

As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público*

Marçal Justen Filho

Professor Titular da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Paraná

1 Colocação da questão

O instituto da concessão de serviço público¹ foi praticado largamente durante o século XIX e início do século XX. Verificou-se, então, uma sensível redução em sua utilização, coincidindo com a ascensão das concepções de intervenção estatal direta. Mas, no último decênio do século XX, houve uma espécie de *redescoberta* da concessão como alternativa para o atendimento a necessidades coletivas, especialmente em face da chamada *crise fiscal* do Estado. Tem sido cada vez mais relevante a contribuição do capital privado para a implementação das políticas públicas e atendimento a necessidades coletivas. A perspectiva para o futuro não é diversa. Assim, por exemplo, a Comissão europeia considerou as concessões e outras figuras de associação público-privada (*partenariat public-privé*) como a via principal de financiamento da construção do RTE-T, uma rede transeuropeia de que, em 2020, configurará uma estrutura multimodal de transporte, integrada por ligações ferroviárias de alta velocidade, rodovias e aeroportos, com o custo previsto em 400 bilhões de euros².

Tem-se defendido que a concessão atualmente praticada não pode ser interpretada e enfocada tal como se fosse a mesma figura adotada anteriormente.

Em primeiro lugar, a concessão deve ser compreendida no âmbito de uma ordem política e jurídica com características diversas daquelas vigentes há cem anos. Em termos mais precisos, a alteração radical das concepções políticas, sociais, econômicas e jurídicas refletiu-se sobre o instituto da concessão³. Alude-se, então, à nova concessão para indicar os efeitos da constitucionalização e da democratização do

* Artigo publicado em *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, Editora Fórum, n.1, p.95-136, jan./mar. 2003.

¹ No texto, utilizar-se-á apenas a expressão concessão, para evitar a cansativa e desnecessária repetição de serviço público.

² Conforme LINOTTE; CANTIER. Shadow tolls: le droit public français à l'épreuve des concessions à péages virtuels. *AJDA*, 2000. p. 863.

³ Essa ponderação já fora realizada pelo autor, em ensaio publicado anteriormente. Confira-se Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos. In: MODESTO; MENDONÇA (Coord.). *Direito do Estado* — Novos Rumos. Rio de Janeiro: Max Limonad, 2001. p. 107-183. O tema das concessões foi objeto de inúmeros estudos anteriores do signatário, em que se traduziam as posições doutrinárias clássicas. Nesse sentido, consulte-se Concessões de serviço público, São Paulo: Dialética, 1997, e o estudo conjunto com PEREIRA. Concessão de serviços públicos de limpeza urbana. *Revista Interesse Público*, n. 6, 2000. Vários posicionamentos do autor foram revistos e alterados posteriormente, inclusive no corpo deste artigo, de modo que as críticas aqui consignadas abrangem também o enfoque anteriormente adotado pelo próprio autor.

Estado e do Direito brasileiros⁴.

Cabe insistir em que as novas concepções sobre o Estado pressupõem a participação da chamada Sociedade Civil. Com isso, afirma-se a superação das concepções políticas que contrapunham a organização política à organização civil, atribuindo àquela uma função de tutela sobre esta. Isso não equivale a negar a autoridade do Estado e a heteronomia do Direito, mas sim reconhecer a impossibilidade (prática e ideológica) de dissociar-se a gestão política de uma concepção associativa. A República significa a instrumentalidade do Estado para realização de fins coletivos e individuais, com o absoluto predomínio da dignidade da pessoa humana.

A concessão é uma das alternativas de que dispõe o Estado para formalizar essa comunhão entre os diversos segmentos da Sociedade, especificamente no tocante à prestação de utilidades necessárias à satisfação imediata da dignidade humana.

Em segundo lugar, o instituto da concessão não pode ser cristalizado numa figura de perfil único. O presente estudo versa sobre esse ângulo do tema, expondo as alternativas comportadas pelo instituto.

2 A pluralidade de manifestações do instituto

Defende-se que a concessão comporta uma pluralidade de configurações, o que impede inclusive aludir “à” concessão, tal como se houvesse conceito único, determinado e padronizado para o instituto. Talvez se pudesse afirmar que a expressão indica um gênero, que contempla inúmeras espécies. A tentativa de produzir uma solução única para a concessão não encontra respaldo na ordem jurídica e acaba produzindo resultados extremamente negativos.

Essa proposta se choca contra uma postura usual do pensamento jurídico vigente entre nós, exposta não apenas a propósito da questão ora examinada. É costumeiro o pleito pela **simplificação** dos institutos e sua inserção em grandes categorias lógico-abstratas, ainda que tal se faça às custas de ignorar a realidade ou desconstituir a complexidade do mundo real⁵. No âmbito da concessão de serviço público, dita concepção se traduz na tentativa de reconduzir toda e qualquer delegação de serviço público a um modelo único e padronizado, qualificando-se como inválida toda situação que não se enquadrar nesse esquema.

Este estudo defende a proposta da ausência de um modelo único de concessão, não apenas no âmbito do Direito comparado mas em face do próprio Direito brasileiro.

⁴ Sem pretender iniciar polêmicas acessórias, afigura-se muito problemático afirmar a existência de um Estado de Direito no Brasil antes de 1988. Desconsidera-se o período imperial, por razões evidentes. A fase inicial da República foi caracterizada pelas contínuas rupturas da ordem constitucional. De 1930 a 1946, viveu-se sob o Estado Novo. Entre 1946 e 1964, verificaram-se sucessivas crises de “legalidade”. Somente com o final da era militar é que se pôde cogitar de um Estado de Direito que não fosse meramente semântico. Quanto à Democracia, a questão é ainda mais evidente.

⁵ Talvez se pudesse reconduzir esse modo de ser ao pandectismo germânico do séc. XIX. Mas não se trata de uma teoria que impregna a doutrina. Ela se manifesta no âmbito do Direito positivo e tem impregnado as Constituições brasileiras ao longo do tempo. Sob um certo ângulo, essa concepção também contribuiu para a institucionalização da figura das leis complementares e a difusão da competência federal para edição de normas gerais.

3 Direito Positivo brasileiro

A Constituição Federal brasileira determina, no art. 175, que a prestação dos serviços públicos incumbe ao Poder Público, diretamente ou “sob regime de concessão ou permissão”. Em inúmeras outras passagens, a CF/88 faz menção ao instituto da concessão de serviço público⁶. Não existe, porém, uma formulação conceitual precisa, no âmbito da Constituição, sobre os contornos da *concessão de serviço público* — nem caberia, aliás, definição dessa ordem no plano constitucional.

Ressalte-se que a omissão normativa se verificava também no nível infraconstitucional, à época da entrada em vigor da CF/88. Essa circunstância é relevante porque afasta eventual argumentação no sentido da *recepção* constitucional de um conceito cristalizado em outro nível⁷. Ou seja, não é viável afirmar que a alusão constitucional a “concessão” devia ser interpretada no sentido da constitucionalização de um conceito definido por meio de lei ordinária. Nem se poderia afirmar que, à época da edição da CF/88, o conceito doutrinário da concessão de serviço público estivesse pacificado a ponto de dispensar o aplicador da Constituição de cogitações mais amplas sobre a figura⁸.

Apenas em 1995 veio a ser editada a Lei nº 8.987, que forneceu definição legislativa formal para o instituto da concessão. De acordo com o art. 2º, inc. II, a concessão de serviço público é “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”. Também houve referência à concessão de serviço público precedida da execução de obra pública, definida como “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”.

Essas definições são precárias e insuficientes. Alguns trechos padecem de defeitos lógicos, que descaracterizam a própria função definitiva. Apesar disso, tem-se reputado que a Lei nº 8.987 teria fornecido solução suficientemente clara e precisa sobre o instituto da concessão. Não poucas vezes, invocam-se as palavras da Lei para fundamentar conclusões que, em rigor, delas não são extraíveis. Por outro lado,

⁶ Por exemplo, o art. 21 estabelece que “Compete à União:... XII — explorar diretamente ou mediante automação, concessão ou permissão . As diversas ahneas contemplam uma relação variada de serviços públicos.

⁷ A ressalva é relevante, eis que se reconheceu, por exemplo, que a referência constitucional a “propriedade” teria envolvido a constitucionalização da definição constante do Código Civil. Situação similar se passou a propósito da redação original do art. 195, inc. 1, envolvendo a conhecida controvérsia sobre a expressão “folha de salários”. O Judiciário reconheceu que a fórmula verbal folha de salários” apresentava conteúdo preciso e determinado no âmbito infraconstitucional, do que derivava a invalidade de normas infraconstitucionais posteriores ampliarem a dimensão hermenêutica contemporânea à vigência da Constituição.

⁸ Sobre o instituto da concessão de serviço público e sua definição, consulte-se o indispensável GONÇALVES. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999, o qual sumaria toda a evolução doutrinária sobre o tema.

interpretações literais e reducionistas do instituto da concessão vêm conduzindo a impasses extremamente graves na gestão dos serviços públicos.

De modo genérico, costuma-se afirmar que a concessão de serviço público é a delegação temporária da prestação de serviço público a um terceiro, o qual assume seu desempenho por conta e risco próprios. Essa fórmula verbal, que reflete a opinião da maioria da doutrina, não é rigorosamente correta, eis que acaba dizendo mais do que se pretende, tal como adiante se evidenciará.

O conceito de concessão envolve a conjugação de diferentes aspectos. Aliás, o Direito comparado evidencia de modo muito evidente a pluralidade de modelos de concessão. No âmbito francês e na dimensão comunitária, existem inúmeras soluções distintas para configuração da delegação de serviço público. A exposição abaixo contempla, então, a indicação de características fundamentais da concessão de serviço público, as quais podem comportar acentuação mais intensa ou menos intensa, de acordo com as circunstâncias.

4 Os excessos dispensáveis na legislação brasileira

Grande parte da formulação verbal contemplada no art. 2º da Lei nº 8.987 deve ser desconsiderada, eis que não apresenta função descritiva (normativa), mas daramente prescritiva.

A definição de um instituto jurídico consiste na sua individualização, o que se faz essencialmente por meio da identificação do suporte fático juridicizado. Trata-se da descrição das características normativas apresentadas por uma certa figura, o que permite sua diferenciação de outros fenômenos. Eventualmente, a definição envolve também a determinação do regime jurídico que caracteriza o instituto. Mas não é possível definir e constituir o regime jurídico aplicável, de modo simultâneo.

A fórmula da Lei nº 8.987 incorre nesse defeito lógico na passagem em que contempla “mediante licitação, na modalidade de concorrência, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho (sua realização)”.

4.1 A obrigatoriedade da licitação

A outorga mediante licitação pode ser essencial ao regime da concessão (no Brasil, pelo menos), mas não é elemento constitutivo da identidade da concessão. Dito em outras palavras: a qualificação do caso concreto como concessão é pressuposto para a aplicação do regime jurídico da licitação. É necessário reconhecer, previamente, se uma certa outorga configura concessão de serviço público. Se configurar, então se aplicará a licitação. A exigência de licitação é *decorrência* da presença da concessão. Logo, a alusão à obrigatoriedade da licitação não apresenta cunho definitivo do instituto da concessão. Trata-se de exigência que integra o regime jurídico correspondente.

4.2 Os requisitos de idoneidade

Argumentação similar aplica-se aos requisitos de habilitação impostos ao concessionário. A demonstração de aptidão e idoneidade para desempenho satisfatório

das funções atribuídas ao concessionário não integra o conceito de concessão. Também aqui se trata de exigência que somente adquire algum sentido depois de promovida a definição de concessão de serviço público.

5 Os aspectos incontroversos

Cabe, portanto, desconsiderar grande parte da formulação verbal contida no art. 2º, incs. II e III, da Lei nº 8.987. Naquilo que remanesce, há passagens que envolvem pontos incontroversos.

5.1 Manutenção do serviço como público

A concessão não produz modificação do regime jurídico que preside a prestação do serviço público. Não acarreta transformação do serviço em privado. A outorga da concessão não representa modalidade de desafetação do serviço, retirando-o da órbita pública e inserindo-o no campo do direito privado.

Nos primórdios do séc. XIX, iniciou-se o questionamento dos direitos do concessionário em face do Estado, especialmente nos EUA. Versavam-se especialmente problemas relacionados com concessões de bens públicos. Na época, os conceitos fundamentais do direito público moderno ainda engatinhavam e houve tendência a focar as questões sob a égide do Direito Civil. Para fins de proteção ao particular, chegou a aplicar-se o regime do direito de propriedade. Supôs-se que a concessão outorgava uma espécie de “direito de propriedade” ao concessionário, oponível ao Estado segundo os princípios do domínio.

A evolução do pensamento jurídico confirmou a inadequação de abordagens dessa ordem. A concessão é instituto de direito público, que não gera para o concessionário uma posição jurídica reconduzível ao direito de propriedade do Direito Civil. Ainda quando se reconheçam direitos ao concessionário (inclusive sobre os bens afetados ao desempenho do serviço público) e limitações à atuação do poder concedente, isso tudo não se resolve à luz do direito privado. Como lecionou Bielsa, “[...] ao concessionário não se atribui a propriedade da concessão, já que isso seria nulo. A Administração pública não aliena suas atribuições sobre isso. Existe uma simples delegação temporal, sujeita a constante controle, para a mera prestação do serviço, O que é bem distinto de conceder terras a um particular, em cujo caso há uma transmissão de propriedade, que será definitiva ou, se não, imperfeita (revogável), segundo o regime legal ou a convenção especial”⁹.

É que, na concessão, o Estado continua a ser o titular do poder de prestação do serviço. Transfere-se a um particular uma parcela da função pública, mas o núcleo da competência permanece na titularidade do Estado. Assim, o Estado não está renunciando ao poder de prestar o serviço, nem abre mão do poder de disciplinar as condições de sua prestação. O concessionário atua perante terceiros como se fosse o próprio Estado. Justifica-se, desse modo, o poder-dever de o Estado retomar os serviços concedidos, a qualquer tempo e independentemente do prazo previsto para a concessão, sempre que o interesse público o exigir. Pela mesma via se justifica o poder do Estado intervir nas atividades de prestação de serviço ou de modificar as regras

⁹ Derecho administrativo. 4. ed. B. Aires: El Ateneo, 1947. t. 1, p. 387.

relativas à sua prestação.

Até se poderiam imaginar certos serviços que, disciplinados como públicos durante um certo período, passassem posteriormente à exclusiva órbita privada. A hipótese é excepcional, dependendo de modificações estruturais na ordem política e jurídica. Se e quando ocorresse, o serviço deixaria de ser público e seria desempenhável pelos particulares, dentro dos postulados da livre iniciativa.

5.2 Temporariedade da delegação

O regime da concessão importa, necessariamente, a temporariedade da concessão. Não se admitem concessões eternas nem aquelas onde o concedente renuncie definitivamente ao poder de retomar o serviço. Essas soluções corresponderiam ou à transformação do serviço em privado (o que descaracterizaria uma concessão) ou à alienação de competências públicas (o que seria juridicamente inexistente). Por outro lado, a fixação de prazo não se constitui em obstáculo à retomada antecipada do serviço, fundada em razões de conveniência e interesse público, independentemente da prática de ato ilícito do concessionário. Não significa que a concessão seja pactuada por prazo indeterminado. Aliás, não se admite concessão com prazo indeterminado.

A existência do prazo determinado desempenha duas funções fundamentais. A primeira consiste na delimitação do período pelo qual o particular desenvolverá o serviço. Logo, atingido o termo avençado, o serviço deverá retornar ao concedente. A segunda reside na garantia de que a extinção antecipada, sem culpa do concessionário, acarretará ampla indenização a ele. Se a concessão fosse pactuada por prazo indeterminado, poderia permanecer indefinidamente ou ser extinta a qualquer tempo, sem maiores conseqüências.

6 A concessão como instrumento de repartição de cargas de interesse coletivo

Um ângulo fundamental do instituto, que permanece oculto nas definições formais adotadas, consiste na sua vocação como instrumento redistributivo de riquezas.

6.1 Serviços prestados diretamente pelo Estado e seu custeio

O serviço público prestado diretamente pelo Estado é custeado ou por receitas gerais ou por remuneração específica.

Considerem-se, assim, os serviços públicos ditos gratuitos, aqueles que são prestados sem contrapartida econômica direta por parte dos usuários. Essa solução reflete a decisão de transferência dos custos correspondentes para a coletividade em geral. Em termos mais precisos, significa que o serviço público é mantido com recursos oriundos dos cofres públicos, produzidos (geralmente) pela arrecadação de impostos. Como o imposto é, por sua natureza, um instrumento de apropriação da riqueza privada segundo o princípio da capacidade contributiva, pode afirmar-se que o serviço público gratuito é suportado por meio de valores extraídos compulsoriamente dos segmentos da população titulares de maior riqueza¹⁰.

¹⁰ O A asserção reflete uma generalização excessiva, O princípio da capacidade contributiva é aplicável

Já os serviços públicos prestados diretamente pelo Estado, mas remunerados, são mantidos por meio de taxas (ou tarifas, sem que isso importe tomada de posição quanto a essa polêmica relevante). O que se verifica, na grande parte dos casos, é que os critérios de fixação dessa remuneração são fortemente influenciados por circunstâncias políticas. Isso impede a adoção de remuneração suficiente à manutenção do serviço e aos investimentos necessários a seu aperfeiçoamento. Em outros casos, há dificuldades econômicas, eis que o Estado não dispõe de condições técnico-científicas para identificar a dimensão exata e precisa de seus custos¹¹. De todo o modo, prevalece também no tocante aos serviços públicos não concedidos e remunerados a previsão de que prejuízos serão arcados pela sociedade em seu conjunto.

6.2 A concessão do serviço público e a redistribuição da riqueza

Quando se produz a delegação da prestação do serviço público para a iniciativa privada, introduz-se alteração radical na concepção político-econômica do custeio do serviço e da distribuição da riqueza coletiva. A concessão significa que o custeio dos serviços é transferido para os usuários. Tal decorre da circunstância de que a fruição do serviço é vinculada ao pagamento de uma remuneração. As despesas necessárias à manutenção do serviço concedido serão custeadas pelo volume global arrecadado dos usuários.

Então, a tarifa a ser exigida para a fruição do serviço por parte dos usuários deverá ser suficiente para a manutenção do serviço (e para a obtenção do lucro do delegatário). Isso produz a diferenciação entre dois conjuntos distintos de pessoas: a comunidade e os usuários. Os recursos da comunidade não mais serão aplicados para a implantação e manutenção do serviço. Caberá aos próprios usuários arcar com as despesas necessárias. Dito de outro modo, a concessão acarreta um alívio dos não-usuários e o agravamento da situação econômica dos usuários do serviço.

Tal ocorre pela cessação da transferência de recursos das camadas mais ricas da população para os usuários do serviço. Ainda que os mais ricos sejam usuários do serviço, contribuirão para sua manutenção segundo o princípio da utilização efetiva ou potencial. Ou seja, reputa-se que o princípio da capacidade contributiva é inaplicável para a partilha dos encargos de manutenção do serviço público delegado.

especificamente no âmbito dos chamados impostos diretos. Quando se trata de impostos indiretos (tal como se dá com a tributação sobre o consumo), a prevalência do princípio da capacidade contributiva é questionável. No caso brasileiro, a distinção apresenta grande relevância, eis que o sistema tributário brasileiro privilegia os impostos indiretos com intensidade sem paralelo no Direito Comparado. As parcelas mais significativas da arrecadação, no Brasil, são produzidas pela tributação indireta — o que pode, sob certo ângulo, justificar não apenas a regressividade do sistema tributário como, de modo mais específico, o agudo desequilíbrio da distribuição da riqueza. Acerca desse tema, confirmam-se as ponderações específicas do autor em Sistema constitucional tributário: uma aproximação ideológica. *Revista Interesse Público*, n. 2, p. 77-92, abr./jun. 1999.

¹¹ Isso não equivale a afirmar que o valor cobrado pelo Estado seja necessariamente inferior ao cabível. Mas é muito usual que tal ocorra.

6.3 A concessão do serviço público e a apropriação estatal da riqueza privada

Não se olvide, ademais, que a concessão de serviço público presta-se à produção de um efeito de transferência de recursos privados para os cofres públicos. Tal se produz pela previsão de que a tarifa a ser cobrada dos usuários incorporará verbas destinadas ao poder concedente. Esse resultado se obtém por duas vias. Há, em primeiro lugar, a reprovável prática de submeter a licitação ao critério de **maior oferta**. Assim, o concessionário desembolsará em prol do poder concedente uma importância a título de “pagamento” pela outorga. Ademais disso, existe a generalizada previsão da participação do poder concedente nos resultados da exploração.

Em termos práticos, isso significa a elevação da tarifa para abranger não apenas o custeio direto e imediato dos serviços públicos, mas também uma espécie de plus-valia em prol do Estado. Assim, a tarifa paga pelo usuário é não apenas uma contraprestação pelos serviços a ele oferecidos, mas também um pagamento em benefício dos cofres públicos. Trata-se de uma forma indireta e oculta de apropriação da riqueza privada pelo Estado, que não se subordina ao regime tributário. Os valores correspondentes a essa tributação oculta são transferidos para a tarifa e exigidos dos usuários sem submissão ao regime jurídico correspondente¹².

6.4 A concessão como instrumento de acumulação de riqueza capitalista

Não se olvide, por outro lado, que a delegação à iniciativa privada pressupõe a legitimação do lucro na exploração. Daí se extrai que uma parcela da riqueza dos usuários será transferida para o delegatário. Sem a concessão, o serviço público é prestado sem lucro ou, se assim não o for, o lucro é arrecadado pelos cofres públicos — gerando recursos para outorga de benefícios para a comunidade.

Portanto, a concessão é apta (potencialmente, ao menos) a produzir dois efeitos de redistribuição da riqueza dos usuários. Em primeiro lugar, eles passam a arcar com os custos do serviço. Em segundo lugar, uma parcela de sua riqueza é transferida para o concessionário, que dela se apropria definitivamente.

6.5 A transferência dos “riscos” para os usuários

Assim colocada a questão, evidencia-se que a concessão importa, antes de tudo, a transferência dos riscos do empreendimento para os próprios usuários. Antes de configurar-se risco para o concessionário, tal se verifica em relação ao conjunto de usuários.

É que a prestação satisfatória dos serviços concedidos faz-se com furo nas tarifas cobradas. A supressão de tarifas acarreta a suspensão do serviço. O insucesso do concessionário retrata-se na ausência de serviço adequado.

Com a implantação da concessão, elimina-se a captação de recursos externos ao serviço para sua manutenção. O custeio passa a ser obtido internamente, a partir da

¹² Aliás e em grande parte dos casos, os valores extremamente elevados das tarifas públicas brasileiras são o resultado da avidez estatal por recursos. Não é incomum que parte significativa das tarifas se direcionem à satisfação dos encargos gerados pela cobrança por parte do poder concedente de encargos pela outorga.

contribuição dos próprios usuários, segundo um critério de intensidade de utilização (ou de provocação da necessidade da realização da despesa).

6.6 A submissão da concessão aos princípios constitucionais fundamentais

Assim colocada a questão, torna-se evidente a necessidade de conjugar o regime efetivo da concessão com os princípios jurídicos fundamentais. Ou seja, a definição da concessão tem de ser compatibilizada com os valores fundamentais consagrados na CF188.

Não é defensável adotar definições rígidas e rigorosas que conduzam à frustração da função do serviço público. A concessão não pode ser uma via de obstaculização da implementação dos valores constitucionais. Essa postulação se relaciona não apenas com a temática da qualidade do serviço. Nem se vincula apenas com a modicidade da tarifa. Entranha-se diretamente com a sistemática de distribuição de renda na comunidade.

Dito diretamente, a concessão não pode ser concebida como instrumento de transferência da riqueza dos extratos mais pobres da população em benefício dos outros segmentos sociais ou do próprio Estado. O princípio da capacidade contributiva **tem** de informar a estrutura da concessão, de modo a impedir que a delegação da prestação do serviço público seja uma forma de agravamento das diferenças sociais existentes ou de frustração das garantias constitucionalmente reconhecidas aos cidadãos usuários e não-usuários.

7 O regime jurídico complexo e seus efeitos

A perfeita compreensão do instituto da concessão pressupõe apanhar a complexidade de sua estrutura. Podem referir-se o âmbito externo e o interno da concessão.

No âmbito dito externo, a concessão envolve, primeiramente o relacionamento jurídico entre o concessionário e os usuários dos serviços públicos. Além disso, também abrange o relacionamento entre poder concedente e usuários.

Já o âmbito interno corresponde ao relacionamento entre concessionário e poder concedente.

A complexidade do regime jurídico da concessão conduziu a doutrina a identificar uma pluralidade de vínculos jurídicos entre poder concedente e concessionário. O tema mereceu tratamento clássico da parte de Laubadère, indicando suas origens em Blum e Hauriou¹³. A concessão apresentaria dupla natureza jurídica, eis que se configuraria como contrato apenas em parte. Haveria certas competências de natureza não contratual, cujo exercício pelo poder concedente não envolveria alguma natureza convencional.

¹³ Confira-se LAUBADÈRE; MODERNE; DEVOLVÉ *Traité des Contrats Administratifs*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1983. t. 1, p. 44. et seq., e 100 et seq.

7.1 O âmbito interno

No âmbito interno da concessão, verifica-se a autonomia formal entre Administração Pública e concessionário. São sujeitos de direitos diversos, integrantes de órbitas jurídicas distintas, O concessionário sujeita-se a controle e fiscalização por parte da entidade concedente. É verdade que a relevância das atividades objeto da concessão atenua a aplicação de algumas regras típicas ao direito contratual, especialmente se considerado o direito privado. No campo privado, não se poderia cogitar da figura da intervenção, característica do instituto da concessão¹⁴. A intervenção consiste na transferência compulsória, embora temporária, do poder de controle empresarial. A lei prevê que, em situações especiais e para assegurar a continuidade dos serviços públicos, o poder de comandar a atuação empresarial seja retirado do sócio controlador, passando a ser desenvolvido pela Administração Pública. Isso não caracteriza, porém, existência de vínculo hierárquico subjugando o concessionário ao Estado.

7.2 O âmbito externo

No âmbito externo, o concessionário atua em nome próprio, mas no interesse público. Perante terceiros, aparece como se integrasse a Administração Pública, na acepção de que não se altera o regime jurídico incidente. Como regra, o concessionário está jungido a idênticos limites que se impõem à Administração Pública. O usuário se relaciona com o concessionário tal como se se tratasse do próprio Estado. Inclusive, poderia asseverar-se uma tendência à ampliação dos direitos dos usuários em virtude da concessão, ainda que por circunstâncias práticas. É que a concessão produz definição precisa das condições da prestação do serviço, subordinada a padrões de excelência, sob pena de extinção do vínculo. Quando o serviço público é prestado diretamente pelo Estado, isso dificilmente se passa. Nesse ponto, a diferença é meramente prática, pois a comunidade tem o direito de perceber o melhor serviço possível — seja ele prestado pela Administração ou por concessionário.

Devem-se diferenciar, no âmbito externo, as atividades do concessionário enquanto prestador de serviços das suas demais atividades. No desempenho do serviço público, aplicam-se as regras comuns de direito público: o concessionário não é nem mais nem menos nem diverso do que o seria a Administração Pública em face do usuário. Todas as demais relações jurídicas de que o concessionário participar, não integrantes da prestação do serviço concedido, são regidas pelo direito privado. Mais precisamente, essas demais relações jurídicas, não compoem o objeto da concessão, não se sujeitam ao regime jurídico da concessão. Os atos do concessionário fora do âmbito dos serviços públicos regular-se-ão pelas normas de direito privado. Assim, contratação de empregados, aquisição de insumos, edificação de obras etc. apresentam cunho instrumental em face do desenvolvimento satisfatório da concessão. Isso não significa, porém, que tais atos se integrem no objeto da concessão e se

¹⁴ No campo das instituições financeiras e assemelhadas, adota-se a figurada *intervenção*, com peculiaridades próprias. Isso deriva da publicização da disciplina de algumas atividades privadas, no âmbito do Direito Econômico. A excepcionalidade da situação não infirma, porém, as considerações efetivadas no texto.

subordinem ao regime jurídico de direito público. Por isso, os empregados da concessionária não são servidores públicos e os contratos que realiza com seus fornecedores não são administrativos. Eventuais atos ilícitos praticados fora do desempenho do serviço concedido não se sujeitam ao regime da responsabilidade civil do Estado.

A concessão contempla, ademais, normas condicionando a conduta do Estado perante os usuários. O Estado obriga-se, inclusive perante o concessionário, a adotar no âmbito dos usuários inúmeras condutas indispensáveis ao bom desempenho da concessão.

Como se observa, a concessão representa a conjugação de princípios e regimes jurídicos de direito público e privado. Busca-se captar recursos privados para desenvolvimento de serviços públicos, evitando, porém, a desnaturação do serviço público. O regime jurídico próprio de direito público impede que o particular administre o serviço como se fosse titular de empreendimento privado. Os limites do interesse público constroem a liberdade do concessionário, cuja atividade tem nítida natureza funcional. A concessão é instrumento de realização do interesse público, transcendente ao interesse econômico do concessionário. Não significa que o concessionário não busque o lucro, mas quer dizer que sua atividade sujeita-se a limites não aplicáveis aos empreendimentos exclusivamente privados. Dentro desses limites, o concessionário deverá atuar com o máximo de eficiência para obter resultados satisfatórios que lhe permitam sobreviver e obter lucro. Ademais, em caso de frustração da atividade, o particular deverá arcar com os prejuízos.

É inegável, porém, que o desempenho do serviço público sempre acabará comportando certa margem de liberdade para o concessionário. Pode afirmar-se a plena e total incidência do regime de direito público. Deve existir minuciosa disciplina das condições de prestação do serviço, assim como estrita fiscalização por parte da entidade concedente. Ainda assim, será inevitável remanescerem espaços onde não haverá disciplina específica, que serão preenchidos através de decisões empresariais. Mas a decisão empresarial que se incompatibilizar com a consecução do interesse público será inválida e comportará responsabilização do concessionário.

7.3 A evolução do conceito de Estado Democrático e seus efeitos

Mas há um ponto entranhado com a questão acima, que apresenta não pequena relevância. Trata-se da relação entre Estado e coletividade, profundamente afetada pela evolução das ideologias políticas ao longo do século XX.

O reconhecimento de competências estatais unilaterais, no tocante à conformação da concessão, comportou significado jurídico muito diverso, no passado. Ao longo do século XIX e até os últimos decênios do século XX, isso era relacionado com a concepção de *poder de império* estatal, manifestação da soberania no plano interno.

Ora, a concepção de um Estado Democrático exclui a visão de que o “poder concedente” corresponderia a uma manifestação meramente formal da organização burocrática estatal. A concessão da prestação do serviço público pressupõe atuação conjunta e conjugada do Estado e da Sociedade Civil¹⁵. Não se hesita em afirmar que a

¹⁵ A utilização da expressão autoriza questionamento. Deve reconhecer-se o cunho potencialmente

concessão envolve não apenas a decisão unilateral do Estado de delegar a prestação do serviço público a um sujeito privado, mas exige manifestação e intervenção da comunidade. Somente se pode obter a integral e satisfatória operacionalização da concessão a partir do reconhecimento de que a comunidade e, em especial, os usuários do serviço não são terceiros à relação jurídica. Adota-se a concepção de que a concessão se configura como uma relação jurídica trilateral, em que um dos pólos é ocupado por instituições representativas da comunidade¹⁶.

Por isso, não se pode restringir a definição de concessão a um conjunto de decisões adotadas pelos agentes estatais, sem participação da comunidade e dos usuários. A delegação de serviço público, produzida por meio da concessão, envolve uma decisão conjunta e harmônica do Estado e da Sociedade Civil.

8 A natureza associativa da concessão

A prestação de serviço público adequado e satisfatório se configura como um objetivo comum, compartilhado pelo Estado, pela Sociedade Civil e também pelo concessionário. O contrato de concessão apresenta natureza organizacional, por meio do qual se institui uma estrutura de bens e um conjunto de pessoas visando ao desempenho de atividade de interesse comum das partes. Trata-se, portanto, de um contrato plurilateral, de cunho associativo, também em relação ao concessionário.

Não se contraponha que o concessionário, como empresário privado, é vocacionado preponderantemente para o lucro. A procedência da asserção não exclui a natureza associativa da concessão. O intuito lucrativo é o objetivo **mediato** do concessionário, tal como a satisfação dos interesses coletivos é a finalidade **indireta** do Estado e da comunidade. O objetivo **direto e imediato** de todas as partes é a prestação de serviços públicos satisfatórios. Sob esse prisma, nenhuma diferença se põe entre Estado, Sociedade Civil e concessionário: todos se dispõem a colaborar e a concentrar esforços e recursos para o desempenho satisfatório das atividades que configuram o serviço público.

Portanto, não é possível assimilar a concessão a um contrato comutativo comum, daqueles que a doutrina privatista qualifica como de câmbio. Essa categoria de contratos, largamente praticada não apenas no âmbito privado mas também no setor público, caracteriza-se pela circunstância de que a prestação a ser executada por uma das partes é o fim visado pela outra. Nesses contratos, o interesse de cada parte é satisfeito por meio da prestação que incumbe à outra. Daí decorre que cada parte se apropria da prestação executada pela outra, com o que se exaure a relação contratual. Tal não se passa na concessão. O concessionário não pretende pura e simplesmente receber uma delegação de prestação de serviço público. Essa prestação é pressuposto do exercício das atividades que incumbem ao concessionário. Nem o poder concedente visa a obter certas prestações materiais executadas pelo concessionário. Todos buscam é produzir o funcionamento de um serviço público, de modo eficiente,

demagógico de uma fórmula dessa ordem e os riscos de sua utilização. No obstante as evidentes dificuldades sobre o conceito e a identidade de sociedade civil.

¹⁶ A proposta envolve inúmeras dificuldades jurídicas. No entanto, o objetivo deste estudo não tem pertinência com esse tópico, o que justifica a remessa de sua análise a outro local.

satisfatório e lucrativo¹⁷.

9 A natureza constitutiva da outorga da concessão

Uma questão clássica acerca da natureza da concessão foi apenas tangenciada na definição legal. Trata-se de determinar se a concessão apresenta natureza constitutiva. Em outras palavras, questiona-se se a concessão produz o surgimento de “direitos” novos para o concessionário ou gera a mera transferência ao particular de direitos pré-existentes.

A utilização do vocábulo “delegação” parece induzir a opção pela tese não constitutiva. Afinal, se o particular é delegatário de certos poderes, isso indica a ausência do surgimento de “direitos” novos ou originais. Mas a tese fica bastante afetada pelo teor literal da redação legislativa. Afinal, ali se lê que se produz a “delegação da prestação do serviço público”. Não se afirma a ocorrência da delegação dos “direitos” públicos. Aliás e rigorosamente, uma transferência dessa ordem seria incompatível com o princípio da República.

Na medida exata em que se trata de *serviços públicos* e que a concessão não afeta sua titularidade, deve reconhecer-se a impossibilidade da transferência pelo poder concedente ao concessionário da situação jurídica de que é titular. A concessão não retira do poder concedente a titularidade do serviço, tal como não afeta o regime jurídico aplicável. O concessionário não se transforma em titular dos poderes reservados ao ente estatal titular do serviço público. Portanto, a concessão de serviço público importa o surgimento de uma situação jurídica específica e peculiar, cuja extensão envolve o desempenho das atividades correspondentes. A fórmula tradicional, de que o concessionário presta o serviço público “em nome próprio” indica que o título jurídico em que se funda sua atuação não é o mesmo de que deriva a qualificação do serviço como público ou a titularidade do poder concedente sobre ele.

Dito de outro modo, não existe uma única relação jurídica cuja titularidade seja cedida pelo Estado ao concessionário. A concessão de serviço público não é uma modalidade de *cessão de direitos*, em que o concessionário assumiria a posição reservada até então ao poder concedente. A função estatal de prestação de serviço público não pode ser transferida para um particular. O que se admite é a constituição de uma relação jurídica de cunho secundário, pela qual são delegadas a um terceiro as atividades de execução de alguns dos poderes-deveres inerentes a uma função estatal.

10 A prestação do serviço “por conta” do concessionário

Talvez a tradição justifique a manutenção de fórmula que vem sendo repetida ao longo do tempo. Trata-se de asseverar que, na concessão, o público é desempenhado por conta do concessionário. Essa solução apenas pode ser admitida em termos.

Afirmar que o concessionário presta o serviço por sua própria conta reflete uma concepção política e jurídica não mais vigente. Talvez a asserção tivesse alguma

¹⁷ Daí se extrai que o lucro do concessionário também integra o interesse do Estado e da Sociedade Civil. Sem esse lucro, torna-se inviável a concessão, o que inviabiliza o modelo concebido. Portanto, a ausência de lucro do concessionário afeta negativamente o interesse tanto do Estado como da própria comunidade.

procedência nos idos de 1850, mas é muito duvidoso que tal seja verdadeiro nos dias atuais. À época, o próprio conceito de serviço público ainda estava por ser configurado. Não se compreendia a natureza essencialmente pública da atividade desempenhada pelo concessionário. A afirmação dos conceitos fundamentais de Direito Público tornou insustentável interpretar a fórmula literalmente.

Afinal, a concessão não é — senão numa acepção vulgar — uma privatização. Se o serviço permanece sendo público, como seria possível afirmar que passaria ele a ser prestado “por conta” do concessionário? É evidente que o serviço delegado é prestado por conta do poder concedente. O concessionário atua em nome próprio e assume inúmeros direitos e deveres, mas é incorreto atribuir ao interesse privado do delegatário relevância central na avença.

Não tem cabimento que serviço público seria desempenhado apenas no interesse público do poder concedente ou somente no interesse privado do concessionário. Como acima apontado, o interesse na prestação do serviço concedido é comum e compartilhado pelo Estado, pela comunidade e pelo concessionário.

Lembre-se que a outorga da concessão não afeta grande parte do regime jurídico disciplinador do serviço público. Parcela significativa dos direitos e deveres dos sujeitos envolvidos não é afetada em virtude da produção da outorga.

11 Atribuição dos riscos ao particular

Tem-se afirmado que o concessionário assume os “riscos” da atividade, cabendo-lhe a faculdade de imprimir os princípios da atividade privada à organização do serviço concedido. Daí se extrai que, se o titular da competência para prestação do serviço público mantiver em sua esfera jurídica a responsabilidade pelos encargos e riscos correspondentes~ não se configurará “concessão”¹⁸.

Esse parece ser o ângulo menos explorado do instituto da concessão, dificultando a compreensão mais aprofundada do instituto e conduzindo a impasses graves para a satisfação do interesse público. Há questões jurídicas, econômicas, sociais e políticas envolvidas na controvérsia.

11.1 Remuneração do concessionário

Na fórmula usualmente adotada entre nós, a atribuição do risco ao concessionário significa a ausência de sua remuneração por parte do poder concedente. As atividades objeto da concessão são desempenhadas “por conta e risco” do concessionário, fórmula utilizada para indicar a remuneração do concessionário por meio da exploração empresarial da atividade a ele delegada (ou por meios conexos). As despesas e encargos são por eles custeados. Em contrapartida, remunera-se através da cobrança de tarifas dos usuários e por outras soluções empresariais. Se os resultados forem satisfatórios, embolsará o lucro. Se não, arcará com o prejuízo.

¹⁸ Nesse ponto, o autor reformulou o entendimento que expusera anteriormente, que se pode consultar no estudo conjunto com PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Concessão de serviços públicos de limpeza urbana. *Revista Interesse Público*, n. 6, 2000.

11.2 “Risco” e remuneração

A exteriorização mais direta do risco do concessionário relaciona-se com a tarifa, O risco é “precificado” não apenas na aceção de comportar uma avaliação financeira, mas também no sentido de integrar-se no valor da tarifa. Isso significa que, quanto maior o risco do concessionário, tanto mais elevada será a tarifa¹⁹. A incerteza sobre os custos necessários à efetiva obtenção dos benefícios pretendidos pelo empresário se traduz em *custos de transação*, o que significa que o empresário transfere para o preço as incertezas e inseguranças que entrinham sua atividade.

Tal evidencia que a ampliação do risco do concessionário é incompatível com a realização do objetivo da tarifa módica. Se uma das finalidades essenciais da delegação é assegurar a prestação do serviço público mediante tarifas módicas, uma decorrência inafastável é a ponderação do risco a ser atribuído ao concessionário.

12 A extensão do risco e o método de remuneração do concessionário

Grande parte das considerações anteriormente realizadas neste estudo desembocam na discussão sobre o método de remuneração do concessionário. A insistência sobre a pluralidade de configurações da concessão se reflete precisamente nesse tópico. Essa constatação se obtém não apenas pela análise das disputas no âmbito do Direito comparado, mas também pelas dúvidas existentes no âmbito do próprio Direito brasileiro. Um dos ângulos essenciais do tema reside na forma de remuneração do particular, o que envolve (indiretamente) uma avaliação sobre a natureza política do instituto e sobre a extensão dos riscos atribuídos ao concessionário.

12.1 Breve avaliação do Direito comparado

É relevante examinar o Direito comparado porque o instituto da concessão foi modelado especificamente pela experiência francesa, do início do século XX. Isso não equivale a afirmar que a concessão de serviço público teria surgido na França, afirmação evidentemente incorreta. Tal como já assinalado, o instituto da concessão foi praticado até mesmo no Brasil, ao longo do século XIX. O que se deve sublinhar é que o instituto da concessão de serviço público recebeu teorização por parte da doutrina francesa, especialmente a partir de decisões do Conselho de Estado, derivadas de controvérsias concretas. A formulação jurídica do instituto no Brasil foi influenciada fortemente pelo pensamento francês. O Direito pátrio, ao longo do século XX, incorporou essa tradição francesa, recepcionando as conclusões pacificadas no âmbito francês. Por isso, a satisfatória compreensão do instituto da concessão de serviço público pressupõe o conhecimento das raízes do nosso Direito, o que conduz ao estudo do Direito francês.

¹⁹ O tema vem merecendo extensa elaboração no âmbito da Economia, especialmente por parte dos pensadores relacionados à corrente denominada Law and Economics. Sobre o tema, confira-se o trabalho clássico de COASE. *The firm, the market and the law*. Chicago and London: The University of Chicago, 1988.

Deve destacar-se, ademais disso, que o instituto da concessão de serviço público vem merecendo crescente atenção no âmbito comunitário europeu, com influências significativas inclusive sobre o Direito francês.

Isso não equivale a afirmar que o Direito positivo brasileiro atual, atinente à concessão de serviço público, seria mera reiteração do Direito francês do início do século XX. Verificou-se desenvolvimento próprio do instituto entre nós, dando-lhe configuração específica. Mas é relevante avaliar as origens e as perspectivas do Direito estrangeiro a propósito do tema, especialmente para identificar a possibilidade de sua recepção no âmbito brasileiro²⁰.

12.2 O Direito francês

O Direito francês merece especial atenção porque, como visto, as concepções fundamentais acerca de contrato administrativo, vigentes entre nós, foram herdadas da experiência francesa. Como já afirmado, a doutrina francesa construiu a teoria dos contratos administrativos a partir de decisões do contencioso administrativo. É fundamental assinalar a natureza jurisprudencial das fontes do pensamento francês. A quase totalidade da construção doutrinária francesa resulta a jurisprudência. A França sempre conheceu a disciplina legislativa dos contratos administrativos, mas essa regulação sempre foi fragmentária e acessória em relação à evolução jurisprudencial. Como resultado, o universo jurídico francês conhece uma pluralidade de figuras, sem a sistematicidade que se atingiu entre nós. Cabe, desse modo, formular uma explicitação sumária sobre essas diferentes figuras.

12.2.1 A figura da “contratação pública” (*marché public*)

O pensamento francês sempre diferenciou a concessão de serviço público (e outras figuras próximas) dos contratos administrativos comuns. Essa distinção se traduzia na terminologia e no regime jurídico aplicável. No Direito francês, utiliza-se a expressão *marché public* para indicar as contratações administrativas pelas quais a Administração obtém de um terceiro prestação consistente em fornecer bens ou executar obras ou serviços. Não seria cabível traduzir a expressão francesa *marché public* por “contrato administrativo”. É que, em francês, existe a expressão *contrat administratif* a qual é utilizada como gênero, abrangendo inclusive uma espécie que é identificada através da denominação *marché public*. Portanto e tomando em vista o significado de *marché*²¹, seria admissível aludir a *contratação (ou negociação) pública*.

É incontroverso, no âmbito francês, que as avenças pelas quais se transfere a um terceiro a prestação de serviço público não se enquadram no conceito de *marché public*. Mais ainda, as regras legislativas são diversas. Todas as normas legais e os precedentes jurisprudenciais sobre *marchés publics* somente podem ser estendidos a

²⁰ Não se contraponha que a recepção do Direito estrangeiro seria despropositada em si mesma. Para rebater argumentos dessa ordem, basta lembrar que toda a teoria dos contratos administrativos, no Brasil, foi configurada a partir da experiência francesa. Não é despropositado aproveitar a evolução da cultura jurídica e aplicar lições e conquistas produzidas no âmbito estrangeiro. O que não se admite é superpor o Direito estrangeiro ao pátrio e ignorar o Ordenamento Jurídico brasileiro.

²¹ O vocábulo *marché*, em francês, significa não apenas “mercado” mas também “negociação” ou “contratação”

delegações de serviço público em situações muito peculiares.

Essas figuras são disciplinadas pelo Código das Contratações Públicas (*Code des marchés publics*), instituído por Decretos de 17 de julho de 1964 (criando os Livros I e II) e de 28 de novembro de 1966 (referente aos Livros III e IV) e reformulado por Decreto cuja versão final foi publicada em 8 de março de 2001²². Esse diploma disciplina genericamente as figuras enquadradas como *marché public*, entre as quais não se encontra a concessão de serviço público.

Segundo o art. 1º, I, do Título I desse Código: “As contratações públicas (*marchés publics*) são os contratos pactuados a título oneroso com pessoas públicas ou privadas pelas pessoas jurídicas de direito público encionadas no art. 2º, para satisfazer suas necessidades em matéria de obras, de fornecimentos ou de serviços”.

Como se evidencia, as diversas categorias de *marchés publics* previstas no Direito francês equivalem às nossas contratações administrativas disciplinadas pela Lei no 8.666. Essa asserção deve ser tomada com a devida cautela, eis que a coincidência não é exata.

12.2.2 Os instrumentos de delegação de prestação de serviços públicos

O vínculo entre a concessão de serviço público e outras contratações administrativas sempre foi reconhecido. Mas também sempre se afirmou a distinção entre elas. Como ensinava Péquignot: “Da contratação de empreitada de obra pública surgiu o mais típico dos contratos administrativos: o contrato de concessão de serviço público.”²³ A diferença de enfoque talvez possa ser reportada a considerações de Hauriou, que apontou, nos idos de 1907, a natureza dúplice da concessão e seu cunho regulamentar e não apenas contratual²⁴.

A categoria dos contratos administrativos propriamente ditos (*marchés publics*) não abrange as convenções e outros atos versando sobre a delegação da prestação de serviço público. Nesse sentido, o próprio Conselho de Estado francês editou uma comunicação (*avis*), em 7 de abril de 1987, no sentido de que “o contrato nominado ou inominado pelo qual um empresário é encarregado da própria execução de um serviço público não é uma contratação (*marché*)”²⁵.

Estão abrangidos nesse gênero de delegação de serviço público diversas figuras surgidas espontaneamente na atividade administrativa francesa, tal como a *concessão de serviço público*, a *affermage*, a *régie intéressée*, a *gérance*, o *marché d'entreprise de travaux publics*, *bail emphytéotique et convention accessoire*. Destaque-se a ausência de normas gerais sistematizadoras dessas diversas figuras, as quais surgiram na prática das diversas entidades administrativas. Isso produz, em muitos casos, dificuldades de distinção, eis que nada impede que situações sujeitas a regime jurídico idêntico recebam denominação distinta.

Basta considerar a definição proposta pelo Comissário do Governo Chardenet para a concessão, por ocasião do julgamento da *Compagnie d'éclairage de*

²² Conforme STÉPHANE BRACONNIER. *Droit des marchés publics*. Paris: Groupe Imprimerie Nationale, 2002. p. 14.

²³ Théorie generale du contrat administratif, Paris: Pédone, 1945, p. 48.

²⁴ Confira-se em LAUBADÈRE, MODERNE; DEVOLVÉ. *Traité des contrats administratifs*, cit., p. 103.

²⁵ RICHER, L. *Droit des contrats administratifs*. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2002. p. 444-445.

Bordeaux²⁶, abaixo reproduzida:

“contrato que impõe a um particular ou a uma sociedade a execução de uma obra pública ou a prestação de um serviço público por sua conta (“à ses frais”), com ou sem subvenção, com ou sem garantia de rentabilidade, e que os remunera por meio de a eles confiar a exploração da obra pública ou a exploração do serviço público com o direito de perceber remuneração (“redevances”) dos usuários da obra ou daqueles que se beneficiem do serviço público”²⁷

A transcrição acima se destina a evidenciar a ampla heterogeneidade das figuras comportadas na categoria da concessão, segundo essa visão clássica. A definição de Chardenet centrava-se em dois núcleos fundamentais. Um deles era a natureza da prestação e o outro, a forma de remuneração do particular.

A distinção entre concessão e as demais contratações públicas residia, sob o prisma material, na atribuição ao particular do encargo de prestar serviço público, de modo imediato. Nas demais contratações públicas, não incumbe ao particular atividade dessa ordem. Mas a definição, nesse ponto, era incerta e insatisfatória, na medida em que reconhecia a possibilidade de a concessão abranger a execução de obra pública — o que não envolveria, de modo imediato, o desempenho de serviço público.

O outro critério distintivo residia na forma de remuneração, eis que o concessionário extrai sua remuneração dos resultados da exploração. Já nas contratações públicas, o custeio da prestação executada pelo particular se faz por meio de verbas públicas provenientes dos cofres estatais. Mas a definição formulava a ressalva sobre a possibilidade de o poder público fornecer subvenções ou garantias de rentabilidade em prol do concessionário.

Ou seja, o pensamento francês, já nos seus primórdios, apontava as dificuldades da identificação conceitual da concessão. A evolução histórica apenas acentuou essa incerteza, gerando um grande número de figuras próximas e semelhantes à concessão. O universo das contratações entre Estado e particular, versando sobre a delegação de serviço público, fragmentou-se em uma pluralidade de institutos. Como asseveram alguns autores a propósito da delegação contratual de serviço público, os “modos contratuais são diversos e existem há longo tempo: concessão de serviço público, ‘affermage’, ‘régie intéressée’, gestão... ou mesmo contratos inominados. Mas não existe um regime geral, e as regras parciais existem muito largamente por origem jurisprudencial”²⁸.

Além das diversas modalidades de concessão propriamente dita (com ou sem obra pública), a experiência francesa gerou a chamada *affermage*²⁹, praticada

²⁶ O caso foi julgado pelo Conselho de Estado em 30 de março de 1916 e sua notoriedade deriva de que o julgamento consagrou a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos administrativos (mais especificamente, às concessões). Para uma análise do julgado, confira-se MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de droit administratif*. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1999. p. 424 et seq.

²⁷ Conforme RAYMUNDIE; OLIVIER. *Gestion déléguée des services publics en France et en Europe*. Paris: Le Moniteur, 1995. p. 33.

²⁸ DUPUIS; GUÉDON; PATRICE. *Droit administratif*. 6. ed. Paris: Armand Colin, 1999. p. 492.

²⁹ A tradução da expressão para o português é problemática. Parece evidente um vínculo terminológico

geralmente no âmbito das coletividades locais. Diferencia-se a concessão especificamente pela característica de que todos os investimentos são realizados (ou financiados) pelo poder público, que transfere ao particular a exploração do empreendimento (com o dever de investimentos de natureza secundária). O particular paga à coletividade um rendimento e recebe em nome dela uma tarifa dos usuários³⁰. Sua remuneração consiste na diferença entre o montante que paga à coletividade e o valor arrecadado dos usuários³¹.

A *régie intéressée* consiste na atribuição da gestão de um serviço público ou de uma obra por um particular, com remuneração garantida pelo Estado, mas proporcional ao desempenho obtido. Geralmente, estabelece-se que o particular terá direito a um valor garantido e a participar nos resultados que superem a certo limite. O particular atua por conta da coletividade, diversamente do que se passa na concessão. Mas a dimensão da autonomia do particular é variável.

A *gérance* (gestão) envolve atribuição da atividade ao particular, mas com a previsão de que lucros e prejuízos serão assumidos privativamente pela coletividade³².

O *marché d'entreprise de travaux publics* (contratação de empreendimento de obras públicas) é muito similar à concessão de serviço público precedida da execução de obra pública. O particular recebe o encargo de construir uma obra pública e de explorá-la, com a garantia de recebimento de remuneração posterior (geralmente anual) oriunda dos cofres públicos pelo “financiamento” realizado. Essa fórmula gerou grandes controvérsias, especialmente em vista das regras vedando a assunção pela Administração de obrigações de pagamento futuro, sem cobertura orçamentária. Ao final, reputou-se que se trataria de manifestação enquadrada no âmbito dos *marchés publics*, sendo incompatível com o princípio da vinculação da despesa ao orçamento³³.

O *bail emphytéotique* (arrendamento enfiteutico) foi previsto para aplicação no âmbito das coletividades locais. Trata-se de contratação pela qual um particular é autorizado a edificar sobre imóvel de domínio público. Segundo uma convenção acessória, a edificação poderá ser explorada pelo particular durante o período do contrato, revertendo sua propriedade para o domínio público ao final do prazo contratual.

Examinando o tema, Benoît destacava que a distinção era mais fácil de fazer-se no plano teórico do que na prática, em virtude da conjugação de cláusulas e ausência de obrigatoriedade da observância de modelos uniformes de contratações³⁴.

entre a *affermage* e a figura do *fermier*, largamente praticada na França antes da Revolução Francesa, pela qual um particular recebia o privilégio de percepção de tributos. Em tempos modernos, utiliza-se a expressão *ferme* para indicar uma espécie de parceria agrícola, em que o imóvel agrícola é cedido a terceiros para exploração e compartilhamento de resultados.

³⁰ CHAPUS. *Droit administratif général*. 13. ed Paris: Montchrestien, 1999. t. 1, p. 614-615; RICHER. *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 433.

³¹ Conforme VAN LANG; GONDOUIN; INSERGUET-BIRSSET. *Dictionnaire de droit administratif*. 2. ed. Paris: Armand Colin, 1999. p. 24.

³² RICHER. *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 443. Lembre-se que a figura não se confunde com os “contratos de gestão”, que apresentam perfis muito distintos, objetivando basicamente disciplinar a organização interna de um ente integrante da Administração Pública. Confirma-se FORTIN. *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*. Paris — Montréal: L'Harmattan, 1999. Introduction, p.12-14

³³ Confirma-se BLOCH. *Code des marchés publics annoté*. Paris: Berger-Levrault, 2002. p. 202-204.

³⁴ *Le droit administratif français*. Paris: Daloz, 1968. p. 821, nota 1.

Todas essas figuras surgiram pela constatação de que a atribuição de todos os riscos ao particular acabava inviabilizando a contratação. Quanto mais incerta a possibilidade de sucesso empresarial e maiores os investimentos necessários, tanto menos provável se tornava algum particular dispor-se a aplicar seus recursos e esforços na gestão do serviço público.

Então, a concessão passou a ser enfocada como aquela modalidade de contratação que excluía a garantia de subvenções ou rentabilidade mínima por parte do poder concedente. Mas isso não equivalia a afirmar que tais benefícios tivessem se tornado proibidos. A sua outorga desnaturava uma concessão e configurava uma outra modalidade de contratação entre Estado e particular, sendo amplamente admitida a prática na França.

12.2.3 A evolução legislativa e jurisprudencial

Diante dessa pluralidade de figuras, acabou por ser adotada uma solução legislativa. Todas as figuras foram englobadas sob a denominação *convenção de delegação de serviço público* (Leis de 6 de fevereiro de 1992 e de 29 de janeiro de 1993³⁵) ou *gestão delegada* (Lei de 8 de janeiro de 1993). As expressões passaram a ser tratadas como sinônimas³⁶ para indicar uma ampla gama de instrumentos pelos quais o Estado transfere a um particular a gestão de serviços públicos.

A partir da disciplina legislativa, a jurisprudência foi modelando um perfil muito menos ortodoxo para a concessão. Assim, uma questão interessante envolveu a construção e exploração do *Grand Stade de Saint-Denis*, edificado para os jogos da Copa do Mundo de Futebol de 1998. Previu-se que a construção poderia ser delegada à iniciativa privada, mas mantendo-se uma participação financeira governamental para fazer face aos custos. Surgiu litígio entre candidatos à contratação e o tema foi levado à composição jurisdicional. Reconheceu-se a existência de uma delegação de serviço público³⁷.

Um dos julgados fundamentais foi proferido pelo Conselho de Estado, em decisão de 1996 (conhecida como *Préfet des Bouches-du-Rhone*). Segundo esse enfoque, a remuneração do delegatário deve ser “substancialmente” relacionada com o produto da exploração da atividade delegada.

É interessante transcrever uma passagem da decisão, em que se admite a possibilidade de qualificar-se como delegação de serviço público uma contratação em que a remuneração do particular provenha dos cofres públicos. Disse-se que “nós pensamos que a gestão dos serviços com custos e riscos por conta do delegatário não é um elemento necessário à existência de uma delegação de serviço público. Por outro lado, a existência de uma remuneração mais ou menos (‘peu ou prou’) vinculada aos resultados da exploração do serviço é uma condição da existência de uma delegação

³⁵ A Lei de 6 de fevereiro de 1992 não apresentou qualquer efeito prático. eis que se destinava apenas a autorizar a transposição de legislação comunitária que nunca chegou a existir. O diploma que efetivamente dispôs sobre o assunto foi aquele de 1993, conhecido como Lei Sapin (conforme JEAN-BERNARD AUBY, Bilan et limites de l'analyse juridique de la gestion déléguée du service public, em La gestion déléguée du service public, suplemento da *Revue française de droit administratif*, n. 3, p. 3, 1997.

³⁶ Nesse sentido, RICHER. *Droit des contrats administratifs*. 3. cd. Paris: L.G.D.J., 2002. p. 426.

³⁷ Confirmam-se os comentários de MORAND-DEVILLER. *Cours de droit administratif*. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1999. p. 452 et seq.

de serviço público.

Ao contrário, se a remuneração do particular é efetuada pela coletividade pública e, sobretudo, sobra a base de um preço sem vínculo com os resultados da exploração, o contrato deverá ser considerado como uma contratação ('marché') e não como uma delegação de serviço público."³⁸ Chapus assevera ter sido consagrada a tese de que a remuneração do delegatário tem de estar vinculada aos resultados da atividade, sendo indiferente provir de fundos desembolsados pelo poder concedente ou de rendimentos produzidos pelo pagamento dos usuários³⁹.

Essa orientação culminou com uma decisão fundamental, emitida em 1999 pelo Conselho de Estado, em que reputou caracterizar-se como delegação de serviço público uma contratação em que o particular auferia 70% de suas receitas diretamente perante a Administração e 30% de outras fontes (julgado conhecido como SMITON). Tratava-se de controvérsia sobre coleta de lixo e destinação de dejetos sólidos. Assegurava-se ao particular uma remuneração composta de duas parcelas. A primeira era integrada por uma "indenização" destinada a cobrir custos fixos e por pagamento proporcional ao lixo tratado. A segunda parcela resultava de participação nos rendimentos proporcionados pela exploração dos dejetos. Estimava-se que as receitas correspondentes à segunda parcela atingiriam a 25 milhões de francos enquanto as da primeira parcela seriam de 73 milhões de francos. O Conselho de Estado entendeu caracterizar-se uma fórmula compatível com a delegação de serviço público, eis que a remuneração era "substancialmente" produzida pela exploração das atividades objeto da contratação⁴⁰.

A Lei nº2.001-1.168, de 11 de dezembro de 2001, apresentou nova regulação ao tema⁴¹. Abrigou definição de delegação de serviço público, no sentido de que consiste em "um contrato pelo qual uma pessoa jurídica de direito público confia a gestão de um serviço público de que é responsável a um delegatário público ou privado cuja remuneração é substancialmente ligada aos resultados da exploração do serviço, O delegatário pode ser encarregado de executar obras ou adquirir bens necessários ao serviço"⁴².

Ou seja, utilizou-se na Lei de 2001 a expressão "substancialmente" para evitar soluções rígidas e incompatíveis com a complexidade da realidade social. Em síntese, admite-se no Direito francês a possibilidade de diferentes soluções a propósito da forma de remuneração do delegatário do serviço público.

Um ponto nuclear acerca da matéria reside no reconhecimento de uma **solidariedade financeira** entre poder concedente e concessionário. "Dito de outro modo, a assunção pelo concessionário dos riscos comerciais foi consideravelmente atenuada, quando ela não desapareceu completamente. Por meios diretos ou indiretos, a Administração se vincula financeiramente na operação, atribuindo subvenções,

³⁸ conforme RICHER. *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 449-450.

³⁹ *Droit administratif général*. 13. ed. Paris. Montchrestien, 1999. p. 599

⁴⁰ Confira-se o texto da conclusão da Comissão do Governo Catherine Bergeal e o teor da decisão na *AJDA*, n. 9, p.714 et seq, 1999.

⁴¹ Lembre-se que a temática dos contratos administrativos comuns já tinha sido objeto de disciplina comunitária através das Diretivas 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE e 93/38/CEE. Confira-se *Diritto comunitario degli appalti pubblici*, a cura di FRANCESCO SCIAUDONE, Padova, Cedam, 1999

⁴² Conforme DREYFUS. *La definition légale des delegations de service public*. *AJDA — L' Actualité Juridique — Droit Administratif*, n. 1, p. 39, 2002.

garantias (de empréstimos, por exemplo) e, em contrapartida, participando dos benefícios... Na realidade, essa evolução em direção a uma intervenção financeira da coletividade pública foi praticamente inevitável.”⁴³

Essa afirmativa não é isolada na doutrina francesa. A doutrina mais clássica sobre concessões adota idêntico enfoque⁴⁴. De mais a mais, reflete a tendência crescente da associação de esforços entre o capital público e o privado⁴⁵.

12.3 O Direito Comunitário europeu

O interesse comunitário sobre o tema envolvia, basicamente, os procedimentos para contratação, visando a proscrever discriminações incompatíveis com os princípios fundamentais dos Tratados. Mas o tema das concessões não mereceu, de início, regulação explícita e definida, no âmbito da União Européia. Já as licitações para os contratos administrativos comuns mereceram disciplina específica, a qual não se aplicava às concessões⁴⁶.

Existiam apenas algumas referências às “concessões de obra pública”, no corpo da Diretiva 93/37/CEE, para efeitos de diferenciação em face de contratos de empreitada de obra pública. Segundo essa Diretiva, uma concessão de obra pública consistiria em contrato cujo objeto fosse o mesmo de um contrato de obra pública, com a única diferença de que “a contrapartida das obras consista, ou bem unicamente no direito de explorar a obra ou bem em tal direito acompanhado de um preço”, a ser pago pela Administração.

A crescente importância do tema das concessões conduziu a Comissão das Comunidades Europeias a editar uma *Comunicação Interpretativa sobre as Concessões em Direito Comunitário*⁴⁷, antecedida de longos estudos e convites para manifestação de interessados em geral. O teor da Comunicação é extremamente relevante e merece uma transcrição um pouco mais alongada. Ali se diz o seguinte:

“A Comissão verifica que há cada vez mais casos de contratos públicos de obras que são objecto de suportes jurídicos complexos. Daí que a fronteira entre estes suportes e a concessão de obras públicas possa ser, por vezes, difícil de traçar. Para a Comissão, está-se em presença de contratos públicos de obras na acepção do direito comunitário quando o custo da obra for suportado principalmente pela entidade adjudicante e o adjudicatário se remunere apenas por meio de direitos cobrados directamente aos utentes⁴⁸ da obra. O facto de a directiva permitir que o direito de

⁴³ DUPUIS; GUÉDON; CHRÉTIEN. *Droit administratif*. cit., p. 494.

⁴⁴ Confira-se DE LAUBADÈRE; MODERNE; DEVOLVÉ. *Traité des contrats administratifs*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1983. t. 1, p. 296.

⁴⁵ Como se sabe, as modalidades de organização societária entre capitais públicos e privados são extremamente variadas. Na França, a legislação mais recente deu ainda nova configuração à matéria, como se pode ver na Lei nº2001-420 de 15 maio 2001.

⁴⁶ Verifica-se, no caso, a usual complexidade da legislação comunitária. Dentre outros diplomas, podem ser referidas as Diretivas 92/50/CEE, a propósito de contratações de serviços; 93/36/CEE, sobre contratos de fornecimento; 93/37/CEE, atinente a obras públicas. Havia, ainda, outras Diretivas relativas a setores específicos e a recursos administrativos nas licitações pertinentes a tais contratações

⁴⁷ Publicada no JOCE C 121 p. 2. O texto pode ser conhecido através do *site* europa.eu.int/eur-lex, que contém repertório dos atos comunitários relevantes.

⁴⁸ Na terminologia da Comissão, “utente da obra” consiste na entidade administrativa que promoveu a contratação. Não se trata, portanto, do usuário privado. Isso fica evidente, aliás, no texto transcrito.

exploração seja acompanhado de um preço não altera esta análise. Trata-se de uma hipótese que existe na prática. Sendo assim, pode acontecer que o Estado suporte parcialmente o custo de exploração da concessão a fim de reduzir o preço a pagar pelo utilizador (prática dos ‘preços sociais’). Esta intervenção pode revestir diferentes modalidades (montante fixo global garantido, montante fixo mas pago em função do número de utentes etc.). Estas intervenções não modificam necessariamente a natureza do contrato se o preço pago cobrir apenas uma parte do custo da obra e da sua exploração.

Com efeito, incluem-se sempre na definição de concessão as hipóteses em que o Estado paga um preço em contrapartida das obras realizadas, desde que esse preço não elimine o risco inerente à exploração. Ao precisar que o direito de exploração pode ser acompanhado do pagamento de um preço, a directiva empreitada indica que a remuneração do concessionário deve provir da exploração.”

Orientação similar já fora adotada pela Corte de Justiça das Comunidades Europeias, por ocasião do julgamento da causa C-360196. A causa versava sobre a natureza jurídica de contratação para coleta e tratamento de lixo em duas cidades holandesas. A Corte assinalou ser evidente a existência de um contrato de prestação de serviços porque “a remuneração assegurada à ARA consiste unicamente em um preço e não no direito de explorar o serviço”⁴⁹. A utilização da expressão “**unicamente**” evidencia que se caracterizaria concessão se ao menos uma parte da remuneração fosse obtida em vista dos resultados obtidos através da exploração económica⁵⁰.

Essa abordagem foi integrada, de modo inevitável, ao Direito dos diversos países europeus. O exame do Direito francês á evidenciou a influência produzida pelas concepções comunitárias. Com muito maior intensidade, tal se passou no âmbito dos demais Estados, nos quais o instituto do contrato administrativo não apresentava elaboração autônoma equivalente àquela existente na França.

12.4 O direito italiano

O instituto da concessão, largamente conhecido no Direito italiano, é interpretado como abrangente de um amplo leque de figuras e alternativas. Basta considerar a definição oferecida por Giampiero Di Plinio, no sentido de que a concessão é um “procedimento através do qual a Administração confere a terceiros direitos especiais, criados ex-novo ou preexistentes”⁵¹. Ou aquela de D’Alberti, no sentido de que “a concessão administrativa comporta usualmente a conferência por parte de uma administração pública (concedente) [...] da faculdade de exercitar uma atividade de tipo empresarial em determinados setores”⁵². As duas definições são expostas para

⁴⁹ Confira-se o texto em *Revue des Concessions et des délégations de service public*, n. 4, p. 89, 1999.

⁵⁰ Observe-se que o enfoque gera uma questão acessória, de grande relevância para o direito comunitário. Tramita perante a Corte de justiça das Comunidades Europeias processo visando a determinar se “os benefícios financeiros atribuídos pelas autoridades de um Estado membro para compensar o custo das obrigações de serviço público impostas a uma empresa configuram uma ajuda de Estado”, cujo regime jurídico é peculiar. O parecer do Advogado Geral Léger, emitido em 14 de janeiro de 2003, manifestou-se em sentido positivo, como se vê em *AJDA Hebdo*, n. 3, p. 110, 2003.

⁵¹ *Diritto pubblico da economia*. Milano: Giuffrè, 1998. p. 642.

⁵² D’ALBERTI. *Concessioni e concorrenza*. Roma, 1998. p. 14.

evidenciar a despreocupação com a temática da forma de remuneração assegurada ao concessionário, eis que a característica da concessão residiria em seu objeto⁵³.

Sob um certo ângulo, a doutrina italiana recebeu com alguma surpresa a qualificação oriunda do Direito comunitário, no sentido de que o critério distintivo principal entre concessão e contratos administrativos comuns residia na forma de remuneração⁵⁴.

Incorporando essa noção, o Decreto Presidencial nº 406/1991 — transpondo para o Direito italiano diretivas comunitárias anteriores — já estabelecia que uma concessão de obra pública se qualificava pela execução de certa obra, “caracterizada pelo fato de que a contraprestação a favor da empresa ou do ente concessionário consiste unicamente no direito de gerir a obra ou nesse direito acompanhado por um preço”⁵⁵.

Apesar disso tudo, estudos especializados mais recentes continuam a ignorar a temática da remuneração como critério significativo para enfrentar o tema. Emblemática dessa posição é a obra de Barbara Mameli, um alentado estudo sobre a matéria, que persiste na concepção da existência de uma diferença essencial de fundo entre concessão e contratos de empreitada. A questão da remuneração merece atenção secundária, sem despertar qualquer margem de dúvida a possibilidade de que o particular receba subvenções ou pagamentos oriundos dos cofres públicos⁵⁶.

1 2.5 O direito espanhol

A Espanha acolheu as diretivas comunitárias, adaptando-as às suas peculiaridades, tal como se vê na disciplina constante do *Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, conhecido como TRLCAP, aprovado através do Real Decreto Legislativo 2/2000.

Admitem-se quatro modalidades principais de *gestão indireta* de serviços públicos. Existe a concessão, a gestão interessada, o concerto e a sociedade de economia mista. Excluída essa última hipótese, as outras três se diferenciam entre si por critérios que envolvem também o nível de comprometimento do Estado no custeio dos encargos necessários à prestação satisfatória do serviço público.

A concessão retrata uma fórmula de delegação de competências estatais para exercício por parte de terceiros. A gestão interessada envolve destinação similar, mas caracterizada pela partilha entre os sujeitos quanto aos resultados obtidos. O concerto conduz à oferta de serviços aos usuários, os quais nada pagam por isso ou, quando muito, desembolsam um “*preço político*”, incumbindo ao Estado arcar com o custo correspondente.

O TRLCAP incorporou textualmente a solução consagrada pelo Direito comunitário, O art. 130 definiu concessão por diversos dados característicos, entre eles a forma de remuneração. Na concessão, segundo a fórmula já apontada, o particular adquire o direito de explorar o empreendimento ou, além disso, de perceber um preço

⁵³ Nesse sentido, confira-se GALLI. *Corso di diritto amministrativo* 2. cd. Padova: Cedam, 1996. p. 546.

⁵⁴ Nesse sentido, TUCCI. *Appalto e concessione di pubblici servizi* — profili di costituzionalità e di diritto comunitario. Padova: Cedam, 1997. p. 74.

⁵⁵ Confira-se CAIANIELLO. *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*. Milano: Giuffrè, 1993. v. 2, p. 925.

⁵⁶ Confira-se Servizio pubblico e concessione — l'influenza dei mercati unici sui regimi protezionistici e regolamentati. Milano: Giuffrè, 1998, especialmente o cap. 8, p. 571 et seq.

em face do poder concedente⁵⁷.

12.6 O direito português

No direito português, a figura da concessão também merece uma definição desvinculada da questão da forma de remuneração. Na palavra de abalizada doutrina, a concessão envolve a atribuição a uma entidade externa da “gestão e/ou da exploração” de uma atividade ou serviço⁵⁸. Admitem-se, ainda, o arrendamento de serviços públicos (*affermage*), o contrato de gestão e inúmeras outras figuras de natureza cooperativa⁵⁹. Essas figuras variam de acordo com a participação econômico-financeira e as competências reservadas ao poder público e aos particulares.

Pedro Gonçalves realiza incursão precisa sobre o que denomina de “crise da definição clássica” de serviço público, anotando como todos os ângulos fundamentais das conceituações adotadas no início do século XX acabaram sob questionamento. Destaca que, “a partir de certa altura o regime da concessão, na parte em que pressupunha a assunção do ‘risco’ integral pelo concessionário, foi atenuado ou mesmo transformado num regime de solidariedade financeira entre concedente e concessionário [...]”⁶⁰ Dito autor reconhece a ausência, no direito português, de princípio ou regra que impeça qualificar-se como concessão uma delegação de serviço público caracterizada pela remuneração integralmente custeada pelo concedente⁶¹, como também toda e qualquer outra figura contratual “que atribua a um sujeito o direito de, no seu próprio nome, gerir um serviço público”.⁶²

13 O Direito brasileiro em face da questão

Entre nós, a identificação do conceito de concessão tem sido realizada pela doutrina a partir dos aspectos fundamentais acima relacionados. Muitas vezes, enfoca-se a concessão como uma fórmula rígida e uniformizada, determinada e definida de contratação, qualificada por um conjunto de características necessárias e indispensáveis, sob pena de “nulidade” — sem que tal se traduza na proteção consistente a valores ou princípios consagrados juridicamente. Proclama-se a nulidade como decorrência inafastável da originalidade. Ainda que as inovações devam ser admitidas com cautela e sempre submetidas ao crivo de sua compatibilidade com a ordem jurídica, não é viável reprová-las quando delas não resultar violação a valores ou interesses protegidos pelo Direito.

O que se defende, como dito, é a impossibilidade de reduzir a concessão a um modelo uniforme e único, especialmente no tocante ao compartilhamento parcial de encargos econômicos. Não se trata de uma questão puramente teórica, mas deriva da constatação de que o atendimento ao interesse coletivo depende da conjugação de

⁵⁷ Confira-se GUZMÁN RAJA. *Las concesiones administrativas afectas a reversión de activos*: um estúdio empírico. Madrid: Ministério de Economia, 2000. p. 46 et seq.

⁵⁸ SANTOS; GONÇALVES; MARQUES. *Direito económico*. 4. cd. Lisboa: Almedina, 2001. p. 185.

⁵⁹ SANTOS; GONÇALVES; MARQUES, *Direito económico*. cit., p. 188-190

⁶⁰ *A concessão de serviços públicos*. Lisboa: Almedina, 1999. p. 106

⁶¹ *A concessão de serviços públicos*, cit., p. 141. Mas o autor fornece um único exemplo, que seria a concessão de serviço público de televisão.

⁶² *A concessão de serviços públicos*, cit., p. 145.

recursos e esforços públicos e privados. Não há cabimento em inviabilizar formas perfeitamente satisfatórias de associação entre os setores público e privado mediante a invocação de soluções concebidas no puro plano da teoria, que não encontram respaldo nem na ordem jurídica existente nem na realidade dos fatos.

13.1 A conjugação de esforços entre iniciativa privada e setor público

A solução adotada no estrangeiro também pode ser praticada no Brasil. Não há particularidade no regime jurídico brasileiro que afaste a alocação de recursos públicos para a manutenção de serviço concedido. O conceito de concessão de serviço público não apresenta, tal como já apontado, uma definição precisa e exata.

O conceito de concessão de serviço público exige que a remuneração do concessionário seja variável em função do desempenho obtido por meio da atividade concedida. Isso não significa impossibilidade de uma parcela da remuneração ser arcada pelo Estado.

Não há vedação constitucional a que recursos estatais sejam aplicados na manutenção de atividades concedidas⁶³. O que se rejeita é a eliminação do risco empresarial. Se for assegurado ao particular um rendimento vinculado apenas a seu esforço, estará excluída uma característica essencial da concessão. Passará a se configurar uma empreitada, em que o direito do particular à remuneração deriva da execução da prestação dele exigida.

Observe-se que essa solução não elimina o risco do concessionário, mas propicia uma fórmula de substituição do sujeito responsável pela sua remuneração. Assim, se o concessionário falhar na organização do serviço ou sofrer insucessos derivados de eventos inerentes à atividade concedida, terá de amargar prejuízos. A responsabilidade estatal não é um meio de desnaturar os riscos inerentes à concessão.

A participação estatal deve orientar-se a evitar que a dimensão dos riscos e encargos assumidos pelo particular se traduzam em encargos excessivamente elevados para determinados (ou todos os) segmentos de usuários.

Ademais disso, a imposição de um figurino absolutamente inalterável, padronizado e uniforme pode gerar a impossibilidade do atendimento a necessidades públicas relevantes. O instituto da concessão ficaria restrito a certos segmentos, em que a exploração econômica é mais fácil e simples.

Outros setores, alguns dos quais envolvendo necessidades básicas e essenciais à dignidade da pessoa humana, serão relegados a segundo plano — em virtude de uma visão que privilegia o formalismo⁶⁴.

⁶³ Porto Neto vai ainda mais longe, em trabalho precursor sobre a matéria no Direito brasileiro, ao asseverar que “Administração Pública pode transferir a prestação de serviço público a terceiro, sob o mesmo regi me jurídico da concessão, sem que sua remuneração guarde relação com o resultado da exploração do serviço” (*Concessão de serviço público no regime da Lei n° 8.987/95 — conceito e princípios*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 76).

⁶⁴ Linotte e Cantier aludem, por exemplo, à figura denominada de “shadow toil”, que poderia ser traduzida para o português como “pedágio virtual”. Nesse sistema, um concessionário percebe tarifas calculadas em função do tráfico verificado na utilização de obra. Mas esse valor ser-lhe-á pago não pelos usuários diretos da obra, mas pelo “poder concedente”. A validade da solução deriva de alguma característica que conduza o poder concedente a reputar descabida a cobrança da tarifa diretamente dos usuários. Confira-se em *Shadow Tolls: le droit public français à l'épreuve des concessions à péages virtuels*, *AJDA*, 2000, p. 863. A figura é referida, aliás, por Pedro Gonçalves que esclarece ter sido

Ora, o colapso dessas prestações colocará em risco a saúde pública e poderá propiciar a difusão do sofrimento, da morte, da eternização da desigualdade, diante da omissão do fornecimento de utilidades de interesse coletivo.

A aplicação de recursos da iniciativa privada pode ser a única alternativa para evitar o colapso de determinados serviços públicos. E a impossibilidade de remuneração através da tarifa, no modelo clássico da concessão, não pode ser obstáculo à adoção de um sistema que permita a participação do capital privado para desenvolvimento de atividades de interesse coletivo. Isso se passará no tocante a atividades que exijam a participação estatal, especialmente porque não se revelam aptas a produzir resultados econômicos lucrativos. O dever do Estado é de intervir e arcar com parcelas dos custos, se a sistemática de tarifas for insuficiente para propiciar uma solução satisfatória.

Não se pode condenar a comunidade à ausência de serviços essenciais quando o Estado não dispuser de recursos para custeio integral das necessidades. Essa asserção é ainda mais procedente nas hipóteses em que a dificuldade derivar da interpretação formalista acerca da forma de pagamento da remuneração ao concessionário.

13.2 Solução compatível com os princípios da dignidade e da solidariedade

Não se ignore que a absoluta vedação à participação do Estado no custeio dos serviços públicos concedidos poderia gerar violação a valores constitucionais fundamentais.

A configuração de uma certa atividade como serviço público resulta da presença de certos requisitos e características, O mais essencial consiste no vínculo entre a utilidade a ser fornecida e a satisfação direta de uma necessidade relacionada com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A concessão pode atenuar a relevância da função do serviço público. Se determinada utilidade é essencial à dignidade da pessoa humana, a exploração comercial poderá ser admitida até determinado limite. A concepção de que o concessionário atua sob seu risco próprio não autoriza desnaturar os caracteres fundamentais, que dão identidade àquele serviço público.

Isso significa que, em primeiro lugar, o serviço público concedido deve respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana. Mas também se impõe a exploração lucrativa, sob risco do concessionário. Ora, risco e lucratividade do concessionário podem contrapor-se à preservação da dignidade da pessoa humana.

Não se podem aceitar certas opiniões que, a pretexto de acentuar o risco inerente à posição jurídica do concessionário, pretendam transformar o serviço público em opção disponível, dispensável.

Se a concessão de serviço público fosse edificada exclusivamente sob o primado do risco do empresário, então estaria legitimada a supressão da garantia da universalidade do serviço público — na exata medida em que o concessionário não poderia ser constrangido a desenvolver o empreendimento com prejuízo.

Não se pode admitir que a concessão de serviço público conduza à diferenciação

definitiva entre as diversas classes e grupos sociais. Não é possível que um serviço imediatamente relacionado à realização da dignidade seja negado a determinadas parcelas da população em virtude da ausência de condições econômicas para seu custeio. Ora, seria impossível obter o atendimento aos princípios da dignidade e da solidariedade se fosse vedado ao Estado promover qualquer remuneração ao concessionário, eis que os carentes restariam sem condições de arcar com o pagamento das tarifas necessárias à obtenção dos serviços concedidos.

A satisfação da dignidade da pessoa humana não se vincula à titularidade de riqueza. Aliás, muito ao contrário. Pode afirmar-se que, quando uma certa utilidade for indispensável à dignidade, o princípio da solidariedade imporá sua oferta, ainda que tal se promova sem qualquer contrapartida econômica direta e imediata.

O princípio da solidariedade não impõe a uma categoria específica de pessoas ou operadores econômicos arcar com as carências das camadas mais humildes da população. A solidariedade acarreta o dever de todos prestarem a sua colaboração em favor dos carentes de recursos. Sob um certo ângulo, a solidariedade se entranha com a isonomia. Como decorrência, todos os que disponham de recursos sobejantes deverão, na medida e proporção de sua riqueza, contribuir para promover a dignidade dos carentes.

Logo, a solução para o fornecimento de utilidades aos carentes, em hipótese de serviços públicos concedidos, consiste na assunção pelo Estado da contribuição correspondente. Incumbirá ao Estado realizar a mediação entre a apropriação da riqueza dos que são titulares de capacidade contributiva e o pagamento ao concessionário da remuneração correspondente aos serviços ofertados aos destituídos de recursos. Tal poderá produzir-se diretamente, por meio da assunção por parte do Estado de subvenções destinadas a assegurar a viabilidade econômica da prestação do serviço público aos carentes. Mas também poderá dar-se de modo indireto, por meio de tarifas proporcionadas à capacidade contributiva, de modo que os titulares de maior riqueza arquem com parcela mais substancial dos custos necessários à manutenção de um serviço de abrangência universal.

Em qualquer das hipóteses, é imperiosa a autorização legislativa, já que ambas as soluções envolvem um processo econômico de redistribuição da riqueza privada, em benefício das camadas mais pobres da população.

13.3 A concretização do princípio da isonomia

É indispensável, ademais disso, considerar a incidência do princípio da isonomia, que se inter-relaciona com as razões acima expostas. A outorga de benefícios tarifários, mediante compensações provenientes mesmo dos cofres públicos, pode decorrer da necessidade de assegurar aos usuários tratamentos diversos, na medida em que se diferenciem. A padronização da tarifa para todos os usuários pode configurar infração ao dever estatal de assegurar a discriminação compatível com situações peculiares e distintas.

É inviável, por isso, reputar incompatível com a concessão a intervenção estatal orientada à implementação do princípio da isonomia, especialmente quando tal importar a necessidade de participação financeira do poder concedente no custeio do serviço público — hipótese que se imporá quando outra alternativa não for viável.

13.4 Tutela à equação econômico-financeira da concessão

Por outro lado, é pacífico o princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira da concessão. Daí se segue que, ocorrendo evento superveniente de cunho extraordinário, assegura-se ao concessionário a recomposição da relação original entre encargos e vantagens. Essa é uma imposição constitucional, cuja tutela se impõe não apenas no âmbito legislativo mas também no tocante à atuação da Administração Pública.

Ora, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro poderá fazer-se por diversas vias. Vale transcrever a opinião de Caio Tácito sobre a matéria:

“Configurada a hipótese de quebra do equilíbrio financeiro da concessão, deve o concedente adaptar, em equivalência, a receita do concessionário mediante revisão de tarifas, subvenções, regalias fiscais ou outras modalidades equivalentes”⁶⁵

A subvenção governamental traduz-se, na maior parte dos casos, em transferência de valores dos cofres públicos em prol do concessionário. Produz-se, desse modo, uma forma de custeio da atividade objeto da concessão através de pagamento desembolsado pelo poder concedente.

A intangibilidade da equação econômico-financeira pode traduzir-se em pagamentos realizados pelo poder concedente em prol do concessionário depois do reconhecimento da concretização do desequilíbrio. Nada impede, no entanto, que tal se produza de modo concomitante, especialmente quando a situação derive de alteração unilateral das condições da outorga.

13.5 A interpretação conforme para a Lei nº 8.987

Confirma-se, desse modo, a impossibilidade de modelar todas as concessões segundo um único figurino. Não se pode adotar interpretação literal, aferrada ao significado gramatical de expressões usadas pelo legislador, ignorando o sistema constitucional vigente.

A definição do art. 2º da Lei nº 8.987 exige a manutenção do risco do empreendimento no âmbito do delegatário. Ou seja, aplicam-se as ponderações oriundas tanto do Direito comunitário como do francês, no sentido de que a concessão exige a vinculação entre a remuneração do concessionário e seu desempenho empresarial, mas não impõe que tal seja proveniente privativa e exclusivamente da exploração do serviço.

E o veto ao art. 24 da Lei nº 8.987 não tem o condão de excluir a hipótese cogitada.

Por um lado, o veto impede o ingresso de uma certa regra no ordenamento jurídico. Não é possível extrair uma força normativa de um veto, tal como se a intenção governamental (motivadora do veto) se constituísse em regra autônoma, dotada de força normativa própria.

Por outro, o dispositivo vetado envolvia outra fórmula de delegação de serviço público, que não a concessão. Anote-se que a aposição do veto não significa, necessariamente, a impossibilidade de consagração de soluções na linha contida no dispositivo vetado, o que se excluiu foram garantias ao particular desvinculadas da

⁶⁵ *Temas de Direito Público*. Renovar, 1997. Concessão de transporte coletivo, v. 2, p. 1.728.

exploração empresarial.

Deve ter-se em vista que a Lei nº 8.987 não pretendia impedir a realização de valores consagrados constitucionalmente. A temática da colaboração estatal para a remuneração do concessionário tem de ser interpretada em face desses princípios constitucionais fundamentais. Bem por isso, será vedada a subvenção quando configurar uma forma de benefício injustificado para o concessionário. Não se admite, em face da própria Constituição, é o concessionário receber benesses do poder concedente, com pagamentos destinados a eliminar de modo absoluto o risco intrínseco e inafastável. Mas não haverá inconstitucionalidade quando a contribuição estatal for instrumento para assegurar a modicidade da tarifa, valor fundamental para o cumprimento das destinações do serviço público, ou a realização de funções estatais inerentes à persecução do interesse coletivo.

13.6 Síntese sobre o tema da remuneração

A análise acima realizada não se destinou a fundamentar uma asserção de que o Direito brasileiro deveria contemplar certa solução **apenas porque** idêntica orientação é seguida no estrangeiro. Proposta dessa ordem incorreria num dos mais graves defeitos do Direito comparado, consistente na transplantação imprudente de institutos desenvolvidos em culturas estranhas e diversas.

O exame do pensamento jurídico atual em outros países orienta-se, em primeiro lugar, a verificar a existência de instituto jurídico de perfil homogêneo, com regime jurídico relativamente idêntico, em diferentes países.

Essa constatação foi procedida com sucesso. No estrangeiro, os países com cultura jurídica similar à brasileira conhecem figuras equivalentes àquela que é identificada no Brasil pela expressão concessão, a ela atribuindo regime jurídico equivalente ao vigente entre nós. Quando muito, verifica-se uma diferenciação terminológica, reservando-se a expressão “concessão” para uma espécie de delegação. É o que se passa na França e na Espanha. Já em outras órbitas, aquele mesmo vocábulo é utilizado para indicar um gênero, albergando inúmeras variações distintas. Assim ocorre no âmbito da União Européia e da própria Itália.

Em segundo lugar, buscou-se verificar se uma determinada interpretação, a ser adotada para o instituto no Brasil, seria parcial ou totalmente incompatível com aquela vigente no estrangeiro.

Insista-se em destacar que essa comparação não se destina a extrair algum critério decisivo para selecionar uma solução na dimensão jurídica brasileira. Não se cogita de invocar a prevalência de uma tese no estrangeiro como fundamento para aplicação de uma solução no Brasil. O que se pretende é verificar se o Direito de outros países reputa ser uma determinada solução compatível com a natureza de um instituto — o qual se apresenta como similar ao existente no Brasil.

No caso, o estudo propiciou conclusões interessantes. Evidenciou que a orientação prevalente no Direito europeu reside em eleger a forma de remuneração como critério fundamental de diferenciação da concessão de serviço público em face das empreitadas administrativas. Ademais disso, expôs a plena admissibilidade de uma remuneração de natureza complexa e heterogênea. Em face do pensamento alienígena, a concessão pressupõe vínculo entre a remuneração do concessionário e os resultados da exploração empresarial. Mas isso não significa a impossibilidade de o

concessionário ser satisfeito através de verbas de origem pública. Reitere-se que, a prevalecer a orientação francesa, sequer se impõe a necessidade de que a maior parte da remuneração do concessionário provenha da atividade delegada. Tal como referido acima, admite-se que o concessionário perceba valor significativo dos cofres públicos.

Sublinhe-se que essas conclusões refletem um estágio definitivo na configuração do instituto da delegação de serviço público (mormente, na forma de concessão). Existem inúmeros aspectos do conceito que ainda despertam controvérsias e dúvidas. No entanto, a orientação voltada a reconhecer a possibilidade de remuneração proveniente inclusive dos cofres públicos se apresenta como insuscetível de questionamento, alteração ou reversão no futuro.

Enfim, o exame apontado fornece suporte doutrinário para reputar-se que eventuais auxílios estatais em favor do concessionário de serviço público não caracterizam solução absurda ou despropositada. Trata-se de alternativa largamente praticada em outros países, cuja ordem jurídica é semelhante à nacional.

Em terceiro lugar, comprova-se a pluralidade de modelagens do instituto da concessão. É impossível estabelecer um modelo rigoroso sobre a forma de remuneração do particular, eis que tal dependerá das circunstâncias e das necessidades concretas de cada comunidade.

14 Conclusão

A definição do relacionamento entre capital público e iniciativa privada é um tema central para definição do modelo político e jurídico do Estado brasileiro. Em todos os demais países ocidentais, essa temática merece atenção especial. Não seria exagero afirmar que o equacionamento do tema se faz sob a égide dos princípios da instrumentalidade técnica e da supremacia ética. Admitem-se as mais diferentes fórmulas e soluções, desde que adequadas à satisfação do interesse coletivo e à realização da dignidade humana.

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 proscrita 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.