

CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO — TENDÊNCIAS LEGISLATIVAS

NELSON EIZIRIK

Trataremos de analisar, no presente artigo, de maneira concisa, as principais características jurídicas da concessão de serviço público, com ênfase nos desenvolvimentos que deverão ocorrer no referido instituto com a promulgação de lei sobre a matéria, cujo projeto encontra-se em fase final de tramitação no Congresso Nacional.

A promulgação de lei específica disciplinando o regime da concessão de serviço público é quase imprescindível para o prosseguimento do Programa Nacional de Desestatização, instituído mediante a Lei 8.021, de 12.04.90.

A privatização de empresas controladas pelo Estado permitiu uma importante redução do déficit público interno, tendo rendido cerca de US\$ 7 bilhões e permitindo o abatimento de cerca de US\$ 3 bilhões em dívidas do setor público.

Já tendo sido privatizadas quase todas as empresas industriais controladas pelo Estado e atuantes nos setores de siderurgia, petroquímica e fertilizantes, o Programa de Desestatização deverá voltar-se, nos próximos anos, às empresas públicas e sociedades de economia mista concessionárias de serviços públicos.

A concessão de obra e de serviço público vem sendo objeto de notável ressurgimento, nas últimas décadas, em quase todos os países, em razão do movimento genérico de *privatização* de atividades até então desenvolvidas pelo setor público, bem como da falta de recursos do Estado para a execução de obras mais complexas e onerosas.

Entre nós, o instituto da concessão vem passando, nas últimas décadas, por uma crise bastante acentuada, decorrente, em grande medida, da falta de instrumentos legais adequados para prover um equilíbrio entre as necessidades do Estado de fiscalizar convenientemente a execução do serviço e as adequadas garantias para os empresários privados de que as tarifas cobradas manterão o seu valor originalmente pactuado. Períodos de acentuada inflação, sucessivos (e malogrados) planos de *estabilização econômica*, em que congelamentos de tarifas eram realizados, discricionariamente, têm causado, aos empresários privados, justificado temor de efetuar investimentos de vulto na realização de obras e na execução de serviços públicos.

Numerosos projetos legislativos, ao longo dos últimos trinta anos, foram apresentados, mas nenhum logrou ser convertido em lei. Em certas áreas específicas, foi

baixada legislação especial, como ocorreu relativamente ao sistema de águas e de telecomunicações, as quais não chegaram a estabelecer um sistema de garantias adequadas aos concessionários, conforme tem referido a doutrina¹. Na maioria das concessões, ocorreu que o concessionário passou a ser uma sociedade de economia mista, ou uma empresa controlada, direta ou indiretamente, pelo Estado.

A Constituição Federal promulgada em 1988 estabeleceu, em seu art. 175, que:

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I — o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II — os direitos dos usuários;

III — política tarifária;

IV — a obrigação de manter serviço adequado.

Os *serviços públicos* constituem as atividades de oferecimento de comodidades, fruíveis pelos administrados, prestados diretamente pelo Estado, ou por quem lhe faça as vezes, como ocorre no caso da *concessão*, sob um regime de direito público.²

O traço característico do *serviço público* é de natureza formal, consistente no *específico regime de direito público*, do qual constituem exemplos significativos: a estrita submissão ao princípio da legalidade; a utilização de técnicas autoritárias por parte do Estado, como é o caso da possibilidade de instituir obrigações mediante atos unilaterais; a presunção de legalidade e a auto-executoriedade dos atos praticados pela Administração; a impossibilidade do concessionário invocar o princípio da *exceptio non adimpleti contractus* para eximir-se de suas obrigações; a continuidade necessária das atividades tidas como serviços públicos etc.³.

Há serviços públicos que são tidos como *privativos*, os quais somente podem ser prestados pelo Estado (União, Estado-membro ou Município) diretamente, ou mediante concessão ou permissão por entidades do setor privado. Já os serviços públicos *não privativos* (educação e saúde, por exemplo) tanto podem ser prestados pelo Estado como pelos particulares, em regime de livre competição⁴.

A Constituição Federal, em seu art. 21, XII, dispõe que compete à União explorar diretamente, *ou mediante autorização, concessão ou permissão*, os seguintes serviços:

1. de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações;

1 CAIO TÁCITO: *Direito Administrativo*. São Paulo, 1975, p. 243 e ss.

2 CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO: *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo, RT, 1975, p. 20 e ss.

3 CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO: *O conteúdo do Regime Administrativo e seu Valor Metodológico*. *Revista de Direito Público*, vol. II, p. 44.

4 EROS ROBERTO GRAU. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo, RT, 1990, p. 149 e ss.

2. de instalações de energia elétrica e aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;
3. de navegação aérea, aeroespacial e de infra-estrutura aeroportuária;
4. de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
5. de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
6. de portos marítimos, fluviais e lacustres.

Em seu inciso XI dispõe o art. 21 da Constituição ser de competência da União *explorar, diretamente ou mediante concessão, a empresa sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.*

Há, portanto, uma ampla gama de serviços públicos privativos da União que podem ser objeto de concessão aos particulares.

Ademais, os Estados, nos termos de suas Constituições, têm ampla liberdade para conceder a prestação de serviços públicos locais aos particulares, dado o princípio da autonomia plena de que gozam, nos termos do art. 25, § 1º da Constituição Federal.

Da mesma forma, os Municípios, que se regem por suas respectivas leis orgânicas, podem *organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial*, conforme a disposição do art. 30, V, da Constituição Federal.

Não há dúvida, portanto, que, uma vez editada a lei geral sobre concessão e permissão, um amplo espectro de serviços públicos, ora executados pelo Estado, poderão ser desempenhados pelos particulares. Na realidade, não existem impedimentos legais a que tais serviços sejam objeto de concessão ou permissão, antes que a lei seja promulgada. Porém, é inegável que sua edição trará uma maior *segurança* às relações entre Administração e concessionário, bem como maior proteção aos usuários dos serviços.

Com efeito, há muito reclama-se uma *lei-quadro* sobre a matéria, capaz de regular as relações entre União e concessionários de serviços públicos federais, bem como de balizar os princípios que deverão ser seguidos nas leis estaduais e municipais que venham a ser promulgadas.

O Projeto de lei regulando a matéria, ainda em fase de tramitação (longa, por sinal), originou-se do Projeto de Lei nº 179, do Senado, apresentado, em 18.10.90, pelo Senador Fernando Henrique Cardoso (publicado no DCN de 19.10.90). Foi posteriormente apresentado, na Câmara, Substitutivo ao referido Projeto, de nº 202/91 (publicado no DCN de 13/06/92).

Examinaremos, em seguida, os principais aspectos do Substitutivo da Câmara, que *dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências.*

Trata-se, inicialmente, de Projeto de lei *geral* (ou *lei-quadro*), que regulará todas as concessões, precedidas ou não da execução de obras públicas, devendo a União,

os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promover, após a sua promulgação, as necessárias adaptações nas suas leis específicas.

A *concessão de serviço público* é definida como a delegação da prestação do serviço, feita pelo poder concedente (a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município em cuja competência se encontre o serviço público), mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado (art. 2º, I).

A *concessão de serviço público precedida da execução de obra pública* consiste na construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de qualquer obra de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de maneira que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a execução do serviço ou da obra, por prazo determinado (art. 2º, II).

Trata-se, a definição de *concessão de serviço público precedida de execução de obra pública*, de importante evolução na matéria; com efeito, embora prevista na doutrina, sempre atribuiu-se a sua pouca utilização, na prática, à ausência de regulamentação legal⁵.

Já a *permissão de serviço público* é conceituada como a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco (art. 2º, IV). Nos termos do art. 39, a permissão será formalizada mediante *contrato de adesão*, que observará os princípios da *precariedade e revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente*. Embora a noção de permissão esteja corretamente enunciada, o fato de dispor o parágrafo único do art. 39, que *aplica-se às permissões, no que couber, o disposto nesta lei*, além de constituir má técnica legislativa, acarretará inevitáveis discussões, em cada caso, sobre quais dispositivos aplicam-se efetivamente às permissões.

Nos termos do art. 6º do Projeto, dispõe-se que a concessão ou permissão pressupõe *serviço adequado*, como tal entendido aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Ademais, o art. 7º assegura, em consonância com a moderna orientação de defesa dos consumidores, um elenco dos direitos assegurados aos usuários, entre os quais o de receber o serviço adequado, assim como as informações que solicitarem para a defesa de interesses individuais ou coletivos.

Aspecto relevante e indispensável para o sucesso, principalmente das concessões de obra seguidas de serviço público, nas quais grandes investimentos serão realizados pelo concessionário, é o que diz respeito à *política tarifária*.

O Projeto estabelece, no art. 8º, o princípio fundamental de que a política tarifária deverá contemplar, obrigatoriamente, a *preservação do valor da tarifa estabelecida*

⁵ HELY LOPES MEIRELLES. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, RT. 1987, p. 220.

no contrato, ou seja, deverá manter, ao longo da prestação dos serviços, a equação econômico-financeira originalmente pactuada. Trata-se de regra essencial, na medida em que permitirá, ao concessionário, manter, ao longo do contrato, preservado o valor *real da tarifa*, a salvo, portanto, da erosão do poder aquisitivo da moeda.

O Projeto faz ainda a distinção, pelo menos nominalmente, entre a *revisão* e o *reajuste* das tarifas (art. 9º e art. 18, VIII).

O reajuste deverá consistir na *atualização* do valor nominal da tarifa, visando a manutenção do seu valor *real*, quando de sua depreciação por efeito da inflação⁶. A nosso ver, deveria constar claramente, no texto legal, para evitar quaisquer dúvidas, que o reajuste seria *automático*, estabelecendo o edital de licitação apenas os índices a serem utilizados e a periodicidade da atualização. Embora admitamos em tese a possibilidade de reajuste com base na correção cambial, entendemos que seria importante, para evitar discussões futuras, que fosse expressamente admitida, na lei, a legalidade de utilização de tal critério de atualização da tarifa. Uma vez estabelecida expressamente a automaticidade dos reajustes, seria, por definição, elidida a possibilidade de serem utilizados critérios *políticos* por ocasião dos reajustes de tarifas.

Já a *revisão* da tarifa, que poderá ser proposta pelo poder concedente ou pelo concessionário, terá por objetivo, essencialmente, restabelecer o inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 8º, § 2º).

A regra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato firmado entre o particular e a Administração, derivada do princípio da equidade, tem como objetivo básico propiciar a restauração das obrigações e dos direitos originalmente pactuados, quando fatos supervenientes eventualmente acarretam o agravamento dos encargos de um dos contratantes. Assim, considera-se que a correlação básica entre as obrigações bilateralmente constituída deve ser restaurada quando uma delas se diferencia em detrimento da estabilidade do contrato, impondo-se, no caso, a correspondente *revisão* da obrigação da parte responsável pela violação⁷.

O § 4º do art. 9º do Projeto introduz, para o regime das concessões, norma altamente salutar, ao dispor, repetindo o princípio genérico do art. 55, nº II, alínea *d* do Decreto-lei nº 200/86, que *havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração*.

Vale notar, a propósito, que a Lei 8.666, de 21.06.93, que trata das licitações e contratos administrativos, em seus art. 58, § 2º e 65, § 6º, tutela, expressamente, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, que constitui um direito intangível de quem contrata com a Administração Pública.

O § 8º do art. 65 da Lei 8.666/93, aliás, acertadamente reconhece que não há alteração do contrato administrativo quando aplicado o reajuste de preços, dispensando a celebração de aditamento e permitindo o seu registro mediante simples apostila.

⁶ Veja-se, a propósito, recente decisão do STJ no julgamento do Recurso Especial nº 32.444, *in* Revista de Direito Administrativo, nº 194, outubro/dezembro de 1993, p. 117.

⁷ CAIO TÁCITO. *O equilíbrio financeiro nos contratos administrativos*. Revista de Direito Administrativo, vol. 187, jan./mar. de 1992, p. 90.

Norma também salutar, tendo em vista coibir manobras fraudulentas, ou que envolvam a concessão de subsídios indevidos, está contida no art. 17 do Projeto, nos termos do qual, por ocasião da licitação, será desclassificada a proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei da competência do poder concedente e à disposição de todos os concorrentes. A teor do parágrafo único do mesmo artigo, *considerar-se-á também desclassificada a proposta de entidade estatal alheia à esfera político-administrativa do poder concedente que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios do poder público controlador da referida entidade.*

Tendo em vista viabilizar o financiamento das obras públicas, objeto da concessão, permitindo inclusive a *securitização* das tarifas, o art. 27 do Projeto prevê que nos contratos de financiamento as concessionárias poderão oferecer em garantia os *direitos emergentes da concessão, até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade do serviço.*

Finalizando, podemos concluir, após sumária análise dos principais dispositivos do Projeto, que a sua aprovação (em breve, esperamos) poderá prover as bases institucionais e legais necessárias ao desenvolvimento do instituto da concessão de serviços públicos em nosso país.