

CONCESSÕES E PERMISSÕES

Marcos Juruena Villela Souto

Professor de Direito Administrativo da Universidade Estácio de Sá.

Procurador do Estado do Rio de Janeiro e

Advogado da Confederação Nacional da Indústria.

SUMÁRIO

1. As concessões no contexto da Reforma do Estado. 2. Concessão de Serviço Público. 2.1. Visão Global. 2.2. Legislação Aplicável. 2.3. Poder Concedente. 2.4. Diferença entre Concessão, Permissão e Autorização de Serviço Público. 2.5. Forma de Remuneração. 2.6. Aspectos Financeiros. 2.7. Prazo e Extinção da Concessão. 2.8. Dispensa e Inexigibilidade de Licitação. 2.9. Autorização Legislativa. 2.10. Privatização x Concessão. 2.11. Regulação e Arbitragem. 3. Concessão de Obra Pública. 4. Concessão de Direito Real de Uso. 4.1. Definição. 4.2. Distinção dos Instrumentos Afins. 5. Permissões.

1. AS CONCESSÕES NO CONTEXTO DA REFORMA DO ESTADO

A idéia de “modernização da gestão do Estado” está intimamente ligada à necessidade de maior eficiência e atendimento às expectativas da sociedade. Não resta dúvida de que um Estado hipertrofiado gera custos elevadíssimos, mantidos por tributos que sacrificam a poupança popular e o investimento empresarial sem o correspondente retorno em qualidade dos bens e serviços prestados.

Dá porque, em países como o Brasil, em que se assegura constitucionalmente a livre iniciativa como fundamento da República, como direito do indivíduo e como princípio da ordem econômica, o Estado deve se concentrar na gestão de serviços públicos e não na produção de riqueza, papel da iniciativa privada; só através desse direcionamento objetivo de esforços e recursos públicos se obterá satisfação da sociedade em áreas essenciais - e hoje carentes - como segurança e educação.

Fala-se, então, numa “Reengenharia do Estado”, por via da qual não se cuida, apenas, da redução do tamanho da máquina estatal, mas, principalmente, de um redimensionamento do Estado à luz de suas novas funções numa sociedade moderna.¹

Destarte, diante da opção constitucional brasileira, a sociedade só transferiu para o Estado as atividades e setores que não pudessem ser alcançados sem a interferência do poder de império ao qual todos

os indivíduos ficam sujeitos no respectivo território. Ao Estado não cabe, pois, ocupar espaços empresariais, excluindo ou competindo com a iniciativa privada, devendo se retirar desses setores que podem ser atendidos a contento pelos particulares.

A proposta de desestatização deflagrada pelo Governo brasileiro vem, assim, ao encontro dos legítimos anseios da sociedade e não se limita à mera alienação de participações acionárias do Estado ou à extinção de empresas com venda de seus ativos. Isto é uma parcela, iniciada com a Lei nº 8.031/90,² que estabeleceu as diretrizes e objetivos da privatização, que já ocorreu nos setores siderúrgico e petroquímico, além das reprivatizações - retorno ao setor privado de empresas que vieram em dificuldades financeiras para as mãos do Estado após saneamento. Inaugura-se, agora, mais uma fase da privatização, envolvendo o setor de infra-estrutura, iniciado com os estudos de uma nova modelagem para gestão privada de ferrovias, rodovias, portos e saneamento básico.

Nesta fase ocorre a privatização da gestão de uma atividade tipicamente pública; em outras palavras, a moderna concepção de Estado não exige dele a execução direta dos serviços públicos e sim que assegure a sua prestação satisfatória e acessível a todos; o Poder Público deve concentrar-se no planejamento e no controle da atividade, delegando a particulares, por meio de concessões e permissões previamente licitadas, a execução do serviço e obtenção da respectiva remuneração pela cobrança de tarifas módicas; esta é a opção que se pretende utilizar para a exploração da telefonia celular móvel, satélites, melhoria das estradas de ferro, conservação de rodovias, distribuição de energia elétrica, água e tratamento de esgotos, transporte terrestre e aquaviário, etc.

A Lei nº 8.031/90 teve sua redação alterada por sucessivas medidas provisórias, que passaram a tratar, também, das concessões, permissões e autorizações de serviços públicos, tanto a nível federal como, também, com preocupação de colaborar com os Estados e Municípios, dispondo, ainda, da privatização de instituições financeiras.

A inclusão de concessões e permissões no programa de desestatização, sem dúvida, torna o processo mais lento e, eventualmente, mais oneroso, mas, em contrapartida, mais transparente e técnico (já que submetido a uma unidade de orientação); a rigor, são contratos (assim definidos no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 e no art. 40 da Lei nº 8.987/90), incluídos, pois, no poder de direção da máquina administrativa inerente ao administrador (CF, art. 84, II). A Constituição Federal, contudo em seu art. 37, e, posteriormente, a Lei nº 9.074/95, em seu art. 2º, exigem prévia autorização legislativa

para tais descentralizações; destarte, numa "interpretação conforme Constituição" (para afastar a tese da inconstitucionalidade), tem-se na nova redação dada aos arts. 2º, III, 2º, § 1º, b, 4º, VI, e 8º da Lei nº 8.031/90 uma autorização legislativa genérica para tais contratos e, ainda, para a prática do ato discricionário e precário de autorização de serviço público.

Outra inovação na Lei nº 8.031/90, conseqüente da moderna aplicação do pacto federativo com vistas à cooperação entre os entes da federação, está na redação proposta ao art. 2º, § 1º, na possibilidade de o Conselho Nacional de Desestatização firmar ajuste por solicitação de Estados e Municípios, para supervisionar o processo de desestatização de empresas detentoras de concessão, permissão ou autorização de serviços públicos, admitindo-se no § 5º que a licitação para a outorga ou transferência da concessão seja realizada na modalidade de leilão.

Tais ajustes já vinham ocorrendo com o BNDES, que, como gestor do Fundo Nacional de Desestatização, vinha prestando consultoria aos entes federados para seus projetos de desestatização.

A nova redação da Lei nº 8.031/90 explicita essa possibilidade, embora o Conselho Nacional de Desestatização não tenha personalidade jurídica em ajustes, fazendo-o através do gestor.

A possibilidade de alienar empresas concomitantemente com as concessões já existe na Lei nº 9.074/95, arts. 27 a 30 (repetida e ampliada no novo § 3º do art. 4º da Lei nº 8.031/90), apenas ampliando tal possibilidade aos serviços estaduais e municipais, nos termos do art. 175 c/c 22, XXVII, CF (norma geral sobre concessão).

O art. 6º, § 2º, da Lei nº 8.031/90 atribui ao Conselho a competência para baixar "normas regulamentadoras" (que não se confundem com "regulamentos", privativos do Chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 84, IV, CF) sobre desestatização e procedimentos da legislação específica; tal competência já estava implícita em suas atribuições (art. 6º, IV), mas o real motivo da sua inclusão no texto foi o de esclarecer que tal função não cabe ao Tribunal de Contas, que, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.443, de 16.07.92 (Lei Orgânica do TCU), vem, inconstitucionalmente³ exercendo um "poder regulamentar".

O novo § 1º do art. 5º estabelece que das reuniões do Conselho Nacional de Desestatização para deliberar sobre as desestatizações de empresas ou serviços públicos participará, com direito a voto, o titular do Ministério ao qual a empresa ou serviço se vincule; afinal, o Ministério exerce funções de planejamento e fiscalização dos serviços públicos e está na competência do Conselho aprovar a modalida-

de operacional de cada desestatização, sendo fundamental o voto da autoridade mais próxima à situação envolvida.

O processo de desestatização (a exemplo do que já fora previsto para as concessões no art. 5º da Lei nº 8.987/95) exige justificativa e apresentação de informações sobre o processo, dando-se amplo conhecimento das condições gerais, de modo a assegurar a transparência exigida pelo princípio da publicidade.

Mas o processo de busca da legitimidade é bem mais amplo, impondo a retirada de barreiras à livre iniciativa e à livre concorrência, asseguradas na Constituição, o que ocorreria através da extinção dos monopólios, que, no Brasil, têm sede constitucional. A Revisão Constitucional alcançou um estágio intermediário, admitindo a flexibilização dos monopólios, o que, em síntese, representa a possibilidade de as empresas privadas competirem para obterem a concessão de uma atividade monopolizada. Até então, tais atividades só podiam ser desempenhadas exclusivamente por empresas sob o controle do Estado - como nos setores de petróleo e gás natural, telecomunicações, distribuição estadual de gás canalizado e resseguros.

A preocupação com a qualidade de vida da população exige, ainda, abertura do mercado para novos investimentos e ampliação da competição, independentemente da origem do capital; dessa visão resultou a aprovação de emenda constitucional suprimindo a regra geral da reserva de setores a empresas brasileiras de capital nacional (embora ainda persista nos setores de comunicação, saúde e compras de imóveis rurais).

As preocupações da Constituição não param por aí; após a privatização de empresas de setores que não cabem ao Estado, impõe-se transferir para o setor privado a gestão de atividades públicas que possam ser conduzidas de modo mais eficiente pelo particular, seja pela citada via das concessões e permissões, quando se tratar de atividades-fim, seja pela via das terceirizações de atividades intermediárias, como limpeza, vigilância, datilografia, etc., evitando a criação de cargos públicos. Outra novidade bem sucedida em matéria de parceria entre os setores público e privado é a utilização dos acordos-programa e contratos de gestão, por via dos quais, ao invés da alienação de empresas estatais e extinção de órgãos, apenas transfere-se a sua gestão a empresas particulares; é a chamada 'privatização temporária', da qual pode se citar, como exemplo, o Banco do Estado do Rio de Janeiro - BANERJ - cuja gestão foi confiada a uma instituição financeira privada com objetivo de saneamento da empresa com vistas à privatização; outro exemplo, que começa a ser incrementado, é a celebração de contratos de gestão com entidades não governamentais sem fins lucrativos, que administrarão hospitais, escolas, institu-

tos de pesquisa, etc. Também pela via dos acordos-programa o Governo se compromete a fazer investimentos em infra-estrutura e se utilizar de outros instrumentos de fomento público para viabilizar a instalação de novas empresas em regiões de interesse, gerando novos bens e empregos.

A modernização do Estado abrange, ainda, os recursos humanos, incentivando demissões para redução de quadros, revendo inúmeros benefícios e vantagens para retorno das despesas de pessoal aos limites constitucionalmente aceitos.

Mas as providências de modernização do Estado brasileiro não cessam no campo da Administração; através da introdução dos institutos da regulação e da arbitragem obtém-se a possibilidade de elaboração de normas e solução de conflitos por grupos paraestatais, sem necessidade de utilização dos aparelhos legislativo e judiciário oficiais, dada a representatividade e o conhecimento técnico dos interesses envolvidos. A criação de órgãos reguladores de atividades do petróleo, energia e telecomunicações, compostos por representantes desses setores a nível federal e da agência de fiscalização dos serviços concedidos, no Rio de Janeiro, indica a possibilidade de acompanhamento mais eficaz do atendimento do interesse público.

Cite-se, ainda, a preocupação de desregulamentação, por meio da qual se busca retirar da legislação entulhos burocráticos, que retardam e encarecem os procedimentos que tramitam pela Administração Pública.

Enfim, o arsenal jurídico do país tem se adaptado para retirar barreiras e assimilar novos conceitos que viabilizam a modernização do Estado, reduzindo o custo das transações, como meio de proporcionar o cenário ideal para novos investimentos.

2. CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

2.1 VISÃO GLOBAL

Considera-se serviço público a atividade cuja realização é assegurada, regulada e controlada pelo Estado em face de sua essencialidade ao desenvolvimento da sociedade, exigindo, pois, uma supremacia na sua disciplina. Para tanto, a Constituição e as leis (CF, arts. 174 e 175) devem estabelecer o tamanho do Estado que a sociedade quer ter em razão de suas necessidades materiais e possibilidades financeiras. Sua prestação pode se dar pelos órgãos da Administração Direta, pela via da criação de autarquias, empresas públicas, sociedades mistas e fundações (em desuso no Estado Contemporâneo, que busca as privatizações) ou pela delegação a particulares via

concessões ou permissões (admitida, ainda, a autorização de serviço público). Há que se analisar, em cada caso, se o serviço pode ser descentralizado (apreciando a possibilidade de atribuir autonomia a uma função, a divisibilidade do serviço e a sua sobrevivência financeira).

A decisão de descentralizar um serviço é motivada na lei que cria a entidade da Administração Indireta (com a Mensagem de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo)⁴ ou com a publicação do ato justificando a conveniência da outorga da concessão ou permissão (Lei nº 8.987, de 07.07.95, art. 5º); quanto às concessões, exige-se, ainda, em razão do valor do contrato, uma audiência pública (Lei nº 8.666/93, de 21.06.93, art.39), por meio da qual são divulgados elementos relativos à licitação.

As concessões são contratos de natureza tipicamente administrativa através dos quais a Administração - poder concedente - transfere a um particular - concessionário - a realização e exploração, por sua conta e risco, de uma obra ou serviço público, cabendo a este o direito de remunerar-se através da cobrança de uma tarifa, paga pelo usuário do serviço, sendo o valor fixado pelo concedente de acordo com a proposta vencedora da licitação (Lei nº 8.987/95). Exemplos típicos são as construções e manutenção de pontes e estradas com a cobrança de pedágio dos motoristas que por elas trafegam (só deles, e não de todos os proprietários de veículos, como ocorria com o tributo denominado TRU - Taxa Rodoviária Única, - (destinada à arrecadação de verba para conservação de estradas e, posteriormente, convertida no IPVA sem qualquer contrapartida necessária); os serviços de transporte coletivo urbano por empresas privadas também caracterizam uma concessão.

Note-se, pois, que o Poder Público, em regra, não investe recursos, nem pessoal; todo investimento é feito pelo concessionário, que coloca, também, seus bens, empregados e tecnologia à disposição da coletividade, cabendo-lhe, via de consequência, o lucro (até porque o Estado não nasce para auferir lucro e sim para atender ao bem-estar geral).

À tarifa cabe, então, remunerar o capital investido, manter o serviço em operação, aprimorar a tecnologia e proporcionar o justo lucro ao empresário, tudo na forma de uma política tarifária definida em lei do poder concedente (CF, art. 175, III). Ao poder concedente cabe, ainda, o dever de fiscalização da qualidade do serviço, ou seja, verificar a observância dos princípios da universalidade, modicidade, continuidade, cortesia, atualidade e eficiência na prestação, podendo até intervir (por decreto - Lei nº 8.987/95, arts. 33, parágrafo único, e 38), declarar a caducidade do contrato e encampar o serviço (com prévia lei autorizativa e indenização do particular - Lei nº 8.987/95, art. 37).

O ressurgimento das concessões é fator fundamental para a modernização do Estado, com a redução do tamanho da máquina administrativa e, conseqüentemente, do déficit público; isto, por sua vez, reduz a necessidade de arrecadação de tributos, cessando a sangria nos cofres particulares, permitindo-lhes destinar recursos a investimentos, que vão gerar empregos e receita tributária. Um "saudável círculo vicioso".

Foi o advento da teoria da imprevisão que justificou, teoricamente, o desuso das concessões. Inicialmente, a inexistência de elevadas quantias e de tecnologia por parte do Estado permitiu o surgimento do instituto (com destaque para as estradas de ferro e para o setor de iluminação); o Estado não tinha lucro, mas em compensação, não sofria riscos, que eram suportados pelo concessionário (**pacta sunt servanda**). As Guerras Mundiais, em especial, elevaram em muito a prestação do concessionário e, ante a extinção do contrato para a celebração com outro particular em novas bases e a revisão das tarifas, optou-se por esta fórmula (mais célere). Com isso, o povo suportava os riscos, via majoração de tarifas, mas não recebia a repartição dos lucros.

Tal situação levou o Estado a se associar aos empresários privados, surgindo as sociedades de economia mista. É claro que a diferença de objetivos não ajudou o desenvolvimento dessa união, já que o sócio público interessava-se pelo bem-estar, enquanto o sócio privado, pelo lucro. Sendo a comunhão de interesses fator fundamental em qualquer associação, foi natural a ampliação do capital público nas associações com particulares até tornar-se o Estado o único acionista. Surge a idéia de empresa pública.

A figura do Estado-empresário, contudo, poucas vezes vingou a contento no Brasil, servindo para amparar falcatruas e mazelas que a estrutura mais rígida da Administração Direta não permitia (contratação sem concurso ou licitação, por exemplo). O aumento exagerado de empresas e de suas controladas e subsidiárias acabou gerando um absurdo impacto nos cofres públicos, posto que, na maioria das vezes não havia preocupação com lucro e falência, ante a facilidade de obtenção de recursos (bastava um investimento originado em aumento de tributos). O dinheiro particular deixava de ir para a produção para custear uma imensa máquina estatal que travava uma desleal concorrência com o setor privado, incompatível com o princípio da livre iniciativa. É, pois, com a privatização e com a concessão que essa anomalia será corrigida.

O consumidor-usuário tem direito subjetivo público a uma adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral (Lei nº 8.078, de 11.09.90, art. 6º, X), cabendo ao Estado a sua racionalização e melhoria (Lei nº 8.078/90, art. 4º, VII), pelo que podem ser utilizadas

as ações do Código de Defesa do Consumidor, com as conseqüentes sanções do art. 56, sem falar nas ações cominatórias do CPC. Modernamente, a regulação e a arbitragem operam, com vantagem, sobre a ação estatal, o princípio da cortesia, disciplinando e decidindo os conflitos entre usuários/concessionários e concedentes, dentro de marcos regulatórios estabelecidos pelo Estado e fiscalizados por agências reguladoras com autonomia financeira e de gestão da fiscalização dos serviços concedidos.

Resolveu-se tratar do tema "concessão" em diploma legal distinto (art. 124 da Lei nº 8.987, de 13.02.95), a fim de aprimorar o processo de privatização das obras e serviços públicos, prevendo-se, até mesmo, a disputa do contrato ou termo de permissão entre as empresas estatais e as empresas privadas, como forma, também, de zelar pelo aprimoramento e eficiência das primeiras e redução dos gastos públicos.⁵ É através da concessão, que exige investimento comprovado do concessionário, que serão evitados escândalos de superfaturamentos, comissões por obras, partilhas de mercado e demais práticas imorais e abusivas do poder econômico freqüentemente vistas.

Dúvida poderia resultar na aplicação dessa nova lei isolada que particulariza um determinado tipo de contrato, disposto sobre a forma de prestação dos serviços públicos. O inciso XXI do art. 37 (Constituição Federal) não mencionou as "concessões" expressamente em seu texto, mas o art. 2º da Lei 8.666/93 as sujeitou também às normas gerais, como contratos que são (CF, art. 22, XXVII). A idéia da legislação específica para as concessões envolve o objetivo de traçar linhas características para as concessões de obras e serviços estaduais e municipais, que observarão suas leis supletivas, quanto aos serviços de sua competência.

A concessão se identifica, portanto, por ser um contrato administrativo que contém uma delegação Estatal, atendendo a razões devidamente justificadas de oportunidade e conveniência, feita a concessionário, que, comprovadamente capacitado para desempenhar tal serviço, o executará sob as condições legais, regulamentares e contratuais. O serviço continua sendo público, apesar da transferência da execução; daí porque é facultado ao Poder Concedente retomar serviço se se verificarem as hipóteses que ensejem a extinção do contrato, sempre e indiscutivelmente para atingir o interesse público. Se a devolução do serviço acontecer dentro do curso da concessão sem culpa do concessionário, será ele indenizado.

2.2 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

A Constituição de 1988, no seu art. 175, determinou incumbir ao Poder Público, na **forma da lei**, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Estabeleceu, no seu parágrafo único, que tal legislação disporia sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; e ainda sobre os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação de manter o serviço adequado.

Até o advento da legislação específica sobre a matéria, as concessões se submetiam ao disposto na Lei de Licitações - Lei nº 8.666/93.

Sobreveio, contudo, a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal. Posteriormente, ainda quanto ao tema, novo diploma legal foi editado: a Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, que estabeleceu normas para outorga e prorrogação das concessões e permissões de serviços públicos, e, por fim, a Medida Provisória nº 1.531, de 02.12.96, acrescentando a possibilidade de julgamento técnico das concessões.

No que se refere, então, ao elenco de legislação aplicável ao instituto da concessão de serviço público, o art. 1º da Lei nº 8.987/95 define, desde logo, a vinculação do instituto ao art. 175 da Constituição Federal, à própria lei, às normas legais pertinentes e às cláusulas dos contratos concessionais. Frise-se que o art. 14 da mesma Lei nº 8.987/95, referindo-se à licitação nas concessões, estabelece que será respeitada a legislação própria sobre o tema, ou seja, a Lei nº 8.666/93. Neste sentido, as normas constantes da Lei nº 8.666/93 deverão ser aplicadas, desde que compatíveis com a legislação específica - Lei nº 8.987/95.

No Estado do Rio de Janeiro, deve ser observada, em tudo que compatível com as normas gerais federais, a Lei nº 1.481, de 24 de junho de 1989.

2.3 PODER CONCEDENTE

Diogo de Figueiredo Moreira Neto,⁶ dissertando sobre a repartição de "poder" na Constituição de 1988, esclarece o que se deve entender por Poderes Orgânicos e Poderes Funcionais:

"A palavra 'poder', na organização do Estado, tem, contudo, duas acepções: um sentido **orgânico**, entendido como uma repartição do Poder Estatal, e um sentido **funcional**, que vem a ser a maneira de exercê-lo."(...)

"Não há nenhuma correspondência rígida entre os Poderes Orgânicos e os Poderes Funcionais de mesma raiz etimológica. A distribuição destes entre aqueles obedecerá apenas a critérios político-constitucionais, de alta organização do Estado."

"O Poderes Orgânicos se dividem em **órgãos**, que são indivíduos ou corpos capazes de executar funções determinadas".

"Os Poderes Funcionais desdobram-se em **funções**, que são atribuições ou conjunto de atribuições cometidas para prática de certos atos."

"Assim, esquematicamente, o **Poder Orgânico** pressupõe **órgãos** dotados de **poder funcional** para desempenhar **funções**, que se manifestam pela prática de atos."

Este raciocínio amolda-se, conforme será visto, com a repartição espacial de competências estabelecidas entre as pessoas jurídicas de direito público interno. Sendo que, agora, presente também a preocupação de se observarem, em cada esfera de governo, a noção de exclusividade ou de privação com que se acometem os poderes orgânicos e os poderes funcionais entre si.

Desse modo, pode-se dizer que a divisão de competências entre as pessoas jurídicas de direito público interno atende, **ex vi legis**, a solução de se enumerarem a competência da União e dos Municípios expressamente deixando a remanescente para os Estados-membros.

Foi justamente com este intuito que, ao redigir a norma do art. 25, § 1º, da vigente Constituição da República Federativa do Brasil, o legislador constituinte de 1988 estabeleceu as linhas gerais em que a competência reservada aos Estados poderia ser exercida, fixando, assim, o seu campo de atuação nas competências que não fossem explicitadas expressamente pela Constituição à União e aos Municípios.

Manifestando-se acerca deste dispositivo, a doutrina, muitas vezes, tem demonstrado certa vacilação em precisar quais seriam os limites rigorosos dessa competência remanescente dos Estados-membros, reconhecendo, mesmo, que, em termos reais, seria "das mais reduzidas, seja em extensão, seja em importância."⁷ Desta maneira, numa primeira aproximação do preceito constitucional em comento, passou-se a considerar que estariam excluídas do âmbito da compe-

tência dos Estados todas aquelas matérias atribuídas de modo restritivo à competência da União e dos Municípios.

Embora não discrepando inteiramente desse entendimento, é de se considerar, contudo, que algumas questões reclamam orientação que não se ajusta, integralmente, à formulação genérica lançada acima. Mormente no que concerne à necessidade de se definir o que seja o princípio da predominância do interesse,⁸ porquanto diretiva geral "que norteia a repartição de competências entre as entidades componentes do Estado federal."⁹

Todavia, se considerado que, em algumas situações, a divisão espacial descentralizada da prestação destes serviços, afetos que se encontram, por disposição expressa, às municipalidades, poderia causar inconvenientes insuperáveis pelos Municípios, isoladamente, ainda mais, se contemplados os Estados-membros, em que se concentram grandes densidades populacionais, gerando uma interpenetração econômica entre Municípios limítrofes, chegar-se-ia, inelutavelmente, à conclusão de que, ao invés de prestar, adequadamente, tais serviços, reputados essenciais pelo constituinte, ter-se-ia, isto sim, estabelecido um verdadeiro e completo caos na sua exploração.¹⁰

Atento a este fato, o legislador constituinte inseriu no corpo do art. 25, em seu § 3º, a previsão da criação, pelos Estados-membros, de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, com o que deixou ao arbítrio da norma estadual, segundo sua conveniência, a faculdade de partilhar, também, diretamente, da competência concernente à organização, ao planejamento e à execução de funções públicas de interesse comum, portanto, na prestação dos serviços de transporte coletivo. E, certamente, não há que se olvidar, por maiores motivos, que tais serviços reputados essenciais, não o sejam também de interesse comum desses mega-agrupamentos municipais densamente povoados.

Esta, aliás, foi a tendência acolhida pelo legislador constituinte do Estado do Rio de Janeiro, que assim se manifestou no art. 75 da Constituição do Estado:

"Art. 75 - O Estado poderá criar, mediante lei complementar, regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas, constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas e serviços de interesse comum.

§ 1º - Os Municípios que integrem agrupamentos não perdem a autonomia política, financeira e administrativa.

§ 2º - As regiões metropolitanas, as microrregiões e as aglomerações urbanas disporão de um órgão executivo e de um

Conselho Deliberativo compostos na forma da lei complementar que incluirá representantes dos Poderes Executivo e Legislativo, de entidades comunitárias e da sociedade civil.

§ 3º - O Estado e os Municípios estabelecerão mecanismos de cooperação de recursos para assegurar a realização das funções públicas e serviços de interesse comum das regiões, microrregiões e aglomerações urbanas.

§ 4º - Os Municípios que suportarem os maiores ônus decorrentes de funções públicas de interesse comum terão direito à compensação financeira a ser definida em lei complementar."

E, mais adiante, quanto aos serviços de transporte coletivo, estabelecendo:

"Art. 242 - Compete ao Estado organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, **os serviços públicos de interesse estadual, metropolitano** ou microrregional, **incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.**

§ 1º - Compete ao Estado legislar sobre o sistema de transporte intermunicipal, bem como sobre os demais modos de transportes de sua competência estabelecidos em lei.

§ 2º - O transporte coletivo de passageiros é um serviço público essencial sendo atribuição do Poder Público o seu planejamento e a sua operação direta ou mediante regime de concessão ou permissão.

§ 3º - O planejamento e as condições de operação dos serviços de transporte de passageiros, com itinerários intermunicipais, são atribuição do Estado, na forma da lei.

§ 4º - Serão estabelecidos em lei os critérios de fixação de tarifas dos serviços públicos de transportes.

§ 5º - Os veículos de transportes rodoviários de passageiros, fabricados para esse fim específico, devem respeitar o livre acesso e circulação dos idosos e de portadores de deficiência.

§ 6º - A adaptação dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes, a fim de garantir acesso adequado aos idosos e portadores de deficiência, será regulada por lei.

No âmbito da legislação infraconstitucional do Estado do Rio de Janeiro, a questão recebeu o seguinte desate através da Lei Complementar nº 64, de 21 de setembro de 1990:

"Art. 2º - Consideram-se do interesse comum as funções públicas e os serviços que atendam a mais de um município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo **dependentes, concorrentes ou confluentes** de funções públicas e serviços supramunicipais, **notadamente:**

.....
III - **transporte coletivo, de âmbito metropolitano**, incluindo a concessão, permissão ou autorização e a programação de rede viária, do tráfego e dos terminais de passageiros e carga."

Ora, nem se aduza, por fim, que as regiões metropolitanas sequer compõem a federação brasileira para, assim, recusar logicidade ao raciocínio formulado. Na verdade, o que o legislador fez foi, justamente, estender aos Estados a competência para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.¹¹ Até porque quem editará a Lei Complementar instituindo tais regiões serão eles próprios.¹²

2.4 DIFERENÇA ENTRE CONCESSÃO, PERMISSÃO E AUTORIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.

O conceito de concessão foi construído muito mais em razão da doutrina do que de leis escritas. Desta forma, ficava difícil, principalmente quanto à prestação de serviços públicos, estabelecer um limite entre as expressões **concessão e permissão**. Aliás, no que se refere à terminologia no direito administrativo, assim se pronuncia MARCEL WALINE:¹³

"A maior fraqueza do direito administrativo é a incerteza de sua terminologia. Sem insistir nas confusões que resultam dos múltiplos significados de um termo tão vago como o de concessão ou mesmo o de requisição, basta lembrar a expressão **serviço público**, que hoje é quase destituída de significação precisa."

Essa discussão terminológica, após longos debates, encontra-se já parcialmente superada, concordando a doutrina que concessão surgiria com um **contrato administrativo**, através do qual o Poder Público transferia a um particular a execução de um serviço público, e este executaria o serviço por sua conta e risco, sendo-lhe assegurada a remuneração por tarifa; e que a permissão seria um **ato administrativo** através do qual a Administração Pública investiria o particular na execução também de um serviço público, para que este agisse em seu próprio nome e por sua conta e risco, também remunerado por uma tarifa.

Note-se, portanto, que a diferença era perceptível, pois admitia-se que a concessão decorria de um acordo de vontades instrumentalizado num contrato administrativo, em que o particular-concessionário teria um maior resguardo para a busca do capital investido e dos instrumentos que foram alocados, enquanto que na permissão, constituída mediante ato unilateral, com a característica de precariedade, o particular-permissionário não teria as garantias de um contrato, podendo a Administração revogar seu ato unilateral a qualquer momento. Neste passo, a permissão deveria ser utilizada em hipóteses em que não houvesse grandes investimentos de capital por parte do particular.

O problema surgiu quando a Constituição Federal de 1988 exigiu para concessões e permissões de serviço público o procedimento licitatório - art. 175 - que antecede a celebração dos contratos administrativos. Tudo indicava que a permissão de serviço público teria ficado "contratualizada", e o seu caráter discricionário teria sido afetado, o que desfiguraria tal instituto, em comparação com a concessão.

Ainda assim, sustentava BENEDICTO PEREIRA PORTO NETO¹⁴ que não teria havido alteração:

De toda sorte como o que interessa é a "vontade" da norma e não a de quem a produziu, tomando o art. 175 da Constituição, constata-se que ele admitiu duas formas de prestação indireta dos serviços públicos: por concessão e por permissão.

Se se negar o caráter unilateral e precário da permissão, estar-se-á eliminando o discrimen que aparta os dois institutos. **Quer-se dizer: concessão e permissão seriam uma e a mesma coisa.**

Mas a Constituição prevê expressamente dois institutos e não um. Por imperativo lógico-interpretativo, deve-se concluir que há diferença entre eles.

Tal não ocorrerá, se se retirar o caráter precário da permissão, quando estaria condenada à distinção estabelecida pela Carta do País.

A Constituição da República, ao adotar a expressão "permissão", acolheu a categoria jurídica por ela representada, com o plexo de princípios e normas que lhe dão identidade.

O uso da palavra "contrato" no mesmo dispositivo deve ser atribuído a imperfeições técnicas do constituinte.

A ambígua situação não melhorou com a edição da Lei nº 8.987/95, que fixou definições para os dois institutos. Neste sentido, o art.

2º, inciso II, da Lei nº 8.987/95 considera concessão de serviço público "a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado"; e o inciso IV atribui como permissão de serviço público a "delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco". O art. 40 do mesmo diploma legal, por sua vez, estabeleceu que as permissões seriam formalizadas mediante "contrato de adesão", embora mantendo a precariedade inerente às permissões tais como definidas na doutrina tradicional.

Novamente, parte da doutrina passou a sustentar que a permissão não nasceria mais de simples ato unilateral do Poder Público, e sim de contrato, como a própria Lei estabelecia. Este, inclusive, é o posicionamento de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO,¹⁵ que ressaltou que, tendo a Constituição e a Lei nº 8.987/95 tratado a permissão como contrato, incompatível, portanto, com a precariedade que lhe é inerente, estaria tal instituto fadado à extinção. JOSE AUGUSTO DELGADO,¹⁶ ressaltou que a permissão teria assumido um caráter contratual em face dos abusos que foram cometidos pelo Poder Público no trato de sua precariedade. Na prática, sustenta-se que a permissão só foi mantida na lei, mesmo equiparada à concessão, como uma forma de não permitir que tal instituto fosse usado sem licitação. Se o legislador fosse omissivo a respeito da permissão, poder-se-ia alegar que tal delegação não necessitaria de licitação.

Entretanto, tais posicionamentos não devem prevalecer. Primeiramente, como adverte CARLOS MAXIMILIANO.¹⁷

"Não se presumem, na lei, palavras inúteis.

As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis".

Desta forma, cabe ao intérprete buscar o traço distintivo entre os institutos, pois não se pode presumir que o legislador tenha feito uso de expressões despidas de eficácia. Trata-se, portanto, de princípio da hermenêutica tal atuação.

Partindo-se do princípio de que são pelo menos quatro os planos que comportam a análise do ato jurídico, quais sejam a existência, a validade, a eficácia e a exequibilidade, pode-se dizer que na concessão a participação do particular ocorre na feitura, ou seja, na fase de criação do ato, no plano da existência (já que a validade é a compatibilidade do ato com a legislação vigente). Como exemplo,

deve-se recorrer às chamadas "cláusulas contratuais", que são aquelas em que são resguardados os interesses financeiros do concessionário, tendo em vista assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato; nestas, a natureza contratual da concessão se coloca de forma inequívoca, e a sua **existência** e obrigatoriedade só decorrerá com a manifestação de vontade do concessionário (não se cogita, aqui, das demais cláusulas, denominadas doutrinariamente de "cláusulas de serviço", onde cabe ao Poder Público dispor sobre a forma de prestação do serviço que mais convém ao interesse público).

Por outro lado, na permissão, o ato, sendo unilateral, já estará pronto nos planos da existência e de validade, ao contrário da concessão, bastando apenas ao particular permissionário **aderir** - como quer a nova Lei - para que seja conferida eficácia ao termo. Note-se, aqui, que não interessa se a legislação aplicou o vocábulo "contrato" para designar a permissão. Mantidas as suas características, a forma pela qual venha exteriorizado o ato não confronta com o seu conteúdo, unilateral e precário. Frise-se, ainda, que não há qualquer novidade na forma sob "contrato de adesão", pois mesmo os antigos termos de permissão eram oferecidos já prontos ao particular para possível adesão.

Por fim, valem os argumentos sustentados quando a discussão envolvia apenas o texto constitucional, devendo aduzir-se que, como alega LUIZ ALBERTO BLANCHET:¹⁸

"...se a intenção do legislador constituinte fosse a de extinguir a permissão, tornando-a idêntica à concessão, não teria feito uso dos dois vocábulos concessão e permissão".

Em síntese, as diferenças são divididas em duas correntes doutrinárias:

Corrente majoritária - afirma, consubstanciada nas diferenças assentadas em posicionamento pacífico da doutrina, que **concessão de serviço público** tem caráter contratual, advindo daí as demais características desta modalidade de delegação de serviço público, que: a) é ato administrativo bilateral, formalizado através de contrato administrativo, que se consubstancia num acordo de vontades (comutativo) entre a Administração concedente e o particular concessionário, firmado com vistas à consecução de um interesse público da Administração; b) revestindo-se, ainda, dos poderes vinculado e discricionário na sua celebração e cumprimento (cláusulas de serviço e cláusulas econômicas); c) onerosidade; d) estabilidade contratual; e) vinculação **intuito personae**. Ao passo que **permissão de serviço público** é o ato administrativo unilateral, discricionário e precário da Administração concedente que emite uma declaração unilateral de vontade visando à realização de negócio jurídico público (remunerado ou não)

no interesse do particular, desde que não se contrarie o interesse público. A permissão é reservada a serviços que não exijam prévia obra pública e pode ser delegada a pessoa física.

Principais adeptos: Hely Lopes Meirelles, José Cretella Júnior, Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, Elcias Ferreira da Costa, Carlos Pinto Coelho Motta.

Corrente minoritária - afirma, consubstanciada na interpretação do dispositivo em comento, que tanto **concessão** quanto **permissão de serviço público** passam a ser modalidades de contrato administrativo tendo por característica essencial a consensualidade do ajuste). Principais adeptos: Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Raul Armando Mendes.

É claro que a idéia de "precariedade" que distingue a permissão não se afina com o caráter contratual que se atribui ao instituto e, portanto, exigindo um prazo; nem se diga que o prazo pode ser afetado pela denúncia unilateral do poder permitente, visto ser faculdade inerente a qualquer contrato administrativo. Ao que parece, a distinção, aí, está no fato de que, em caso de encampação, nas concessões a indenização é prévia, ao passo que nas permissões, se for o caso, far-se-á após a comprovação do prejuízo.

O fato de o art. 175 da Lei Maior só ter se referido à concessão e à permissão de serviço público como técnicas de descentralização dessa atividade estatal não implica dizer que a autorização do serviço público não é mais admitida; ao revés, é ela mencionada no art. 21, XI, CF. Também a Lei nº 9.074/95, em seus arts. 4º, 6º e 7º, menciona a autorização de serviços de energia elétrica (apenas para citar a legislação posterior à Constituição). Embora só mencionada na competência administrativa federal, nada impede que as Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais disponham sobre sua utilização, observados os princípios que regem a Administração Pública.

Como a Lei Maior só exige licitação para as concessões e permissões de serviços públicos, é forçoso concluir que, à luz dos princípios contidos no seu art. 37, a Administração só pode se utilizar da autorização quando não houver predominância do interesse público sobre o particular; é que a definição de autorização envolve a prática de ato administrativo discricionário e precário em que predomina o interesse particular, o qual é objeto de consentimento da Administração; em outras palavras, algumas matérias definidas como serviços públicos têm interesse localizado e restrito a um determinado particular - como, por exemplo, o aproveitamento de um pequeno potencial hidráulico - mas, ainda assim, a Administração deve apreciar se não há extensão da repercussão desse interesse sobre os demais administrados, chancelando a pretensão do particular sob a forma de autori-

zação. Em síntese, a Administração limita-se a consentir ante uma provocação do administrado, valendo exemplificar com as hipóteses do art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.074/95.

É pois, fundamental, definir a predominância do interesse privado sobre o público para outorgar-se a autorização; do contrário dar-se-á burla ao princípio licitatório.

2.5 FORMA DE REMUNERAÇÃO

Em geral, a concessão de serviço público é remunerada pelos usuários do serviço, através de tarifas, que, de acordo com o art. 9º da Lei nº 8.987/95, serão fixadas pelos preços das propostas vencedoras das licitações que forem realizadas, devendo ser preservadas as regras de revisão previstas na lei, no edital e no contrato. A doutrina sempre se valeu do fato de que a tarifa seria o instrumento adequado para recompor a justa remuneração do capital investido pelo concessionário. Ao mesmo tempo, era unânime o entendimento de que a oferta que reduzisse em maior valor o custo esperado para o serviço deveria ser considerada a vencedora, já que, sem dúvida, é a que atenderia melhor o interesse público.

A tarifa deve, então, refletir o capital investido, o custo operacional, os investimentos em pesquisa e desenvolvimento tecnológico e o lucro do concessionário.

Isso poderia torná-la demasiadamente elevada. Daí porque, neste passo, muito bem andou a redação da Lei nº 8.987/95, em seu art. 11, estabelecendo que

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

Ora, ao prever a receita alternativa como forma de remuneração do particular, abriu-se a oportunidade de o Poder Público, ao conceder determinado serviço público, e uma vez registrado o procedimento no edital de licitação, complementar ou substituir a tarifa por outro meio de remuneração em favor do concessionário.

Neste sentido, poderá o concedente adotar fórmula diversa da tarifa para remunerar o concessionário - mesmo o pagamento pelo Poder Público aos serviços prestados, ou a concessão de direito real de uso - lógico que sempre tendo em vista o interesse público e o

Princípio da Moralidade. Este também é o entendimento dos tribunais, conforme decisão do TJSP:

"Administração Pública - Subvenção - Concessão - Suspensão - Discricionariedade

A subvenção constitui uma contribuição pecuniária que o Estado pode conceder a instituições particulares que realizem serviços de interesse público. Cuida-se de auxílio ou ajuda que a Administração Pública oferece a certas entidades que executam serviços que podem servir a toda a comunidade. Em se tratando, porém, de auxílio simplesmente autorizado por lei ao Poder Executivo, goza este do poder discricionário de concedê-lo ou não. Cabe a este verificar a oportunidade e conveniência de conceder o auxílio, atendendo a critérios políticos e sociais locais. Assim, pode o Estado, baseando-se na discricionariedade da concessão, suspender ou não o auxílio." TJSP Ac. unân. da 17ª Câm. Civ. julg. em 29.11.94 Ap. 243.816-2/4 - Moji das Cruzes - Rel. Des. Vicente Miranda.

Adverta-se, no entanto, que o procedimento de subvencionar a tarifa com a atribuição de direito real de uso é limitado, pois, ao substituir a tarifa por outro meio mais interessante, a Administração concedente só poderá remunerar o concessionário enquanto durar a prestação do serviço. Os Tribunais têm, reiteradamente, admitido que o concessionário apenas usa e goza da coisa enquanto durar o prazo da exploração concedida. Aliás, em regra, o concessionário somente é proprietário das instalações e materiais próprios da concessão, e não dos bens de domínio público que utilizou no serviço.

Além das subvenções, concessões de uso de bens públicos, obras públicas paralelas, cabe citar, ainda, como exemplos de fontes complementares ou alternativas, os serviços acessórios, como postos de gasolina, restaurantes e painéis publicitários em estradas.

O fato é que a menor tarifa é um dos fatores para o julgamento da licitação ao lado do maior valor pago pela concessão, admitida, ainda, a combinação entre esses dois fatores. Em matéria de serviço público, a lei estabeleceu critério específico de julgamento, não cabendo, nesse ponto, utilizar os critérios da Lei de Licitações (menor preço, melhor técnica ou técnica e preço). Cumpre, no entanto, não confundir que determinadas atividades pressupõem a concessão de uso de bens públicos, como nos casos de produção de energia elétrica e de petróleo; nestes casos não se licita uma concessão de serviço e sim de uso de bem público, devendo ser julgada a licitação pela Lei de Licitações.

2.6 ASPECTOS FINANCEIROS E TÉCNICOS

A realização de serviços públicos sob a modalidade de concessão envolve a transferência para o particular de todos os custos e riscos do investimento; a regra é que o particular se remunere através da cobrança de tarifas junto aos usuários do serviço, admitidas "outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados" (art. 11 da Lei nº 8.987/95).

Ocorre, no entanto, que o retorno do investimento é lento - daí o longo prazo das concessões, não sendo, contudo, suficiente para viabilizar o início da operacionalização do serviço, quando são executadas as obras e serviços de prestação e as tarifas não são cobradas.

Cabe, pois, ao concessionário, como um de seus encargos, "captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço" (art. 31, VIII); para tanto deverá buscar a parceria com uma instituição financeira, através da constituição de um consórcio (art. 19), ou dela obter os recursos para o financiamento do projeto.

Ao Poder Concedente cabe explicitar, no edital, todos os encargos envolvidos na concessão (art. 18, e, em especial, incisos I, II, VII, XI, XII e XV), bem como os critérios de aferição da idoneidade financeira dos licitantes e do julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta (art. 18, V e IX).

Como o Poder Concedente deve recusar "propostas manifestamente inexecutáveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação", a interveniência da instituição financeira pode se dar, também através de consultoria (**advisor**)¹⁹ ou fornecendo atestado de viabilidade da proposta (que, para os fins do art. 15º, § 2º, pode ser exigido no edital).

Para obtenção dos financiamentos, a lei faculta aos concessionários dar em garantia os direitos emergentes da concessão até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço. Nesse passo, a própria receita de tarifas poderia ser dada como garantia ou forma de pagamento (ex.: exploração temporária dos pedágios e/ou bilheterias) aos agentes ou dos títulos eventualmente colocados no mercado (ex.: debêntures de infra-estrutura). Isto decorre do fato de que rara será a oportunidade em que o credor se interessará pelo patrimônio do concessionário - sendo mais frequente o interesse pelo serviço produzido (ex.: energia). Os financiadores também costumam não se interessar pelo recebimento dos cofres públicos, dada a elevada lentidão e custo burocrático do processo.

O que ocorre é que nem sempre o valor das tarifas é suficiente para garantir o equilíbrio financeiro do projeto (razão da existência de

fontes alternativas) ou a segurança do investidor, que acaba por exigir garantias complementares, tais como seguros ou o refinanciamento da dívida por instituições oficiais.²⁰

Para a utilização bem sucedida do instituto da concessão, há que existir perfeita sintonia entre o interesse do usuário, da Administração e do empresário; não basta a vontade política do Governo em conceder um serviço; é preciso que ele seja atrativo à iniciativa privada, o que envolve uma rigorosa análise da viabilidade técnica e econômica do empreendimento e dos riscos nele envolvidos. Sem um projeto bem definido não há como se obter os financiamentos indispensáveis para o atendimento das obrigações previstas para as concessões.

Com vistas a essa harmonia entre o público e o privado, as entidades governamentais têm se associado a entidades representativas de classes, criando agências de desenvolvimento que se encarregam de elaborar projetos que conciliem o interesse público com os aspectos técnicos e econômicos que tornem atrativo o projeto;²¹ o custo dos estudos e projetos pode, posteriormente, ser ressarcido pelo vencedor da licitação, conforme autoriza o art. 21 da Lei nº 8.987/95.

Para os investidores, fundamental é que se apresente um projeto rentável dentro de um cenário transparente e estável, onde todas as variáveis sejam razoavelmente conhecidas.

Nesse contexto, a FIRJAN - Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro²² - elencou algumas situações que, comumente, preocupam os investidores na hora de aprovarem um **project finance**, a saber:

- **risco cambial** - como o BNDES é a única entidade de financiamento a longo prazo, os empresários são forçados a buscar financiamentos externos, deparando-se, sempre, com as preocupações dos agentes financeiros quanto à quebra de paridade entre a moeda nacional e a estrangeira e o risco político de se embargar a remessa ao exterior. Isto seria solucionável autorizando-se o Banco Central a adotar caução no exterior permitindo cobertura de parte da dívida; outra alternativa seria a celebração de acordo com institutos de fomento, com vistas a algum tipo de **Stand By Credit Facility**.

- **risco político** - de mudança das leis e dos governos, que possam atingir os contratos, em regra, de longo prazo, inclusive com encampação dos serviços sem regras claras quanto à indenização (que deve prever o repasse de todos os encargos do financiamento ao novo explorador do serviço); isso pode ser evitado se houver participação de organismos internacionais de fomento (BIRD, BID).

- **risco de perda do valor da tarifa** - pela ausência de regras claras de reajuste e revisão.

- **risco de valorização especulativa de imóveis desapropriados** - tendo em vista os melhoramentos na região; o problema pode ser contornado fixando-se um teto para a responsabilidade do concessionário, acima do qual a responsabilidade caberia ao concedente.

São, sem dúvida, fatores que ora afastam o financiamento, ora encarecem o seu custo, devendo o Poder Concedente orientar sua conduta de modo a tornar seguros e atrativos seus projetos, o que é objeto de uma **modelagem**.

A **modelagem** das concessões (bem como das privatizações), em regra é objeto de um contrato de consultoria, previamente licitado, no qual têm participado profissionais das áreas econômica, contábil, jurídica e do ramo técnico envolvido.

É o momento em que se concebe todo o processo de concessão, desde os requisitos de pré-qualificação e habilitação, como os critérios de julgamento da licitação e o respectivo cronograma, até as formas de remuneração do concedente e concessionário, que devem ser compatíveis com os investimentos e técnicas exigidas.

Detalhes como a divulgação, **road show**, **data room**, visitação de locais ligados à concessão e o próprio momento da licitação são partes igualmente importantes no laudo (devendo constar das especificações técnicas do serviço), cuja primeira premissa deve envolver a análise do cabimento da concessão, privatização ou liquidação da empresa ou serviço.

Tópico importante - e polêmico - na montagem ou análise do projeto de concessão é a riqueza de detalhes; de um lado, sustenta-se que o projeto básico deve seguir os rigores da Lei de Licitações, já que ali seria definido o ponto ótimo do serviço concedido; de outro, ao revés, sustenta-se que o projeto do concedente deve limitar-se à caracterização da obra, deixando para os licitantes a oferta de tecnologias alternativas de competição (conforme se depreenderia do art. 18, XV, da Lei nº 8.987/95); só o exame do caso concreto pode justificar cada modelagem.

Com o advento da Medida Provisória nº 1.531, de 02.12.96, restou ampliado o art. 15 da Lei nº 8.987/95 para incluir outros critérios de julgamento das licitações para concessão de serviços públicos, admitindo a utilização de critérios técnicos, além da menor tarifa ou do maior valor pago pela concessão. São acrescentados como critérios:

- Melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;
- Melhor proposta em razão da combinação de proposta técnica e de oferta de pagamento pela outorga; ou
- Melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

Tais aspectos viabilizam à Administração Pública a competição do projeto técnico para a concessão, com o que é possível fazer a licitação dando aos interessados a liberdade de apresentarem as propostas que julgarem mais convenientes sob a ótica da viabilidade econômica, técnica e financeira, ao invés de ficarem limitados ao projeto do concedente, nem sempre elegível ao **project-finance**.

A opção não é pacífica. MARÇAL JUSTEN FILHO (em exposição no "I Ciclo Nacional de Conferências e Debates sobre Temas de Administração Pública", promovido pela Zênite Informação e Consultoria Ltda., em Foz do Iguaçu, de 13 a 18 de agosto de 1996) entende que a Administração só deve licitar se tiver um projeto ótimo sobre a melhor forma de prestação do serviço por ela definida.

Ocorre, porém, que, do ponto de vista prático, só haverá concessão se houver interessados no serviço, o que, num regime de livre iniciativa, exige que a atividade seja atraente do ponto de vista da lucratividade. De nada adianta a Administração licitar um projeto ideal que não seja atrativo. Afinal, concessão é instrumento de parceria. Daí o acerto da inovação, que terá parâmetros no edital para apresentação das propostas técnicas.

A própria Lei nº 8.666/93, na conjugação do art. 124 com o art. 30, § 8º, ou com o art. 114, já admitia o exame da metodologia de execução e qualificação técnica de interessados, o que ensejava a possibilidade de serem livremente formulados projetos para a execução do serviço público, que passariam pelo crivo do poder concedente. A norma vem abonar tal prática.

A contratação de consultores enquadra-se como serviço técnico especializado, nos termos do art. 13 da Lei nº 8.666/93, sendo, a princípio, licitada sob o tipo técnica e preço; no caso de contratação de consultores financiada pelo BIRD, o tipo é de melhor técnica.

As observações sobre a viabilidade das concessões valem, também, para os demais tipos (concessão de uso, de direito real de uso e de obra pública).

2.7 - PRAZO E EXTINÇÃO DA CONCESSÃO

Segundo MARCELO CAETANO,²³ *in verbis*

“O termo da concessão implica a extinção das relações estabelecidas entre o concedente e o concessionário. O serviço público reverterá para a Administração, que o explorará diretamente, se não preferir abrir concurso para o adjudicar a novo concessionário...”

O prazo é característico da concessão, e não da permissão.

Oportuna é a ponderação feita por MARÇAL JUSTEN FILHO,²⁴ no que se refere à aplicação das limitações de duração dos contratos de que trata o art. 57 da Lei nº 8.666/93. Reitera o autor que tais limitações não se aplicam aos contratos de concessão. Vale recolher aqui esta opinião:

“Essas contratações (como também as concessões de bens públicos) não envolvem problemas orçamentários, pois não acarretam dever de a Administração realizar desembolso de recursos. Logo, a contratação de longo prazo não importa comprometimento de despesa futura. Ademais, os contratos de concessão e permissão usualmente exigem prazo mais dilatado para permitir a amortização dos investimentos etc. Tem-se de entender que concessão e permissão não se subordinam ao disposto no art. 57, porquanto não haverá, quanto a elas, um respectivo critério orçamentário;

Por outro lado, o art. 35 da Lei nº 8.987/95 enumera as outras hipóteses de extinção da delegação por concessão. São elas a encampação (que, devendo ser motivada mediante lei específica e interesse público, gera direito de indenização ao concessionário); a caducidade (que ocorre quando há inexecução parcial ou total do contrato por parte da concessionária); a rescisão (mediante a iniciativa do concessionário ao Poder Judiciário para reclamar o não cumprimento contratual por parte do Poder Público); a anulação (extinção motivada por ilegalidade cometida pelo outorgante durante o contrato ou mesmo na licitação; esta poderá se dar por iniciativa do próprio Poder Público ou recorrendo-se ao Judiciário - neste caso poderá ingressar com tal pedido qualquer interessado); e, por fim, extingue-se o contrato de concessão pelo desaparecimento do concessionário ou permissionário (são as hipóteses de extinção da empresa e falência, por exemplo).

2.8 - DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

O emprego do advérbio “sempre” no art. 175 da CF, antes da menção à licitação para a concessão ou permissão de serviço público

levou à conclusão precipitada de que não caberia, jamais, a dispensa de licitação.

No que se refere à inexigibilidade, não há, todavia, o que se questionar. Sendo impossível a competição, aplica-se o *caput* do art. 25 da Lei nº 8.666/93, que, repita-se, é adotada subsidiariamente aos institutos da concessão e permissão. A hipótese é fática, e a lei simplesmente reconhece a realidade.

Quanto à dispensa - art. 24 da Lei nº 8.666/93 - deve ser ressaltado que não cabe a aplicação dos incisos I e II - dispensa em razão do valor - pelo simples fato de que a modalidade exigida para a concessão é a concorrência, que logicamente não se encaixa em casos de dispensa em razão do valor; e todas as outras hipóteses que se referem a outros contratos, que não a concessão - incisos VII e VIII, e XIV a XX -, além dos incisos X, XII e XIII, que também não se coadunam com o objeto da concessão. Podem ser aplicadas, no entanto, as hipóteses gerais concernentes a todos os contratos, tais como os incisos III, IV, V, e IX.

Existem, ainda, outros casos específicos de dispensa arrolados na própria Lei nº 8.987/95, art. 27, e na Lei nº 9.074/95, razão pela qual não se pode interpretar que este instituto é incompatível com os contratos de concessão de serviço público, em tais casos também deve ser obedecido o art. 26 da Lei nº 8.666/93, que prevê a justificativa da dispensa ou inexigibilidade.

Registre-se, ainda, que a Constituição já reconheceu a concessão decorrente da lei (CF, arts. 21, XI e 25, § 2º, hoje modificados). A chamada “concessão legal” ou outorga (transferência da titularidade do serviço a entidade estatal criada por lei, na forma do art. 37, XIX, CF), também não exige licitação. Trata-se, aqui, da aplicação do princípio da descentralização, inerente à autonomia dos entes da Federação. É claro que o controle posterior há de apurar se foi atendido o princípio da economicidade, criando-se nova entidade na Administração ao invés de contratar o particular.

2.9 - AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA

Quanto à exigência de autorização legislativa para a delegação por concessão, parte da doutrina a entende inafastável, pois se o serviço incumbe ao corpo central, Administração Centralizada, quando se descentraliza o serviço, conferindo-o a um abotoamento ou prolongamento seu, ou a entidade criada para esse fim, deverá fazê-lo por intermédio de lei, nada mais acertado que considerando o Princípio da Legalidade ao transferir o exercício para o particular, que tem menos vínculos com a Administração do que uma entidade da Admi-

nistração indireta, na concessão, deverá delegar também com prévia autorização legislativa. Ademais, sustenta tal corrente doutrinária que se para a encampação há necessidade de lei, na delegação feita do início da concessão também deve haver, já que seria de muito maior importância.

Por outro lado, em que pese os louváveis argumentos apresentados acima, tal posição não poderia prevalecer. A delegação do serviço público mediante concessão configura **ato de gestão**, que, na sistemática constitucional da separação de Poderes, cabe, principiológicamente, ao Poder Executivo. Desta forma, não deve o Poder Legislativo interferir em atribuição de outro Poder, já que, não obstante os controles constitucionais recíprocos, são ambos independentes e autônomos no exercício de suas respectivas funções.

No mesmo sentido, se a previsão, na legislação, de obrigatoriedade de autorização legislativa para as concessões já se configura delicada pelo argumento supra citado, com muito mais razão sê-lo-ia a interferência de uma Lei Federal na administração municipal ou estadual no que concerne à sua forma de administrar. A conclusão que se impõe é que, não se tratando de norma geral, não poderia a Lei Federal descer a minúcias, que interfiram na autonomia municipal ou estadual.

Nesse passo, cumpre ressaltar que a Lei nº 9.074/95, no seu art. 2º, estabelece a vedação para os entes da federação executarem obras e serviços públicos por meio de concessão, sem lei que lhe autorize e fixe os termos. No entanto, este mesmo dispositivo, trazendo hipóteses de exceção a esta regra que frise-se, é descabida - ressalva que a Constituição Federal, a Constituição Estadual e a Lei Orgânica Municipal já poderão trazer tal autorização, que será assim, genérica.

Somente por força dos princípios da presunção de constitucionalidade das leis e da interpretação conforme a Constituição é que se pode suportar a imposição de lei federal que devolve o tema aos legisladores locais para decidirem acerca das concessões.

Ultrapassado esse aspecto, há que se indagar se a autorização legislativa deve ser específica, para cada tipo de concessão, ou se pode ser genérica, autorizando, em tese, qualquer concessão.

Ora, se o objetivo do legislador federal foi devolver ao legislador local o poder decisório, a este cabe a definição.

Assim, atende plenamente ao comando da lei federal o dispositivo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que estabelece que

“Compete ao Estado organizar e prestar diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse estadual, metropolitano ou microrregional, incluído o transporte coletivo, que tem caráter essencial.”

O mesmo se diga de leis de desestatização que incluem as concessões e permissões ao lado da privatização, extinção ou transformação de empresas como uma das modalidades de redução do tamanho do Estado.

2.10 - PRIVATIZAÇÃO X CONCESSÃO

Tem sido polêmica a aplicação da legislação de privatização que estabelece que a alienação das empresas estatais prestadoras de serviço público pressupõe a concessão ou permissão do respectivo serviço; alguns intérpretes têm sustentado que tal expediente violaria o art. 175, CF, posto que permitiria que o adquirente se tornasse concessionário sem uma prévia licitação. Ocorre, porém, que a questão envolve mera transferência de ações e mudança de controle acionário da empresa.

A empresa prestadora de serviço público tem delegação, legal ou contratual, para a exploração da atividade. A alienação do controle acionário não modifica a titularidade da concessão, prosseguindo a delegação pelo prazo que lhe for fixado.

Ao regular o art. 175 da Constituição Federal, a Lei nº 8.987, de 13.03.95, estabeleceu normas gerais sobre concessões e permissões de serviços públicos, admitindo, até mesmo, a transferência do controle societário ou da própria concessão (art. 27). Trata-se de situação estudada por LUIZ ALBERTO BLANCHET,²⁵ aduzindo que:

“A outra situação prevista no mesmo art. 27 (transferência do controle societário do concessionário) naturalmente **não se refere a transferência da concessão, pois a pessoa jurídica da concessionária continua sendo a mesma**, e se não há novo contrato de concessão, não há sequer que se refletir acerca de dispensa.”

Não cabe confundir a pessoa jurídica com seus sócios, posto que incidiria em violação ao art. 20 do Código Civil, que dispõe que

“As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros.”

Não há, pois, nova concessão, já que mantido o concessionário, sob nova composição social, com prévia aquiescência do poder concedente, que teve a iniciativa da lei autorizativa das alienações.

Ainda que a concessionária não fosse a mesma (o que se admite para argumentar) não é demais lembrar que, na forma do art. 14 da Lei nº 8.987/95 c/c arts. 17, II, c e d da Lei nº 8.666/93, a venda de ações é hipótese de licitação dispensada, nos termos das normas gerais elaboradas em consonância com o art. 22, XXVII, da Constituição Federal. Isto porque o leilão em mercado pressupõe semelhantes critérios de publicidade e igualdade, alcançando-se os mesmos objetivos, sem solução de continuidade na prestação do serviço público.

Inexiste, assim, inconstitucionalidade, sendo, ao revés, lesivo ao interesse público sustentar tese em sentido contrário; afinal, alienar a empresa sem a respectiva concessão é retirar-lhe seu maior patrimônio, tornando seu preço ínfimo, ou mesmo inviabilizar sua venda, forçando sua manutenção sob controle do Estado, que com ela dispenderá escassos recursos que poderiam ser destinados a atividades na área de saúde, educação e segurança. A opção, no entanto, é do administrador, que pode decidir alienar as ações de propriedade do Poder Público simultaneamente com a outorga de nova concessão ou com prorrogação daquela em vigor, hipótese em que a licitação será na modalidade de leilão ou concorrência (Lei nº 9.074/95, art. 27, I e II); outra opção é a mera alienação do controle acionário da empresa, podendo adotar a venda no mercado de ações (dispensada a licitação na forma do art. 17, II, a e d da Lei nº 8.666/93), ou até liquidar a empresa, com venda de seus ativos. Ao final, deve ser comprovada a economicidade da operação junto ao controle externo posterior.

O que há é mera operação de compra e venda de ações, no qual o prazo é fixado por contrato, deixando, pois, de ser indeterminado, como nas leis que autorizam a criação de empresas que personalizam serviços públicos.

Ponto que merece esclarecimento refere-se à utilização do art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93 para fundamentar dispensa de licitação para contratação de serviços públicos com empresas estatais. A rigor, a vocação do artigo é para abrigar atividades-meio da Administração (obras, compras e serviços - CF, art. 37, XXI) e não atividades-fim (como são os serviços públicos - CF, art. 175); há que se distinguir os serviços administrativos (intermediários) dos serviços públicos (razão da existência do Estado).

Portanto, se o objetivo é celebrar um contrato de concessão, deve ser firmado com o particular se o objetivo é transferir a atividade à empresa estatal criada para prestar serviço público, o instrumento é

a própria lei que autoriza sua criação (formalizando-se eventuais transferências de recursos via convênios - art. 116 da Lei nº 8.666/93).

Se, por um lado, a Administração não deve invocar o art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93 para fundamentar dispensa de licitação para as concessões, não é menos exato que não está ela proibida de especializar funções e serviços personalizando-os numa empresa por ela criada com autorização da lei. Trata-se de assegurar a observância dos princípios da autonomia na organização administrativa e da descentralização. Importa, nesses atos, preservar a livre iniciativa e a economicidade, evitando-se criar empresas se o setor privado pode ser mais eficiente.

Também não se deve reputar inconstitucional a delegação da lei para que decreto do Chefe do Poder Executivo inclua empresas estatais nos programas de desestatização. Pode o legislador considerar, genericamente, todas as empresas "privatizáveis", deixando ao Executivo o poder discricionário de indentificá-las e definir o momento da privatização. O importante é que haja autorização legal para alienar ou extinguir a empresa (já que tal autorização é exigida para criá-la);²⁶ conseqüentemente, também cabe ao Chefe do Executivo, por força do art. 84, II, CF, a opção por arrendar, temporariamente, a empresa (transferência de gestão) ou transformá-la numa gerenciadora de concessões dos serviços que lhe foram atribuídos por lei.

2.11 - REGULAÇÃO E ARBITRAGEM

Ao estabelecer o serviço adequado com direito do usuário do serviço (arts. 6º e 7º, I), assim considerado aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência (art. 23, III), segurança, atualidade (art. 6º, § 2º), generalidade e cortesia (direitos que já eram princípios da prestação de serviços públicos, segundo a doutrina e pelo Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078/90, art. 6º, X, e 22) - a Lei de Concessões cuidou de viabilizar as pretensões e reclamações do usuário conforme determina o art. 37, § 3º, CF, dispondo que é direito do usuário "receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos" e "levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado" (art. 7º, II e IV).

A grande novidade, porém, ficou na possibilidade de ser estabelecido um "modo amigável de solução das divergências contratuais", abrindo, pois, espaço para a introdução da arbitragem (que fora vedada no Código de Defesa do Consumidor - art. 51, VII). Não resta dúvida que a complexidade e especificidade dos conflitos em jogo nas concessões exigem, em função do princípio da continuidade, uma celeridade incompatível com a obrigatoriedade de recurso ao

Poder Judiciário como única alternativa. Agiliza-se a solução, a custos bem menores, atendendo a consumidores, destinatários do serviço e concessionários, que devem ser incentivados a carrear seus investimentos para as atividades de interesse público.

As inovações não pararam por aí. Evoluindo em relação ao Código de Defesa do Consumidor, que previra as "convenções coletivas de consumo" (art. 107), nas quais são estabelecidas condições relativas a preço, qualidade, quantidade, garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição de conflitos, a Lei de Concessões estabeleceu a fiscalização dos serviços por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários (art. 30, parágrafo único, *in fine*), daí resultando a possibilidade de os envolvidos estabelecerem os padrões de qualidade e custeio de serviço através de normas próprias.

Como se prevê no art. 30, parágrafo único, da Lei nº 8.987/95, além da fiscalização do serviço pelo Poder Público, pode ser instituída outra, por comissão composta de representantes do poder concedente, do concessionário e dos usuários. Uma não exclui a outra; impõe-se a modernização do Direito Administrativo para atender às complexas necessidades da coletividade; só que o usuário só terá serviço prestado a contento se houver investidores dispostos a prestá-lo (já que o modelo estatal de financiamento encontra-se saturado); os investidores, por sua vez, só atuarão com um mínimo de segurança (que compense os riscos de encampação e desapropriação entre outros). Daí se falar na auto-regulação, instituindo uma paratestatalidade da norma e da composição de conflitos envolvendo diretamente os interessados, em igualdade de condições, discutindo aspectos técnicos do serviço, que ficam, pois, em separado de injunções políticas.

O modelo que vem sendo adotado no Brasil é a criação de agências, onde há conselhos compostos por profissionais de notória especialização, com independência perante o Governo (sua nomeação e exoneração, pelo Poder Executivo é submetida à aprovação do Poder Legislativo), com funções de arbitragem e de traçar diretrizes, normas. A essas agências é assegurada autonomia política, financeira e de gestão. A nível federal têm sido criadas agências especializadas (energia, petróleo e telecomunicações são os primeiros exemplos); a nível estadual optou-se por criar órgãos com competência para regular todos os serviços concedidos ou permitidos, inclusive para receber delegações federais ou municipais (na primeira delegação, para proporcionar conforto ao investidor, que ficará mais próximo do órgão regulador, que, por sua vez, conhece melhor a realidade da região: já nas delegações municipais, o objetivo é proporcionar-lhes uma estrutura que, na maioria dos casos, não seria viável criar).

3. CONCESSÃO DE OBRA PÚBLICA

Este contrato administrativo se caracteriza, basicamente, por ser um ajuste no qual o Poder Público transfere a terceiros a execução de uma obra, de modo que o contratado se remunere através de tarifa paga diretamente pelo administrado. A sua essência consiste portanto no fato de que a Administração Pública não necessita recorrer a recursos próprios para executar uma obra utilizando-se de uma parceria com outra pessoa, seja de direito público ou de direito privado, que, por sua vez, visa, além do retorno dos investimentos aportados, a parcela de lucro a ser obtido mediante a exploração da obra durante determinado período.

Não deve prevalecer o entendimento, calcado na Lei nº 8.987/95 de que este contrato não teria vida autônoma, sendo, tão somente, acessório do contrato de prestação de serviço público no qual o real objetivo da Administração seria o serviço público, que dependeria, todavia, da obra pública para ser viabilizado. A princípio, o novo diploma legal das concessões e permissões, ao disciplinar a matéria, qualificou o instituto como sendo concessão de serviço público precedida da execução de obra pública, consoante disposto no art. 2º, inciso III, da referida Lei. A redação conferida ao dispositivo poderia levar à equivocada interpretação de que a concessão de obra pública somente subsistiria, ante a prestação posterior de serviço público, estabelecendo-se, assim, um caráter de acessoriedade para o contrato.

A definição legal, entretanto, consoante a parte final do dispositivo supracitado, determina que "o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado". Deste modo, o legislador ampliou a abrangência do contrato, admitindo que o contratado remunere-se apenas com a exploração da obra, desvinculando-a da prestação de um serviço público. Assim, resta indubitado que o contrato, muito embora a denominação legal não seja a mais adequada, continua a existir dentro do nosso ordenamento jurídico de maneira independente.

Aplicam-se, destarte, as normas que lhe forem compatíveis das Leis nºs 8.987/95 e 8.666/93, com especial diferença no que concerne ao prazo, que não se submete aos limites do art. 57 da Lei nº 8.666/93, e ao preço ao qual não se aplica o art. 55, inciso V, da Lei nº 8.666/93, mas, em contrapartida, o advérbio "sempre" contido no art. 175, CF, não se aplica às concessões de obra, que, nesse passo, submetem-se aos arts. 24, 25 e 26 da Lei nº 8.666/93.

Cabe invocar, a esse respeito, a lição de LUIZ ALBERTO BLANCHET:²⁷

"A Lei nº 8.987/95 não rege apenas as concessões de serviço público, mas também as concessões de obra pública. Diferem, as concessões de obra pública e as de serviço público, não apenas porque as primeiras são precedidas, obviamente, da existência de uma obra (ou de sua execução, como impropriamente consta no texto legal), mas igualmente porque na concessão de obra pública o concessionário poderá explorar economicamente a obra ainda que esta atividade não configure propriamente um serviço público como tal qualificado em lei."

Também, não se deve confundir o contrato de concessão de obra pública com o contrato administrativo de obra. Naquele, como visto, a remuneração do concessionário se dá através da exploração da obra, mediante a cobrança de tarifa ou, ainda, por meio de contribuição de melhoria, de acordo com o entendimento de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO.²⁸ Por seu turno, no contrato de obra, apesar do objeto também ser uma realização material, o Poder Público tem que utilizar seus próprios recursos para remunerar o contratado, que, também, ao cabo da obra, não tem o direito de explorá-la. A execução pode ser direta, quando é feita pelos órgãos e entidades da própria Administração, ou indireta, quando é executada por terceiros, pelos regimes da empreitada integral, por preço global, por preço unitário ou, ainda, pela tarefa, nos termos do art. 6º, incisos VII e VIII, da Lei nº 8.666/93.

Repita-se: a diferença entre os contratos supramencionados é o aporte de recursos; na **concessão de obra pública** não há dispêndio de recursos **públicos** posto que o concessionário se remunerará em razão da exploração da obra, ao passo que no **contrato de obra** os recursos advêm da própria receita orçamentária dos entes públicos. Assinale-se, ainda, que a execução de uma obra é classificada como despesa de investimento, consoante preceitua o art. 12, § 4º, da Lei nº 4.320/64, e, se a execução ultrapassar um exercício financeiro, deve estar, necessariamente incluída no plano plurianual, sob pena de crime de responsabilidade, nos termos do art. 165, § 1º, c/c 85, VI e VII da Constituição Federal, o que submete este contrato às disposições de direito financeiro.

A concessão de obra pública, portanto, existe como uma alternativa para o financiamento de obras e serviços, que atendam aos interesses da coletividade, servindo como um instrumento valioso para os entes públicos, que, normalmente, não dispõem de recursos suficientes para suportar a execução de obras de grande porte, embora necessárias e até inadiáveis para atender aos múltiplos reclamos da sociedade em todos os níveis administrativos (cite-se o exemplo de parques aquáticos, hotéis, teatros, museus, que estimulam a cultura e o turismo mas não são atividades tipicamente estatais).

4. CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO

4.1 - DEFINIÇÃO

A concessão de direito real de uso, segundo definição do Decreto-lei nº 271, de 28.02.67, em seu art. 7º, é direito real sobre coisa alheia, de caráter resolúvel, instituída para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra ou outra utilização de interesse social. Pode ser instituída sobre imóveis públicos ou particulares, de forma gratuita ou remunerada, por tempo certo ou indeterminado (o que, entretanto, não é admitido em se tratando de bem público); ainda que indeterminado o prazo não há perpetuidade da concessão. Esclarece o § 1º do dispositivo que a concessão poderá ser controlada por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo. Não cabe, pois, sua instituição por testamento, já que tem caráter contratual. Deve ser inscrita e cancelada em livro especial, ressalvando-se que a produção de efeitos e fixação de encargos e responsabilidades só ocorrem com a inscrição.

Como direito real que é, transfere-se por ato **inter vivos** ou por sucessão legítima ou testamentária, no que concerne ao domínio útil (não atingindo a sua propriedade). Como leciona CAIO TÁCITO:²⁹

"a concessão de uso é um direito real que não absorve nem extingue o domínio público, constituindo-se em fruição qualificada de interesse social. Oponível a terceiros, guarda perante a administração, proprietária do bem, cujo domínio subsiste íntegro, o vínculo de condição resolutiva de destinação à finalidade pública estipulada, sob pena de perecimento do direito."

Quando a concessão envolve a utilização de um bem público, fica regida pelo direito público, como os demais contratos administrativos, exigindo, pois, a prévia desafetação do bem se ele não estiver situado na esfera dos bens dominicais, de livre utilização do administrador público.

Destarte, se o terreno abrigar jardim ou praça, de uso comum do povo, deve o administrador público buscar a prévia autorização legislativa para retirar a finalidade pública que afeta o bem, após o que poderá celebrar o contrato.

O mesmo não é, em princípio, possível em relação a prédios públicos - bens de uso especial destinados à instalação das repartições administrativas - posto que a concessão só pode ter como objeto um terreno, pressupondo, pois, a ociosidade do imóvel. A razão é simples. O que se almeja com o instituto é a ocupação do bem, atribuindo-lhe uma utilidade em benefício da sociedade. Se o bem já está

ocupado e atendendo a um interesse público, não há fundamento para o contrato. Sustentou GUSTAVO PHILADELPHO AZEVEDO,³⁰ que:

“Os bens disponíveis, inaproveitados, passaram a oferecer possibilidade de exploração econômica pelo particular, com iniludível vantagem para a comunidade, para o erário e para o interesse público.”

Todavia, não é de se rejeitar a possibilidade de, após prévia autorização legislativa, ser demolido um prédio público para dar lugar a um novo empreendimento de maior retorno para a comunidade, sob forma de geração de empregos e investimentos. A hipótese exige, no entanto, rigoroso acompanhamento dos princípios da moralidade e da economicidade.³¹

A finalidade do contrato é, pois, o atendimento de um interesse social dentro do prazo estipulado, resolvendo-se o contrato se essa finalidade não for atendida. Não há, pois, nesse passo, possibilidade de extinção unilateral do contrato por ato discricionário, o que só se admite mediante indenização dos prejuízos comprovados pelo concessionário; no mais, a extinção, como em qualquer pacto, é vinculada à demonstração de descumprimento da obrigação contratada, ainda porque a Administração Pública deve agir com lealdade em face dos administrados.

A concessão de direito real de uso é, hoje, importante instrumento para a reforma agrária e para o desenvolvimento econômico, sendo utilizado, nos acordos-programa, para trazer instrumentos, instalação de fábricas, etc.

4.2 - DISTINÇÕES DOS INSTRUMENTOS AFINS

A concessão de direito real de uso distingue-se da **servidão de uso** e do **usufruto**, porque em tais institutos, apesar de o titular do direito real poder usar e fruir do bem, dele não pode dispor; na enfiteuse existe o direito de dispor do bem, tratando-se de um direito perpétuo, ao passo que a concessão de direito real é provisória; difere, por sua vez, da **locação**, porque esta é direito obrigacional (e não real). No âmbito dos contratos administrativos, distingue-se da **concessão de uso** porque esta, quando remunerada, assemelha-se à locação e, quando gratuita, lembra o comodato (a Administração só celebra tais contratos na condição de locatária ou comodataria, mas na qualidade de proprietária faz concessão). A concessão de uso (simples) é obrigacional, regulada pela Lei nº 8.666/93, enquanto a concessão disciplinada pelo Decreto-lei nº 271/67 tem natureza de direito

real.

A concessão de direito real de uso se distingue da **concessão de obra pública** porque nesta a Administração concedente define a obra de interesse público, especificando com precisão os objetivos a serem atingidos e o valor da tarifa a ser cobrada, como remuneração da obra, enquanto que a concessão de direito real de uso envolve a realização de um empreendimento **privado** de interesse da coletividade.

Também não se confunde com a **concessão de serviço público**, posto que a atividade a ser desempenhada é privada - ex.: construir um **shopping center** - de interesse da coletividade, e não um serviço público, como por exemplo, construir uma rodovia.

Por fim, distingue-se da doação, porque neste contrato há alienação integral do domínio ao passo que pela concessão de direito real é transferido apenas o domínio útil, conservando o concedente a sua propriedade, podendo resgatar, ao final do contrato, o domínio útil com todos os bens que lhe foram incorporados ou, antes, se não se der ao bem a utilização de interesse público que motivou a concessão. Frise-se que a obrigação de realizar um empreendimento de interesse público não se confunde com a doação de encargo com cláusula de reversão, porque, como dito, não há alienação do domínio direito (ou nua propriedade).

O Decreto-lei nº 2.300/86, em seu art. 15, § 1º, já dizia que:

“A Administração, preferentemente à venda ou doação de bens imóveis, concederá direito real de uso, mediante concorrência.”

que poderá ser

“dispensada quando o uso se destinar a concessionário de serviço público, a entidades assistenciais, ou verificar-se relevante interesse público na concessão devidamente justificado.”

Daf afirmar HELY LOPES MEIREILLES³² que:

“Desse modo, o Poder Público garante-se quanto à fiel execução da concessão do terreno, assegurando-lhe o uso a que é destinado e evitando prejudiciais especulações imobiliárias dos que adquirem imóveis públicos para aguardar valorização vegetativa, em detrimento da coletividade.”

Ponto polêmico diz respeito à distinção entre a concessão de direito real de uso e o direito de superfície. Leciona, ainda, HELY LOPES MEIREILLES que:

"se o adquirente do uso der-lhe fruição contratual, terá o bem integrado no seu patrimônio como os demais direitos reais. Assim, a concessão de direito real de uso é, entre nós, o sucedâneo do direito de superfície dos ingleses e escandinavos."

Sustenta o autor que, importando em alienação de parcela do domínio público, depende de registro em livro especial e autorização legislativa.

Com tal tese não concorda RICARDO PEREIRA LIRA,³³ uma vez que o Decreto-lei nº 271/67, no seu art. 7º, em momento algum suspendeu ou interrompeu os efeitos do princípio da acessão consagrado no art. 547 do Código Civil, segundo o qual

"Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções, mas tem direito a indenização. Não o terá, porém, se precedeu de má-fé, caso em que poderá ser constrangido a repor as coisas, no estado anterior e pagar os prejuízos."

Sustenta o ilustre civilista que

"nada existe além de um usar e fruir o terreno alheio, a título de direito real, para as finalidades explícitas: fruição social qualificada, sem que, em momento algum, se tenha limitado a incidência do princípio da acessão."

Em verdade, o que transmite a propriedade, caracterizando, pois, a perda do domínio, é a transcrição do título aquisitivo no Registro de Imóveis; ao se mencionar livro especial, deu-se tratamento distinto ao da alienação; mister se faz, ainda, dizer que os ônus reais sobre coisas alheias também são registráveis - CC, art. 856, III - e não apenas as alienações; a autorização legislativa é, exatamente, para instituir um ônus sobre a propriedade pública, qual seja, o direito real do particular.

5. PERMISSÕES

Deu-se, ainda, a revisão no Decreto-lei nº 2.300/86 no que concerne às permissões de serviço público, já que este só mencionava as licitações como precedentes dos contratos (atos bilaterais) - CF, art. 37, XXI.

Com o advento da Constituição de 1988, também os atos administrativos (unilaterais) de permissão de serviço público devem ser precedidos de licitação. Os objetivos dos institutos são os mesmos, apenas a concessão é um contrato e a permissão é ato unilateral

(embora esteja definido como contrato no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93), valendo, no mais as idéias supra.

Pelas normas constitucionais expressas, a licitação só seria obrigatória para as contratações e permissões de serviço público, não se mencionando as permissões de uso de bem público. Entendemos, **data venia**, de entendimento firmado na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro³⁴ que, vigorando para a Administração o princípio da impessoalidade, está vedada a livre escolha dos destinatários do uso especial de bem público, pelo que, ao menos, os "princípios de licitação deveriam ser utilizados nesses atos de atribuição. O art. 2º, não discriminando entre as permissões, agora impõe a licitação tanto para o serviço público como para o uso de bens públicos por particulares. A Lei nº 8.883/94, dando nova redação ao art. 17, na alínea f, dispensa a licitação em se tratando de permissão de uso para programas habitacionais de interesse social, em oposição, alguns autores remetem o tema para as leis que disciplinam o uso de bens públicos, a cargo de cada ente federado.

A grande maioria dos publicistas sustenta que a "permissão" se "contratualizou", tamanhas as garantias dadas ao permissionário quanto ao prazo de sua duração (sob pena de indenização dos prejuízos causados pela sua revogação). De fato, se era conveniente à administração valer-se de um ato unilateral e precário, de outro, não interessava aos particulares, que necessitavam de segurança para o retorno de seus investimentos. Preferia-se a concessão, ainda que, anteriormente à Constituição de 1988, não fosse pacífica a exigência de licitação para as permissões de serviços. Hoje, tais diferenças são praticamente imperceptíveis, embora ainda se possa falar em dois institutos distintos, pois esta foi a vontade da lei.

NOTAS

1. Cuidamos do tema no Capítulo 7 da obra *Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, novembro de 1996, que liga o tamanho do Estado ao plano de desenvolvimento econômico mencionado no art. 174 da Constituição Federal.

2. No Estado do Rio de Janeiro, a desestatização é regulada pela Lei nº 2.470/95.

3. Sobre o tema leia-se BARROSO, Luís Roberto - "Tribunais de Contas: algumas incompetências" - *ILC - Informativo de Licitações e Contratos* nº 32, out/96 - Curitiba: Zênite, pp. 740-751.

4. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, em sua obra *Parcerias na Administração Pública* - São Paulo: Atlas, 1996, pp. 34, sustenta que é de duvidosa constitucionalidade a criação de empresas estatais para a prestação de serviços públicos, sob o argumento de que a Constituição, em dois dispositivos, exige que eles sejam prestados pelo Poder Público diretamente ou indiretamente mediante concessão ou permissão.

5. Sobre o tema leia-se "A Concessão como Instrumento do Direito do Desenvolvimento", artigo dos Drs. ARNOLDO WALD e MARCO SERGIO DUARTE publicado na *Gazeta Mercantil* de 05.06.92.

6. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, in *Curso de Direito Administrativo*, 11ª ed. Forense, 1996, pp. 15 e 16.

7. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, in *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, São Paulo: Saraiva, 1990, vol. 1. p. 24.

8. No âmbito das Regiões Metropolitanas, a aplicação deste princípio recebeu o seguinte esclarecimento de Eurico de Andrade Azevedo: "Atento à lição de Sampaio Dória, ensina Hely Lopes Meirelles que peculiar interesse não é interesse exclusivo do município; não é interesse privativo da localidade; não é interesse único dos municípes. Se se exigisse essa privatividade, essa unicidade, bem reduzido ficaria o âmbito de administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição. Mesmo porque não há interesse municipal que o não seja reflexamente da União e do Estado-membro, como também não há interesse regional ou nacional, que não ressoe nos municípios, como partes integrantes da Federação brasileira através dos Estados a que pertencem. O que define e caracteriza o peculiar interesse, inscrito como dogma constitucional, é a predominância do interesse do município sobre o do Estado ou da União" ("Instituição de Regiões Metropolitanas no Brasil" in *Revista do Direito Público*, nº 2, p. 193).

9. AFONSO DA SILVA, José, in *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed. revista, 12ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 1992, p. 418.

10. Este fato foi também observado por Eurico de Andrade Azevedo; confira-se: "Somente com uma administração unificada e autônoma, o caos, o congestionamento, a confusão e a dispersão de recursos poderão ser substituídos pela ordem e pelo desenvolvimento da comunidade social íntegra". Obra citada, p. 194.

11. Embora não se refira a esta hipótese especificamente, José Cretella Júnior assim concluiu quanto ao poder de conceder serviço público diante da coexistência de várias pessoas jurídicas públicas territoriais: "Assim, primeiro, é competente a União para conceder às pessoas de direito privado a execução dos serviços públicos comuns a todo território nacional; segundo, é competente a União para conceder às pessoas de direito privado a execução de serviços públicos que transponham o âmbito do Estado; terceiro, é competente o Estado para conceder às pessoas de direito privado a execução de serviços públicos que transponham o âmbito de um Município; quarto, é competente o Município para conceder às pessoas de direito privado a execução de serviços públicos que não transponham o âmbito do Município, ou seja, de serviços públicos que digam respeito ao peculiar interesse da Comuna". Acrescentamos, quinto, são competentes o Estado e o Município para conceder serviços de interesse comum que necessitem ser organizados, planejados e executados no âmbito de uma região metropolitana, o Município restrito apenas ao círculo de seu território e o Estado, quando necessário, ao deste e ao da região metropolitana considerada como um todo.

12. Marcelo Rocha Sabóia noticia, a esse respeito, colacionando Dalmo Dallari, que, verifica-se nas Regiões Metropolitanas, uma subtração de matérias de competência municipal, quando estas passam a ser consideradas de interesse comum a um grupo de municípios, já se falando, inclusive, na existência de um "peculiar interesse metropolitano" entre nós. ("O município no Brasil: aspectos históricos, jurídicos e econômicos" in *Revista de Informação Legislativa* a. 32, nº 128, out/dez., 1995, p. 244).

13. WALINE, Marcel. *Rev. Droit Publ.*, 1953/469.

14. PORTO NETO, Benedito Pereira. "Permissão na Constituição de 1988: ato unilateral e precário". *Revista Trimestral de Direito Público*, 2, pp. 179-180.

15. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - "2º Seminário Nacional e Direito Administrativo", promovido pela Editora NDJ, Rio de Janeiro, de 28 de maio a 02 de junho de 1995.

16. No mesmo evento.

17. MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 250.

18. BLANCHET, Luiz Alberto - *Concessão e permissão de serviços públicos*. Curitiba: Juruá, 1995, p. 18.

19. A consultoria de instituições financeiras também pode ser prestada ao poder concedente

na fase preparatória da licitação da concessão ou do leilão de privatização, onde é encomendado do consultor - também com prévia licitação - o laudo de modelagem da forma pela qual se dará a desestatização da atividade.

20. ARNOLDO WALD, LUÍZA RANGEL DE MORAES e ALEXANDRE WALD discorrem, com brilhantismo, sobre o tema na obra *O Direito de parceria e a Nova Lei de Concessões*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 46-47 e 82-97.

21. Como exemplo, cite-se a exigência da criação da ADC - Agência de Desenvolvimento e Concessões, criada pela FIEMG - Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais, - que, mediante convênio celebrado com o Governo Estadual, desenvolve uma série de projetos de concessão nos setores rodoviário e portuário.

22. FIRJAN - Conselho Empresarial de Infra-Estrutura - *Contribuições para Maior Efetividade dos Contratos de Concessão de Serviços Públicos*. (Relatoria: Construtora Andrade Gutierrez S.A.).

23. CAETANO, Marcelo. *Manual de Actividade Administrativa*. Lisboa: Coimbra Ed., tomo II. 1969, pp. 1057-1058.

24. JUSTEN FILHO, Marçal - *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Aide. 1994, p. 364.

25. BLANCHET, Luiz Alberto - *Concessão e Permissão de Serviços Públicos*: Curitiba: Juruá, 1995, p. 68.

26. Há quem sustente, contudo, que a autorização do legislador envolve apenas a criação da empresa, que, uma vez constituída, passa a operar de acordo com os seus atos constitutivos, na forma do art. 173, § 1º, CF.

27. BLANCHET, Luiz Alberto, *ob. cit.*, p. 16.

28. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 3ª ed., p. 22.

29. TÁCITO, Caio - "Concessão real de uso - Terras Públicas - Autorização". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, v. 150, pp. 209-16.

30. AZEVEDO, Gustavo Philadelpho - "As Possibilidades de Utilização dos Bens Públicos Imóveis do Estado do Rio de Janeiro pelo Particular". *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 1989, nº 41, pp. 74-87.

31. A *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Paraná*, nº 111, jul./set. 1994, publicou o Parecer nº 22.739/94, da lavra do Procurador FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES enfocando a possibilidade de utilização da concessão de direito real de uso para bens imóveis edificáveis, eis que desde o Decreto-lei nº 2.300/86 (art. 15, § 1º) não se faz qualquer ressalva.

32. MEIRELLES, Hely Lopes - *Licitação e Contrato administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 309.

33. LIRA, Ricardo Pereira - "A Concessão de Direito Real de Uso". *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, nº 39, pp. 91-105.

34. ARAÚJO, Joaquim Torres - *Ofício nº 4/90 - JTA - Proc. n. E-14/030535/92*.