

**A ASSOCIAÇÃO ENTRE PODER PÚBLICO E SETOR PRIVADO NA
EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE FORMA
DESCENTRALIZADA: O REGIME DAS CONCESSÕES**

Ana Cristina Cavalcante Reinaldo
Graduanda em Direito pela UnB

Capítulo I: Paradigma de pesquisa - a atividade regulatória do Estado

A atividade regulatória do Estado consiste na atuação estatal sobre a economia, por meio de normatização, voltada, segundo determinada orientação doutrinária, para a correção das deficiências do mercado e fomento ao equilíbrio do sistema econômico. Como bem define Calixto Salomão Filho, “regulação é toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia”²⁴⁴.

Outra precisa definição do termo regulação, de forma adotada no presente trabalho encontra-se na obra de Maria M. Leitão Marques e outros²⁴⁵:

²⁴⁴ Salomão Filho, C. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*, p. 15.

²⁴⁵ Marques, Maria Manuel Leitão; Santos, Antônio Carlos dos; Gonçalves, Maria Eduarda. *Direito Econômico*. Almedina, Coimbra, 1997, p. 223.

Regulação é “o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionadas através das quais o Estado, por si ou por delegação, determina, controla ou influencia o comportamento de agentes econômicos, tendo em vista evitar efeitos desse comportamento que sejam lesivos de interesses socialmente legítimos e orientá-los em direções socialmente desejáveis”.

Ao conceder a prestação de um serviço público, o Poder Público realiza a regulação da atividade econômica impondo prazos, preços, cláusulas que devem ser observadas pelo concessionário, entre muitos outros aspectos que serão debatidos posteriormente.

Em regra, a regulação é exercida seguindo os requisitos de uma política pública setorial, voltada para a regulamentação, em determinado setor econômico, da liberdade de iniciativa (por exemplo, a disciplina da concessão de serviços públicos) e para estimular os agentes econômicos a percorrerem seus objetivos em harmonia com o desenvolvimento das políticas públicas. Exemplo desse segundo requisito é o art. 174²⁴⁶ da Constituição Federal que dispõe que o planejamento estatal sobre a economia é somente indicativo²⁴⁷ para o setor privado.

Restringindo-se ao objeto de pesquisa do presente trabalho, a atividade regulatória do Estado sobre atividades econômicas

²⁴⁶ “Art.174: Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

²⁴⁷ Confira-se lição de José Afonso da Silva em ‘*Comentário contextual à Constituição*’, (2005, p. 724): “Por outro lado, se é certo que o plano indicativo não obriga o setor privado é também certo, como uma nota de sua índole jurídica:

- (a) que a liberdade de atuação do empresariado privado fica, em termos globais, condicionada à atuação governamental planejada; (b) que o setor privado não pode atuar deliberadamente contra os objetivos do plano; (c) que, naquelas hipóteses em que a atividade depende de autorização ou licença, a Administração poderá ter em conta os objetivos, previsões e requisitos estabelecidos, para outorgar ou não a autorização ou licença, pois em tais casos, sua concessão ou denegação se convertem em matéria regradada”.

definidas como serviços públicos apresenta, além do papel de organização da atividade econômica, um papel social, na medida em que visa orientar a atividade a pautar-se também por objetivos condizentes com o interesse público. Nesse sentido, a regulação setorial procura sempre que possível atingir objetivos sociais, orientando os agentes econômicos a realizarem suas metas cumprindo também com fins socialmente desejáveis, com o intuito de melhorar a qualidade de vida dos cidadãos.

Esse objetivo social da regulação setorial funda-se em postulados da Carta Magna de 1988, principalmente, os que definem a ordem econômica brasileira, conceituados por parte da doutrina como ‘Constituição Econômica Brasileira’²⁴⁸. Por meio da interpretação constitucional sistemática, infere-se que é papel do Estado atuar, efetivamente, para a satisfação das necessidades essenciais coletivas em prol da eliminação das desigualdades sociais e regionais e da realização do princípio da dignidade da pessoa humana, que é fundamento tanto do Estado Democrático de Direito como da Ordem Constitucional Econômica. Quanto a essa segunda acepção, Eros Grau aponta:

“Nesta sua segunda consagração constitucional, a dignidade da pessoa humana assume a mais pronunciada relevância, visto comprometer todo o exercício da atividade econômica em sentido estrito – com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar. Daí porque se encontram constitucionalmente empenhados na realização desse programa – dessa política pública maior – tanto o setor público quanto o setor privado.

²⁴⁸ Idem, (p. 708): “Aqui, interessa considerar a Constituição econômica formal, como a parte da constituição que interpreta o sistema econômico que, em essência, é o capitalista. Vale dizer: a constituição econômica formal brasileira consubstancia-se na parte da Constituição Federal que contém os direitos que legitimam a atuação dos sujeitos econômicos, o conteúdo e limites desses direitos e a responsabilidade que comporta o exercício da atividade econômica”.

Logo, o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição Federal”.²⁴⁹

Por sua vez, a regulação estatal atua nos dois tipos de atividades econômicas, diferenciando-se, entretanto, o grau de intervenção: nas atividades econômicas em sentido estrito, caracterizadas pela livre iniciativa e livre concorrência, o Estado só intervém indiretamente e quando isso se faz estritamente necessário; já nas atividades econômicas em sentido amplo, aqui definidas como serviços públicos, a intervenção estatal é direta por estes serem de titularidade estatal. Nesse sentido, os serviços públicos podem ser desempenhados diretamente pelo Estado ou por empresas controladas por ele ou, então, terem sua prestação delegada a um particular, principalmente, por meio das concessões. Essa delegação só pode ser feita cumprindo-se um regramento jurídico estatal específico, no qual não se encontram a livre iniciativa e a livre concorrência, havendo, entretanto, a ausência de exclusividade da prestação, que pode ser realizada por mais de um empresário contratado, ou simultaneamente com o próprio Estado.

Nesse passo, as concessões, representam uma enorme expressão da atividade regulatória do Estado no setor dos serviços públicos; uma espécie de regulação contratual. Isso porque a titularidade desses serviços pertence ao Estado e a associação com o capital privado para realização desses serviços só viabiliza-se pelo cumprimento de uma regulamentação jurídica formal que prevê a delegação.

I.I Aspectos históricos

Para introdução da análise da regulação setorial dos serviços públicos, principalmente, no que diz respeito às concessões,

²⁴⁹ Grau, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. p. 197.

importante é a análise da trajetória do Estado de Direito Liberal até o Estado de Direito Social e Democrático no que pertine à atuação estatal no domínio econômico.

O Estado de Direito Liberal, marcado pela supremacia da legalidade e pela ideologia liberal, foi, gradualmente, sendo substituído pelo Estado de Direito Social²⁵⁰ à medida que a experiência histórica concreta foi exigindo atuação estatal na economia para garantir objetivos sociais. Dois fatores foram essenciais para implementação do Estado Social: a adoção do sufrágio universal, que aproximou o Estado da democracia política e a aproximação entre capital e trabalho, que reduziu a diferença entre igualdade política e desigualdade social. Com isso, chegou-se à vertente do Estado Social e Democrático de Direito.

O auge do Estado de Direito Social deu-se no período compreendido entre as décadas de 40 a 70, marcado pela atuação estatal na prestação efetiva de serviços públicos, dos quais passou a ser titular. Com o advento da década de 70, esse modelo foi bombardeado pelas crescentes crises fiscais, marcadas por altos índices de inflação e de juros, pelo desemprego e recessão, o que redundou na significativa diminuição de investimentos estatais nesse setor.

Com a crise do Estado de Direito Social e Democrático, emergiram novos ideais liberais, sob uma vertente atualizada com a realidade moderna, o denominado neoliberalismo.

²⁵⁰ Importante, a título de introdução, é a distinção detalhada entre Estado Social e Estado Socialista por Paulo Bonavides, (2001, pp. 184 e 204): “o Estado Social representa efetivamente uma transformação superestrutural porque passou o antigo Estado Liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas, algo, no ocidente, o distingue, desde as bases do Estado Proletário, que o socialismo marxista tenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia. (...) Daí compadecer-se o Estado Social no capitalismo com os mais variados sistemas de organização política, cujo programa não importe modificações fundamentais de certos postulados econômicos e sociais; (...) O Estado Social da democracia distingue-se, em suma, do Estado Social dos sistemas totalitários por oferecer, concomitantemente, na sua feição jurídico constitucional, a garantia tutelar dos direitos da personalidade”

Vários países, inclusive o Brasil, adotaram essa nova vertente, consubstanciada na idéia de mercado livre, auto-regulável, que prescinde da atuação direta do Estado na economia. Os pilares do neoliberalismo assentavam-se na estabilidade monetária, no controle do orçamento e nas privatizações de empresas estatais voltadas para atuação nos setores mais básicos.

Ocorre que no Brasil, (assim como em muitos outros países), a adoção do neoliberalismo levou o país a uma crise estrutural, tendo que recorrer a vultosos empréstimos no Fundo Monetário Internacional (FMI) e no Banco Mundial (BIRD). Em contrapartida, essas instituições passaram a disciplinar a economia brasileira segundo seus interesses, provocando uma sensível redução de investimentos estatais na prestação de serviços públicos essenciais. Por outro lado, os investimentos privados angariados para esse setor não passaram por uma política regulatória adequada, o que contribuiu para o aumento das deficiências.

Com a crise do neoliberalismo econômico, o Estado de Direito volta a assumir sua feição social, agora, de forma conciliatória, assumindo o capitalismo como sistema de produção e procurando não intervir nos setores em que as metas de produtividade sejam mais bem desempenhadas pelo investidor privado.

Isso, com exceção dos setores que se configuram instrumentos para a realização do princípio da dignidade humana dos cidadãos como o da prestação de serviços públicos, que são titularizados pelo Estado de Direito Social e Democrático e que necessitam de uma regulação estatal para conciliar os objetivos econômicos advindos da associação indispensável com o capital privado (em especial por meio das concessões, como será analisado) e a promoção do interesse público e da justiça social.

Capítulo II - Considerações sobre serviços públicos

A priori, é imprescindível a análise sobre o objeto de incidência do instituto ora estudado. Antes de analisar as concessões em si, indispensável é o estudo dos serviços públicos.

Hely Lopes Meirelles define serviço público como “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado”²⁵¹.

Celso Antônio Bandeira de Mello define serviço público como “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 às vezes, sob um regime de Direito Público (...)”²⁵².

Por sua vez, Marcos Juruena Villela Souto o concebe como a “atividade definida pela Constituição ou por lei como essencial ao desenvolvimento da sociedade, cuja gestão é assegurada, regulada e controlada pelo Estado, a quem cabe a sua racionalização e melhoria. (...) A Constituição acolheu o princípio da livre iniciativa, por força do qual as atividades econômicas só podem ser definidas como serviços públicos – retirando-as o Estado da livre iniciativa – se houver relevância em tal caracterização e proposta de atendimento universal, a custos módicos”²⁵³.

De plano, excluindo-se as particularidades de cada autor, a doutrina brasileira concebe serviço público como a “prestação, sob regime de direito público, de utilidades essenciais, fruíveis individualmente pelos integrantes da comunidade” (Justen Filho, 2003, p. 20). Esse conceito é constituído por três aspectos: o material ou objetivo, por constituir serviço público o fornecimento de utilidades essenciais ao indivíduo; o subjetivo, por ser essa prestação exercida pelo Estado ou por quem ele a delegue e o aspecto formal, que diz respeito à aplicação do regime de direito público ao fornecimento dessas utilidades.

²⁵¹ Meirelles, H. L., 2005. *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros, São Paulo, 2004, p. 320.

²⁵² Mello, C. A. B., 2005. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros, São Paulo, p. 612.

²⁵³ Souto, M. J. V., 2005. *Direito Administrativo Regulatório*. Lúmen Juris, Rio de Janeiro, p. 82.

Ressalta-se que, como exposto, todo serviço público submete-se ao regime de direito público, todavia não é toda atividade estatal que configura um serviço público. Ainda, segundo Justen Filho, (2003, p. 21) “uma questão fundamental, portanto, reside em determinar quando e porque uma atividade pode (ou deve) ser considerada serviço público e, desse modo, submeter-se a um regime jurídico peculiar”. Nesse sentido, por ser considerado público é que determinado serviço passa a ser avocado pelo Estado, ou seja, ele não é público por ser estatal, mas é estatal por ser público.

No ordenamento jurídico brasileiro, entende-se que as atividades estatais intrínsecas à organização política do Estado, em especial, as que se exercem por meio do monopólio estatal do uso da violência (poder de polícia) não constituem serviços públicos. Por tal razão, as funções políticas dos três poderes não se consubstanciam em serviços públicos.

Com efeito, o poder de polícia é atividade estatal de efeitos opostos aos do serviço público, uma vez que a função do serviço público é promover utilidades essenciais aos indivíduos, favorecendo o exercício de seus direitos e liberdades, enquanto que a função do poder de polícia é limitar esses direitos e liberdades. Outra grande diferença entre essas atividades é a possibilidade de delegação do exercício aos particulares, permitida à atividade de serviço público e, expressamente, proibida à atividade de poder de polícia. Isso porque uma das principais conquistas advindas do Estado Democrático de Direito foi a legitimação do uso da força como monopólio estatal, a ser utilizada somente quando necessária e quando estritamente autorizada por lei, retirando-a da órbita dos particulares. Assim, configuraria um retrocesso permitir a delegação do poder de polícia.

Outrossim, apesar de efeitos diferentes, há que se reconhecer uma identidade entre essas duas atividades estatais distintas: o poder de polícia realiza todas as limitações e fiscalizações em prol do interesse público e da realização do princípio da dignidade humana (valores também almejados pelo serviço público) e, para tanto, muitas vezes presta utilidades indispensáveis à satisfação de necessidades individuais ou coletivas, por exemplo, no socorro às vítimas de acidentes, na entrega de documentos, etc.

Por outro lado, outra distinção indispensável perfaz-se entre serviço público e atividade econômica. Parte da doutrina defende que o serviço público é atividade econômica na medida em que se utiliza de recursos escassos para a satisfação das necessidades coletivas. Entretanto, corrente doutrinária encabeçada por Justen Filho e seguida no presente trabalho, defende que a análise dessa diferenciação deve ser feita por meio da delimitação da necessidade a ser satisfeita e se ela é essencial para a realização do princípio constitucional da dignidade humana, princípio maior de todo ordenamento de um Estado Democrático e Social de Direito. Se for essencial, a atividade de prestação dessa necessidade deverá reger-se por um serviço público, a ser prestado pelo Estado ou por um delegatário sob regime de direito público, de caráter obrigatório, contínuo, isonômico e mutável, quando necessária atualização do serviço para garantir maior eficiência. Se não for essencial, isto é, de importância secundária para realização da dignidade humana, cabe sua exploração por meio da atividade econômica, caracterizada pela facultatividade na prestação, pela busca egoística do lucro e pela livre concorrência.

Ainda, outro aspecto que contribui de forma incisiva para atribuição de titularidade do serviço público ao Estado é a decisão política desse quanto ao controle de poder na sociedade. Alguns serviços são alçados à categoria de públicos por sua relevância perante a ordem econômica e social, uma vez que se fossem titularizados por particulares poderiam gerar desequilíbrios sociais de poder. Por isso, faz-se necessário a intervenção estatal nesses serviços, pelo menos, de forma regulatória na sua prestação por delegatários particulares. Exemplo disso é o serviço público de comunicação, em especial, comunicação televisiva: dada a enorme importância do serviço (influência de massas, poder econômico,...) o Estado brasileiro nunca o exerceu diretamente, delegando sua prestação a particulares, todavia sempre intervindo de forma regulatória com o objetivo de contornar o enorme poder adquirido por esses particulares.

II.I. O serviço público na conjuntura atual: a discussão acerca da exclusividade de prestação

Influências significativas do direito comparado acrescidas das reformas político-econômicas ocorridas nas últimas décadas provocaram mudanças na concepção do instituto do serviço público. Atualmente, uma das maiores discussões diz respeito à exclusividade na prestação desses.

“A exclusividade significa a vedação à possibilidade de terceiros competirem com o ente estatal titular do serviço, com o concessionário ou com o permissionário no desempenho da atividade objeto da outorga. Quando a delegação fizer-se com a previsão da exclusividade, o concessionário ou permissionário será beneficiado por uma espécie de *monopólio* na prestação do serviço público. Para os demais empresários, eventualmente interessados em explorar o serviço, configurar-se-á vedação à livre iniciativa. Para os usuários, haverá ausência de outra alternativa de fruição do serviço. Para o poder concedente, surgirá impedimento ao desempenho do serviço público, ressalvada a via da encampação” (Justen Filho, 2003, p. 39).

Em especial, na União Européia, desenvolve-se uma corrente que defende o fim do monopólio estatal na titularidade da prestação dos serviços públicos em prol da existência de concorrência capaz de garantir maior eficiência na prestação desses serviços. Essa corrente é contrária, inclusive, ao modelo de intervenção regulatória estatal, por defender que esse não é capaz de alcançar a eficiência econômica possível como num modelo concorrencial²⁵⁴

No Brasil, a Lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei 8.987/95) positivou, como regra, a não-aplicação da exclusividade,

²⁵⁴ Justen Filho, 2003, 36-38 pp.

sendo aplicável somente para os casos de inviabilidade técnica ou econômica conforme o artigo 16 da referida Lei²⁵⁵. Os objetivos aferidos desse dispositivo é a vontade do legislador em garantir a competição entre concessionários, visando-se o aumento da eficiência, o ganho dos usuários com a qualidade e do Estado, que poderá alocar os recursos escassos aos mais desfavorecidos.

“O serviço público é, pois, o exemplo clássico de regulação, que evolui da regulação substitutiva do mercado (em que o Estado fixava o modelo de eficiência) para a regulação promotora do mercado (em que a eficiência decorre da competição, desde que atendidos padrões mínimos, entre os quais as citadas generalidade e modicidade de custos) (Souto, 2005, p. 82-83)

E, mesmo nos casos de necessário monopólio, a regulação setorial faz-se presente realizando o controle por meio de implementação de uma suposta situação de mercado concorrencial, disciplinando a margem de preços, o padrão de qualidade, os interesses do cidadão-usuário, etc.

II.II. Análise constitucional dos serviços públicos

Parte significativa da doutrina brasileira entende que os serviços atribuídos aos entes federativos no artigo 21 da Constituição Federal²⁵⁶ são todos serviços públicos. Posiciona-se, entretanto, pelo

²⁵⁵ “Art. 16. A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta Lei”.

²⁵⁶ “Art. 21. Compete à União:

(...)

X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

entendimento de que nem todos eles são serviços públicos, pois se entende que só serão serviços públicos quando consubstanciarem-se em prestações de utilidades imprescindíveis à realização do princípio da dignidade humana ou em mecanismos de atendimento às finalidades políticas essenciais da comunidade. Nesse sentido, entende-se que os serviços dispostos nos incisos X, XI e XII não configuram serviços públicos, podendo ser explorados por meio de atividade econômica. Nos incisos XI e XII, inclusive, a Constituição prevê hipótese de autorização, instituto que é incompatível com a prestação de serviços públicos.

Desta feita, argumenta-se que a Constituição de 1988 adotou o critério de que uma atividade só será regida pelo regime de serviço público quando for instrumento imprescindível para realização do princípio da dignidade humana ou para fins políticos essenciais. Se não houver essa vinculação material, a atividade deverá ser realizada por meio do regime de exploração de atividade econômica.

Nesse ponto, concorda-se com o posicionamento de Vinícius Marques de Carvalho ao sintetizar que:

“(...) a disciplina dos serviços públicos tem sede constitucional e que seus princípios norteadores são também os da Administração Pública, sendo que os princípios da universalidade, continuidade e igualdade do serviço devem ser garantidos pelo Estado. Qualquer mitigação desses princípios

-
- XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:
-) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;
 - b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;
 - c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;
 - d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
 - e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
 - f) os portos marítimos, fluviais e lacustres; (...)”.

orientadores, em nome de garantias oferecidas aos agentes privados responsáveis pela execução do serviço, pode entrar em contraposição com os ditames constitucionais”.²⁵⁷

Complementar é o posicionamento de Justen Filho (2003, p. 47):

“O ponto central reside em determinar os requisitos de configuração de um serviço público. O que se defende é que não basta a oferta de utilidades a pessoas indeterminadas para surgir um serviço público. O fundamental é a pertinência entre a utilidade ofertada e a necessidade a ser satisfeita. Dito em outras palavras, serviço público não é sinônimo de serviço ao público. Indica serviço indispensável, diretamente relacionado com a satisfação de necessidades essenciais à integridade do ser humano.”

Por fim, ressalta-se que os serviços públicos não estão todos previstos taxativamente na Constituição, podendo ser criados novos pelo legislador infraconstitucional, desde que seja respeitada a pertinência temática de instrumentalidade desse regime para atividades imprescindíveis à concretização do princípio maior do Estado Democrático e Social de Direito brasileiro, reconhecido pela ordem internacional: a dignidade humana.

Em síntese, observa-se a tendência atual de redução da intervenção estatal a somente aquilo que for indispensável de ser realizado pelo Estado, principalmente, no domínio econômico. Entretanto, com o advento do Estado Democrático e Social de Direito e a força crescente dos princípios e direitos fundamentais,

²⁵⁷ Carvalho, V. M. de; DI Pietro, Maria S. Z (org). *Desregulação e reforma do Estado no Brasil: impacto sobre a prestação de serviços público – Direito Regulatório: Temas Polêmicos*, 2003, p. 173.

exige-se como nunca a atuação estatal para concretização e desenvolvimento do reconhecimento aos valores fundamentais. Nessa seara, o regime de serviços públicos é instrumento de grande eficácia, pois por meio dele o Estado exerce diretamente ou por delegação as atividades essenciais para promoção da dignidade humana²⁵⁸.

Mas, os serviços públicos, como exposto, devem ser limitados. O restante das atividades econômicas, que envolvam a busca pelo lucro ou não a excluam, deve ser repassado aos particulares para que a exerçam livremente, de forma concorrente, almejando-se o desenvolvimento econômico e social: todavia, mesmo com relação a essas atividades econômicas em sentido estrito, o Estado deve manter uma atuação regulatória indireta, sempre fiscalizando o reconhecimento aos valores fundamentais.

Capítulo III: Análise das concessões de serviços públicos

III.I. Breve histórico do instituto ‘concessão’

A doutrina afirma que a primeira forma de concessão surgiu no direito romano²⁵⁹. Mas, foi na França que esse instituto desenvolveu-se nos moldes que o concebemos hoje. Nesse país, primeiramente, surgiram, por volta do século XIII, as concessões de uso e exploração de bens públicos. Até o final século XVIII, as concessões baseavam-se em privilégios, nos quais o monarca conferia a seus súditos a delegação de atividades públicas diversas

²⁵⁸ Nesse sentido, leciona Marcos Juruena Villela Souto, (2005, fls. 98): “em sede de serviços públicos, as políticas a serem implementadas visam a preservar o interesse nacional, promover o desenvolvimento, ampliar o mercado de trabalho e valorizar os recursos naturais e instalações, proteger os interesses do consumidor quanto ao preço, qualidade e oferta dos produtos, identificar as soluções mais adequadas para atendimento das diversas regiões do país, promover a competição, onde cabível, atrair investimentos. A regulação envolve, em síntese, a definição de padrões de qualidade, custo, atendimento e segurança dos serviços e instalações do serviço, bem como critérios de atualização das condições de sua exploração, promoção da universalização e da competição onde viável (...)”.

²⁵⁹ Giannini, Massimo Severo apud Justen Filho, 2003, p. 50.

numa relação de legitimação e manutenção de seu poder. Somente a partir do século XIX, as concessões foram estabelecidas como instituto jurídico sob a égide do nascimento do Estado de Direito e passaram a regerem-se pela associação com a livre iniciativa, desde que cumpridos os requisitos legais.

Nesse contexto, surgiram na França as primeiras concessões de serviços públicos de transporte, energia e água, motivadas por dois fatores: a falta de capital estatal e a instauração da ordem liberal, que proporcionaram a delegação de exploração ao capital privado. Nessa seara, o desenvolvimento do instituto jurídico das concessões foi resultado da experiência prática, da produção doutrinária e jurisprudencial daquele país.

Por sua vez, no Brasil²⁶⁰, as primeiras concessões datam do século XIX para construção das ferrovias. Por volta de 1940, as concessões foram enfraquecidas em vista do período marcado pela intervenção estatal direta, conhecido por época da “nacionalização”.

Mas, a partir de 1990, as concessões voltaram a ser utilizadas em grande escala pelo Estado brasileiro. A reutilização do sistema de concessões foi consequência da grave crise fiscal que o Brasil atravessava (situação que ocorreu com muitos outros países também), apresentando-se como um instrumento alternativo, em primeiro plano, para exploração de serviços públicos lucrativos. Por conseguinte, a escassez de recursos estatais para promover a atualização técnica dos serviços públicos acompanhada do programa político das privatizações conferiu uma importância relevantíssima a esse instituto no ordenamento brasileiro.

²⁶⁰ Sobre o surgimento das concessões no Brasil, afirma Toshio Mukai (2002, p. 9): “o certo é que o sistema de concessões de serviço público no Brasil revela, durante o Império e na primeira fase republicana, o sinete exclusivo do direito administrativo francês. Mas, nas últimas três décadas, à influência francesa aliou-se a experiência norte-americana de regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública, a se manifestar, sobretudo, na tentativa de implantação do critério do serviço pelo custo (*service-at-cost*), como base tarifária em determinadas concessões. Nessas duas fontes comparativas, o direito administrativo nacional se abebera para a institucionalização, no plano legislativo, ou na criação doutrinária, dos princípios capitais das concessões de serviço público”.

Essa tendência fixou-se e, hoje, não há como mais falar em realização de obras e serviços públicos, promoção de políticas públicas e satisfação das necessidades básicas coletivas sem a associação com o setor privado por meio do regime de concessões. Com efeito, a nova conjuntura social, política e econômica, advinda com a instauração de um Estado de Direito Democrático e Social pela Constituição Federal de 1988, promoveu a evolução desse instituto, que hoje é concebido com um novo plexo de aspectos, aduzindo-se a doutrina, até mesmo, a um novo direito das concessões.

Capítulo IV: O novo Direito das Concessões no Ordenamento Jurídico brasileiro

O instituto das concessões foi alçado à categoria constitucional pela Carta de 1988, em seu artigo 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 do usuários;

III – política tarifária;

IV a obrigação de manter serviço adequado”.

Somente sete anos após, em 1995, foi promulgada a lei disciplinando as concessões de serviços públicos, Lei 8.987/95, definindo-as de forma mais precisa, em seu artigo 2º, inciso II:

“Art. 2º: Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...)

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras 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 forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado”.

Esclarecendo-se tal definição, o Estado, poder concedente, mantém a titularidade da prestação do serviço público, apenas cedendo ao particular uma parte da função pública, que é a de exercer temporariamente a prestação do serviço (mantendo-se, por isso, o regime público na prestação), mas continua com o poder-dever de regular, de intervir, de modificar as regras de tal prestação. Tanto que é prerrogativa do poder concedente a encampação, isto é, a retomada da prestação do serviço público concedido, a qualquer momento, desde que se faça necessário para a preservação do interesse público²⁶¹.

²⁶¹ Nesse ponto, preleciona Marcos Juruena Villela Souto (Direito Administrativo das Concessões, 2004, p. 14-15) como importante inovação no regime jurídico das concessões de serviços públicos a “possibilidade de extinção unilateral do

A temporariedade da delegação de serviço público traz dois fatores importantes: primeiro, a delegação deve ser limitada temporalmente, para garantir que o serviço público retorne ao poder concedente, caso contrário, o particular acabaria se tornando “dono” da prestação, não tendo como haver controle eficiente por parte do Estado; segundo, a limitação temporal constitui uma importante garantia ao particular concessionário, pois garante a plena indenização caso a concessão seja extinta antecipadamente pelo poder concedente sem culpa do particular.

IV.I. A nova concepção de concessão de serviço público

Como já afirmado, a renovação do instituto das concessões de serviços públicos advém do marco da constitucionalização e surgimento do Estado Democrático de Direito no Brasil.

Nos dois últimos séculos, teve início o processo de limitação do poder estatal, (que era exercido, na maioria dos casos, pelo monarca), submetendo-o, gradualmente, aos limites legais, e posteriormente, constitucionais. O poder estatal passa a ser exercido com base na idéia de competência (atribuição de poder previamente delimitada), exortando-se os ideais de arbitrariedade e violência desmedidas, tão comuns antigamente. Ainda, esse poder limitado passa a ser exercido de forma democrática: pelo povo, com o povo e para o povo.

Concomitantemente, o surgimento do Estado Democrático de Direito foi acompanhado pela fase crítica de escassez de recursos

contrato fundada no interesse público (encampação) deve ser um juízo de valor compartilhado entre a Administração e o Poder Legislativo, exigindo-se autorização legislativa prévia para a prática do ato. Embora haja quem sustente a inconstitucionalidade do dispositivo, por inibir o Administrador de praticar um ato inerente à capacidade como parte contratual, o certo é que, por força do princípio da segurança jurídica e da presunção de constitucionalidade das leis, cabe aduzir que a discricionariedade que se atribui ao Administrador para a denúncia, como toda e qualquer discricionariedade, é uma decisão que parte do poder legislativo. Se o Legislador, no exercício da sua discricionariedade legislativa, optou por não atribuir uma liberdade absoluta no exercício das faculdades contratuais, não há que se falar em discricionariedade ou privatividade na interpretação do “conceito jurídico indeterminado”.

públicos, fatores que influíram decisivamente para a evolução da atividade administrativa estatal. A limitação do poder dá ensejo ao incremento do contrato administrativo entre Estado e particulares: o Poder Público, não mais arbitrário, deixa de impor unilateralmente sua vontade e passa a associar-se equitativamente com a iniciativa privada para realização do bem comum social.

Por sua vez, a nova ordem estatal, não dispensa a participação da sociedade civil e a associação com ela na gestão política da comunidade: hoje, configura-se imprescindível a associação entre setor público e setor privado para realização de determinadas atividades essenciais, não mais capazes de serem sustentadas somente pela máquina pública.

Nesse ínterim, ressurge o instituto das concessões com nova roupagem, como um mecanismo de que dispõe o Estado para associar-se com o capital privado objetivando promover políticas públicas relacionadas à prestação das utilidades essenciais à dignidade dos indivíduos da comunidade. Nesse sentido, não se concebe mais o instituto das concessões como simples mecanismo de atuação da atividade administrativa contratual do Estado. Agora, o instituto das concessões assume um papel muito mais amplo, principalmente, de instrumento de intervenção estatal no domínio econômico.

Desta feita, o significado do instituto, sob a égide do Estado Democrático de Direito, perfaz-se pelo novo caráter da relação jurídica de concessão, agora, de natureza trilateral, em que atuam conjunta e completamente, o poder concedente, isto é, o Estado, o particular, concessionário e a sociedade civil: por tratar-se de serviço público, voltado para realização dos valores fundamentais do indivíduos, não se concebe mais que a atividade estatal de delegação a um particular não leve em conta os anseios e informações da sociedade civil na operacionalização e no controle dessa atividade.

“Sob todos os primas, a única solução cabível reside em considerar que os três núcleos de interesse se conjugam de modo coerente e harmônico. Mais do que um contrato comutativo,

a concessão é uma via associativa, por meio da qual se produz a conjugação de esforços de diversa origem e qualitativamente distintos, para a realização de interesses comuns” (Justen Filho, 2003, p. 62).

Com efeito, na visão atual do instituto, os três pólos dessa relação jurídica percorrem um objetivo em comum: a prestação adequada e satisfatória do serviço. Ao Estado, promotor do bem comum, cabe regular unilateralmente as normas de prestação do serviço e fiscalizar essa prestação. O concessionário, por sua vez, não é mais visto como um aproveitador, inimigo do Estado, explorador da sociedade, mas sim como um colaborador. Esses dois pólos não mais se posicionam, como na concepção antiga do instituto das concessões, de forma antagônica, mas sim por meio de uma parceria, ambos buscando um fim comum. E, indispensável se faz o relacionamento entre o poder público, por meio de suas autoridades, e a sociedade civil para alcançar-se o entendimento efetivo das principais necessidades coletivas e qual a forma mais eficiente de promover o bem comum.

Em que pese a constante busca pelo lucro do concessionário, o objetivo primordial das concessões, a saber, a realização de serviços públicos de forma satisfatória, adequada e com a menor tarifa possível, não se desnatura pela ocorrência do intuito lucrativo. Esse é apenas o objetivo mediato do concessionário, assim como a promoção do bem comum é o objetivo mediato do Poder Público e da sociedade civil. Entretanto, o objetivo imediato, pelo qual os três pólos se associam e despendem seus esforços e recursos, é a prestação de serviços públicos de forma adequada, satisfatória e mais econômica possível.

IV.II. A análise constitucional do usuário

As delegações de prestação de serviços públicos por meio do regime de concessões somente têm razão de ser se representarem um incremento na satisfação das necessidades individuais e coletivas da

sociedade civil. Nem sempre a melhor solução econômica para prestação do serviço público vai ser a mais adequada para a realização dos valores fundamentais, resumidos, pelo respeito ao princípio constitucional da dignidade humana. Para tanto, é papel do Poder Público intervir no domínio econômico, fiscalizando a prestação da atividade pelo concessionário constantemente, sempre perquirindo se as necessidades dos usuários estão sendo efetivamente satisfeitas. Os principais critérios de avaliação da atividade delegada consistem no atendimento aos princípios da igualdade, da continuidade, da eficiência e, principalmente, da modicidade das tarifas.

O princípio da modicidade das tarifas é uma decorrência do sistema constitucional, pois é derivado de outros princípios constitucionais, a saber, os princípios da dignidade da pessoa humana, da redução das desigualdades, da eficiência e da função social da propriedade privada (artigos 1º, 3º, 37 e 170 da CF)²⁶².

²⁶² “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** e, também, ao seguinte: (...)”.

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

Nesse sentido, é inconstitucional que o usuário pague além do estritamente necessário para a fruição do serviço público prestado por um particular. É imperioso, portanto, que o concessionário realize sua atividade da forma mais eficiente possível, pois assim garantirá a prestação adequada do serviço, o seu lucro e a modicidade da tarifa, sempre em observância, também, aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.

Infraconstitucionalmente, o usuário tem a proteção específica da Lei 8.078/90, por ser equiparado legalmente a consumidor²⁶³. Para fazer valer essa proteção “os usuários e consumidores, em grupos organizados ou isoladamente, podem participar não apenas nas audiências públicas sobre a conveniência das concessões e permissões ou nas coletas de opiniões sobre normas regulatórias mas, também, (e, especialmente), na fiscalização do serviço (devendo ser estimulada a criação de conselhos de consumidores, como órgãos da concessionária, e de associações de consumidores, fortalecendo a noção de ‘controle social’ do serviço” (Souto, 2005, p. 85).

IV.III. A Remuneração Condizente do Concessionário

-
- I - soberania nacional;
 - II - propriedade privada;
 - III - função social da propriedade;**
 - IV - livre concorrência;
 - V - defesa do consumidor;
 - VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
 - VII - redução das desigualdades regionais e sociais;**
 - VIII - busca do pleno emprego;
 - IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

²⁶³ Art 6º, Lei 8078/90: “São direitos básicos do consumidor:

(...)

X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”.

Como visto, o regime de concessões traduz-se pela exploração empresarial de um serviço público. Para tanto, o concessionário aloca seus recursos e esforços para a prestação do serviço adequado, visando o lucro.

É imperioso o controle estatal (regulação) para impedir a remuneração abusiva do concessionário por meio de tarifas que não sejam módicas, mas, é imprescindível, para a viabilidade do regime de concessões, garantir o lucro efetivo e justo do concessionário. Caso contrário, a iniciativa privada não teria nenhum atrativo para contratar com o Poder Público e, conseqüentemente, a mais prejudicada seria a sociedade civil, pois já é fato incontroverso que o Estado não é mais capaz de prover todos os serviços públicos essenciais à satisfação das necessidades individuais e coletivas da comunidade.

Deste modo, é também papel do poder concedente, em respeito ao princípio da moralidade administrativa, agir para garantir o pleno funcionamento do contrato de concessão, não apenas pela fiscalização da atividade delegada e controle da cobrança no sentido de ser garantida a tarifa módica, mas também pela manutenção da adequada remuneração pactuada com o concessionário.

Nesse propósito, é vital a “revisão periódica das tarifas, em negociação com o concessionário, devendo este, através de planilhas, oferecer ao poder concedente diversos dados que servirão de parâmetros para a revisão (renda, despesas envolvidas no serviço e a remuneração do capital investido)” (Mukai, 2002, p. 29). Igualmente, assevera José Afonso da Silva que a tarifa “orienta-se pelo princípio do custo-benefício, de tal sorte que deve ser fixada tendo em vista a continuidade da prestação de serviço adequado, o equilíbrio econômico financeiro do contrato e sua modicidade. Por isso, podem as tarifas serem revistas de acordo com o contrato de concessão. Podem ser diferenciadas em função das características e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários”²⁶⁴.

²⁶⁴ SILVA, J.A. da., 2005. *Comentário contextual à Constituição*. Malheiros, São Paulo, p. 726.

De outra sorte, ao impor que o concessionário assume o risco, o legislador objetivou, em regra, que a concessão fosse viabilizada sem lançamento de recursos pelo poder concedente, uma vez que o ressurgimento das concessões advém exatamente da falta de recursos públicos para prover todas as demandas sociais essenciais. Desta feita, a remuneração do concessionário advém da exploração empresarial da prestação do serviço público por meio da cobrança de tarifa razoável, descontados as despesas normais e previsíveis com essa atividade que ficam a cargo do empresário.

Ressalta-se que uma tarifa razoável só será viabilizada quando o poder concedente delegar um risco satisfatório ao concessionário, pois é consabido que, na atividade econômica empresarial, esses fatores de risco serão agregados ao valor da tarifa. Portanto, é uma necessidade do modelo de concessões atual, que prima pela tarifa módica, garantir condições adequadas de exploração lucrativa pelo concessionário, objetivando-se que esse não tenha substrato para infringir a modicidade das tarifas.

Desta feita, não se aceita mais a definição tradicional de que a concessão corre por pura “conta e risco” do concessionário; atualmente é imprescindível a atuação estatal no que pertine à remuneração do particular, intervindo de modo a regular os riscos a que ele estará sujeito.

Entretanto, de grande pertinência é a discussão atual a respeito da viabilidade de concessão de serviços públicos não econômicos. Nesses, como já referido anteriormente, não há possibilidade de cobrança de tarifa ou essa é insuficiente para a manutenção da atividade; em contrapartida são, acertadamente, os mais essenciais serviços públicos. Todavia, hoje, o Poder Público já se mostrou incapaz na tentativa de custeá-los integralmente: a associação com o capital privado mostra-se imprescindível. A partir disso, surge uma nova forma de concessão, em que parte dos custos, por não haver como ser custeada pelos usuários, vai ser custeada pelo Estado. Como bem define Benedicto Porto Neto²⁶⁵:

²⁶⁵ Neto, B. P., 1998. *Concessão de Serviço Público no Regime da Lei nº 8.987/95 – Conceito e Princípios*. Malheiros: São Paulo, p. 76.

A Administração Pública pode transferir a prestação de serviço público a terceiro, sob o mesmo regime jurídico da concessão, sem que sua remuneração guarde relação com o resultado da exploração do serviço.

Essa é a solução que melhor atende aos princípios constitucionais da dignidade e da solidariedade, uma vez que o Estado não pode permitir que as parcelas mais necessitadas da população sejam privadas de serviços públicos essenciais (que ele próprio não tem como arcar por completo) por não terem condições de arcar com as tarifas; aqui se manifesta, enfaticamente, o caráter associativo da concessão entre Poder Público, setor privado empresarial e sociedade civil, todos voltados para a satisfação das necessidades coletivas mais essenciais.

Na prática, o Estado irá arcar com a remuneração do empresário privado por meio de três formas: apropriar-se, através da cobrança de tributos, da riqueza dos que tem capacidade contributiva maior e alocar esses recursos para pagamento da concessão que presta serviço público aos mais necessitados; subvencionar, por conta própria, parte dos custos necessários para manutenção da concessão ou cobrar tarifas proporcionais à capacidade contributiva, angariando dos mais abonados uma parcela de capital extra que será destinada à parcela de custeio da concessão daqueles que não podem pagar.

Cabe ainda analisar, na seara da remuneração do concessionário, a questão do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. A equação econômico-financeira é regida pelo princípio da intangibilidade, que resguarda o concessionário garantindo-lhe a adequação da equação: mantêm-se os parâmetros iniciais de custos e vantagens toda vez que ocorrer um evento extraordinário superveniente, o qual as partes não poderiam prever.

Em síntese, conclui-se pela atual variação na forma de provimento da remuneração do concessionário. Como bem assevera Justen Filho (2003, p. 95):

“Num país com as carências e limitações que existem no Brasil, a participação da iniciativa privada para a implementação e prestação de serviços públicos é indispensável. Não é cabível que tal associação seja proscria ou impedida em virtude de concepções formalistas, que façam prevalecer regras técnicas da legislação ordinária sobre princípios constitucionais fundamentais. Essa diretriz hermenêutica deve orientar a aplicação das normas atinentes à concessão de serviço público, para o fim específico de permitir a adoção de alternativas adequadas a propiciar a satisfação das necessidades coletivas por meio do investimento de capitais privados”.

IV.IV. O papel das concessões no remanejamento de riquezas

Os serviços públicos podem ser gratuitos ou onerosos. Gratuitos são os serviços públicos prestados diretamente pelo Estado sem cobrança de contraprestação direta a ser paga pelo usuário. São, portanto, custeados pela sociedade civil em geral, na medida em que são financiados com o montante arrecadado pelos tributos. Como os tributos²⁶⁶ são regidos pelo princípio da capacidade contributiva, infere-se que os serviços públicos gratuitos serão custeados pelas prestações pecuniárias compulsórias (tributos) arrecadadas dos setores mais abonados da sociedade civil.

Os serviços públicos onerosos são aqueles prestados diretamente pelo Estado mediante uma contraprestação pecuniária por parte do usuário, a taxa. Quanto a esses serviços, é comum a fixação do valor da taxa conforme a conveniência política da época, o que, em geral, traduz-se pela cobrança de uma taxa não condizente com o mínimo necessário para a manutenção do serviço, muito menos para a sua atualização tecnológica. Por conseqüência,

²⁶⁶ Aqui, refere-se, em especial, aos tributos diretos, uma vez que quanto aos tributos indiretos, não se aplica de forma unânime o princípio da capacidade contributiva.

predomina o ideal populista de que os prejuízos serão pulverizados e arcados por toda a sociedade.

Por outro lado, pelo regime de concessões, há uma mudança paradigmática quanto à forma de custeio da prestação dos serviços, uma vez que quem irá arcar com os custos serão somente os usuários. Aqui, ressalta-se a diferença entre comunidade e usuário, pois esse último diz respeito somente àqueles que efetiva ou potencialmente fruirão o serviço, enquanto que a comunidade engloba toda a sociedade civil, composta dos usuários e dos não-usuários. Dessa forma, o regime de concessões é benéfico para os não-usuários, pois não exige transferência de recursos desses, todavia, é mais gravosa para os usuários, na medida em que é através da tarifa paga por eles (de forma igualitária, pois não incide o princípio da capacidade contributiva) que o serviço será mantido.

Ainda, o regime de concessões consubstancia-se em uma forma de apropriação de recursos privados pelo Estado. Em toda concessão, prevê-se que uma parte da tarifa será destinada para pagamento ao Estado, em consequência da realização de licitação pela maior oferta. Assim, além de servir para manutenção do serviço e pagamento do lucro do concessionário empresário, haverá um acréscimo no valor da tarifa, que será repassado aos cofres do poder concedente. Tal prática, que contribui para um aumento significativo do valor da tarifa, representa uma forma indireta e oculta de apropriação pelo Estado da riqueza privada e que, espantosamente, não se submete ao regime tributário como preceitua a Constituição Federal.

IV.V. A mutabilidade no regime das concessões

A mutabilidade é um aspecto essencial ao instituto das concessões. Por ser um instrumento de satisfação das necessidades coletivas essenciais, a concessão de serviço público deve cingir-se sempre pela busca da melhor forma de realizar esse objetivo e, para tanto, a associação entre concessionário e Poder Público envolve, constantemente, a negociação acerca dos encargos e mudanças

tecnológicas que forem emergindo durante o período de contrato. Nesse ponto, confira-se importante análise de Arnold Wald²⁶⁷:

“(...) 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 à 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 entre o contratante e o contratado, abrangendo as decisões de situações não previstas contratualmente ou daquelas que sofreram profundas mutações (...)”.

IV.VI. As concessões quanto ao seu objeto

Em geral, quanto ao objeto, as concessões dividem-se em quatro tipos:

1) Concessão apenas de serviço público: a delegação ao particular diz respeito somente ao fornecimento de utilidades materiais que constituem o serviço público em si. Ex: concessão da atividade de transporte urbano de indivíduos.

2) Concessão de serviço público precedido da execução de obra pública: o fornecimento de utilidades materiais depende da construção prévia de obra destinada ao desenvolvimento do serviço público. Esclarece-se que a obra construída na concessão passará ao domínio público assim que encerrado o prazo de concessão. Ex:

²⁶⁷ Wald, A, 1996. *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*. RT, São Paulo, p. 36

concessão de atividade de produção de energia elétrica a partir da construção de usina hidrelétrica.

3) Concessão de exploração de obra pública a ser construída: a obra a ser construída, já constitui por si o fornecimento de utilidade essencial aos usuários, cabendo ao delegatário somente a manutenção da obra, mas não a prestação de um serviço público em si. A remuneração do concessionário advém da cobrança pela utilização das obras. Ex: a concessão para construção de rodovia.

4) Concessão de exploração de obra já existente: o bem público já existe, todavia é delegado ao particular a sua manutenção ou reforma. É, portanto, uma subespécie da hipótese anterior, se diferenciado somente porque aqui o bem não será construído pelo concessionário, mas será mantido e reformado por ele enquanto durar o prazo da concessão.

Consoante a Lei Geral das Concessões (Lei 8.987/95), as quatro espécies são abarcadas no gênero 'concessão de serviço público' e são disciplinadas pelo mesmo regime jurídico, acrescidas das particularidades inerentes a cada tipo.

IV.VII. A relação jurídica do regime de concessões: âmbito interno e externo

O âmbito interno da relação jurídica de uma concessão diz respeito à relação entre poder concedente e concessionário. Trata-se de uma relação em que os sujeitos têm autonomia entre si, todavia não como numa relação contratual privada, uma vez que o concessionário submete-se ao controle e fiscalização do poder concedente, podendo perder a delegação da prestação do serviço, caso o poder concedente entenda que a prestação esteja sendo deficitária para a promoção do interesse público.

Desta feita, o regime jurídico de direito público impõe limites à atuação empresarial do concessionário, que deverá sempre pautar-se pelo atendimento do interesse público ao mesmo tempo em que também busca a efetivação do lucro.

O âmbito externo da relação jurídica diz respeito à relação entre concessionário e usuários do serviço. Nessa relação, o concessionário atua em seu próprio nome, mas sempre pautado pelo interesse público como se fizesse parte da própria Administração Pública. Tanto que o usuário relaciona-se com o concessionário da mesma forma como se relaciona com o Poder Público.

Nesse âmbito, também se inclui a relação entre Poder Público e usuário, pela qual o Estado é responsável por uma série de ações perante os usuários, numa atuação complementar a do concessionário, em prol da realização eficiente do serviço público.

IV.VIII. A natureza jurídica da concessão

A concessão de serviço público é disciplinada por meio de um contrato administrativo, espécie contratual que rege uma relação jurídica diferenciada, na qual um dos pólos é ocupado por um ente da Administração Pública, o poder concedente e o outro por um particular que, espontaneamente, adere. Todavia, o contrato administrativo de concessão é ainda uma subespécie diferenciada de contrato administrativo, possuindo um regramento jurídico próprio. Nesse sentido, ressalta Eros Grau²⁶⁸:

“Em primeiro lugar, o concessionário do serviço está sujeito a regime determinado, que supõe a celebração do contrato, dotado de caráter especial. Vale dizer: a concessão supõe a adesão voluntária de um sujeito (o concessionário) à relação jurídica de concessão. Ainda que hoje se coloque sob vigorosa contestação o caráter contratual do instituto da concessão, visto que a relação se formaliza mediante a imposição, pelo poder concedente, de um certo número de cláusulas regulamentares, suportadas por ele,

²⁶⁸ GRAU, E. R. 2006. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. Malheiros, São Paulo, p. 143.

concessionário, a celebração desse contrato expressa a aceitação, pelo concessionário, de capacidade para o exercício da atividade de serviço público, capacidade que lhe é atribuída pelo poder concedente”.

Como já exposto, fundamento para realização do contrato administrativo de concessão vem da insuficiência estatal em prover integralmente as necessidades essenciais coletivas consagradas pelo Estado Democrático e Social de Direito. Para suprir essa deficiência de recursos, a Carta Magna previu a associação com o empresariado particular em um regime de colaboração, benéfico para todos, sendo a principal forma dessa associação o instituto da concessão.

Com o fortalecimento do Estado Democrático e Social de Direito, é crescente o movimento de contratualização pela atividade administrativa, pois uma vez que o titular do poder é o povo, cresce a consciência de que esse deve ser chamado para participar das funções administrativas.

Apóia-se, aqui, a natureza jurídica contratual da concessão, ressaltando-se ser uma espécie contratual com aspectos específicos: é consensual, pois no procedimento licitatório, a outorga é concedida ao licitante vencedor desde que cumpra os requisitos previstos no edital e, em contrapartida, cabe ao poder concedente respeitar e cumprir seus encargos perante a proposta vencedora; não é dotado de autonomia de vontade, uma vez que o contrato administrativo de concessão é pautado pelo princípio da legalidade, o que significa que o regime de direito público é inerente a esse contrato e as partes contratantes só poderão pactuar sobre o que é estritamente autorizado pelo ordenamento jurídico; por fim, tem natureza instrumental, pois seu fundamento é a realização do interesse público.

Quanto à classificação dos contratos administrativos em contratos de colaboração e contratos de atribuição, os contratos de concessão pertencem ao ramo dos contratos de atribuição. Contratos de colaboração são aqueles em que um particular, contratado, exerce uma prestação voltada diretamente para atender necessidades do Estado, não há satisfação de necessidades de terceiros. Já os

contratos de atribuição são aqueles em que a um particular contratado é dada parcela de competência estatal para exercer prestações voltadas para a satisfação de terceiros, sempre voltadas para a realização do interesse público. É exatamente o caso dos contratos de concessão de serviço público, nos quais o Poder Público delega parcela de sua competência ao particular para que esse preste um serviço público, voltado para a satisfação de necessidades coletivas.

O contrato administrativo de concessão é formado por cláusulas mutáveis e imutáveis unilateralmente pelo poder concedente. As mutáveis são as cláusulas que impõem a forma como deverá ser executada a prestação do serviço público. Englobam, além das condições que definem a qualidade e a quantidade da prestação a ser realizada, a forma de fiscalização pelo Poder Público, o prazo da contratação, prevendo-se inclusive a possibilidade de extinção antecipada sem infrigência contratual do particular. De outro turno, as cláusulas imutáveis referem-se à forma de remuneração do concessionário, regida pelo princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira, que se traduz pela manutenção da relação entre encargos e vantagens das partes prevista no momento de formalização do contrato.

Ainda, o contrato administrativo de concessão admite alteração unilateral pelo poder concedente por meio de seu poder exorbitante. Esse poder não se justifica por uma suposta superioridade do Estado sobre o concessionário, mas sim pelo fato da atuação estatal ser instrumento de promoção do interesse público. Assim, em consonância com a ideologia do Estado de Direito em que os poderes estatais são organizados por competências impondo-se limites a uma atuação estatal abusiva, somente quando for necessário e mais benéfico para a realização do interesse público é que o poder concedente tem o dever-poder de alterar ou, até mesmo, extinguir o contrato administrativo de concessão. A atuação exorbitante do Estado nos contratos de concessão deve ser estritamente motivada, conforme preceitua a ordem constitucional, demonstrando-se, cabalmente, por meio de fundamentos fáticos e jurídicos, as razões

para a infringência ao contrato. E isso, com efeito, será acompanhado da justa indenização ao concessionário.

IV.IX. Realização do contrato de concessão

A realização do contrato de concessão só ocorre por meio de autorização legislativa, uma vez que o artigo 175 da Constituição dispõe que a prestação de serviços públicos, por meio de concessões e/ou permissões, será realizada na forma da lei. Esse dispositivo é uma derivação dos postulados da república e da soberania popular, pelos quais o verdadeiro gestor dos serviços públicos é o povo que, através da escolha e atuação de seus representantes, decidirá quais serviços deverão ser prestados diretamente, quais deverão ser delegados e em que condições, etc.

Por conseguinte, a lei que autoriza a concessão é o substrato para elaboração do edital de licitação que escolherá o concessionário detentor da melhor proposta. O procedimento licitatório é obrigatório em toda e qualquer concessão para que assim seja escolhida a proposta mais vantajosa (financeira e tecnicamente) com igualdades de condições a todos os interessados na concorrência. O contrato de concessão de serviço público somente é válido se presentes cláusulas denominadas essenciais, previstas no art. 23 da Lei Geral, que regem toda a atividade de concessão, relativas ao: objeto, à área e ao prazo da concessão; ao modo, forma e condições de prestação do serviço; aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço; ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas; aos direitos, garantias e obrigações do Poder Concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações; aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço; à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la; às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a

concessionária e sua forma de aplicação; aos casos de extinção da concessão; aos bens reversíveis; aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso; às condições para prorrogação do contrato; à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente; à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

Por sua vez, os contratos de concessão de serviço público precedido da execução de obra pública deverão, além dessas cláusulas essenciais anteriormente referidas, conter duas outras importantes cláusulas: uma que estipule os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão e outra que exija a garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.

A responsabilidade, no contrato de concessão, pela prestação do serviço, conforme preceitua o art. 25 da Lei 8987/95 é exclusiva da concessionária, cabendo a ela responder pelos prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários e a terceiros. Nesse contexto, a concessionária pode até repassar a terceiros a realização de obras ou atividades relacionadas ao serviço prestado, mas continua ela sendo a responsável por essas atividades terceirizadas, uma vez que a empresa terceirizada é contratada sob regime de direito privado, não tendo nenhuma relação com o Poder Concedente. Até mesmo quando a atividade da concessionária esteja sendo fiscalizada por órgão estatal competente, sua responsabilidade é total e exclusiva.

Ressalta-se aqui que a terceirização de atividade pela concessionária é diferente do fenômeno da sub-concessão, que, ao contrário da primeira, tem que vir já previsto no edital e só pode ocorrer sob a modalidade de concorrência. A sub-concessão pressupõe que o concessionário ceda a concessão para um subconcessionário, que, por sua vez, se subrogará de todos os direitos e obrigações do concessionário inicial. Todavia, o artigo 27 da Lei 8.987/95 impõe que a transferência de concessão ou do controle societário da concessionária só dera válida se houver tido prévia anuência do Poder Concedente, o que, caso contrário, implica

a caducidade da concessão. Por fim, para a resolução das lides envolvendo a concessionária, há previsão legal que possibilita ao contrato de concessão prever o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, principalmente a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307/96.

IV.X. O edital

Segundo o artigo 15 da Lei Geral de Concessões, os critérios de julgamento da licitação de concessão são: o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão; a melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; a melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica; a melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; a melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas ou a combinação, dois a dois, dos critérios de menor valor da tarifa, maior oferta e melhor oferta, quando previamente estabelecida no edital de licitação, com regras e fórmulas precisas para avaliação econômico-financeira.

Esse dispositivo também traz a lume a intenção protecionista do legislador ao prever que, em igualdade de condições de propostas, será dada preferência à empresa brasileira.

Por sua vez, o edital de licitação para realização de uma concessão de serviço público, nos moldes da Lei 8.987/95 (art. 18), deve conter, criteriosamente, os seguintes quesitos: o objeto, as metas e o prazo da concessão; a descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço; os prazos para recebimento das propostas, julgamento da licitação e assinatura do contrato; o prazo, o local e o horário em que serão fornecidos, aos interessados, os dados, estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas; os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade

financeira e da regularidade jurídica e fiscal; as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados; os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço; os critérios de reajuste e revisão da tarifa; os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta; a indicação e as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior; a expressa indicação do responsável pelo ônus das desapropriações necessárias à execução do serviço ou da obra pública, ou para a instituição de servidão administrativa; as condições de liderança da empresa responsável, na hipótese em que for permitida a participação de empresas em consórcio; nos casos de concessão, a minuta do respectivo contrato, que conterá as cláusulas essenciais, quando aplicáveis; nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra.

V. CONCLUSÕES

Por tudo demonstrado, concluiu-se que, o instituto da concessão de serviço público concebe-se, hoje, de forma diversa, não sendo passível de defini-la por meio de um único conceito. Em que pese as particularidades de cada espécie, como gênero, a concessão de serviço público é definida, atualmente, como “um contrato plurilateral, por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento, ainda que custeada parcialmente por recursos públicos” (Justen Filho, 2003, fls. 96).

Desta forma, demonstrou-se que a competência constitucional dos serviços públicos essenciais continua sendo do Estado, sendo que apenas uma parcela dessa competência - a prestação - será delegada, assumindo as concessões o papel de instrumento de alocação de recursos privados para desenvolvimento de atividades públicas frente à incapacidade do Estado, na conjuntura atual, de assumir financeiramente e operacionalmente a prestação de todas as atividades essenciais às necessidades fundamentais dos cidadãos.

Com efeito, concluiu-se pelo moderno caráter associativo da concessão de serviço público, caracterizado pela comunhão de interesses entre os três pólos da relação de concessão, todos buscando a prestação do serviço adequado como interesse imediato a ser realizado. Para o Poder Público, a realização das concessões é imperiosa ao atendimento dos fins sociais do Estado Democrático de Direito uma vez que, por meio das concessões, o Estado consegue oferecer à comunidade serviços públicos de forma adequada, entretanto, em regra, sem o comprometimento do capital público (e mesmo que haja, será de forma mais reduzida) que, assim, poderá ser alocado para provimento de utilidades materiais essenciais dos mais desfavorecidos, que não possuem condições de arcar com as tarifas. Para o concessionário, que contrata com o Poder Público sob o regime de direito público, é papel imediato a prestação de serviço público adequado, pois só assim seu contrato se mantém. O lucro é, obviamente, seu objetivo, mas o é de forma mediata, pois o lucro é consequência da prestação adequada do serviço: quanto mais eficiente for a prestação, mais chances terá o concessionário de obter vantagens e melhor será o atendimento do interesse público. Assim, concluiu-se pela inovação de que o sucesso do concessionário é compatível com os interesses do Poder Público, pois consistirá em melhor qualidade na prestação do serviço, na constante atualização técnica, na maior oferta de empregos, no aumento da arrecadação tributária e na possibilidade de cobrança de tarifas mais baratas. Para a comunidade, por sua vez, a prestação adequada do serviço é o interesse imediato a ser cobrado e fiscalizado, pois por meio dela suas necessidades essenciais serão satisfeitas.

De plano, ressaltou-se o papel das concessões como instrumento de regulação estatal setorial de serviços públicos. Analisou-se o exercício do poder regulamentar do poder concedente, esclarecendo-se, inclusive, a possibilidade de intervenção na concessão para retomada do serviço, que, todavia, só poderá ser exercida, motivadamente, para garantir a adequada prestação do serviço, além do fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.

Não obstante, conclui-se que apesar do caráter intervencionista, a relação entre poder concedente e concessionário é caracterizada, normalmente, pela livre atuação do particular, desde que balizada pelos limites impostos pelo Poder Público. A atuação intervencionista do Poder Público consiste na implementação de objetivos que devem ser cumpridos, mas ao concessionário cabe determinar-se por quais caminhos irá percorrer para atingi-los. Como a prestação de serviço público para ele é exploração de atividade econômica, ninguém melhor que ele saberá quais os mecanismos de mercado devem ser utilizados naquela atividade para se alcançar a maior produtividade possível.

Além de instrumento estatal de regulação do setor de serviços públicos, perquiriu-se também o papel das concessões, por serem atividades de exploração econômica, como mecanismo de intervenção estatal no domínio econômico. Sendo assim, afigura-se imprescindível para a outorga de concessões que o poder concedente avalie a necessidade e as conseqüências das outorgas frente à política econômica e industrial vigente naquele governo, para que não haja descompassos com outros setores da economia e nem agravamento da situação dos usuários.

Por fim, tratou-se da situação remuneratória do concessionário, concluindo-se pela necessidade de garantir-se uma remuneração condizente com seus investimentos e perspectiva de lucros apresentada no adimplemento do contrato, a fim de não afastar outros investimentos privados. Demonstrou-se, para tanto, como a atuação estatal no esclarecimento e na diminuição dos riscos a que se submeterá o concessionário é importante para a promoção de um

serviço público mais eficiente, lucrativo e satisfatório, atendendo-se aos interesses dos três pólos da relação de concessão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros, Teses e Dissertações:

Aguillar, F., 1999. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo, Max Limonad , 302 pp.

Aranha, M. I. (org.), 2005. *Direito das Telecomunicações: estrutura institucional regulatória e infra-estrutura das telecomunicações no Brasil*. JR Gráfica, Brasília, 249 pp.

Aranha, M. I., 2005. *Políticas Públicas Comparadas de Telecomunicações (Brasil - EUA)*. Dissertação de Doutorado, Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas – CEPPAC, Universidade de Brasília, 223 pp.

Da Silva, E. J., 2004. *Concessão e Permissão no Serviço Público*. Mizuno, São Paulo, 406 pp.

Di Pietro, M. S. Z. 2005. *Direito Administrativo*. Atlas, São Paulo, 2006, 800 pp.

Di Pietro, M. S. Z. (coord.), 2003. *Direito regulatório: temas polêmicos*. Fórum, São Paulo, 687 pp.

Do Amaral, D. F e Outros, 2002. *Estudos sobre Concessões e outros aspectos da administração*. Almedina, Coimbra, 624 pp.

Grau, E. R. 2006. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. Malheiros, São Paulo, 391 pp.

Justen Filho, M., 2004. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. Dialética, São Paulo, 2003, 654 pp.

Marques, M. M. L.; Santos, A. C. dos; Gonçalves, M. E.. *Direito Econômico*. Almedina, Coimbra, 1997.

Meirelles, H. L., 2005. *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros, São Paulo, 2004, 798 pp.

Mello, C. A. B., 2005. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros, São Paulo, 1054 pp.

Moreira, J. B. G., 2005. *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Fórum, Belo Horizonte, 462 pp.

Mukai, T., 2002. *Concessões e Permissões e Privatizações de Serviços Públicos. Comentários à Lei 8.987/95 e Lei 9.074/95*. Saraiva, São Paulo, 128 pp.

Pedrosa, H. E. G. 2000. *Privatizações sob a Ótica do Direito Privado – Desigualdade Contratual e Fiscalização*. Renovar, Rio de Janeiro/ São Paulo, XX pp.

Salomão Filho, C., 2001. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. Malheiros, São Paulo, 159 pp.

Souto, M. J. V., 2005. *Direito Administrativo Regulatório*. Lúmen Juris, Rio de Janeiro, 427 pp.

Souto, M. J.V., 2004. *Direito Administrativo das Concessões*. Lumen Júris, Rio de Janeiro, 487 pp.

Sundfeld, C. A., 2003. *Direito Administrativo Ordenador*. Malheiros, São Paulo, 123 pp.

Sundfeld, C. A., 2004. *Parcerias Público Privadas*. 2005, 601 pp.

Wald, A, 2004. *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*. RT, São Paulo, 976 pp

Capítulos de livros:

Batista, J. P., 2005. *Remuneração dos Serviços Públicos*. Malheiros, São Paulo, pp. 15-118.

Bonavides, P., 2001. *Do estado liberal ao estado social*. Malheiros, São Paulo, p. 41-62/ p. 182-204.

Di Pietro, M. S. Z, 2002. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. Atlas, São Paulo, p. 50-139.

Neto, D. de F. M, 2001. *Mutações do Direito Administrativo*. Renovar, Rio de Janeiro/ São Paulo 2001, pp. 119-145.

Silva, J.A. da., 2005. *Comentário contextual à Constituição*. Malheiros, São Paulo, p. 708-751.

Artigos em Publicações Seriadas:

Aragão, A. 2005. *As parcerias público-privadas – PPPs no direito positivo brasileiro*. São Paulo, RT, v.94, nº 389, pp 11-46.

Mafra Filho, F. de S. A, 2006. *A lei de consórcios públicos e a lei de concessões de serviços públicos*. In: L & C: Revista de Administração Pública e Política, v. 9, n. 93, pp. 26-30.

Scirato, V. R., 2005. *Aspectos jurídicos da transferência de concessão de serviços públicos*. In: Revista de Direito Público da Economia, v. 3, n. 12, pp. 197-216, out./dez.

Barat, J. *Regulação das concessões e parcerias*. In: L & C: Revista de Administração Pública e Política, v. 8, n. 88, pp. 4-8, out.

Mateus, W. R., 2005. *Parcerias público-privadas. O novo modelo gerencial do Estado. Da outorga dos serviços públicos a particulares: o princípio da eficiência e a discussão sobre*

permissões e concessões, e contratos de gestão com as organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público. In: Direito administrativo, contabilidade e administração pública, v. 9, n. 1, pp. 3-28, jan.

Pereira., M. H., 2006. *Aspectos destacados da fiscalização das PPP's pelos órgãos de controle externo.* In: Direito Público, v. 3, n. 11, pp. 97-119, jan./mar.