criação de leis esparsas, jurisprudência e doutrina. Sua previsão foi elevada à Lei Máxima, tornando-a absolutamente cogente. O princípio da moralidade é instrumento de controle da conduta administrativa e parâmetro geral de reparação de danos não-patrimoniais.

No âmbito administrativo, a moralidade não é mais instrumento secundário do controle da atividade estatal. Trata-se de fundamento de validade da conduta administrativa. Tal como o autor firmou anteriormente, "*A essência do princípio da moralidade pública consiste na invalidade de todos os atos praticados pelo Estado incompatíveis com a interpretação ética do sistema e das normas jurídicas (constitucionais ou não)*".[44]

O princípio da moralidade pode ser analisado sob diversos ângulos, dentre eles o respeito ao interesse privado e à boa-fé.

A tutela aos interesses privados significa que a Administração há de prestigiar os interesses dos administrados, não os desprezando. O cumprimento do interesse público pressupõe consideração ao interesse particular dos administrados. "*Um dos mais graves atentados à moralidade pública consiste no sacrifício prepotente, desnecessário ou desarrazoado de interesse privado. O Estado não existe contra o particular, mas para o particular.*"[45]

Ademais, o respeito à boa-fé confere certeza e segurança às relações jurídicas. Trata-se do cumprimento à indispensável lealdade do Estado frente aos particulares. É vedado à Administração comportar-se através de expedientes indiretos ou enganosos, induzindo em erro as pessoas privadas, a fim de obter lucro indevido. O princípio da moralidade pública impõe fidelidade e probidade às pessoas públicas, não apenas no sentido de vedar a corrupção, mas também significando o dever de comportamento leal e honesto, de molde a satisfazer as expectativas nutridas pelos particulares.

---

[43] *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*, Bs. Aires, Depalma, 1988, p. 52.

[44] *O Princípio da Moralidade Pública e o Direito Tributário*, RTDP 11/50.

[45] *Princípio da Moralidade* ... cit., p. 52.

3.4 SÍNTESE: EFEITOS DA ABORDAGEM EM NÍVEL CONSTITUCIONAL

As considerações acima comprovam a incompletude da afirmativa acerca da *"redescoberta"* da concessão. Mais do que isso, há um processo de aperfeiçoamento do instituto. Existe conjugação de antigos conceitos com princípios jurídicos que dão identidade à Constituição Federal, conduzindo à alteração de concepções incompatíveis com uma ordem democrática.

A *"nova"* concessão se diferencia pela noção de *"comunhão"* entre Estado, concessionário, cidadão e usuário (efetivo ou potencial). Não se admite a simples invocação de um *"interesse público abstrato"* como fundamento para sacrifício de direitos e interesses privados. Os concessionários têm de aprimorar a qualidade de seus serviços e a eficiência de sua gestão. Os usuários devem ter a consciência de que o êxito da concessão refletir-se-á na manutenção de serviços adequados e tarifas módicas.

4. NOVAS PERSPECTIVAS PARA A CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Mesmo em nível infraconstitucional, podem ser detectadas novas tendências a propósito da concessão. As novas concessões outorgadas, especialmente no âmbito do Direito comparador, vêm adotando algumas inovações marcantes, que escapam dos padrões tradicionalmente conhecidos no Brasil.

4.1 A MUTABILIDADE: PECULIARIDADES DA CONCESSÃO

Uma das características marcantes dos contratos administrativos reside na mutabilidade unilateral por parte da Administração Pública quanto a determinadas cláusulas contratuais. Lembre-se que a concepção da mutabilidade desenvolveu-se precisamente no âmbito jurisprudência acerca das concessões, passando a integrar, em momento posterior, os demais contratos administrativos.

Mas a matéria ainda comporta algumas incursões, para destacar a distinta relevância do instituto das prerrogativas unilaterais da Administração, em função do

Nesse ponto, o exame da questão tem de considerar a natureza e as peculiaridades das diferentes espécies de contratos administrativos.

O poder de modificação unilateral tem aplicação muito tênue aos contratos privados eventualmente praticados pela Administração Pública. Contratos como locação, mútuo, seguro e outros – cuja natureza é tipicamente privada e que são praticados no mercado, segundo os princípios próprio de Direito Privado – não se sujeitam ao poder de modificação unilateral, senão por exceção e em aspectos secundários.

A modificação unilateral se aplica mais adequadamente aos contratos administrativos propriamente ditos. Isso não significa, no entanto, que a incidência se faça de modo uniforme relativamente a todas as espécies de contratação administrativa. Há variações conforme de trate de contratos administrativos comuns (compras, alienações, serviços e obras) ou contrato de concessão. Isso deriva das características próprias de cada figura.

Em primeiro lugar, há distinção relativa ao objeto contratual. As concessões envolvem serviços públicos, que se subordinam inerentemente ao princípio da mutabilidade. A mudança das condições da concessão é decorrência da alteração imposta quanto à execução dos serviços públicos.

Os demais contratos administrativos não envolvem diretamente a prestação de serviços públicos aos usuários. Visam mais ao atendimento de necessidades ou interesses específicos. Eventuais inovações tecnológicas serão atendidas no devido tempo, em contratações futuras. Como regra, o objeto do contrato pode ser executado, sem maior prejuízo ao interesse público. É verdade que o ritmo do progresso científico produz a possibilidade de infirmação desse raciocínio, tal como se passa, em especial, com o segmento de serviços e equipamentos de computação.

A segunda diferença relaciona-se com a duração dos contratos. O contrato de concessão envolve, de genérico, longos prazos de vigência, o que propicia inevitável possibilidade de modificação de circunstâncias. Ao longo do tempo, podem cambiar as necessidades públicas, ser introduzidas novas exigências, produzirem-se novas soluções técnicas. Não é possível impor que, ao longo de vinte anos, sejam mantidas as mesmas condições contratuais originalmente previstas.

Já os demais contratos se caracterizam por execução em breves espaços de tempo. O exaurimento do objeto contrato, executado imediatamente após sua pactuação, reduz o cabimento de modificações. Não é casual, aliás, que o problema das modificações seja muito mais sério nos contratos de maior duração (obras, geralmente) do que em outras modalidades, tais como compras.

Em terceiro lugar, há diferenças relativamente às fontes de custeio à prestação realizada pelo particular. Nos contratos comuns, a prestação realizada pelo contratado terá, como contrapartida, o desembolso de recursos públicos, de origem orçamentária. Isso conduz à necessidade de submeter a execução do contrato às diretrizes legais contidas no orçamento. Não é possível impor modificação que escape aos limites contidos na aludida legislação. Mais do que isso, a distribuição de recursos orçamentários importa uma seleção de prioridades políticas. Portanto e ainda que respeitada a disponibilidade dos recursos orçamentários, a Administração Pública deverá considerar que a maior ou menor alocação de verbas para um contrato repercutirá sobre a realização de outras atividades estatais.

A concessão, por seu turno, não envolve (de ordinário) alocação de verbas públicas, eis que o particular arcará com todos os investimentos necessários. A modificação de contrato de concessão não produz reflexos orçamentários, como

regra. Na maioria dos casos, alterar a concessão não importa modificação do volume de dispêndio a ser realizado pelo Poder Público.

Em quarto lugar, a concessão apresenta uma dimensão de natureza empresarial, pressupondo exploração econômica de um serviço público. Trata-se de recorrer aos mecanismos de mercado para produzir o funcionamento de um serviço público. Nesse âmbito, é possível que a escala econômica somente seja atingida em certos níveis de exploração. Pode imaginar-se que a apuração da exata dimensão mínima de lucratividade seja revelada apenas após o início da execução contratual. Acrescente-se, apenas de passagem, que o fato de que a exploração do serviço se faz a risco do concessionário não significa que a frustração do empreendimento seja indiferente para o Estado.

Já os contratos administrativos comuns não envolvem maior dose de aleatoriedade. As prestações assumidas por ambas as partes são previamente estabelecidas. Isso reduz a possibilidade de equívocos acerca do funcionamento do mercado, da lucratividade da atividade etc., eis que as partes poderão estimar previamente a dimensão de seus encargos e a correlativa prestação a que farão jus.

Isso não conduz a afirmar ausência de limites específicos de modificação das concessões. O que se afirma é a impossibilidade de aplicação da Lei n° 8.666 ao problema das modificações do contrato de concessão. Pede-se licença para transcrever raciocínio anteriormente exposto:

"Não serão admissíveis, nem mediante concordância do concessionário, transformações do objeto da concessão, assim entendidas modificações essenciais. Sujeitam-se a essa regra as modificações de objeto em sentido próprio. Assim, uma concessão para serviço e transporte urbano de passageiros não pode ser transformada em concessão para coleta de lixo. Mas também não se admite modificações que alterem condições essenciais da prestação do serviço ou da realização da obra (se for o caso)" [46]

Reitera-se o entendimento, inclusive para insistir em que o critério não é propriamente jurídico, mas técnico. Tem de definir-se a partir do universo externo ao Direito aquilo que foi objeto da concessão original. Modificações nas condições contratuais estão admitidas desde que não desnaturem a contratação originalmente pactuada. As condições essenciais, que deram *"identidade"* à concessão, são insuscetíveis de modificação. Em sentido similar e embora a propósito de empreitada de obra pública, posiciona-se a doutrina italiana, que admite a modificação *"sempre que o acréscimo e as variações não sejam tais que desnaturem a configuração geral da obra mesma"*[47].

Por isso, é relevante a previsão oportuna de eventuais modificações, cuja efetiva implantação dependerá de circunstâncias futuras, ainda que não

---

[46] *Concessões de Serviços Públicos*, Dialética, 1997, p. 257.

[47] GUIDO ELMOSI e MARIO ROTONDI, *L'Appalto di Opere Pubbliche*, Milano, Giuffrè, 1999, 3ª ed., p. 551.

determinadas em momento exato e preciso. Isso propiciará a todos os interessados estimar os possíveis desdobramentos do futuro contrato.

4.2 A QUESTÃO DA TUTELA À EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

Outro tema de extrema relevância envolve a dimensão da tutela à equação econômico-financeira. Pode cogitar-se de novas perspectivas nesse campo, inovando radicalmente as perspectivas tradicionais ao Direito brasileiro. Acerca do tema, é relevante examinar a experiência francesa porque dela se origina o modelo brasileiro.

4.2.1 – AS GARANTIAS AO CONTRATADO NO MODELO FRANCÊS

Ao longo da execução contratual, inúmeros eventos podem ocorrer, alterando a situação original das partes. Foi na jurisprudência e no exame de casos concretos que se desenvolveu a concepção francesa acerca dessas questões. Diante da ausência de uma sistematização legislativa exaustiva, a jurisprudência francesa produziu uma espécie de elenco de garantias em favor do particular contratado. A doutrina tentou organizar a produção jurisprudencial. Como resultado, cada autor apresenta sua própria sistematização. De todo o modo, esse é o motivo pelo qual alguém poderia ser induzido à existência de divergência entre os autores, o que não existe. No fundo, varia a forma, mas não o conteúdo.

Existem algumas distinções fundamentais e institutos tradicionalmente conhecidos no pensamento francês, tal como abaixo se intentará evidenciar.

4.2.1.1 DISTINÇÃO ENTRE CLÁUSULAS DE SERVIÇO E CLÁUSULAS ECONÔMICAS

O poder de modificação unilateral do contrato não atinge as disposições relativas à remuneração, mas apenas as que dispõem acerca das condições de execução da avença. Por isso, é cabível distinguir duas categorias de cláusulas contratuais. Há aquelas que dispõem sobre o objeto contratual e as que disciplinam a remuneração devida ao contratado. Por outro lado, a modificação das condições contratuais pode acarretar a necessidade de alteração das condições financeiras.

LAUDABÈRE, VENEZIA e GAUDEMET apontam que podem ser modificadas a qualquer tempo as cláusulas acerca de organização e funcionamento do serviço (condições de exploração, tarifas, situação do pessoal etc.). Já não podem ser mudadas unilateralmente as cláusulas acerca da duração

do contrato e das vantagens financeiras aos concessionários (equação financeira do contrato)[48].

4.2.1.2 TEORIA DA INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO

Se a Administração praticar ato ilícito, contratual ou extracontratual, estará obrigada a indenizar o particular por perdas e danos, segundo as regras gerais do Direito. Mas é muito mais relevante o tratamento jurídico para atos **lícitos** da Administração, que envolve uma pluralidade de alternativas e matizes.

4.2.1.3 PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO DO CONTRATO

Como ensinam RIVERO e JEAN WALINE, não é correto supor que a remuneração do contratado não possa variar, eis que ela *"deve modelar-se de acordo com as cargas que a ele incumbam realmente, de tal sorte que a álea inerente à empresa se encontra seriamente limitada"*[49]. Esse é o núcleo do conceito de equação econômica ou equilíbrio financeiro adotado no pensamento francês.

LAUBADÈRE, VENEZIA e GAUDEMET ensinam que o conceito de equilíbrio financeiro "*consiste em considerar o contrato administrativo como formando um todo no qual os interesses das partes se condicionam"*[50].

O conceito não está precisamente delineado, mas é o fundamento jurídico básico a partir do qual se reconhece direito a indenização ao particular.

4.2.1.4 TEORIA DAS SUJEIÇÕES IMPREVISTAS

Sempre que o contratante deparar-se com dificuldades materiais na execução do objeto, sendo elas exteriores à vontade das partes e imprevisíveis, deverá haver a indenização integral pelos encargos adicionais. Essa teoria se relaciona com a idéia da vedação ao enriquecimento sem causa da Administração, da qual também deriva o direito à remuneração por prestações

---

[48] Conforme *Traitè de Droit Administratif*, cit., p. 887.

[49] *Droit Administratif*, Paris, Dalloz, 1998, 17ª ed., p. 130.

[50] Conforme *Traitè de Droit Administratif*, cit., p. 830. O texto reproduz o famoso voto de BLUM, no julgado de 1910 no caso *Cie. Française de Tramways*, que deu origem a toda essa doutrina. Vale a pena reproduzir essa passagem: *"É da essência mesma de todo contrato de concessão de procurar e de realizar, na medida do possível, uma igualdade entre as vantagens que são acordadas ao concessionários e as cargas a ele impostas... As vantagens e as cargas devem se equilibrar de modo a formar a contrapartida dos benefícios prováveis e das perdas previstas. Em todo contrato de concessão está implicada, como em uma operação aritmética, a equivalência honesta entre aquilo que é atribuído ao concessionário e aquilo que dele é exigido... É isso que se chama a equivalência financeira e comercial, a equação financeira do contrato de concessão..."* (p. 830).

suplementares realizadas espontaneamente pelo contratado, além do contratualmente previsto, indispensáveis à obtenção de execução satisfatória[51]

4.2.1.5 – TEORIA DO FATO DO PRÍNCIPE (ÁLEA ADMINISTRATIVA)

A doutrina francesa diverge acerca da extensão do conceito de *fato do príncipe*, ainda que não haja dúvidas acerca das soluções concretas. A maior parte da doutrina reputa que o *fato do príncipe* se verifica quando a execução do contrato é onerada por uma medida proveniente da autoridade pública contratante, mas que exercita esse poder em um campo de competência estranho ao contrato[52]. Veja-se que RIVERO e WALINE incluem na teoria do *fato do príncipe* todas as hipóteses de manifestações de poder estatal[53]. Para eles, o exercício da prerrogativa de modificação unilateral do contrato está nessa categoria – autoriza ao particular o direito de pleitear a indenização pelo prejuízo, com o que todos concordam, já que a divergência reside em qualificar a hipótese como abrangida no conceito de *fato do príncipe*. A maior parte da doutrina opta por considerar a modificação unilateral como uma hipótese específica, que assegura direito do particular ser indenizado, sem se enquadrar no âmbito da teoria do *fato do príncipe*.

Mas certamente não se aplica dita teoria quando o ato estatal for emanado de autoridade distinta daquela que é parte do contrato. Por exemplo, uma medida oriunda do governo central, se acarretar agravamento da situação do particular que mantém contrato no âmbito municipal, não conduzirá à aplicação da teoria do *fato do príncipe*. Se for o caso, a situação se resolve através da teoria da imprevisão.

A tendência jurisprudencial é de reconhecer ao particular o direito a ser indenizado **apenas** se a medida estatal atingi-lo de modo especialmente oneroso, diferenciando sua situação daquela de todos os demais cidadãos. Assim, por exemplo, a mudança do sistema de trânsito de uma cidade não atribui a cidadão nenhum o direito de indenização. Será distinta a situação quando essa modificação provocar elevação dos custos para execução de um contrato de transporte. LAUDABÈRE, VENEZIA e GAUDEMET exemplificam com a elevação da carga fiscal sobre matéria prima essencial à execução do objeto, esclarecendo caracterizar-se fato do príncipe indenizável quando a medida geral (destinada a onerar igualmente todos os cidadãos) afetar ao contratado de modo especial, reflexamente.

---

[51] Conforme LAUBADÉRE, VENEZIA e GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*, cit., pp. 832-833.

[52] Nesse sentido e retratando o entendimento majoritário, JACQUELINE MORAND-DEVILLER, *Cours de Droit Administratif*, Paris, Montchrestien, 1999, 6ª ed., p. 423. Na mesma linha, A. DE LAUBADÈRE, VENEZIA e GAUDEMET, *Traitè de Droit Administratif*, cit., p. 836.

[53] *Droit Administratif*, cit., p. 131. No mesmo sentido, RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif Général*, Paris, Montchrestien, 1999, 13ª ed., t. I, p. 1.162.

Quando caracterizado o *fato do príncipe*, o contratado terá direito a indenização completa e integral, a ser apurada em face das circunstâncias, salvo na hipótese em que o instrumento contratual já estabelecer uma solução de predeterminação da indenização.

4.2.1.6 TEORIA DA IMPREVISÃO (ÁLEA ECONÔMICA)

85. Durante a execução de contratos, em especial aqueles de longa duração, podem ocorrer alterações econômicas imprevisíveis, tornando inviável ao particular executar o contrato nas condições originalmente previstas. Executar a prestação nos exatos termos inicialmente previstos acarretaria sua ruína. Veja-se que a execução é materialmente possível, mas seria economicamente desastrosa. Ademais disso, o evento prejudicial deve reputar-se como passageiro. Se houver uma modificação que torne definitivamente impossível ou ruinoso executar o contrato, deverá aplicar-se a teoria da força maior, rescindindo-se o contrato ou realizando um outro. A aplicação da teoria da imprevisão conduz ao que se denomina de período extracontratual (tradução literal de *période extracontractuelle*), fórmula indicando que as condições contratuais originais não podem continuar a ser aplicadas. No entanto, isso não significa liberação das partes. O contrato manterá força vinculante, com a diferença de que o particular adquirirá direito a uma indenização, acertada de comum acordo ou por decisão judicial.

A aplicação da teoria da imprevisão exige comprovação de alguns requisitos, adiante expostos.

(a) Imprevisibilidade do evento: O primeiro pressuposto relaciona-se com a impossibilidade de previsão dos fatos, dentro de um panorama da razoabilidade, caracterizando-se um evento de cunho excepcional. Costuma-se distinguir os conceitos de álea ordinária e extraordinária, para determinar que a teoria somente se aplica em face dessa última. Sobre o tema, JÈZE sustentava que “os eventos econômicos são naturalmente cambiantes. Todo contratante deve prevê-los. Se não o fizer, só pode reprovar a si mesmo”[54]. Mas a regra não é absoluta e tem de ser matizada. A álea extraordinária abrange os acontecimentos que escapem de todas as previsões que as partes podiam fazer no momento da contratação. A jurisprudência francesa é muito ampla acerca da natureza dos eventos enquadráveis dentro dessa categoria. Podem ser fatos políticos (guerra), econômicos (crise), naturais (cataclisma) ou a intervenção de autoridade política distinta daquela que praticou o contrato. Em origem, não se supunha possível fazer abranger no âmbito da teoria os efeitos da desvalorização monetária (inflação), mas a instabilidade econômica posterior à Segunda Guerra alterou esse entendimento[55].

---

[54] *Principios Generales del Derecho Administrativo*, B. Aiers, Depalma, 1950, trad. da 3ª ed. francesa (de 1936), vol. V, p. 159.

[55] RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif Général*, cit., p. 1.165.

(b) Inimputabilidade do evento às partes: o segundo requisito consiste na independência entre o fato e a vontade das partes.

(c) Grave modificação das condições do contrato: a terceira exigência é a modificação das condições do contrato, como decorrência dos eventos imprevisíveis. Ensinam RIVERO e JEAN WALINE que "o desaparecimento do lucro do contratado, a existência de um prejuízo não são suficientes: é necessário que a gravidade e a persistência de um prejuízo excedam aquilo que o contratado podia e devia razoavelmente prever"[56]. Para haver direito à indenização, é necessário que tenha sido ultrapassado o preço limite, a margem de variação que o particular deveria ter em consideração como um risco normal e inerente à atividade desempenhada[57]. Mas também se admite que haja imposição de limites de tempo, considerando-se que as variações de preços dentro de determinados períodos, relativamente limitados, integram-se no dever de previsão do agente econômico[58]

(d) Ausência de impedimento absoluto: somente se aplica a teoria da imprevisão quando o evento superveniente não apresenta cunho de definitividade absoluta, pois isso conduziria à extinção do contrato por força maior. Não é possível que um serviço público economicamente deficitário, inviável porque incapaz de gerar resultados proveitosos, seja mantido por via da teoria da imprevisão[59].

Tal como reconhecido na jurisprudência, a teoria da imprevisão é de ordem pública e sua aplicação deverá fazer-se ainda quando o edital explicitamente determinar que o preço pactuado não é revisável[60].

Quando caracterizados os pressupostos de aplicação da teoria, a solução preferencial consistirá numa indenização pelo poder concedente em favor do concessionário. Ou seja, a solução imediata não reside na modificação da tarifa. Mas, como as partes deverão encontrar uma solução amigável a propósito, poderá resultar a elevação da tarifa. No impasse entre as partes, a fixação da indenização será atribuída ao magistrado, a quem cabe realizar uma avaliação dos resultados já obtidos pelo particular anteriormente e repartir entre as partes os efeitos dos fatos imprevisíveis. Não existem regras precisas acerca do montante da indenização. Em princípio, é usual que a indenização corresponda a 90% ou 95% dos danos extraordinários.

Ainda quando o evento caracterizador da imprevisão possa ser imputado ao Estado, o dever de indenizar recai sobre a entidade contratante, a qual não dispõe de ação de regresso para recompor seu patrimônio.

---

[56] *Droit Administratif*, cit., p. 132.

[57] LAUBADÈRE, VENEZIA e GAUDEMET, *Traitè de Droit Administratif*, cit., p. 841.

[58] DIDIER LINOTT, ACHILLE MESTRE e RAPHAËL ROMI, *Services Publics et Droit Public Economique*, Paris, Litec, 1995, 3ª ed., pp. 308-309.

[59] PIERRE DEVOLVÉ, *Droit Public de l'Économie*, Paris, Dalloz, 1998, p. 620.

[60] LAUBADÈRE, VENEZIA e GAUDEMET, *Traitè de Droit Administratif*, cit., p. 839.

4.2.1.7 TEORIA DA FORÇA MAIOR

Quando os eventos supervenientes tornarem impossível a execução da avença, o contrato será desfeito, sem sancionamento para qualquer das partes.

4.2.2 O MODELO BRASILEIRO CLÁSSICO

É interessante observar o desenvolvimento da teoria nacional acerca do tema, eis que os resultados foram bastante diferenciados e distanciados da concepção francesa. Afigura-se evidente a opção doutrinária e jurisprudencial no sentido de privilegiar o conceito de *equação* (ou *equilíbrio*) *econômico-financeiro* do contrato administrativo. Esse conceito desempenha uma espécie de função organizadora de todos os diferentes aspectos do regime de execução do contrato administrativo.

O tema foi objeto de considerações por parte de toda a doutrina, inclusive deste autor[61]. Bem por isso, pede-se licença para renovar algumas dessas manifestações.

4.2.2.1 A EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

Como regra, o contrato administrativo produz direitos e deveres para ambas as partes, em situação de correlatividade. Essa noção se encontra na origem do instituto do "equilíbrio econômico-financeiro" (também denominado de "equação econômico-financeira") do contrato administrativo. A expressão indica uma espécie de "relação" entre "encargos" e "retribuições" que o contrato administrativo gera para as partes. Significa que, em um contrato administrativo, os "encargos" correspondem (equivalem, são iguais), às "retribuições". A expressão "equilíbrio" esclarece que o conjunto dos "encargos" é a contrapartida do conjunto das "retribuições", de molde a caracterizar uma "equação".

Utilizam-se os vocábulos "encargos" e "retribuições" para esclarecer que se tomam em conta todos os ângulos jurídicos das prestações impostas às partes. Assim, o equilíbrio econômico-financeiro abrange não apenas o montante de dinheiro devido ao particular contratado, mas também o prazo estimado para o pagamento, a periodicidade dos pagamentos e qualquer outra vantagem que a

---

[61] Essas manifestações foram publicadas em periódicos especializados, ao longo dos últimos anos (*Equilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos Administrativos, a Lei nº 8.666 e o Plano Real*, ILC - Informativo Licitações e Contratos, Zênite, nº 8, outubro/1994, pp. 475-487; *Contrato Administrativo - Obra Pública - Elevação de Carga Fiscal - Equilíbrio Econômico-Financeiro*, Boletim de Licitações e Contratos, dezembro/1996, nº 12, pp. 590-596; *Limites às Alterações de Contratos Administrativos*, ILC, Informativo Licitações e Contratos, agosto/97, nº 42, pp. 605/612; *Reajuste de preços e garantias constitucionais*, ILC - Informativo de Licitações e Contratos, março/1999, nº 61, pp. 165-176).

configuração da avença possa produzir. O mesmo se passa com a questão dos "encargos".

4.2.2.2 INTANGIBILIDADE DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

Um princípio fundamental acerca dos contratos administrativos reside na intangibilidade da equação econômico-financeira. Toda doutrina refere-se à questão.[62]

É vedado alterar a relação original estabelecida entre os encargos e as vantagens produzidos pelo contrato administrativo para o particular. A intangibilidade da equação econômico-financeira abrange apenas os efeitos patrimoniais da contratação. O contratado não tem direito de opor-se à alteração unilateral do contrato, mas pode exigir que a equação econômico-financeira seja mantida inalterada.

No âmbito das concessões, o tema está disciplinado no art. 9°, § 4°, da Lei n° 8.987 (*"Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração"*).

Ressalte-se que o princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira é aplicável não só nas hipóteses de alteração unilateral do contrato. Incide ainda quando a relação original entre vantagens e encargos for afetada por eventos supervenientes imprevisíveis ou, embora previsíveis, de conseqüências incalculáveis (Lei n° 8.666, art. 65, inc. II, al. *"d"*).

O princípio da tutela à equação econômico-financeira do contrato administrativo tem sede constitucional. Relaciona-se a certos postulados assegurados pela Constituição Federal. Nessa linha, o próprio STF já firmou o seguinte:

"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 novos ônus ao concessionário, desde que a este assegure o equilíbrio financeiro, para remuneração e amortização do capital efetivamente investido (Constituição de 1946, art. 151 e parágrafo; Constituição de 1967, art. 167)"[63].

---

[62] Por todos, pode-se referir a clássica obra de CAIO TÁCITO, que se constituiu em sua tese de cátedra em 1960, *O Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público*, reproduzida em *Temas de Direito Público*, Renovar, vol. I, 1997, pp. 199-255 (texto acima já referido). Esse trabalho apresenta relevância marcante no desenvolvimento do pensamento jurídico nacional. Aliás, a CAIO TÁCITO se devem colaborações fundamentais no âmbito da disciplina do setor energético.

[63] MS 17957, RTJ 46/146. Há inúmeros outros julgados, no mesmo sentido.

4.2.2.3 AVALIAÇÃO DA QUEBRA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

A quebra do equilíbrio é um fenômeno essencialmente econômico. Consiste na alteração do resultado econômico extraível da contratação administrativa. Essa considerações implicam afirmar que a quebra do equilíbrio consiste em uma variação entre as projeções originalmente elaboradas pelas partes e a realidade verificada durante a execução do contrato.

Por decorrência, a quebra do equilíbrio somente pode ser reconhecida através de uma **comparação** entre duas realidades diversas. Uma realidade a ser considerada consiste na formulação teórica realizada pelas partes acerca da contratação. Esses dados têm de ser cotejados com as condições de efetiva execução da contratação, verificadas em momento posterior. Significa afirmar que a configuração do desequilíbrio não se faz no plano da abstração jurídica. É algo a ser examinado no âmbito concreto dos eventos econômicos.

Ademais disso, a quebra do equilíbrio não se produz através da pura e simples modificação das condições contratuais. A alteração das condições originais é requisito necessário, mas não suficiente para configuração da quebra do equilíbrio. É imperioso que essa modificação acarrete uma conseqüência, consistente na alteração dos resultados econômicos previstos originalmente.

A doutrina brasileira também reconhece que a teoria da intangibilidade da equação econômico-financeira não é aplicável em face de eventos ordinários. Abrange apenas a álea extraordinária[64]. Aplicam-se, aqui, as considerações gerais oriundas do pensamento francês.

Disso deriva que a recomposição da equação econômico-financeira somente é aplicada em face de eventos de natureza extraordinária. Os fatos que possam ser reputados como inerentes à atividade empresarial, abrangidos no risco comum e normal do negócio, não podem ser invocados pelas partes. Mais precisamente, as modificações da relação original entre encargos e benefícios produzidas por eventos ordinários não autorizam a recomposição da equação econômico-financeira original.

Usualmente, os eventos de natureza extraordinária são também imprevisíveis. A Lei n° 8.666, no art. 65, II, *d*, ampliou a conceituação para fazer incluir no conceito de extraordinariedade também os atos de efeitos previsíveis, mas com conseqüências inevitáveis e incalculáveis. Se o evento era imprevisível (ou se suas conseqüências eram incalculáveis), o particular não considerou seus efeitos na formação de sua proposta.

O conceito de imprevisibilidade também pode ser utilizado para indicar a ausência de participação da parte interessada na produção do evento danoso. Se a quebra da equação econômico-financeira derivou de conduta culposa do sujeito,

---

[64] Nesse sentido e por todos, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (*Direito Administrativo*, Atlas, 10ª ed., 1998, p. 229) e LUCIA VALLE FIGUEIREDO (*Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 3ª ed., p. 454).

não se admitirá a recomposição. Essa idéia pode ser expressa pela concepção de que a parte tem o dever de diligência de acautelar-se contra os riscos do negócio. Obviamente, esse dever refere-se aos riscos **ordinários**, inerentes à atividade e que se entranham com o seu desenvolvimento usual. Já os riscos extraordinários são precisamente aqueles imprevisíveis (ou de conseqüências inevitáveis), o que exclui a possibilidade de adoção de providências adequadas a evitá-los.

4.2.2.4 ELEMENTOS ESSENCIAIS E ACIDENTAIS

Todas as considerações conduzem à conclusão de que, ainda em face da concepção tradicional vigente entre nós, a dimensão da equação econômico-financeira apenas pode ser determinada em face do caso concreto. Não é possível formular considerações teóricas e abstratas, pretendendo abranger todas as contratações mantidas pela Administração brasileira.

É verdade que o conceito de equação econômico-financeira do contrato administrativo pode ser formulado de modo teórico. Mas a definição da equação econômico-financeira de um contrato concreto faz-se no mundo dos fatos. Os encargos e vantagens relevantes, para um contrato determinado, são aqueles efetivamente considerados pelas partes. Portanto, trata-se de algo variável em função das circunstâncias.

Quando muito, poderia dizer-se que alguns encargos e certas vantagens integram **necessariamente** toda e qualquer contratação. Assim, por exemplo, o preço a ser pago ao contratado sempre é uma vantagem que compõe a equação contratual. O mesmo se diga quanto à prestação principal imposta ao devedor.

Poderiam, então, ser diferenciados elementos **essenciais** e **acidentais** na composição da equação econômico-financeira dos contratos administrativos. Os **essenciais** sempre estarão presentes, em qualquer tipo de contrato. São as prestações principais e fundamentais, que dão identidade à relação jurídica. Mas há elementos **acidentais**, cuja presença deriva das circunstâncias ou, até, da vontade das partes. Não é possível exaurir seu elenco através de investigações lógico-abstratas, porque decorrem das circunstâncias do caso concreto. Nada impede que o contrato preveja concretamente que certos riscos correrão por conta do contratado, ao menos dentro de certas variações máximas.

Essa **acidentalidade** não significa, no entanto, **irrelevância**. Todos os elementos componentes da equação econômico-financeira são relevantes. Sua variação provoca desequilíbrio, independentemente de configurarem-se como essenciais ou acidentais.

Esse é um dos ângulos que ampliam a dificuldade do tratamento do instituto da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Existem eventos que afetam elementos essenciais e que não deixam margem a dúvidas. Assim, a inflação provoca inevitável desequilíbrio ao produzir a erosão do valor real da moeda e, com isso, reduzir a amplitude das vantagens asseguradas ao contratado.

Mas há outros ocorrências cujo efeito sobre a equação depende de circunstâncias. Essa indeterminação decorre da incerteza acerca da inclusão de determinado elemento na equação econômico-financeira da contratação. Se aquele dado se constituía em vantagem ou encargo de efetiva relevância para a contratação, então sua variação afetará o equilíbrio.

Isso não significa afirmar que somente os fatores econômicos **previstos** previamente pelas partes integrariam a equação econômico-financeira. Tese dessa ordem é desautorizada pela teoria da imprevisão, que assegura ao contratado o direito à recomposição em vista da ocorrência de fatos supervenientes imprevisíveis ou previsíveis de conseqüências incalculáveis (Lei n° 8.666, art. 65, II, al. *"d"*). Mas, em todos os casos, será obrigatório comprovar a relevância dessas circunstâncias na composição da equação.

4.2.2.5 MODALIDADES DE RECOMPOSIÇÃO DA EQUAÇÃO

A recomposição da equação econômico-financeira pode fazer-se por diferentes vias, cuja escolha depende das circunstâncias concretas. A lei brasileira não impõe alternativa determinada como solução obrigatória a ser seguida. O art. 9º, § 4º, da Lei nº 8.987 remete à discricionária escolha do Poder Concedente a determinação do meio de recomposição do equilíbrio inicial.

Em termos teóricos, o desequilíbrio da equação é produzido quando há uma variação desequilibrada entre as vantagens e desvantagens originalmente previstas. Vale dizer, o problema se produz como decorrência da redução das vantagens ou (e) ampliação das desvantagens que a contratação impunha a uma das partes.

Logo, a recomposição da equação econômico-financeira realiza-se através de providências que *"compensem"* ou *"contrabalancem"* a redução das vantagens ou (e) ampliação das desvantagens. Nessa linha e examinando questão dessa ordem, CAIO TÁCITO afirmou que *"configurada a hipótese de quebra do equilíbrio financeiro da concessão, deve o concedente adaptar, em equivalência, a receita do concessionário mediante revisão de tarifas, subvenções, regalias fiscais ou outras modalidades equivalentes"*[65].

Essas considerações são relevantes porque, de regra, a forma mais utilizada para recomposição da equação consiste na ampliação da remuneração do particular. Essa alternativa é especialmente adequada nos contratos administrativos comuns, mas não é necessariamente a única. Especialmente quando se considera a concessão de serviço público, existe situação diversa, já que a remuneração do particular deriva precipuamente da tarifa, paga pelos usuários.

[65] *Concessão de Transporte Coletivo,* em *Temas de Direito Público*, cit., vol. II, p. 1.728.

4.2.3 SÍNTESE SOBRE O MODELO BRASILEIRO DE CONCESSÃO

Como derivação das concepções acima alinhavadas, o instituto da concessão padece de uma tendência contraditória interna. Por um lado, determina-se que o desempenho da atividade outorgada far-se-ia por conta e *"risco"* do particular. Por outro, assegura-se o concessionário contra a maior parte dos eventos danosos supervenientes. Eliminam-se margens de autonomia acerca de decisões empresariais do concessionário e se lhe garante contra os eventuais insucessos.

A estreiteza do conceito de *"risco extraordinário"* produz efeitos extremamente perversos para todos os agentes envolvidos. O Estado delega ao particular a prestação do serviço mas permanece titular de competência significativa para intervir no âmbito empresarial privado. Como conseqüência, os eventuais insucessos são assumidos pelo Estado – ou melhor, pela comunidade, que arca com os efeitos da recomposição da equação econômico-financeira.

A utilização intensa do modelo da concessão pressupõe alteração dessas concepções e adoção de novas regras sobre concessões, o que significa inovações significativas já por ocasião das licitações.

4.3 OS NOVOS MODELOS E A EVOLUÇÃO DO REGIME JURÍDICO

O progresso tecnológico e as inovações experimentadas ao redor do mundo foram gerando novas perspectivas e configurações para a prestação de serviços sujeitos à competência regulatória estatal.

A grande constatação reside em que o instrumental jurídico clássico refletia modelos sócio-econômicos e políticos que não mais existem. A implantação das novas propostas tem de ser acompanhada do desenvolvimento de instrumentos jurídicos compatíveis. Essa ponderação está no núcleo da avaliação das perspectivas futuras acerca do sistema elétrico brasileiro.

A exposição adiante visará a delinear a relação entre as alterações introduzidas no âmbito sócio-econômico-político e seu reflexo do ponto de vista jurídico.

4.3.1A SUPRESSÃO DO PLANEJAMENTO CENTRALIZADO

GASPAR ARIÑO ORTIZ e LUCÍA LÓPEZ DE CASTRO puseram em destaque que a relevância da tutela à equação econômico-financeira é diretamente relacionada à ausência de autonomia do particular[66]. Não foi por acaso que o instituto da equação econômico-financeira desenvolveu-se a propósito do instituto do serviço público na França. Em nenhum outro país se

[66] *El sistema eléctrico español*..., cit., p. 238.

verificou a adoção de concepções semelhantes e tão intensas acerca da identificação entre o Estado e a prestação de serviços públicos.

Na França, a delegação de serviços públicos à gestão privada era acompanhada de regulação exaustiva, de molde a assegurar que todas as decisões empresariais essenciais estivessem sujeitas a controle político. Não se podia cogitar de uma efetiva autonomia empresarial no âmbito das atividades de serviço público. Daí derivava, como uma espécie de contrapartida, o princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo.

Sob esse enfoque, pode questionar-se a tradicional definição acerca de que o concessionário assume a gestão do serviço público por conta e risco próprios. Não havia cabimento para risco ilimitado do particular, na medida exata em que não se verificava autonomia efetiva. Ou seja, quanto maior a competência da Administração para determinar as alternativas a serem seguidas pelo particular, tanto menor será o risco dele.

Desde que o particular não dispunha de autonomia para selecionar as alternativas economicamente mais vantajosas, o próprio Estado não dispunha de condições para remeter o empreendedor privado ao próprio destino. Esse era o enfoque prevalente no Direito brasileiro, até há alguns anos. A Administração assumia toda a competência decisória, sem se aperceber de que isso importava encampar todos os riscos concomitantemente.

Enfim, somente pode haver empreendimento por conta e risco do particular quando se reconhece a liberdade dele para determinar as opções empresariais fundamentais.

Os novos modelos regulatórios dão destaque à autonomia dos particulares, preocupando-se muito mais em assegurar certos fins do que os meios para sua realização. Reconhece-se ao particular a faculdade de escolher a melhor alternativa para o desempenho da atividade, com a conseqüente atribuição da responsabilidade pelos insucessos. Tais propostas produzem uma renovação que pode afigurar-se paradoxal para quem desconhecer sua natureza. A solução regulatória propicia a ampliação da autonomia empresarial e o desaparecimento de planejamento centralizado, assegurando o poder de escolha dos agentes privados no tocante aos meios, ainda que acentuando a restrição atinente aos fins.

A regulação visa a aproximar o desempenho da atividade de interesse público a um mecanismo de mercado, de modo que liberdade e risco permeiem o regime jurídico aplicável.

Dito de outro modo, a adoção de um modelo que amplia a autonomia dos operadores do sistema energético conduz a uma nova perspectiva jurídica para proteção da equação econômico-financeira. Não é cabível garantir a esses empresários dose de liberdade que lhes assegure o poder de formular as escolhas econômicas acerca da sua atuação e, ademais disso, reconhecer que o eventual insucesso será arcado pelos cofres públicos ou pela comunidade.

Essa solução não configura incompatibilidade com a Constituição, que tutela a intangibilidade da equação econômico-financeira.

Deve ter-se em vista, tal como acima exposto, que o equilíbrio econômico-financeiro consiste em uma relação concreta, cujo perfil é determinado pelas condições efetivas da avença pactuada entre as partes. Se a outorga de uma concessão determinar como incumbência do concessionário a avaliação da solução tecnológica, os riscos ordinários deverão ser interpretados para abranger o eventual insucesso empresarial colhido pelo empresário na execução da alternativa por ele próprio escolhida. Quanto mais próximo estiver o concessionário de uma atuação em situação de mercado, tanto maiores são os riscos assumidos e tanto menor é a incidência do conceito de álea extraordinária. A garantia constitucional permanecerá aplicável, mas variará a dimensão do que se poderá reputar como *extraordinário*.

Em suma, e aqui também, verifica-se um caso de necessidade de evolução qualitativa da regulação (*re-regulation*), para afastar problemas derivados de uma herança legislativa arcaica e contraditória .

5.3.2 O DEVER DE EFICIÊNCIA DO OPERADOR PRIVADO

O instituto da concessão envolve outras considerações, especialmente em virtude da evolução tecnológica e das concepções de exploração econômica. É necessário considerar os efeitos econômicos da racionalização e aperfeiçoamento da atividade empresarial.

Um dos aspectos característicos da contemporaneidade é a intensificação da exploração econômica e o aperfeiçoamento nos métodos de organização empresarial. A evolução do conhecimento científico é orientada à obtenção de resultados econômicos, de molde a ampliar os lucros. Essas características verificam-se não apenas quanto ao objeto econômico que se constitui na atividade principal, mas também no tocante a outras oportunidades acessórias, aptas a produzir receitas qualificáveis como *não operacionais*.

Busca-se o aproveitamento aos níveis máximos das utilizações marginais propiciadas pelo objeto principal. A evolução das técnica empresariais conduz à exploração cada vez mais lucrativa das diferentes oportunidades propiciadas por uma certa atividade. Uma característica das novas concepções empresariais reside no aproveitamento de todas alternativas de rentabilidade da atividade empresarial, considerando suas diferentes facetas e a heterogeneidade com que se apresenta. Aproveitam-se utilidades acessórias, marginais, dos bens econômicos, o que propicia ampliar as fontes de receita e racionalizar as despesas[67]. Para valer-se de expressão difundida, produz-se a *otimização* da atividade, integrando-se todas as atividades potencialmente lucrativas.

---

[67] Sobre o tema, confiram-se as opiniões doutrinárias expostas em *Iniciativa Privada e Serviços Públicos*, Separata da RDP n° 98. Trata-se das atas de simpósio que reuniu alguns dos maiores administrativistas brasileiros (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO e GERALDO ATALIBA, dentre outros), com a participação de ilustres juristas estrangeiros.

O exemplo mais evidente é o da publicidade. Tornou-se economicamente relevante a utilização publicitária de espaços em bens móveis e imóveis utilizados para prestação de serviços públicos. Arrolar todas as hipóteses similares é muito difícil, eis que as variações dependem da natureza do empreendimento. Assim, a implantação de um sistema de metrô gera espaços utilizáveis comercialmente; a construção de rodovias produz a possibilidade de aproveitamento empresarial dos locais de parada de veículos; as infra-estruturas de distribuição de energia elétrica podem ser utilizadas para transmissão de sinal de TV a cabo e assim por diante.

No âmbito da empresa privada, é impressionante o ritmo de introdução de novos métodos, insumos, produtos, técnicas. A conseqüência é a ampliação dos lucros e a redução das despesas.

Essa nova mentalidade, própria da iniciativa privada, não pode ser ignorada no âmbito de concessões de serviços públicos. O rendimento econômico acessório pode adquirir dimensões extremamente relevantes. A remuneração obtida pelo prestador do serviço através dessa exploração adicional dos bens pode representar uma importante fonte de lucro. Mais do que isso, não se pode eliminar ou excluir essa alternativa como forma de beneficiar a toda a comunidade.

A consagração do instituto da concessão como instrumento de prestação de serviços públicos é norteada à realização de inúmeros objetivos. Entre eles, encontra-se não apenas a transferência para o setor privado da responsabilidade por investimentos e por eventuais perdas. Busca-se, além disso, modelar a prestação do serviço público pelas características da atividade privada. O objetivo consiste em serviços cada vez mais eficientes, com preços crescentemente reduzidos.

Dito de outro modo, a adoção da concessão busca aproveitar também as oportunidades marginais do sistema para transferir vantagens para a comunidade.

Ou seja, incumbe ao concessionário a prestação do serviço público, por conta e risco próprios. Cabe-lhe o poder (dever) de organizar os fatores da produção, arcando com as conseqüências de suas escolhas e com os efeitos de suas condutas ao longo do tempo. O concessionário tem o dever de prestar serviços adequados, com liberdade relativa de escolhas. A contrapartida do risco empresarial assumido consiste no lucro.

A eficiência e a criatividade do concessionário são vias para racionalização de despesas e ampliação de receitas. Essas perspectivas vêm sofrendo intensas modificações ao longo dos últimos anos.

A obtenção desses resultados tem de refletir-se na qualidade dos serviços e na modicidade das tarifas.

A organização empresarial imprimida pelo concessionário ao serviço público não é estranha a dita característica de otimização. O concessionário pode valer-se do objeto principal de sua atividade para explorar economicamente as oportunidades adicionais e acessórias. Tal é facultado ainda quando a exploração versar sobre atividades não relacionadas imediatamente com a prestação do

serviço público – mas é evidente que o raciocínio se aplica também (e com muito maior razão) a manifestações indiretas da atividade concedida.

A administração dos serviços concedidos se orienta à obtenção do lucro (sempre respeitadas as exigências de prestação de serviço adequado). A eficiência na gestão da concessão incrementa uma discussão relacionada ao tema da equação econômico-financeira do contrato. Trata-se de definir a titularidade do lucro produzido pela ampliação da eficiência. Garante-se ao concessionário o direito à equação econômico-financeira. A racionalidade da administração do concessionário produz ampliação de resultados positivos.

A organização empresarial da concessão envolve o surgimento de oportunidades economicamente relevantes, relacionadas indireta e acessoriamente com o serviço público concedido. Além da exploração do objeto principal, pode cogitar-se de organização econômica para obtenção de resultados econômicos derivados de outros aspectos da atividade desenvolvida.

Entre nós, a Lei n° 8.987 cuidou do tema, no art. 11, cuja redação pode despertar algumas dúvidas. Ali se estabeleceu o seguinte:

"No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vista a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei".

Parágrafo único. As fontes de receitas previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato."

O dispositivo legitima a utilização por parte do concessionário de todas as oportunidades para obtenção de receitas. Confirma-se a natureza empresarial do negócio e sua vocação para exploração econômica segundo os postulados da iniciativa privada.

Uma dificuldade tem sido apontada. Trata-se do disposto no parágrafo único do dispositivo, que pode induzir o raciocínio de que as fontes adicionais de receita teriam de ser consideradas desde logo, a partir da própria licitação, na formação dos preços do concessionário. Logo, a ausência de consideração a tais receitas, por ocasião da outorga, impediria seu aproveitamento superveniente.

Esse raciocínio não pode ser encampado. Dar essa interpretação ao parágrafo único conduziria a frustrar a própria finalidade do dispositivo. Como é sabido, o prazo longo é da inerência da concessão. A natureza do empreendimento e as dimensões dos investimentos necessários acarretam necessidade de prazos dilatados para assegurar o êxito.

Ora, é impossível avaliar de antemão todos os aspectos potencialmente exploráveis de um empreendimento. A dificuldade é ainda maior quando se considerar a evolução tecnológica, o progresso científico e as inovações

econômicas. É perfeitamente imaginável que, durante o prazo da concessão, surjam novas modalidades de exploração econômica desconhecidas por ocasião da outorga. Não haveria cabimento supor que o concessionário estaria impedido de valer-se de tais fontes de receita apenas porque não prevista no momento inicial da concessão. Isso significaria congelar o modelo de exploração econômica da concessão, impedindo suas modificações, acréscimos e melhoramentos.

Tem de reputar-se, por isso, que o parágrafo único acolhe a regra de que, **quando possível**, dever-se-ão prever desde logo todas as fontes adicionais de receita.

Não se veda, portanto, que o concessionário possa valer-se de outras fontes de receita, mesmo que não explicitamente previstas no momento inicial da concessão. Porém, tais novas fontes devem integrar a equação, eis que importam ampliação dos benefícios inicialmente considerados pelo concessionário.

Ressalte-se, ademais disso, que o poder concedente dispõe de competência para organizar suas licitações e estabelecer planos de exploração de serviços públicos compatíveis com as circunstâncias das fontes de receita adicionais.

4.4 A CONFIGURAÇÃO TARIFÁRIA

Questão nuclear a propósito da evolução da nova modelagem da prestação de serviços públicos relaciona-se com os critérios de fixação de tarifas. Existem diversas concepções acerca do tema e a compreensão do problema exige uma consideração de ordem histórica, para enquadrar as diversas alternativas em seu devido contexto[68].

Nos primórdios de sua instalação, o critério de fixação das tarifas dos serviços públicos era algo aleatório. Isso derivava da próprio estágio primitivo em que se encontrava o conhecimento acerca da formação de custos e gestão de empreendimentos complexos.

Pode destacar-se a experiência inicial norte-americana no campo dos serviços de energia elétrica, envolvendo um mecanismo conhecido em inglês como *"demand-charge rate structure"*, que foi praticado por EDISON em 1882. O preço cobrado era estabelecido em função do custo de fontes alternativas (especialmente o gás, então largamente utilizado). A energia elétrica era fornecida por valor ligeiramente inferior ao até então pago pelo usuário. *"Este sistema, inicialmente, conduzia à negociação de contratos individualizados segundo cliente ou categoria de clientes e foi fundamental no desenvolvimento do setor ao permitir*

[68] A exposição abaixa é realizada com base em TIMOTHY J. BRENNAN et allii, *A shock to the system*, cit., pp. 34 e ss.; RICHARD GREEN e MARTIN RODRIGUEZ PARDINA, *Resetting Price Controls for Privatized Utilities – a manual for regulators*, Washington, The World Bank, 1999, passim; AA.VV., *La Determinazione Autoritativa dei Prezzi nel Settore Energetico* (dir. di SABINO CASSESE), Rimini, Maggioli, passim.

benefícios substanciais em uma indústria nascente de alto risco"[69]

A alternativa mais satisfatória para a fixação das tarifas seria remeter ao preço de mercado. Isso significaria aplicação das teorias econômicas acerca de custo marginal[70].

Mas a prática de tarifas fundadas sobre o custo marginal é extremamente difícil num regime de monopólio[71]. Logo, o Estado arrogou para si faculdade de fixação das tarifas, cujos critérios passaram a ser variáveis em função dos objetivos buscados. Enquanto os serviços eram prestados pela própria entidade administrativa, a determinação da tarifa apresentava menor relevância – a insuficiência dos valores arrecadados equivaleria a uma espécie de subsídio oculto, eis que o déficit seria arcado pelos cofres públicos. A questão adquiriu contornos muito mais complexos quando adotada a alternativa da delegação da prestação a terceiros.

A experiência histórica foi produzindo diferentes modelos, sendo que os mais recentes retratam uma tendência mundial. Adiante se fará um breve relato acerca dessas diversas alternativas.

4.4.1 REGULAÇÃO DO CUSTO-DO-SERVIÇO

Em termos históricos, a consolidação da prestação dos serviços mediante concessão envolveu a utilização do modelo da tarifa pelo custo do serviço. Esse sistema é conhecido por diversas denominações. Na terminologia inglesa, é comum referir-se a ele como sistema *"cost-plus"*, *"cost-of-service"* ou *"rate of return"*.

A solução preconizada por esse modelo consiste em assegurar ao particular remuneração que permita a amortização de seus investimentos, a compensação de seus custos e a obtenção de um retorno satisfatório. Essa alternativa generalizou-se nos diferentes países, inclusive no Brasil.

Para implantar esse modelo, é indispensável determinar o **custo** do empreendimento, o que significa dificuldades derivadas de sua complexidade.

Quando a delegação versa sobre um serviço público de pequena dimensão, é relativamente simples definir os custos, o que não significa ser tarefa fácil. Já os grandes empreendimentos, envolvem uma problemática extremamente

---

[69] ORTIZ e CASTRO, *El sistema eléctrico español..., cit.,* p. 63.

[70] Como é cediço, o custo marginal corresponde ao montante necessário a produzir uma unidade a mais (ou deixar de produzir uma unidade a menos). Quando o mercado funciona sobre o critério do custo marginal, os investimentos são eficientemente alocados e incrementa-se a racionalidade do sistema. Isso se retrata em competição, de que deriva a possibilidade de obtenção de maiores vantagens para o usuário.

[71] Observe-se, de passagem, que a *Electricitè de France – EDF* sempre praticou tarifas fundadas no custo marginal, o que contribui para explicar as razões de seu inquestionável êxito.

complicada. O problema envolve não apenas a avaliação precisa dos custos, mas os próprios critérios a utilizar.

A primeira grande dificuldade relaciona-se com a determinação precisa e exaustiva dos custos. A segunda tem a ver com os investimentos necessários a se fazer para assegurar a eficiência. A terceira consiste na definição precisa dos custos efetivamente realizados pelo interessado. E o elenco não pára por aí, sendo variável conforme a natureza de cada situação concreta.

Mas um dos maiores obstáculos relaciona-se com o critério de avaliação dos investimentos. Há os defensores do custo histórico e os que pretendem adoção do custo de reposição. Os primeiros entendem que a tarifa deve considerar os investimentos realizados pelo particular tal como contabilizados, enquanto os segundos argumentam que a remuneração deve tomar por base o montante necessário à reposição do patrimônio, considerando os valores contemporâneos de mercado.

É evidente que nenhuma das duas alternativas pode ser escolhida como a mais satisfatória em termos abstratos. Ambas podem produzir profundos desvios, derivados do risco de dissociação entre os valores contábeis e os valores de mercado dos bens aplicados na concessão. Tudo depende das circunstâncias.

Se um concessionário tiver contabilizado seus ativos por valor inferior ao de mercado, a aplicação da teoria do custo de reposição conduzirá a beneficiá-lo. Afinal, obterá remuneração superior àquela que desembolsou para adquirir os bens. Ser remunerado pelo valor de mercado corresponderá a uma espécie de ágio a ser arcado pelos usuários do serviço.

Mas pode ocorrer gestão inadequada, envolvendo gastos desnecessários ou excessivos. Ou, então, podem ocorrer reduções de preços no mercado. Isso conduziria a preços históricos superiores aos de reposição. Nesse caso, se o concessionário fosse remunerado pelo preço histórico, estaria transferindo para os usuários os custos de suas decisões incorretas.

Durante largo tempo, os economistas e juristas discutiram acerca da solução mais adequada. Isso conduziu, inclusive, a esforços para ampliar os controles estatais sobre a atividade dos concessionários, para reduzir os riscos de decisões empresariais incorretas. Ocorre que a Administração dispõe de menos informações do que o empresário acerca da atividade concedida e não se encontra em condições de determinar se as opções realizadas são as mais acertadas.

Com o passar do tempo, os especialistas começaram a tomar consciência da impossibilidade de um controle efetivo acerca dos custos do particular. Por melhor estruturado que fosse o serviço estatal de fiscalização e acompanhamento, o empresário privado **sempre** dispunha de instrumentos que tornavam impenetrável o exato conhecimento das informações. Trata-se de uma característica essencial, relacionada à assimetria do mercado: o operador sempre dispõe de informações mais precisas e melhores do que o fiscal. Em economia, denomina-se o fenômeno de *"assimetria de informações"*.

Ademais, verificava-se sempre o problema da dissociação temporal entre a tarifa e a evolução dos custos do particular. Costuma-se denominar isso de *lapso regulatório* (*regulatory lag*). O tempo necessário à intervenção do poder concedente não acompanha a evolução dinâmica da atividade do concessionário.

Enfim, havia duas alternativas igualmente indesejáveis. Uma consistia na incapacidade de o poder concedente determinar o custo efetivo e real da atividade concedida. Sempre havia o risco de que o particular estivesse embolsando margens de lucratividade superiores àquelas que formalmente lhe tinham sido asseguradas.

Mas, ainda quando fosse possível tal determinação, o resultado seria paradoxal: fixar a tarifa apta a cobrir exatamente os custos não significa determinar a menor tarifa possível. A única garantia é que o consumidor estará arcando precisamente com os custos do concessionário. Não existe qualquer mecanismo que assegure a ampliação da eficiência, a redução de custos ou a obtenção do melhor resultado possível.

A Economia constatou, então, que a tarifa pelo sistema do custo do serviço tende a incentivar a ineficiência e a transferir para o consumidor todas as conseqüências danosas derivadas da atuação insatisfatória do concessionário. Diante da ausência de alternativa em virtude do monopólio e da essencialidade do serviço público, o usuário paga a fatura que lhe é apresentada. Não há possibilidade de interferir sobre a estrutura empresarial do concessionário para verificar se os custos são os menores possíveis.

Isso foi transformando as tarifas de serviços públicos numa espécie de *caixa preta*, cuja composição era totalmente obscura e impossível de ser revelada. Era usual, mesmo, uma espécie de associação entre concessionário e poder concedente, em que a tarifa passava a subsidiar as mais diversas atividades governamentais.

A definição acerca dos custos foi-se tornando cada vez mais imprecisa, sem que risco algum de insucesso pudesse recair sobre os operadores, por menos capazes que se afigurassem. O que não poderia ocorrer era a interrupção na prestação do serviço.

4.4.2 TENTATIVAS DE CORREÇÃO DOS PROBLEMAS DA TARIFA PELO CUSTO

Uma solução que passou a ser implementada foi a da *"standardização"* dos custos. A Espanha, antes da reforma do sistema elétrico de 1994, por exemplo, estabeleceu modalidades de *presunção* dos valores necessários à cobertura dos custos. Esse tipo de presunção dispensava a Administração da problemática tarefa de apurar os valores reais. Por outro lado, produzia um efeito interessante, consistente em incentivar a redução dos custos. Se o concessionário obtivesse uma otimização de seus serviços, de modo a atingir custos inferiores aos constantes das pautas adotadas pela Administração, então passaria a obter um lucro adicional.

Situações equivalente poderiam ser apontadas a propósito de práticas similares, relacionadas com a eleição de padrões de comparação para fixação de custos. Esses procedimentos, conhecidos como *"yardstick* (ou *benchmark*) *regulation"*, começaram a ser cogitados como forma de constranger o concessionário a obter as soluções de maior nível de eficiência.

4.4.3 O MODELO RPI – X

Essas diversas alternativas foram organizadas no modelo implantado por ocasião da privatização do sistema elétrico inglês. A fórmula utilizada para reajustes (*"Retail Price Index minus X"* - algo como "Índice de Preços no Varejo menos X") passou a ser utilizada para indicar essa solução. O modelo também é conhecido como *"price-cap"*, *"slinding-scale"* ou *"shared-savings regulation"*. Seu funcionamento abrange diferentes providências, tal como adiante descritas.

O órgão competente fixa uma tarifa inicial, cujo montante presume-se adequado para cobrir os custos. Essa tarifa inicial pode resultar de pesquisas mais ou menos detalhadas. Prevê-se, desde logo e para data futura, um reajuste vinculado a determinado índice, mas sujeito a uma redução determinada (usualmente, uma porcentagem).

Isso produz dois efeitos fundamentais. O primeiro significa que o concessionário tem conhecimento de que, se não incrementar sua eficiência, sofrerá uma redução nas expectativas de receita. É que, no reajuste previsto para alguns anos depois, haverá a indexação a um índice de preços, mas com a redução desde logo estabelecida. Em outras palavras, o valor real da tarifa sofrerá uma redução, em virtude da aplicação do deflator. Isso significa um incentivo necessário à elevação da produtividade e dos níveis de eficiência.

Mas há outro ângulo, de extrema relevância. É que os ganhos de eficiência serão apropriados pelo concessionário até a data do reajuste e na medida em que ultrapassem o deflator. Suponha-se que o concessionário reduza seus custos em valores reais em 10% ao final do primeiro ano e mantenha seus custos nesse patamar por cinco anos. Ao final do qüinqüênio, aplica-se o reajuste, com um deflator de 8%. Isso significa que o concessionário incorporou ao seu patrimônio o lucro de 10% por quatro anos e, depois, teve um ganho de 2%.

Portanto, quanto maior for a eficiência do operador, tanto maior será seu lucro. Se, porém, o sujeito mantiver a mesma eficiência anterior, o resultado será a sujeição a um prejuízo.

Poderia argumentar-se *contra* a ampliação da taxa de retorno obtida pelo particular. Dir-se-ia que os ganhos de eficiência deveriam refletir-se na redução das tarifas, de modo que os usuários seriam os únicos beneficiários desse esforço. O raciocínio até pode ser atraente em uma primeira aproximação, mas logo se revela indefensável.

É que a determinação de que todo ganho de eficiência seria repassado aos consumidores significaria a irrelevância na obtenção do ganho para operador. Se

nenhum benefício lhe trouxesse a redução dos custos, o operador não realizaria esforço algum nesse sentido. Nesse ponto, revela-se uma nova configuração para a aplicação do princípio da intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro, tal como delineado no Brasil.

IV.3.3 A AMPLIAÇÃO DOS RISCOS DO CONCESSIONÁRIO

Cogita-se, então, de um sistema de tarifas prevendo a variabilidade da remuneração assegurada ao particular, o que importa profunda alteração na sistemática até agora vigente no Brasil. Mais precisamente, produz alterações no modo de considerar a equação econômico-financeira.

No modelo tradicional, a garantia da equação econômico-financeira significaria a estrita e permanente vinculação da tarifa aos custos estimados para prestação do serviço. Talvez até se possa afirmar que o desenvolvimento do instituto da equação econômico-financeira, tal como se deu no Brasil, vinculou-se estritamente à idéia de tarifa pelo custo do serviço.

Isso significava que a estimativa realizada pelo particular acerca de encargos e vantagens era um retrato da remuneração pelo custo. O particular tinha garantia de que essa projeção para o futuro seria assegurada, nos termos precisos em que antecipadamente realizada. Isso significava que a própria implantação do projeto deveria acompanhar a equação originalmente estabelecida. A cada momento em que pretendesse examinar o desenvolvimento do contrato, a relação entre encargos e vantagens deveria retratar a equação originalmente prevista. Sequer seria cabível apontar que a equação deveria ser avaliada ao final do período contratual, para determinar se o particular não lograra obter vantagens através de outras vias (ou em outro ritmo), que não aquelas previstas por ocasião da formulação proposta.

A previsão de um deflator no índice de reajuste representaria uma espécie de heresia, no âmbito das concepções tradicionalmente praticadas no Brasil. Até existiram experiências no passado, em que se previa um famoso *"fator K"*, destinado a reduzir o repasse da inflação para os preços contratuais. Essas tentativas foram repudiadas pela doutrina e pela jurisprudência, sob o preciso fundamento de ofensa à intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo.

Mas não é isso que se pretende defender. Cogita-se é de uma nova sistemática de concessão, em que a previsão da existência de um *"deflator"* reflete apenas um dos ângulos do problema. Amplia-se a autonomia do concessionário e desde logo se reconhece caber a ele a titularidade do risco (de êxito ou insucesso). A existência do deflator é prevista desde o momento inicial da outorga e se relaciona com a perspectiva da obtenção pelo concessionário de ganhos adicionais, não integrados na equação original. Mais do que isso, está-se diante de contratações de longo prazo, em que um dos deveres do agente privado reside em **ampliar** a eficiência do sistema. A aplicação do deflator é a via para transferir para toda a comunidade os benefícios obtidos pelo empresário.

Aplica-se o deflator porque o concessionário ampliou suas receitas além daquilo originalmente previsto. Não seria justificável que embolsasse todos os ganhos. Mais do que isso, prevê-se a obrigatoriedade de o concessionário ampliar as receitas, através da exploração mais racional e eficiente da atividade concedida.

Portanto, o *deflator "X"* não se confunde com o antigo *fator "K"* porque não traduz uma arbitrária redução da receita do particular, mas o resultado do adimplemento do dever de prestar os melhores serviços pelos menores preços. Mais precisamente, a nova alternativa não importa *redução* da remuneração do concessionário, mas transferência para a comunidade de uma parte dos benefícios auferidos por aquele.

Por isso, a inovação deve ser admitida como válida na medida em que não seja uma medida isolada, destinada apenas a promover a redução da remuneração do concessionário. Seria juridicamente impossível estabelecer regra dessa ordem, **a não ser que, simultaneamente, fosse assegurada a apropriação de variações de lucro**.

As duas previsões são indissociavelmente relacionadas. Seria inconstitucional determinar a deflação, isoladamente. Mas também seria inválido autorizar o particular a embolsar lucros superiores ao montante estimado previamente.

Ou seja, numa concessão tradicional e clássica, o mecanismo seria diverso. Se o sujeito tivesse estimado determinada margem de lucratividade, a obtenção de resultados mais favoráveis (derivados da redução de custos) conduziria à redução da tarifa. Se os custos fossem mais elevados, haveria a elevação da tarifa. Em suma, o risco de prejuízo **ou lucro** eram minorados e reduzidos.

Aliás, e como visto, a justificativa da consagração do princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira deriva precisamente da vontade de reduzir ao mínimo os riscos.

Sob esse ângulo, esse novo modelo consagra o risco como inerente à concessão. Essa solução apenas poderia ser adotada na medida em que o risco fosse estabelecido para ambas as partes. Logo, não é possível determinar que somente o Estado ou apenas o concessionário arcará com riscos. A situação é bilateral e recíproca, tal como o era o regime tradicional anteriormente vigente. Apenas que, no sistema anterior, eliminava-se a variação do lucro ou do prejuízo. No novo modelo, o particular está sujeito a ambos.

4.3.4 A CONCEPÇÃO DINÂMICA DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

Outra modificação marcante relaciona-se com a introdução de regras para assegurar a dinamicidade da equação econômico-financeira.

O poder concedente é titular da competência para ordenar as tarifas, assegurando o princípio da modicidade. Periodicamente, o Estado deve revisar as

condições de desempenho do concessionário, apurando a dimensão dos ganhos de eficiência realizados durante o período anterior e promovendo a transferência para as tarifas das vantagens alcançadas pelo concessionário. Consagra-se que um resultado-meio (eficiência introduzida pelo concessionário) seja transformado em um resultado-fim (redução das tarifas).

Numa concepção tradicional, seria inviável o poder concedente alterar a composição das tarifas, eis que tal seria protegido pela concepção da intangibilidade da equação econômico-financeira. A distinção entre cláusulas regulamentares e econômicas impede a intervenção estatal no tocante às últimas.

O novo modelo consagra outras concepções, que escapam aos padrões conhecidos. A possibilidade de intervir sobre o conteúdo da composição tarifária tem uma contrapartida para o concessionário: o direito de apropriar-se dos ganhos de eficiência ao longo de cinco anos.

Ou seja, a concepção tradicional de concessão excluiria intervenções periódicas do poder concedente sobre a composição tarifária. Mas também eliminaria a possibilidade de que o particular embolsar ganhos de eficiência. Numa concessão estruturada segundo os padrões usuais, haveria impedimento a ambas as previsões, excluídas conjuntamente em virtude dos mesmo postulados jurídicos.

Também aqui há uma forma de contrapartida ou integração recíproca, em que vantagens especiais outorgadas ao concessionário são contrabalanças por benefícios peculiares atribuídos à Administração. A excepcionalidade da solução que traduz um encargo para o concessionário é contrabalançada pela igualmente excepcional vantagem prevista a seu favor.

Assim colocada a questão, surgem inúmeros problemas a considerar. O primeiro relaciona-se com a compatibilização do princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira com a revisão ordinária. Se o sujeito privado assumiu uma concessão, isso significa que uma certa relação entre encargos e vantagens foi a ele garantida. Essa garantia poderia ser invocada para impedir a redução da tarifa. Logo, alguém poderia invocar as construções doutrinárias e jurisprudenciais acerca da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro como forma de afastar as providências inerentes à revisão ordinária.

Mas o raciocínio apenas procederia na medida em que a relação original entre encargos e vantagens não tivesse sido alterada. Em última análise, a redução da tarifa apenas representaria prejuízo para o concessionário na medida em que ele não tivesse obtido qualquer ampliação outra de suas vantagens nem diminuição de seus encargos. Se o sujeito embolsou os ganhos de eficiência no período anterior à revisão ordinária, não pode opor-se à redução da tarifa ou à modificação de condições da prestação. A redução da tarifa é **conseqüência** dos benefícios auferidos pelo sujeito, ao longo da concessão – talvez, em termos até mais precisos, é a conseqüência da **possibilidade** de auferir lucros além dos previamente estimáveis.

Sob um certo ângulo, a revisão tarifária é um meio de assegurar precisamente o princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira, na medida em que seria inconstitucional que o particular integrasse a seu patrimônio vantagens outras além daquelas previstas originalmente.

Portanto, não há qualquer violação a garantias constitucionais quando se promover redução de vantagens inicialmente asseguradas ao concessionário. Isso será conseqüência da obtenção por ele de outras vantagens ou redução de encargos inicialmente estimados.

Suponha-se, porém, que o particular não tenha obtido qualquer tipo de vantagem ou benefício. Ao longo do tempo, não logrou atingir resultados mais satisfatórios. Inexistiram ganhos de eficiência.

Em tal hipótese, duas alternativas se abrirão para a Administração, a depender dos motivos apurados.

A ausência de ganhos de eficiência pode simplesmente retratar as condições efetivas do empreendimento. Pode supor-se que, naquela concessão em específico, a ampliação da eficiência era impossível. Logo, os resultados obtidos pelo concessionário retrataram aquilo que de melhor podia alcançar. Em tal situação, nenhuma redução tarifária poderá ser cogitada. Essa é uma garantia constitucional que permanece aplicável. Ou seja, não há redução de tarifa porque não houve ampliação de vantagens.

Suponha-se, no entanto, que seja verificada a ausência de eficiência. O particular deixou de incrementar a qualidade do empreendimento, perdeu oportunidades de realizar bons negócios e assim por diante. Enfim, seus resultados e padrões são inferiores aos adequados. Em tal hipótese, a alternativa é a caducidade da concessão. O particular deve ser afastado, eis que descumpriu um dever essencial. Não pode argumentar que o prejuízo é exclusivamente próprio, uma questão privada. A ausência de ganho de eficiência impede o benefício geral da comunidade, eis que constrange à manutenção das tarifas nos padrões anteriores. O sistema se orienta à redução tarifária, porque esse é um objetivo constitucionalmente inafastável.

A avaliação da gestão ineficiente pode conjugar diferentes critérios, mas todos deverão ser comprováveis objetivamente. O ideal seria a utilização de parâmetros técnico-científicos, mas nem sempre é possível essa solução. Seria até imaginável a aplicação, como presunção relativa, de comparações com empresas em situação semelhante. A ausência de desempenho equivalente produziria para a empresa menos exitosa o dever de justificar os motivos da situação, sob pena de presumir-se que tal derivou da gestão ineficiente.

Mas não se pode utilizar a oportunidade da revisão para reduzir tarifas a título punitivo. Se o concessionário não teve resultados adequados, isso conduz a conseqüências jurídicas outras. Poderá dar-se a punição, seja pela via da imposição de multas ou da decretação da caducidade. Mas a redução tarifária não está no elenco de sanções imponíveis.

Como dito acima, a idéia de tarifa pelo custo do serviço conduzia à necessidade de permanente avaliação da relação entre encargos e despesas, para assegurar a identidade da equação ao longo do tempo. A adoção de tarifa pelo preço introduz um outro enfoque para o tema. A equação passa a ser considerada como uma relação dinâmica, que comporta variações constantes de encargos e vantagens. A previsão inicial, formulada por ocasião da proposta, envolve uma estimativa genérica que deverá presidir a relação jurídica em seu todo. O resultado final deverá acompanhar as previsões, mas sem imposição da necessidade de compatibilidade exata e precisa, ao longo de cada exato momento da concessão.

Assim e para exemplificar, considere-se a situação de competição entre diferentes agentes. Não seria possível imaginar que as variações de preço, inevitáveis em função da concorrência instalada, seriam acompanhadas de uma variação correspondente e automática de encargos. Até se poderia admitir que o poder concedente fosse chamado a intervir em situações anômalas e extraordinárias, mas a equação inicial seria objeto de variações permanentes e insuscetíveis de supressão.

Essa solução é compatível com a concepção de um serviço público prestado em condições de autonomia gerencial maior, com remuneração permeada pelos princípios do preço de mercado ou do custo marginal.

4.3.4 A ALTERAÇÃO DA EXTENSÃO DOS CONCEITO DE EXTRAORDINARIEDADE

Mas os conceitos de *"risco ordinário"* e *"extraordinário"* têm de ser adaptados à dimensão da autonomia do concessionário. A redução dos controles estatais acerca das práticas empresariais e das opções do concessionário acarreta a ampliação do conceito de *"álea ordinária"*. A identificação concreta dos limites entre *"álea ordinária e extraordinária"* não pode ser produzida através da mera leitura do texto legal. Os conceitos são formulados em termos abstratos, mas a identificação em face do caso concreto depende das circunstâncias econômicas. Mais precisamente, a dimensão da autonomia privada determina o enquadramento em cada uma das categorias. Ampliando-se a autonomia privada também se aumenta a abrangência da álea ordinária.

Lembre-se, sempre, que a ampliação da álea ordinária significa não apenas um efeito quanto aos eventuais prejuízos, mas também quanto aos lucros potenciais.

conduz à configuração de uma relação econômico-financeira de cunho dinâmico.

4.4 A CONSTITUIÇÃO E OS NOVOS MODELOS

Sempre surge a indagação acerca da constitucionalidade dessa sistemática de tratamento de tarifas e de uma concepção dinâmica para a equação econômico-financeira.

Deve ter-se em mente, em primeiro lugar, que essa alternativa se orienta a assegurar a redução das tarifas e a transferência para os usuários dos benefícios derivados da criatividade empresarial. Essa é uma imposição constitucional.

Em segundo lugar, a adoção desse sistema não importa supressão parcial ou unilateral das garantias atinentes à imutabilidade da equação econômico-financeira. As modificações não consistem na eliminação de garantias asseguradas aos concessionários, mantendo-se deveres ou encargos. A inovação se caracteriza pela bilateralidade das modificações, no sentido de que a redução de riscos de perdas foi acompanhada do reconhecimento da legitimidade de ganhos.

Em outros termos, o novo modelo significa incrementar a idéia de que a concessão é uma exploração sob **risco** do particular.

Enfim, não se admitem condutas abusivas da Administração Pública, nem que o patrimônio privado seja usurpado para assegurar vantagens à coletividade. As perdas eventualmente sofridas pelos concessionários derivarão do risco ordinário do negócio.

Em terceiro lugar, esse modelo tem de ser implantado por via contratual., ressalvando o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Os interessados devem ter ciência prévia das condições estabelecidas e aderir espontaneamente a participação em modelo contratual que introduzia inovações em face das concepções clássicas. Não é possível inovar concessões atribuídas sob a ótica de concepções anteriores.

5. AS INOVAÇÕES NO PLANO DAS LICITAÇÕES

As considerações acima permeiam as propostas acerca de inovações no âmbito das licitações para concessões. Isso envolve não apenas modificações no tocante às condições determinadas nos editais, mas referem-se à própria concepção do ato convocatório e o modelo de relacionamento poder concedente – concessionário-comunidade.

5.1 MODIFICAÇÕES QUANTO À ELABORAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO

É fundamental implantar uma concepção democrática a propósito da elaboração do ato convocatório.

Isso significa que a outorga da concessão reflete uma decisão da comunidade, cujos efeitos são relevantes para todas as partes envolvidas. Não se trata de uma manifestação arbitrária de poder político. Mais do que isso, não há sentido em manter as concepções tradicionalmente vigentes, em que a elaboração das condições da licitação é exercitada pelo Estado como uma manifestação de um poder incontroverso.

O Estado necessita da colaboração dos particulares – não apenas para prestação dos serviços públicos, mas também para definir as melhores condições para tal. Isso significa ausência de vedação à colaboração de representantes da comunidade e da própria iniciativa privada.

Ao invés de elaborar o ato convocatório em sigilo, muito mais adequado é obter informações e colocar em discussão pública as diferentes alternativas e opções.

Produzir uma licitação não significa editar atos *"contra"* a comunidade ou a livre iniciativa. No entanto, essa parece ter sido a mentalidade vigente até o presente entre nós.

5.2 MODIFICAÇÕES NO TOCANTE ÀS CONDIÇÕES CONTIDAS NO ATO CONVOCATÓRIO

De idêntica relevância se revestem as inovações a propósito das condições da disputa. A principal inovação a adotar consiste na alteração da concepção tradicionalmente vigente a propósito das licitações. A outorga de uma concessão não se confunde com a realização de contrato administrativo para executar uma obra. A concessão consiste em um empreendimento, a desenvolver-se segundo o interesse público mas sob responsabilidade (e risco) do particular.

5.2.1 A IMPOSSIBILIDADE DE IMUTABILIDADE

Deve ter-se em mente que a concessão envolve, por natureza, a mutabilidade das cláusulas de serviço. A modificação das condições de prestação do serviço é previsível, especialmente considerando contratos de prazo longo. Isso deriva da rapidez das inovações tecnológicas e do ritmo das mudança sociais. Logo e ao contrário do que se passa nas contratações administrativas da Lei n° 8.666, deve prever-se a modificação das condições contratuais como algo previsível, normal e desejável.

Isso produz reflexos não apenas no tocante às condições contratuais propriamente ditas, mas se projeto para o plano da própria licitação. Afinal, pode estimar-se que a disputa por ocasião da licitação não refletirá necessariamente as circunstâncias em que o contrato será executado. É imperioso conceber a licitação como uma avaliação não apenas das melhores condições para executar a atividade tal como concebida por ocasião do certame, mas também para adequar-se a novas realidades técnicas.

5.2.2 A LUCRATIVIDADE ATRAVÉS DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

A licitação deve refletir a concepção de que o resultado visado não consiste na execução de uma obra ou serviço específico, mas o desenvolvimento de atividades empresariais ao longo do tempo. Por isso, todas as exigências de participação têm de voltar-se a isso, inclusive considerando as características do empreendimento realizado.

Logo, incumbe ao ato convocatório verificar as condições do licitante implantar um empreendimento satisfatório, ao longo do tempo. Não se trata de avaliar a condição do interessado de executar todas as atividades necessárias num espaço concentrado de tempo.

Um exemplo permite apreender o desvio de óptica usualmente ocorrido. Ao determinar requisitos de qualificação econômico-financeira, os editais de licitação têm estabelecido exigências de capital social ou patrimônio líquido mínimos calculados sobre o montante total e integral dos desembolsos que deverão ocorrer ao longo da concessão. Ocorre que grande parte desses desembolsos será custeado pelas tarifas. Ou seja, o valor total dos desembolsos necessários ao empreendimento da concessão não reflete o montante de recursos com os quais deverá arcar o concessionário. Ora, pode exigir-se do particular apenas a comprovação da disponibilidade de recursos para implantação das primeiras etapas da concessão. Exigências de longo prazo (dez ou vinte anos) não podem constituir-se em obstáculo à participação de um licitante, eis que qualquer que venha a ser o vencedor, estará ele em condições de executar tais prestações depois de implantado o empreendimento.

5.2.3 A AUTONOMIA NO TOCANTE A DECISÕES EMPRESARIAIS

A licitação deve propiciar a oportunidade para propostas alternativas acerca da concepção de solução para o problema da prestação dos serviços. O futuro concessionário tem de assumir o dever de prestação satisfatória do serviço público, sendo-lhe assegurada a mais ampla margem de autonomia no tocante a decisões técnicas e econômicas. Quando a Administração restringe essa autonomia, inclusive ao delinear de antemão um certo modelo para prestação dos serviços, o efeito é a redução da responsabilidade do particular pelos resultados. Quanto menor a autonomia do particular, tanto mais reduzida será a amplitude do conceito de “risco extraordinário” e tanto maiores serão os encargos públicos.

5.2.4 CONTROLE SOCIAL DO CERTAME

Tem de prever-se, ademais, que o desenvolvimento do certame far-se-á sob a permanente fiscalização e acompanhamento de entidades da sociedade civil. Os usuários e cidadãos não podem ser objeto de um discurso abstrato, em que não lhes cabe existência ou papel concretos.

5.2.5 ELIMINAÇÃO DA CONCEPÇÃO “GINCANISTA” DE LICITAÇÃO

A licitação não pode ser instrumentalizada como um fim em si mesma. Não se pode conceber que o vencedor seja não aquele em condições de prestar o melhor serviço, mas o mais hábil em cumprir exigências inúteis previstas em um edital.

O ato convocatório deve eliminar as exigências desnecessárias e inúteis, incumbindo à autoridade que o emitir justificar cabalmente todas as imposições ali previstas.

Mais do que isso, o ato convocatório deve distinguir os vícios irrelevantes das nulidades relativas e nulidades absolutas, inclusive com a previsão de soluções alternativas para eventuais defeitos incorridos pelos particulares. Independentemente da necessidade de modificação das regras acerca de licitações, pode disciplinar-se no corpo do ato convocatório um conjunto de regras acerca das soluções para saneamento de defeitos (formais ou materiais) verificados nas diversas propostas. A desclassificação da proposta deve ser tratada como alternativa menos desejável possível, sendo reservada apenas para hipóteses de vícios irremediáveis.

5.3 MODIFICAÇÕES NO TOCANTE ÀS CONDIÇÕES CONTRATUAIS

Mas a licitação tem de ser inovada também no tocante à avaliação das condições contratuais. Ou seja, a licitação deve refletir a introdução dessas cláusulas.

5.3.1 INTRODUÇÃO DE CONTROLES DE RESULTADO

O controle estatal sobre as atividades empresariais deve manter-se permanentemente. No entanto, deve exigir-se do concessionário o cumprimento de metas relacionadas com a ampliação da qualidade do serviço e da redução dos custos.

5.3.2 CONSAGRAÇÃO DE AUTONOMIA PARA OBTENÇÃO DE FONTES DE RECURSOS

Os concessionários não podem ser constrangidos a identificar, de antemão, todas as fontes de recursos necessários à realização dos encargos assumidos. É perfeitamente possível que novos formas de exploração econômica surjam. A ausência de explicitação antecipada não pode implicar em vedação a seu aproveitamento.

5.3.3 CONSAGRAÇÃO DE CONCEPÇÕES DINÂMICAS DA EQUAÇÃO

Seja no tocante aos critérios de fixação de tarifas, seja quanto aos direitos e garantias do concessionário, é necessário prever concepções dinâmicas para a equação econômico-financeira. Em princípio, assegura-se ao particular o desempenho de uma certa atividade, com perspectivas de obtenção de lucratividade. Mas isso não pode importar supressão de autonomia ou de riscos, inclusive de eventuais e temporários desequilíbrios. A equação tem de apurar-se como avaliação ao longo do tempo das condições e obtenção de resultados ao final do prazo da concessão. Não é possível determinar que as exatas condições existentes no momento da licitação serão mantidas inalteradas ao longo do tempo.

Em última análise, deve impor-se ao concessionário um dever de ampliar a qualidade e de promover a redução de custos, de molde a possibilitar a transferência de benefícios para os usuários. Isso pode significar a adoção de novos critérios de fixação (e reajuste) de tarifas, atribuindo aos concessionários parcelas de riscos muito superiores aos padrões vigentes presentemente.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

FILHO, Marçal Justen. Algumas Considerações Acerca das Licitações em Matéria de Concessão de Serviços Públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1, fevereiro, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Informação não disponível.