

ISSN 1127-8579

Publicato dal 28/01/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/28859-a-concess-o-de-servi-o-p-blico-come-um-instrumento-de-reorganiza-o-estatal>

Autore: Alan Rodrigo Bicalho

A concessão de serviço público como um instrumento de reorganização estatal

A CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO COMO UM INSTRUMENTO DE REORGANIZAÇÃO ESTATAL

*ÁLAN RODRIGO BICALHO**

RESUMO:

O presente trabalho analisa as reais condições que a Administração Pública tem de prestar serviços públicos com eficiência diante da realidade econômica financeira. Inicialmente, estuda-se o serviço público buscando compreendê-lo desde o seu surgimento até a sua efetiva prestação. A realidade econômica nacional e das gestões administrativas públicas impedem a prestação de um serviço eficiente, tornando-se necessária a abertura de tais atividades à iniciativa privada, sem renunciar, é claro, às condições de imperativo e segurança nacional. A prestação indireta de serviço público possui várias modalidades, entretanto, a que aqui é abordada é a das concessões, uma vez que este instituto torna-se tão comum em nosso cotidiano e por correspondem elas a uma forma que o Estado encontrou de se reorganizar, possibilitando uma prestação eficiente de tais serviços. Mais do que isto, as concessões correspondem a uma oportunidade que o Estado tem de se reestruturar, uma vez que ao final do contrato todos os bens e benfeitorias das concessionárias são revertidos ao patrimônio público.

Palavras-chave: Administração Pública, Serviço Público, Concessões,

ABSTRACT:

This study examines the actual conditions that the Government has to provide public services with economic efficiency in the face of financial reality. Initially, studies are seeking the public understands it since its creation until its effective delivery. The reality of national economic management and public administrative preclude the provision of an efficient service, making it necessary to open these activities to private initiative, without losing, of course, the conditions of need and national security. The indirect provision of public service has several methods, however, that this is addressed is that of concessions, since this institution becomes so common in our daily life and are they a way that the state met to reorganize, enabling an efficient delivery of such services. More than that, the concessions are a chance that the state has to restructure, since the end of the contract goods and all improvements revert to the concessionaires are public property.

Keywords: Public Administration, Public Service, Concession,

* Mestrando do Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR – Universidade de Marília – SP – Brasil, Professor Universitário.

SUMÁRIO

1 Introdução; 2 O serviço público; 3 Generalidades; 4 A administração indireta; 5 As concessões de serviços públicos; 6 Conclusão; 7 Bibliografia.

1 - INTRODUÇÃO

Grandes são as dificuldades enfrentadas hoje pelas Administrações Públicas, a má gestão da coisa pública passou a ser regra e não exceção. Os atores pautam suas condutas em atitudes que ferem a probidade administrativa e este desvio de conduta incentivado pela morosidade no órgão responsável em penalizar referidas faltas, o qual seja o Poder Judiciário.

Independente da má gestão administrativa, o fato é que serviços públicos eficientes necessitam ser prestados aos administrados, uma vez que estes serviços, em sua maioria, são considerados essenciais, no entanto, não é isto que se verifica na prática.

A realidade brasileira não só é composta de serviços mal prestados, de receitas mal geridas, mas também de um patrimônio totalmente sucateado o que só vem agravar ainda mais o terrível quadro nacional.

Visando suprir sua ineficiência, o Estado vem e vale-se das parcerias público-privadas, instituto este que permite a participação da iniciativa privada na prestação de serviços públicos mediante autorização, permissão ou concessão.

Assim sendo, passa-se ao estudo deste contexto a fim de compreender o porque esta é uma alternativa muito positiva e vantajosa para o Estado.

2 - O SERVIÇO PÚBLICO

A figura do Estado surge a partir do momento em que uma reunião de indivíduos, que abriram mão de parte de sua liberdade, que até então era plena, a fim de que pudessem viabilizar o surgimento de um ente que os organizasse e os protegesse.

Portanto, a figura do Estado surge em virtude de algumas necessidades que os indivíduos por si só não conseguiam satisfazer, assim nota-se que a razão existencial do Estado está diretamente ligada à prestação de serviços aos indivíduos que o integram, ou seja, o fim a que ele se destina é a prestação de serviços públicos.

O Art. 175 da Constituição Brasileira expressamente disciplina que: 'incube o poder público, na forma da lei, a prestação de serviços públicos'. Compreendida a finalidade do Estado, surge uma nova questão a ser trabalhada: compreender o que é e quais são os serviços tidos como públicos, pois o Estado existe para amparar os seus, bem como fomentar meios para que eles possam prover o próprio sustento.

Mediante uma simples análise, é possível afirmar que serviço público é toda e qualquer atividade em que o Poder Público esteja presente, seja executando o serviço ou sendo o destinatário do serviço executado.

No sentido jurídico, o conceito de serviço público varia conforme o critério adotado: formal, material e orgânico. No primeiro, serviço público é toda atividade que esteja submetida a normas de direito público; no segundo, é toda atividade que atende aos interesses ou às necessidades da coletividade e, no terceiro, é toda atividade prestada pelo Estado.

Efetivamente, todos esses conceitos estão incompletos, isso porque o serviço público pode existir para atender aos interesses do próprio ente público, ou seja,

desenvolvimento de atividades da sua própria manutenção, neste sentido Hely Lopes Meirelles¹ concluiu que:

Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello², serviço público é:

Toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Assim, tem-se que serviço público é toda atividade desempenhada pelo Estado, seja direta ou indiretamente, que tem por objetivo satisfazer as necessidades da coletividade, dos indivíduos e do próprio Estado, em conformidade com os dispositivos legais.

Por essa característica peculiar, o serviço público possui um regime jurídico próprio, portanto, mais do que conformidade legal, os serviços públicos possuem princípios que têm origem no Direito Administrativo, tais princípios são: continuidade, mutabilidade do regime jurídico, igualdade dos usuários, eficiência e cortesia.

O serviço público tem como uma de suas características mais importantes a continuidade, ou seja, a prestação do serviço deve ocorrer de forma contínua sem qualquer interrupção, portanto, como afirma Edmir Netto de Araújo³, continuidade é o mesmo que regularidade e é por isso que o serviço deve estar disponível quando acionado.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 329.

² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 342.

³ ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 107.

O autor acima citado é muito feliz ao se reportar a José Cretella Júnior⁴ ao falar sobre a prestação de serviço público; ele afirma que o serviço público só pode ser instituído se, concretamente, houver interesse público.

Seguindo a orientação da supremacia do interesse da coletividade, a mutabilidade do regime jurídico surge como mais um princípio do serviço público, ou seja, o contrato de prestação de serviço público pode ser alterado e até rescindido unilateralmente pelo ente público a fim de que o referido interesse seja respeitado e salvaguardado. Todavia, tal fato não exclui a obrigação de indenizar a parte contrária.

O princípio da igualdade consiste no tratamento igualitário, por parte do prestador do serviço, aos usuários dos serviços públicos, ou seja, deve este oferecer um tratamento isonômico. Já o da eficiência consiste na qualidade dos serviços, pois estes devem ser prestados de forma a alcançar o melhor resultado possível, o qual se dá por meio da modernização e atualização do sistema utilizado.

Mesmo diante de tudo isto, o conflito de conceituação persiste, isso porque sua origem está na grande divergência da idéia de interesse e necessidade da coletividade; isto ocorre porque cada indivíduo possui seus valores e, diante deles, é que cada Estado se organiza, segundo a cultura daqueles que o integram, conforme atesta Dinorá Grotti⁵:

Cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico.

Parece bem coerente que o 'povo' defina aquilo que ele entende ser obrigação do Estado, todavia, também é um tanto quanto perigoso, haja vista que

⁴ CRETELLA JR. José. Direito Administrativo Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 1. p. 45

⁵ GROTTI, Dinorá. O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 87.

tamanho poder pode ser mal usado e conduzir ao caos social. Celso Antônio Bandeira de Mello⁶ apresenta uma explicação que justifica tal preocupação:

‘Jêze’, com acerto, sob as críticas de ‘Duguit’, embora, indicava que o reconhecimento do serviço público se faz perquirindo a ‘intenção dos governantes’, ou seja, sua vontade de incluir, ou não, determinada atividade debaixo do regime especial, do ‘processo de Direito Público’. Acrescentaríamos nós: desde que tal vontade haja se traduzido idoneamente em lei, pois o que interessa é a ‘mens legis’ e não a ‘mens legislatoris’.

Isto também é fruto da inércia do povo, pois a falta de uma cultura política evoluída aliada com a esquiva das responsabilidades cívicas permite que o País seja alvo constante de manobras políticas, uma vez que aqueles que se encontram no poder utilizam de suas prerrogativas a fim de satisfazer intenções particulares.

O uso do aparelho público para a satisfação de interesses particulares, mesmo que em detrimento do interesse público, não é nenhuma novidade, mas, a fim de coibir tal conduta, os serviços públicos encontram-se limitados pelo Texto Supremo, que deixa claro que eles não possuem caráter econômico.

Isto porque a exploração da atividade econômica compete ao particular e a ele é garantida por meio do princípio da livre iniciativa e da livre concorrência. No entanto, referida determinação não é rígida, haja vista que a Constituição confere ao Poder Público a possibilidade de atuar em tal atividade, mas somente quando se fizer cogente suprir necessidades não atendidas pelo particular. Quando tais necessidades passarem a ser atendidas por particulares, o Poder Público deverá se afastar do exercício de tal atividade imediatamente.

3 - GENERALIDADES

Para melhor organização os serviços públicos foram divididos, entre as várias divisões encontradas, a mais elaborada foi apresentada por Hely Lopes Meirelles⁷, o qual divide nas seguintes modalidades: público e de utilidade pública; próprio e

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 662.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 330.

impróprio do Estado; administrativos, comerciais e industriais e, por fim, gerais e individuais.

Os serviços públicos são aqueles que a Administração Pública presta à comunidade de forma direta, uma vez que referidos serviços, além de necessários, são, também, essenciais para a sobrevivência da sociedade e do Estado.

De utilidade pública são os serviços tidos como úteis, mas não essenciais, uma vez que atendem aos interesses da coletividade (pró-cidadão); sua execução pode ser direta (Estado) ou indireta (terceiros), porém ficam sob constante fiscalização estatal; sua utilização se dá mediante pagamento dos usuários. São alguns exemplos os serviços de energia elétrica, telefonia, transportes coletivos.

Os serviços próprios do Estado são aqueles cuja execução compete exclusivamente ao Poder Público (centralizado), como a defesa nacional, a justiça, diplomacia, a segurança. Normalmente, tais serviços são gratuitos, uma vez que, devido a sua essencialidade, devem eles estar disponíveis e ao alcance de toda a coletividade. Entretanto, há aqueles em que a gratuidade está condicionada à incapacidade financeira, como, por exemplo, o acesso à justiça.

Já os serviços impróprios ao Estado são os de interesse comum, por esse motivo é que essa modalidade de serviço é prestada mediante remuneração; sua execução pode ser direta ou atribuída ao particular (descentralizado) mediante concessão, permissão ou autorização; contudo sempre mediante regulamentação e controle do Poder Público.

Os serviços executados pela Administração Pública a fim de que sejam satisfeitas suas necessidades, sejam elas internas ou preparatórias para outros serviços, são tidos como serviços administrativos e entre eles estão as estações experimentais, imprensa oficial, entre outros.

Diferentemente, os serviços comerciais e industriais são aqueles prestados com a finalidade de melhorar as condições dos administrados, porém produzindo renda para quem os presta, ou seja, o serviço é prestado mediante cobrança de um

valor, que recebe o nome de tarifa ou preço público. Ressalta-se que a execução do presente serviço só é permitida ao Poder Público quando aquele for considerado necessário aos imperativos da segurança ou do interesse coletivo (conforme Art. 173, Constituição Federal).

Os serviços públicos gerais (*uti universe*) são aqueles que atendem a coletividade em seu todo, não há usuários determinados, satisfazendo indiscriminadamente a população. Esse tipo de serviço é indivisível e não há como mensurá-lo e por esse motivo sua manutenção advém dos impostos. Ao passo que os serviços individuais (*uti singuli*) possuem destinatários determinados e por isso sua prestação e cobrança podem ser individualizados. O custeio do presente serviço se dá mediante cobrança de taxas, tarifas ou preços públicos.

Evidentemente que a efetividade dos serviços está condicionada à sua execução. Inicialmente destaca-se que todo serviço público tem como titular o Poder Público, contudo a forma de prestar tais serviços pode ser direta (centralizada) ou indireta (descentralizada), o que dependerá da conveniência e oportunidade (conforme Art. 175, Constituição Federal).

Na forma direta, é a própria Administração Pública, por meio de seus órgãos (ministérios, secretarias, departamentos, entre outros), que executa e explora a atividade, mediante a utilização de meios próprios.

Ao distribuir internamente os serviços, a Administração promove uma desconcentração e não uma descentralização. Estes termos não se confundem, haja vista que há uma sensível diferença entre ambos. Como elucida Diógenes Gasparini⁸:

A descentralização de que vimos cuidando tampouco se confunde com a descentralização política. Esta ocorre quando há uma pluralidade de pessoas jurídicas públicas com competências políticas, isto é, investidas no poder de fixar os altos interesses da coletividade. De forma mais simples, quando existem pessoas com poderes para legislar ou para dispor. Originariamente, sobre os superiores e fundamentais interesses da coletividade de

⁸ GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 286.

modo pelo qual serão atingidos. Exemplo dessa descentralização tem-se no Estado Federal, composto de Estados-Membros. Entre nós, a descentralização política inclui, além dos Estados-Membros, os Municípios e o Distrito Federal, consoante definido no art.[sic] 1º da Constituição da República;

Na descentralização apenas a titularidade do serviço fica a cargo da Administração Pública (entidade central), enquanto a execução fica a cargo de terceiros (entidade descentralizada). No que tange à desconcentração, tanto a titularidade quanto a execução são responsabilidade da Administração Pública, contudo, a execução encontra-se a cargo de um setor interno do referido ente, assim, tanto a prestação quanto a execução ficam a cargo da mesma pessoa.

Neste sentido, Hely Lopes Meirelles⁹ transcreve a desconcentração e a descentralização do serviço público como sendo:

Todo aquele que a Administração executa centralizadamente, mas o distribui em vários órgãos da mesma entidade para facilitar sua realização e obtenção pelos usuários. A desconcentração é uma técnica administrativa de simplificação e aceleração do serviço dentro da mesma entidade, diversamente da descentralização, que é uma técnica de especialização, consiste na retirada do serviço dentro de uma entidade e transferência a outra para que o execute com mais perfeição e autonomia.

A transferência de titularidade pode ocorrer a entidades governamentais (empresa pública, sociedade de economia mista e fundações privadas), públicas (autarquias e fundações públicas) e privadas (empresas mercantis e industriais). Porém, a descentralização de um serviço só é possível mediante lei ou contrato.

4 - A ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

Anteriormente, foi apresentado que os serviços públicos podem ser executados direta ou indiretamente; no primeiro caso, a Administração Pública é

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 341.

titular e executora do serviço; no segundo, a Administradora é apenas a prestadora, porém a execução fica a cargo de terceiro.

Mister se faz salientar que prestação direta e administração direta são termos distintos, aquela envolve questões de execução, ou seja, a Administração Pública é quem deve, de forma direta, executar os serviços; já nesta, a Administração Pública executa os serviços por meio de entes que cria, incorpora ou adquire (autarquias, empresas públicas, economia mista, fundações).

A partir disto, compreende-se que ao se falar em Administração Indireta está se falando em serviços transferidos ou delegados, porém a transferência é apenas quanto à execução, enquanto a parte burocrática, qual seja, fiscalizar, regular, regulamentar, entre outras questões, ainda fica a cargo da Administração Pública.

A idéia de promover uma administração indireta funda-se nos princípios de eficiência e racionalização dos serviços públicos, pois aquele que assumir a obrigação de executar tais serviços irá se dedicar exclusivamente a esta tarefa, fato este que, sem sombra de dúvidas, leva à profissionalização do serviço.

Na descentralização do serviço público, existe um elemento, diverso do Ente Público, que prestará ou executará os serviços públicos, o qual pode ser uma autarquia, uma fundação, uma sociedade de economia mista, uma empresa pública ou uma empresa privada.

A autarquia é uma pessoa jurídica de direito público criada por meio de lei específica de iniciativa do Poder executivo e sua organização é feita mediante decreto, regulamento ou estatuto. Ela é pessoa totalmente distinta do Ente que a criou, prova disto é que possui cadastro nacional de pessoa jurídica próprio.

Já a fundação pode ser pública ou privada, ela é semelhante a uma autarquia, a diferença essencial é que a fundação é uma entidade sem fins lucrativos, uma vez que sua função é auxiliar o Poder Público no desempenho de suas atividades, ou seja, administrativa. A fundação pública será criada mediante lei (inciso XIX, do Art.

37, da Constituição Federal), ao passo que a privada será por meio de escritura pública ou testamento (Arts. 62 ao 69, do Código Civil e Lei nº6.515/73).

A sociedade de economia mista é uma pessoa jurídica criada por lei (Art. 37, da Constituição Federal), com personalidade de Direito Privado, que se submete às regras de direito público e privado. Sua natureza é auxiliar a atuação governamental. Sua constituição é sob a forma de sociedade anônima, na qual, obrigatoriamente, a maioria das ações com direito a voto (ordinárias) devem pertencer ao Ente Público que a criou.

Na empresa pública, a criação da pessoa jurídica de direito público ocorre mediante lei. Tem personalidade de Direito Privado, porém, submetendo-se às regras de direito público; sua finalidade é servir ao Estado como um instrumento de ação. Seu capital é constituído por recursos exclusivamente públicos.

Por fim, a empresa privada é a pessoa jurídica de direito privado, cuja constituição se dá mediante contrato escrito, particular ou público (Art. 997, do Código Civil). Tem como sua natureza atuar em determinado ramo de atividade a fim de obter lucro, submetendo-se às regras de direito privado. Contudo, quando atuar em atividade pública, mediante autorização, permissão ou concessão estatal, submete-se às regras públicas e privadas.

Para que o particular preste serviços públicos, necessariamente, assim o faz por meio de concessão, permissão ou autorização; estes institutos são os instrumentos mediante os quais a Administração Pública delega ao particular a competência de agir em seu nome na execução de determinado serviço público. Para Edmir Netto de Araújo¹⁰ assim conceitua concessão:

Concessão de serviço público é a transferência por contrato, temporária ou resolúvel, de execução de serviços públicos essenciais, secundários ou de simples interesse público ou utilidade pública, dos quais a Administração tem a titularidade, para que, por sua conta e risco, no interesse geral, o concessionário os desempenhe ou explore.

¹⁰ ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 155

Após a Constituição Federal de 1988, a permissão passou a ter o regime jurídico praticamente igual ao da concessão. Notadamente, este era um instituto muito utilizado antes deste ordenamento e ao que se percebe ela se manteve presente no ordenamento atual a fim de que as permissões até então celebradas fossem recepcionadas referido ordenamento. Assim diz Edmir Netto de Araújo¹¹ e Celso Bandeira de Mello¹²:

São características da permissão a unilateralidade, a precariedade, o *intuitu personae*, e a revogabilidade, porque o Estado vale-se da permissão justamente quando não deseja constituir o particular em direitos contra ele, mas apenas em face de terceiros, como aliás era a jurisprudência do STF (RD, 54:44 e 96:121). Mas a maioria dos autores entende que a permissão tem sido desnaturada pela inclusão de condições e elementos que lhe retiram a indispensável precariedade.

A autorização constitui-se em um ato administrativo unilateral pelo qual a Administração Pública faculta ao particular o exercício de uma atividade e, sem tal autorização, esta seria proibida. Sua outorga ocorre mediante Decreto ou Portaria. Edmir Netto de Araújo¹³ assim a explica:

Seus elementos são: ato unilateral, discricionário precário, sem prazo certo (no contrário, será autorização qualificada, contratual), suprimível por revogação ou cancelamento a qualquer tempo, sem direito a indenização, por motivo de interesse público (pode ocorrer indenização de prejuízos regularmente comprovados) outorgados *intuitu personae*, independentemente de licitação (embora não seja proibida), para serviços que não exijam prestação pela própria Administração, sempre para atividades eminentemente transitórias e situações emergenciais.

Há quem entenda como sendo inaplicável a autorização na prestação de serviços públicos, pois estes se sobrepõem aos interesses privados; há aqueles que defendem a possibilidade somente para os casos emergenciais como calamidades públicas, conturbação da ordem, entre outras situações de exceção.

¹¹ Op. cit. p. 159/160.

¹² MELLO, Celso Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 649.

¹³ ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 161.

Porém, há os que defendem a possibilidade de prestação de serviços públicos mediante autorização, uma vez que o interesse da coletividade é que é atingido, mesmo que indiretamente.

Mediante permissão, o Estado, via ato administrativo, transfere ao particular a responsabilidade e execução de serviço público, seja por prazo determinado ou indeterminado. A remuneração do referido serviço recebe o nome de tarifa ou preço público, cujo pagamento é feito pelos usuários.

A concessão de serviço público é a transferência da execução de serviço a pessoa jurídica de direito privado mediante procedimento licitatório, o vencedor celebra contrato por prazo determinado. Ressalta-se que é possível a realização de concessão a pessoas jurídicas de direito público como autarquias e fundações. Sua remuneração, usualmente, é paga pelos usuários.

Surgida para aliviar a Administração Pública, a descentralização criou um novo problema, o de fiscalizar os novos atores prestadores e executores de tais serviços, afinal, a descentralização não exime o Ente Público da responsabilidade de fiscalização.

Diante do grande número de serviços descentralizados e do imenso número de autorizadas, permissionárias e concessionárias, a Administração Pública teve a necessidade de se reorganizar, desta feita, foram criadas as agências reguladoras.

As agências reguladoras são órgãos de controle e fiscalização com poder normativo sobre os serviços delegados a terceiros. São consideradas autarquias especiais, pois são criadas nos mesmos moldes das autarquias comuns, todavia, possuem maior autonomia diretiva.

Sua autonomia perante o Poder Público dependerá da política adotada, quanto mais liberal, mais independência as agências possuem; em sendo a política intervencionista, menor será sua independência.

Ressalta-se que agências reguladoras são diversas das agências executivas, pois estas são as autarquias e fundações que executam os serviços públicos exclusivos do Estado, já aquelas são as que regulam e fiscalizam estas e a prestação de seus serviços.

5 - AS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Diante da nova visão administrativa, a Administração Pública se vale do expediente da concessão dos serviços públicos, a fim de promover uma prestação e execução de serviços públicos de qualidade, reaparelhando o Estado e permitindo, assim, que a Administração Pública se concentre em outras atividades.

A Constituição Federal no Art. 175 disciplina: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Assim, mediante contrato, o Poder Público concede ao particular o direito de prestar e executar um serviço público, fato este que permite a este explorar determinada atividade. Porém, para entender este sistema é vital compreender a concessão que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴, é:

O instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio¹[SIC], por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.

Ao proceder a leitura do referido conceito nota-se que há uma definição acerca dos dizeres ‘em nome próprio’ isso ocorre porque é feita uma explicação do que parece ser uma contradição e, assim, ele (Celso Antônio Bandeira de Mello)¹⁵ explica:

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 672.

¹⁵ Op. cit. p. 672-673.

Foi dito que o concessionário atua 'em nome próprio'. Nisto modificamos e invertemos nossa anterior assertiva de que, na concessão, o serviço era prestado 'em nome do Estado'. Pretendíamos, então, realçar a idéia – aliás, inquestionável – do que, sendo estatal o serviço operado pelo concessionário, este não tem qualquer senhoria sobre dito serviço; donde, apenas age em lugar de outrem, por investidura outorgada pelo titular, isto é, pelo concedente. Sem embargo, rendemo-nos ao fato de que a afirmação de que o concessionário age 'em nome próprio' parece ser insubstituível para realçar a diferença entre a concessão de serviço público e o simples contrato de prestação de serviços travado entre o Estado e a sua contraparte. Enquanto na concessão instaura-se uma relação jurídica por força da qual o concessionário é investido em titulação para prestar serviços ao público, nos simples contratos de prestação de serviços o contratado se vincula a prestar dados serviços ao Estado apenas. Assim, o liame contratual não extrapola as relações entre ambos; as obrigações recíprocas confinam-se ao estrito âmbito das partes que se entrelaçaram. Daí a compreensível insistência da doutrina em dizer que o concessionário age 'em nome próprio'.

Assim, o contrato de concessão pauta-se pelo equilíbrio econômico-financeiro, tendo como forma de remuneração a própria exploração do serviço, mediante o pagamento de tarifas por parte dos usuários.

A cobrança de tarifas dos usuários do serviço como forma de remuneração em favor da prestadora de serviço além de ser uma regra, também é justa, pois referido expediente é a forma, quase que exclusiva, do concessionário auferir receita.

Aliás, sendo o objeto do contrato de concessão a prestação e execução de um determinado serviço público, nada mais lógico que a remuneração auferida pelo concessionário seja oriunda da exploração de tal serviço, pois, se assim não fosse, estaria se falando de um contrato de prestação de serviço.

Neste mesmo sentido, compete ao usuário o pagamento da prestação e da execução de tal serviço, pois, notadamente, o usuário é o beneficiário direto de tal prestação. Impor a não-beneficiados a obrigação de pagar por determinados serviços representa um desrespeito ao princípio da igualdade.

Há de ressaltar que, em obediência ao disposto no Art. 175 da CF, foi editada a Lei nº8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que disciplinou as regras das concessões e permissões. No entanto, duas formam os destaques de tal lei: I – a exclusão expressa do referido sistema dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens e; II – divisão de concessão em duas espécies, uma a precedida de obra pública e a outra a não precedida de obra pública.

Os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens são expressamente excluídos do sistema de concessões de serviços públicos pelo Art. 41 da lei supracitada, tal fato representa um grave ameaça, conforme elucida Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶:

... a disciplina da matéria foi estabelecida no art. 223 da Lei Magna. Ali se estabelece que a outorga e renovação de concessão, permissão ou autorização para radiodifusão sonora e de sons e imagens competem ao Poder Executivo, mas que o Congresso Nacional apreciará tais atos no mesmo prazo e condições conferidos aos projetos de lei de iniciativa do Presidente, para os quais este haja demandado urgência. A outorga ou renovação só produzirão efeitos após deliberação do Congresso.

Entretanto, ao analisar tal questão e considerar um absurdo sua exclusão do regime de concessões, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷ apresenta uma justificativa muito lógica, observe-se:

... contudo, entre nós, quando se trata de concessão ou permissão de rádio ou de televisão, tal regra é inteiramente ignorada, seguindo-se, quando muito disfarçadamente, a velha tradição do mero favoritismo. Como se sabe, é grande o número de congressistas que desfruta de tal benesse. Neste setor reina - e não por acaso - autêntico descalabro. A questão é particularmente grave porque, em País de alto contingente de iletrados e no qual a parcela de alfabetizados que lêem, mesmo jornal, é irrisória, o rádio e a televisão são os meios de comunicação que verdadeiramente informam e, de outro lado, formam, a seu sabor, a opinião pública, de tal sorte que os senhores de tais veículos dispõem de um poder

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 675.

¹⁷ Op. cit. p. 674-675.

gigantesco. Deveras, como a esmagadora maioria de brasileiros não acede, ou só muito episódica e restritamente o faz, a outras fontes de informação ou cultura (livros, periódicos, cinema, teatro), as “mensagens” radiofônicas ou televisivas não encontram resistência alguma; antes, com o perdão da imagem prosaica, “penetram como faca quente na manteiga”...

... as mensagens do rádio e da televisão modelam livremente o “pensamento” dos brasileiros. Para servirmos, ainda uma vez, da linguagem popular, ao gosto dos protagonistas destes meios de comunicação, eles “fazem a cabeça” da Sociedade, sem quaisquer peias, modelando, a seu talento, tanto o brasileiro de hoje como o de amanhã, pois encontram um material quase informe, pronto para ser trabalhado...

... o sucesso eleitoral de locutores, comentaristas ou “artistas” de rádio ou televisão comprova o envolvente poder destes meios de comunicações. Acresce que, para completar o quadro confrangedor, uma única estação de televisão detém índices de audiência nacional esmagadores, ensejados pelo sistema de cadeias ou repetidoras de imagem - sistema que, aliás, constitui-se em manifesta burla ao espírito da legislação de telecomunicações...

Mais do que justificar, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸ comprova que sua preocupação tem fundamento, pois o uso dos bens públicos como meio de satisfazer interesses particulares está na forma de renovação desta concessão.

... agora, pasme-se: para não ser renovada concessão ou permissão é necessária deliberação de 2/5 (dois quintos) do Congresso Nacional e por votação nominal! Contudo, há mais, ainda: o cancelamento da concessão ou permissão antes de vencido o prazo (que é de 10 anos para as emissoras de rádio e de 15 para as de televisão) só poderá ocorrer por decisão judicial, contrariando, assim, a regra geral que faculta ao concedente extinguir concessões ou permissões de serviço público.

No entanto, é o segundo destaque que possui relevância ao presente estudo, é a divisão da concessão em duas espécies; as precedidas e as não precedidas de obras públicas que estão disciplinadas no Art. 2º d a Lei nº 8.987/95.

A concessão precedida de obra pública é a delegação feita, seguindo os requisitos legais, para a construção, total ou parcial, reforma, melhoramento,

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 675.

ampliação de qualquer obra de interesse público. Ressalta-se que, neste caso, o pagamento não é feito pelos usuários, mas sim pelo concedente (ente público contratante) ao concessionário (pessoa contratada ou consórcio), e seu valor é pré-ajustado.

Ao passo que a concessão não precedida trata-se da contratação para prestação e execução de serviços contratados. Ressalta-se que, em ambos os casos, a concessionária deve ter capacidade para realizar aquilo para que foi contratada e, normalmente, a execução do serviço é por conta e risco do contratado.

A classificação de referidas concessões também é feita de uma maneira mais simplificada, as quais: concessão de obra pública para as precedidas de obras públicas e concessão de serviços públicos para as não precedidas de obras públicas, contudo, independente da classificação da concessão, essencialmente, ela sempre será uma prestação de serviço.

No entanto, não se pode esquecer da existência da concessão de uso de bem público, nesta espécie de contrato o Poder Público outorga ao particular o direito de utilizar um bem da Administração, todavia tal bem tem um fim previamente especificado. Essa outorga pode ser transferível (concessão real de uso) ou personalíssima (concessão administrativa de uso).

As questões relacionadas ao prazo e prorrogação da concessão não se encontram bem definidas na Lei de Concessões, haja vista que a única menção a tal assunto está no inciso II do Art. 18 da referida lei que determina que constem no edital os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos, especialmente o objeto, metas e prazo da concessão.

Para essa omissão cogitou-se utilizar o prazo disposto no inciso II do Art. 57 da Lei nº 8.666/93 (reguladora de licitações e contratos), que é de sessenta meses para os serviços prestados ininterruptamente, porém, estes se demonstraram inviáveis principalmente no que tange aos investimentos que o privado faria para prestar o serviço.

A solução para tal empecilho foi encontrada por meio da discricionariedade do Poder Legislativo, que apresentou duas soluções: a primeira é para os casos em que haja determinação legal, que se obedeça à norma. Neste caso, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹ assim escreve:

É o que ocorre com os de energia elétrica. O Código de Águas – Decreto 24.643 de 10.7.34 -, em seu art. 157, estabelece para ditas concessões um prazo normal de 30 anos, admitindo, entretanto, que, excepcionalmente, seja mais amplo, quando - dado o vulto dos investimentos - necessário para a amortização das obras e instalações a custos razoáveis para os consumidores. Dito prazo, todavia, jamais poderá exceder 50 anos. O decreto em questão tem força de lei, pois foi editado em plena Ditadura e em época na qual os atos com tal força jurídica eram veiculados por este instrumento, posto que ainda não se disseminara o uso dos decretos-leis. Entretanto, as concessões de geração de energia elétrica contratadas a partir da Lei 9.074 terão, como prevê seu art. 4º [SIC], § 2º, o prazo necessário à amortização do investimento, limitado, entretanto, a 35 anos, prorrogáveis por igual período nos termos contratuais, e nas de transmissão e distribuição de energia elétrica o limite é de 30 anos (conforme § 3º do mesmo artigo).

A segunda solução foi, para os casos em que não haja qualquer normatização, a de que compete ao Poder Executivo estabelecer o prazo máximo que entender adequado, porém deve fazê-lo constar de forma expressa no contrato de concessão celebrado. O fundamentado deste posicionamento é o de ser o serviço prestado segundo a conveniência e oportunidade.

Apesar de tal liberdade, o poder concedente, obrigatoriamente, deve fazer constar o prazo; nesta mesma linha de raciocínio, seguem as questões referentes aos valores da remuneração contratual.

Evidentemente que, decorrido o prazo contratado a concessão se finda; assim como em qualquer contrato, esta é a forma mais comum de extinção contratual.

Não havendo disposição em contrário, juntamente com a extinção da concessão, dá-se a reversão dos bens do concessionário, ou seja, com o fim do

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 694-695.

contrato de concessão, todos os bens pertencentes ao concessionário e necessários à prestação do serviço público, passam a integrar o patrimônio do poder concedente. Ressalta-se que, a reversão é uma consequência da extinção e não um fator incentivador dela.

Tal expediente em nada há de ser questionado, haja vista que o ente público concedeu ao privado a oportunidade dele explorar economicamente uma atividade que não possui fins econômicos. Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰ muito bem explana este contexto:

É perfeitamente justo e razoável que ocorra a reversão com o encerramento da concessão. Com efeito, os bens aplicados ao serviço pouca ou nenhuma significação econômica teriam para o concessionário, apresentando, pelo contrário, profundo interesse para o concedente. Realmente, a utilidade dos bens aplicados ao serviço só existe para o concessionário enquanto desfruta desta situação jurídica. Figuremos alguns exemplos para demonstrá-lo. Os vagões ferroviários, as locomotivas, os pátios de manobras, as estações de embarque e desembarque de passageiros ou cargas, os trilhos, só podem ser utilizados, adquirindo, assim, expressão econômica, por um concessionário de transporte ferroviário. Sem esta qualidade a empresa nada poderá fazer com eles, e pouco proveito econômico poderá extrair deles. Reversamente, para o Poder Público eles se constituem precisamente nas condições indispensáveis para prosseguir o serviço.

Os diques, os cais de embarque e desembarque em um porto marítimo, os guindastes, os pequenos ramais ferroviários de transporte, os armazéns, as dragas marítimas, só apresentam significação de alta valia econômica para um concessionário de serviços portuários enquanto desfrutar desta qualidade jurídica. Ao desafetá-los daquela utilidade, não terá como empregá-los, pois se constituem em equipamentos, aderentes ao solo ou não, cuja significação econômica está intimamente relacionada com uma utilização que só pode ser realizada em razão do título jurídico de concessionário de serviços portuários. De revés, para o poder concedente são indispensáveis à continuação do serviço.

Assim, a reversão tem como razão vital a natureza pública da prestação do serviço, diante disto, a atividade é de extrema relevância, fato este que impede sua

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 717.

paralisação ou suspensão, pois em contrário, atentar-se-á contra os valores sociais defendidos pela Lei Magna.

Todavia, há outras formas da concessão ser extinta, entre elas a rescisão judicial, rescisão consensual, rescisão unilateral do concedente, falência do concessionário e extinção (morte) do concessionário. A judicial é a forma por meio da qual o concessionário busca a rescisão contratual antecipadamente ou do concedente quando o concessionário encontra-se inadimplente.

Nesta situação, as questões pertinentes à reversão do patrimônio são avaliadas, pois, neste caso o contrato foi interrompido e cancelado, assim, ocorreu algo diferente do que imaginado e ratificado quando da celebração contratual.

Por esse motivo, as questões sobre indenização de patrimônio e capital (não amortizado) serão apreciadas, bem como lucros cessantes, quando a extinção ocorrer por culpa do concedente.

A rescisão consensual é o acordo mútuo entre as partes que, mediante uma composição amigável acertam as questões para que se antecipe o término do contrato de concessão, neste caso, obviamente, as questões patrimoniais serão objeto de apreciação.

A extinção contratual de forma unilateral por parte do concedente pode ocorrer em três situações: caducidade ou decadência, encampação ou resgate e por anulação da concessão.

A caducidade ou decadência corresponde à extinção fundada no inadimplemento de obrigação por parte do concessionário, considerável de natureza grave, independente de ser ela omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa. Ressalta-se que referida conduta deve ser precedida de processo administrativo, respeito à ampla defesa e prazo para cumprimento das pendências.

A extinção por encampação ou resgate é aquela que ocorre por conveniência e oportunidade, ou seja, o poder concedente unilateralmente põe termo ao contrato

em virtude de haver questões administrativas ou políticas que o levem a assumir ou substituir o concessionário. Ressalta-se que, neste caso, a substituição ocorre em decorrência do surgimento de serviço que seja capaz de satisfazer às necessidades públicas de maneira mais satisfatórias.

Nota-se que a extinção não se dá por culpa do concessionário, por isso é que ele faz jus à indenização; porém, faz-se mister ressaltar que a extinção também não se dá por culpa da Administração, por esse motivo é que a indenização poderá ser amortizada durante um lapso temporal.

Como qualquer ato jurídico a anulação da concessão ocorrerá se verificado vício. Contudo, verificada a inexistência de má-fé por parte do concessionário, este será indenizado pelas despesas e parcelas não amortizadas.

Quando resta decretada a falência do concessionário, o contrato de concessão imediatamente se extingue, isso ocorre porque a decretação de falência é a clara comprovação de que o falido não possui condições de prestar o serviço. Prova disto, é que a falência é a insolvência comercial, ou seja, é a declaração pública de incapacidade e deficiência no exercício de sua atividade. No presente caso, quando da extinção, imediatamente ocorre a reversão dos bens.

Por fim, a extinção do contrato de concessão em decorrência do advento da extinção ou da morte do concessionário, notadamente, é um tanto quanto lógico, haja vista que não há como o concessionário cumprir sua obrigação se ele não existir.

6 - CONCLUSÃO

1. Entre as várias funções do Estado está a de prestar aos administrados serviços tidos como de interesse e segurança nacional. Contudo a realidade econômica, administrativa e política nacional impedem que tais serviços sejam prestados segundo seus princípios, especialmente o da eficiência.

2. Diante da política sócio-liberal adotada pelo Brasil a abertura da participação da iniciativa privada concretiza o que se chama de parceria público-privada (PPP), onde o Estado passa a dar executar aquilo que é inerente a sua atividade e gerenciar, mediante agências reguladoras, aquilo que é de interesse público.

3. As parcerias público-privadas também correspondem uma forma do Estado preservar e incentivar diretamente os Princípios da Ordem Econômica, haja vista que com participação da iniciativa privada o surgimento de novas oportunidades, bem como de novos empreendimentos tornam-se reais.

4. As concessões colaboram efetivamente na reestruturação do Estado, uma vez que os bens e as benfeitorias que integram o patrimônio das concessionárias são revertidos ao patrimônio público quando da extinção do contrato. Neste diapasão, o Estado adere cada vez mais a esta modalidade de prestação de serviço público, fato este que faz insurgir uma nova estrutura de organizacional gerencial.

7 - BIBLIOGRAFIA

- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ARTESP – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo. acessado em 22/09/07 as 17h51m.:
http://www.artesp.sp.gov.br/servicos/concessoes/servicos_del_programa_concessoes.asp
- BASTOS, Aurélio Wander. **A Política Brasileira de Concessão de Serviços Públicos**. Revistas Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor. n° 10. Ago/Set. Porto Alegre: Magister, 2006.
- BRAZ, Petrônio. **Direito Municipal na Constituição**: Doutrina, Prática e Legislação. 5ª ed. rev. e atual. Leme: Editora de Direito, 2003.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CAMPOS, Frederico. **As Fontes do Direito Econômico como Mediadoras dos Interesses Público e Privados**. Revistas Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor. n°05. Out/Nov. Porto Alegre: Magister, 2005.
- CAPEL FILHO, Hélio. **A Função Social da Empresa: Adequação às Exigências do Mercado ou Filantropia?** Revistas Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor. n°05. Out/Nov. Porto Alegre: Magister, 2005.
- CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 17ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.
- COÊLHO, Sasha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FERREIRA, Simone Rodrigues. **Concessão dos Serviços Públicos, Direito do Consumidor e Efetivação dos Direitos Fundamentais**. Revistas Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor. n°13. Fev/Mar. Porto Alegre: Magister, 2007.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

- JESUSU, Ricardo Henrique. **Tópicos sobre Preços de Transferência**. Revistas Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor. nº 12. Dez/Jan. Porto Alegre: Magister, 2007.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 20ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MARTINS, Ives Gandra. **Curso de Direito Tributário**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Equilíbrio Econômico e Financeiro em Contratos com a Administração Indireta**. Revistas Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor. nº07. Fev/Mar. Porto Alegre: Magister, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MONTERO, José Maria Lago. **La Distribución del Poder Tributario en los Estados Descentralizados**. Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas. nº 04. Set/Out. Porto Alegre: Magister, 2007.
- PETTER, Lafayete Josué. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: O significado e alcance do [SIC] art. 170 da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico: Plano Diretor e Direito de Propriedade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma Análise do Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SERRANO, Pablo Jiménez. NETO, Francisco Casemiro. **Direito Romano: Fundamentos, Teoria e Avaliação dos Conceitos do Direito Romano Aplicados ao Direito Contemporâneo**. São Paulo: Desafio Cultura, 2002.
- TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2006.
- TONIOLO, Giuliano. **O Estado de Direito e Direito Fundamental do Consumidor nas Concessões**. Revistas Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor. nº 11. Out/Nov. Porto Alegre: Magister, 2006.