

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**Raquel Siqueira Koch**

**Regime constitucional e legal da concessão de  
Serviço público**

**FLORIANÓPOLIS (SC)  
2008**

**RAQUEL SIQUEIRA KOCH**

**REGIME CONSTITUCIONAL E LEGAL DA CONCESSÃO DE  
SERVIÇO PÚBLICO**

Monografia apresentada pela acadêmica Raquel Siqueira Koch à banca examinadora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

**ORIENTADOR: PROFESSOR Luis Carlos Cancellier de Olivo**

**FLORIANÓPOLIS (SC)  
2008**



Universidade Federal de Santa Catarina  
Centro de Ciências Jurídicas  
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

### *TERMO DE APROVAÇÃO*

A presente monografia, intitulada Regime Jurídico e Legal da Concessão de Serviço Público, elaborada pela acadêmica Raquel Siqueira Koch e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, **17/12/2008**.

---

(nome do orientador)

---

(nome de um membro titular)

---

(nome do outro membro titular)

## RESUMO

A presente monografia, requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, carrega em si a aspiração de abordar os principais argumentos legais e doutrinários acerca das concessões de serviço público, regida pelo art.175 da CF e Leis 8987/95 e 9074/95, além de leis estaduais e municipais. Apesar de ser um instituto há muito conhecido pelos juristas, pois desde as primeiras décadas do século passado já era utilizado, aguçaram-se os debates a respeito do tema com o recente crescimento no número de concessões, as quais afetam toda a sociedade. Para tratar o assunto das concessões, estrutura-se a presente monografia em três capítulos. No primeiro capítulo, apresenta-se os conceitos de serviço público e concessão de serviço público, além de noções gerais do processo de licitação de uma concessão. No segundo capítulo, analisa-se a posição jurídica das partes envolvidas no contrato de concessão de serviço público, tratando-se especialmente de direitos e deveres entre as partes. A parte final desta monografia trata do contrato de concessão propriamente dito, detendo-se na exposição de suas características principais, como prazo e possibilidade de prorrogação, reajuste e revisão de valores e formas de extinção.

**Palavras-chave:** Concessão; serviço público; contrato de concessão; equilíbrio econômico-financeiro; art. 175 da CF; Lei 8987/1995; Lei 9074/1995.

## ABSTRACT

This monograph, partial requirement for obtaining the title of Bachelor of Law at the Universidade Federal de Santa Catarina, carries within it the desire to show the main legal and doctrinal arguments about the public service concessions, regulated by the article 175 of the Federal Constitution, Laws 8987/95 and 9074/95, and state and city laws and. Despite being an institution long known for lawyers, because since the first decades of the last century it was used, sharpen up the discussions on the subject with the recent growth in the number of concessions, which affect all of society. To broach the subject of concessions, this monograph has been structured in three chapters. In the first chapter, the concept of public service and public service concession is unfolded, in addition to general notions of the process of bidding for a concession. In the second chapter, the legal position of the members involved in the concessions of public services is analyzed, especially in the case of rights and obligations between these members. The final part of this monograph deals with the concession contract itself, held in the exposure of its main characteristics such as time and possibility of renewal, revision and readjustment of values and ways of extinction.

Keywords: Concession; public service; the concession contract, economic-financial balance; article 175 of the Federal Constitution; Law 8987/1995, Law 9074/1995.

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do conteúdo por parte do Professor Orientador, da banca examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	10
1.1. Conceito de serviço público.....	10
1.2. Conceito de concessão de serviço público.....	14
1.3. Da licitação para concessão de serviço público.....	19
1.3.1. Princípios aplicados nas concessões de serviço público.....	20
1.3.2. Modalidades de licitação.....	25
1.3.3. Fases da licitação.....	28
2. REGIME JURÍDICO DA CONCESSÃO.....	33
2.1. Da posição jurídica do poder concedente.....	33
2.2. Da posição jurídica do concessionário.....	33
2.3. Da posição jurídica dos usuários.....	48
3. DO CONTRATO DE CONCESSÃO.....	51
3.1. Prazo da concessão e sua prorrogação.....	52
3.2. Reajuste e revisão das tarifas.....	54
3.2.1. Manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.....	57
3.3. Extinção da concessão.....	59
3.3.1. Advento do termo contratual.....	60
3.3.2. Encampação.....	60
3.3.3. Caducidade.....	62
3.3.4. Rescisão.....	63
3.3.5. Anulação.....	64
3.3.6. Falência ou extinção da concessionária.....	64
3.3.7. Rescisão amigável ou distrato.....	65
3.3.8. Desaparecimento do objeto.....	65
3.3.9. Força maior.....	66
CONCLUSÃO.....	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	70

## INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objeto o estudo do instituto da concessão de serviço público, através de uma análise das normas constitucionais e da legislação nacional vigente, com especial atenção aos procedimentos adotados para a outorga e características do contrato de concessão.

No Brasil, as concessões que se iniciaram já nas primeiras décadas do século passado, foram abandonadas a partir da década de 60. Nos últimos anos, a Administração voltou a valer-se desta técnica para prestação dos serviços determinados como públicos, merecendo a concessão estudo detalhado, para melhor compreensão. Sendo este o objetivo do presente trabalho: a análise do momento anterior à concessão, ou seja, da fase de licitação, e do contrato firmado entre o poder concedente e concessionário.

Para tanto, principia-se, no Capítulo 1, com a conceituação de serviço público mais aceita pela doutrina nacional. Segundo esta, serviço público pode ser conceituado como a atividade estatal exercida de acordo com as normas de Direito Público, diretamente pelo Estado ou por quem seja autorizado, que visa à prestação de utilidades essenciais que possam ser fruíveis individualmente pelos integrantes da sociedade. É todo aquele indispensável à realização dos objetivos basilares do Estado Democrático. E a partir do conceito de serviço público, parte-se para o conceito de concessão de serviço público.

O Estado é o titular do serviço público e assim sempre será enquanto a legislação classificar como público um determinado serviço. A titularidade da prestação do serviço também é do Estado, porém este poderá repassar a titularidade para realização da atividade para outro sujeito (ente estatal ou particular), quando entender mais conveniente à realização do interesse público. Desta forma inicia-se o processo de concessão, quando o Estado decide repassar a prestação do serviço para outro sujeito.

O primeiro passo para a outorga a um particular do serviço público é o processo de licitação, a qual poderá ocorrer em duas modalidades, o leilão e concorrência, subdivididas em diversas fases. Com efeito, esta última é a modalidade mais adotada, porém aplicam-se a ambas os mesmos princípios aplicados às licitações em geral. Desta

forma, o processo de licitação para concessão de serviço público deve observar os princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, julgamento por critérios objetivos e vinculação ao instrumento convocatório; todos previstos na Lei 8.987/1995, além de estarem na Lei 8.666/1993.

No segundo capítulo, trata-se das partes envolvidas no contrato de concessão formalizado entre poder concedente e sujeito vencedor da licitação. Porém, atua como parte no contrato de concessão, também, o usuário do serviço, possuindo da mesma forma que concessionário e poder concedente, direitos e obrigações.

O poder concedente tem como dever principal o acompanhamento da concessão, de modo a garantir que o serviço será prestado da forma mais adequada possível, de acordo com o interesse público. Para atingir seu dever, o poder concedente deverá fiscalizar o exercício do serviço, podendo intervir nele quando não estiver sendo prestado de forma adequada e em casos mais graves, poderá inclusive extinguir a concessão, a fim de garantir aos usuários o melhor serviço possível.

O concessionário tem como principal dever o adimplemento contratual, ou seja, a prestação do serviço conforme estabelecido no contrato, porém possui como direito a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Nos casos de concessões de Serviço público, a Administração deve visar à satisfação do interesse público, enquanto a concessionária visa sua satisfação econômica, ou seja, o lucro. O particular não pode almejar ganhar mais do que o proposto inicialmente, nem terá de se submeter a lucrar menos do que o acordado, porém tem a obrigação de respeitar os encargos suplementares impostos pela Administração, nas alterações unilaterais do contrato, fundamentadas no princípio da supremacia do interesse público. E apesar da Administração dever sempre manter o equilíbrio econômico financeiro do contrato, não está incluído nesta teoria o risco da atividade econômica. Por exemplo, numa concessão em que a empresa presta serviços de distribuição de energia elétrica, caso o usuário final não cumpra com o pagamento da tarifa referente ao serviço recebido, não cabe à Administração arcar com esse ônus, ficando o prejuízo por conta da concessionária.

Os direitos dos usuários correspondem, basicamente, aos deveres de concessionário e poder concedente, sendo que esses direitos são protegidos pela legislação administrativa e subsidiariamente pelo Direito do Consumidor.

O contrato de concessão é analisado no Capítulo 3. São apresentadas as características gerais dos contratos administrativos e as específicas dos contratos de concessão.

O prazo de uma concessão já deve ser pré-estabelecido no edital de licitação, determinado com base nas expectativas de gastos do concessionário. Com relação à prorrogação do prazo, esta é possível em algumas hipóteses, sempre visando ao interesse público e à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Sendo que por equilíbrio econômico-financeiro pode se entender a manutenção da proporcionalidade entre os já referidos ganhos e gastos do particular, de forma que todos os investimentos devem ser amortizados e deve ser assegurado lucro razoável ao concessionário.

Esse equilíbrio será também o responsável por determinar o valor das tarifas, seus reajustes e revisões.

Impende ressaltar a diferença entre reajuste e revisão, de forma que o primeiro consiste na correção do valor da tarifa de acordo com os índices inflacionários enquanto que a revisão é o aumento ou redução das tarifas justificada pelo aumento ou redução dos custos do concessionário.

Por fim trata-se dos casos de extinção de uma concessão. Quais sejam: decurso do prazo, que, como o próprio nome já diz, ocorre com o fim do prazo determinado para a concessão; encampação, quando a Administração entende ser melhor para o interesse público que serviço volte a ser prestado pelo Estado; caducidade, decorre da inadimplência da concessionária; rescisão, decorre da inadimplência contratual do poder concedente; rescisão amigável, acordo bilateral e consensual e não para extinção da concessão; força maior, quando ocorre algum acontecimento que prejudique a continuidade do contrato de concessão; desaparecimento do objeto, e anulação. A concessão será anulada quando houver erro no processo de licitação ou formalização do contrato. Em todas as hipóteses caberá indenização ao concessionário pelos investimentos realizados e ainda não amortizados.

## 1. DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

### 1.1 CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO

Um dos problemas mais tradicionais do direito público é a conceituação de serviço público, pois essa definição fixa o âmbito de intervenção do Estado na ordem econômica. Historicamente, cada Estado desenvolveu os limites de sua atuação nas atividades econômicas, de acordo com a escolha política adotada em um determinado momento.

Cada povo define as atividades que serão de sua competência ou exercidas por particulares em nome do Estado, com fundamento de validade em seus ordenamentos jurídicos, os quais são adaptados às circunstâncias políticas e históricas de cada época e cada lugar.

Em face dessas circunstâncias não serem as mesmas para todos os povos, não há como se formular um conceito genérico de serviço público aplicável universalmente. Entretanto, isso não afasta uma semelhança nos conceitos segundo o aspecto jurídico, no sentido que serviço público será aquilo que o ordenamento jurídico de um determinado país diga que é. Neste sentido, Amaral (2002 p.17) conceitua serviço público como: “o que o ordenamento jurídico de um dado país diz que é”.

No Brasil, a conceituação hoje estabelecida foi desenvolvida pelo legislador segundo as opções adotadas na Constituição de 1988, que consagrou o sistema capitalista, fundado na propriedade privada e na livre iniciativa. Deixando, assim, ao Estado duas formas de intervenção no domínio econômico, na execução de serviços públicos e em casos excepcionais de desempenho de atividade privada.

Essas duas manifestações da atuação estatal apresentam-se de formas diferentes, pois o que o art. 175 da CF trata como serviços públicos será exercido pelo Estado sob as regras de Direito Público, já o que se identifica como atividade econômica propriamente dita, mesmo quando exercida pelo Estado seguirá as regras de Direito Privado ainda que continue sujeita a certos princípios de Direito Público.

Segundo JUSTEN FILHO (2003 p.19),

Não é menor a dificuldade de definir serviço público. Trata-se de um dos mais problemáticos temas enfrentados pela Ciência do Direito Administrativo. Desde o século passado, o instituto assumiu diversas configurações. Sofreu enorme dilatação e passou a abranger todas as atividades estatais e inúmeras outras, de natureza privada. A evolução política deste século pode ser retratada por meio das variações do conceito de serviço público.

Ainda segundo este autor, não é possível diferenciar-se serviço público do conceito de atividade econômica visto de maneira abrangente, pois aquele apresentará sempre características econômicas, na medida em que destinará recursos materiais para a satisfação de necessidades humanas, tal qual uma atividade econômica. Entretanto é possível diferenciar-se serviço público de atividade econômica numa concepção mais restrita.

Para a doutrina nacional, serviço público pode ser conceituado como a atividade estatal exercida de acordo com as normas de Direito Público, que visam à prestação de utilidades essenciais que possam ser fruíveis individualmente pelos integrantes da sociedade. É todo aquele indispensável à realização dos objetivos basilares do Estado Democrático.

MELLO (2005 p.628) conceitua da seguinte maneira serviço público:

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

A função da caracterização de um serviço como público é a proteção da coletividade, para que tal serviço identificado pelo legislador como de grande importância para os administrados seja cumprido de forma adequada. Tanto quando prestado pelo próprio Poder Público quanto quando prestado por alguém que esteja desempenhando as funções deste. Com efeito, atribuindo-se o perfil de serviço público a uma atividade, pretende-se impedir que terceiros frustrem a efetivação de tal serviço e que sejam prestados de maneira abusiva, gerando prejuízos aos administrados.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello, serviço público compõe-se de dois elementos, o substrato material e o traço formal do conceito. Desta forma, mesmo quando se estiver diante de um serviço prestado pelo Estado que atenda às características de substrato material, não necessariamente figurará um serviço público, o qual depende da existência do traço formal para sua caracterização.

O substrato material do serviço público é composto de quatro características, quais sejam:

- prestação de utilidade ou comodidade material, tal como fornecimento de água, luz, telefone, gás, etc.;
- utilidade fruível pelos administrados em geral, não podendo ser voltado apenas a interesses privados;
- serviço singularmente aproveitável pelos administrados;
- atividade assumida pelo Estado como própria, para ser prestada diretamente ou por terceiros qualificados para tanto, sob regime de Direito Público.

Quanto ao traço formal, este é a submissão dos serviços públicos às normas e princípios do Direito Público. Os princípios aplicados à matéria são citados de maneira semelhante na doutrina brasileira e na doutrina francesa. Na doutrina francesa, são apontados como princípios do serviço público o da mutabilidade, da continuidade, da igualdade, e da gratuidade. Na doutrina brasileira estes mesmos princípios são apontados por Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Diógenes Gasparini, já Hely Lopez Meirelles enumera cinco princípios, o da permanência, da generalidade, da eficiência, da modicidade e o da cortesia.

O regime jurídico dos serviços públicos, ou seja, os princípios a eles aplicados, na obra de MELLO (2004 p.634), são os seguintes:

- dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação, direta ou indiretamente, quando autorizado pela legislação, é dever do Estado a prestação do serviço, podendo uma eventual omissão engendrar ação judicial para compeli-lo a agir ou responsabilizá-lo pela omissão;
- princípio da supremacia do interesse público, sendo que o que norteia a atividade prestada pelo Estado diretamente ou por outrem investido desta função é a coletividade e não interesses secundários do poder público ou de terceiros;
- princípio da adaptabilidade, adequação dos serviços à modernização;

- princípio da universalidade, segundo o qual os serviços devem estar disponíveis para o público em geral;
- princípio da impessoalidade, não discriminação entre os usuários;
- princípio da continuidade, entendido como o direito dos administrados à não interrupção dos serviços prestados;
- princípio da transparência, que garante aos usuários o maior conhecimento possível concernente ao serviço público oferecidos;
- princípio da motivação, o qual complementa a noção do princípio anterior, exige a fundamentação das decisões atinentes ao serviço;
- princípio da modicidade das tarifas, aplicável em função da importância para a população do serviço prestado, sendo inconcebível, pagar importância exorbitante para poder desfrutá-lo, o que o tornaria inacessível à parte da coletividade;
- princípio do controle sobre as condições de sua prestação, por este princípio pretende-se um controle interno e externo sobre a prestação dos serviços públicos tanto quando realizados pelo Estado quanto quando prestados por terceiros.

Percebe-se, diante desta análise, que serviço público somente existirá como tal quando atender ao suporte fático, ou seja, ao substrato material e quando for prestado segundo as normas e princípios do regime de Direito Público.

Além dos serviços públicos mencionados na Constituição, outros podem ser instituídos pela legislação infraconstitucional, desde que não haja conflito com as normas da ordem econômica, que garantem a livre iniciativa. Com efeito, não deve o legislador definir como serviço público atividades que não sejam prestadas para o bem da coletividade, que não necessitem de intervenção estatal para que seja assegurada sua devida prestação. Públicos devem ser os serviços pelos quais se busca os fins últimos do Estado.

Os serviços públicos são de titularidade do Poder Público, que poderá prestá-los diretamente, ou delegá-los a entidades vinculadas (em regra sociedades de economia mista ou empresas públicas), ou a entidades privadas. Ocorre que mesmo delegando a prestação do serviço, o Estado permanece o titular, passando ao terceiro apenas a titularidade da prestação.

Quanto à titularidade da prestação, os serviços públicos segundo a Constituição Federal podem ser classificados em quatro hipóteses:

- serviços de prestação obrigatória e exclusiva pelo Estado, são os serviços que não são passíveis de autorização, permissão ou concessão, estão previstos no art. 21, X da CF e são eles o correio aéreo nacional e o serviço postal;

- serviços de prestação e concessão obrigatória pelo Estado, são os que o Estado deve prestar por si ou por entidade da administração indireta, mas que também devem ser concedidos, tais como o serviço de radiodifusão sonora ou de sons e imagens. Neste tipo de serviço Estado e iniciativa privada complementam a prestação;

- serviços que o Estado tem obrigação de prestar, mas sem exclusividade, são os serviços que apesar de poderem ser exercidos por terceiros o Estado não pode deixar de oferecê-los à coletividade. São os serviços de educação, saúde, previdência social e assistência social;

- serviços que o Estado não tem obrigação de prestar, mas não os prestando terá de promover-lhes a prestação, através de permissão ou concessão, são os serviços que a Administração pode prestar, ou, caso seja oportuno, conceder ou permitir a exploração pela iniciativa privada.

Toda a prestação de serviço público deve assegurar aos usuários o que a Lei nº 8987/1995 denominou de serviço adequado. Considerando-se serviço adequado o que satisfaça as exigências estabelecidas no ordenamento jurídico e nas normas do respectivo contrato, quando for o caso. As condições estabelecidas em Lei são os princípios que regulam os serviços públicos.

Ainda com relação à prestação de serviço público, a Lei 8987/1995 dispõe em seu art. 16 que a outorga da concessão e da permissão não terá caráter de exclusividade, salvo nos casos de inviabilidade técnica ou econômica jurídica. Daí decorre que o titular do serviço público, ou seja, o Estado determinará se a prestação se dará em regime de monopólio estatal, monopólio particular ou em regime de competição.

## 1.2 CONCEITO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Diversas são as conceituações da doutrina atribuídas à concessão de serviço público. Cita-se primeiramente a visão de AMARAL (2002 p.21) a respeito do tema, vejamos:

Em função da Constituição de 1988 e das novas leis aprovadas – mas sobretudo em decorrência de uma política de reformulação do papel do Estado – têm surgido, nesses últimos anos, várias concessões outorgadas a empresas privadas. Nesse sentido, destacam-se concessões de rodovias, pontes e ferrovias, telecomunicações, energia elétrica, gás canalizado e algumas iniciativas no setor portuário.

O art. 175 da CF dispõe que: “Incumbe 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.” Desta forma, o serviço público será prestado diretamente pelo Estado, ou por particulares sob o regime de concessão ou permissão, sendo que para regular esta prestação a Constituição prevê a criação de lei específica. Entende-se que a referida lei caracteriza-se como uma lei nacional, não excluindo a competência da União, Estados e Municípios para produzirem suas próprias leis sobre a matéria, aplicáveis naquilo em que não conflitem com a lei nacional.

A Constituição Federal consagrou a concessão e a permissão como modalidades de execução indireta dos serviços públicos, além de afirmar que a lei disporá 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.

Concessão e permissão são institutos jurídicos de conceitos diferentes, porém com algumas semelhanças, quais sejam: ambas constituem formas de prestação indireta de serviço público; necessitam de licitação prévia para a outorga; e surgem no mundo jurídico através de um contrato.

As diferenças dos referidos institutos são apresentadas na obra de AMARAL (2002 p.16) da seguinte maneira:

a) a permissão, ao contrário da concessão, é precária, podendo ser extinta unilateralmente a qualquer tempo pelo Poder Público sem que a permissionária tenha direito a qualquer indenização; b) a concessão é precedida sempre de concorrência, podendo nos casos de privatização de serviços públicos federais ser precedida de leilão, enquanto a permissão pode ser precedida de qualquer modalidade de licitação; e c) a concessão é outorgada a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, enquanto a permissão pode ser outorgada a pessoa física.

Exercendo a competência atribuída pela Constituição, a união criou as leis 8987/95 e 9074/95, sendo que a primeira, caracteriza-se como lei nacional, já a segunda

contém em parte normas de caráter nacional e em parte normas aplicáveis às concessões de serviço público da União. Ambas as leis regem a licitação para concessão de serviço público e os contratos de concessão. Aplicando-se subsidiariamente a Lei 8666/93, no que não for conflitante com as leis que tratam especificamente da matéria.

A concessão é a transferência que o poder público faz ao particular, através de delegação contratual, da obrigação de prestar serviços públicos, sempre na forma autorizada e regulamentada pelo Executivo. Esse contrato de concessão é ajuste de direito Administrativo, bilateral, oneroso, comutativo e realizado *intuito personae*, caracterizando-se pela subordinação do concessionário ao Estado, para proteção do interesse público.

O contrato de concessão já foi admitido como de direito privado, porém já há algum tempo a doutrina assentou que tal contrato deve ser encarado sob o prisma de contrato de direito público, no qual o interesse individual não pode se antepor ao interesse coletivo. É um contrato onde o poder estatal mantém suas prerrogativas coibindo exageros por parte dos concessionários, quaisquer favores ou direitos a eles reconhecidos somente são outorgados no interesse do bem público, justificando a fiscalização constante por parte da Administração Pública.

Para JUSTEN FILHO (2003), o contrato de concessão, é um contrato plurilateral de cunho associativo, possuindo natureza organizacional, por meio do qual se institui uma estrutura de bens e conjunto de pessoas visando a um objetivo comum das partes. Diferentemente do contrato de direito privado, no qual uma parte tem como objetivo a prestação a ser realizada pela outra parte, no contrato de concessão, o que um dos contratantes pretende não é exatamente a prestação do outro contratante. Por exemplo, o que o concessionário objetiva não é receber apenas a delegação de prestação de serviço público. Esta prestação é pressuposto do exercício da atividade que será realizada e que proporcionará a obtenção do objetivo do concessionário, o lucro. Todas as partes buscam produzir o funcionamento de um serviço público eficiente, satisfatório e lucrativo.

Para MELLO (2005 p. 658),

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

Apesar do serviço continuar sendo estatal e do concessionário não ter qualquer senhoria sobre o serviço, diz-se que este é exercido em nome próprio pelo particular para diferenciá-los dos contratos administrativos nos quais o contratado presta serviços ao Estado, apenas.

A remuneração do concessionário faz-se pela cobrança de tarifas dos usuários, ou seja, pela exploração do próprio serviço público concedido, esta característica é indispensável para ter-se uma concessão. Assim, o concessionário assume os riscos da atividade, não devendo haver remuneração por parte do poder público. Se os resultados forem satisfatórios, embolsará o lucro, se não, arcará com o prejuízo.

A concessão apresenta também uma característica não muito abordada pela doutrina, sua função como instrumento de repartição de riqueza. Quando o serviço é prestado diretamente pelo Estado, o seu custeio pode se dar de duas formas, como serviço gratuito custeado com receitas gerais ou por remuneração específica. Ocorre que mesmo quando prestado nessa última modalidade, eventuais prejuízos serão arcados pela sociedade em conjunto.

Delegando-se a prestação de um serviço público à iniciativa privada, altera-se a forma de custeio deste, por ser custeado exclusivamente pelo usuário do serviço, desonera-se a sociedade como um todo e eventuais prejuízos são arcados pelo próprio concessionário.

A tarifa cobrada pela fruição do serviço deve ser suficiente para a manutenção da atividade, o que significa, um valor suficiente para suprir com os custos do serviço, com obtenção de lucro para o concessionário.

Impende ressaltar que a concessão presta-se também a redistribuir recursos privados para os cofres públicos. A tarifa cobrada dos usuários muitas vezes compõe-se de verbas que serão destinadas ao Estado. Essa destinação dá-se quando o poder concedente obtém participação econômica nos resultados da exploração do serviço ou quando a licitação ocorre no critério maior oferta, nesse modelo ocorre o pagamento de um valor pela outorga.

Além da transferência de recursos privados para o Estado, a concessão também se apresenta como forma de transferência de riqueza dos usuários para o concessionário, que dela se apropria devidamente.

Para JUSTEN FILHO (2003), na concessão, apesar dos riscos do empreendimento serem do concessionário, quem efetivamente assume os riscos da

atividade são os usuários, na medida em que, se os valores cobrados não forem suficiente para a manutenção das atividades, não será possível a prestação de um serviço adequado, atingido os usuários do serviço.

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

É que a prestação satisfatória dos serviços concedidos faz-se com fulcro nas tarifas cobradas. A supressão de tarifas acarreta a suspensão do serviço. O insucesso do concessionário retrata-se na ausência de serviço adequado. (JUSTEN FILHO - 2003, p. 72)

Isso tudo se destina a destacar que na concessão de serviço público, há transferência de recursos dos usuários do serviço para o Estado e para o concessionário, através do pagamento de tarifa pelo uso ou potencial uso do serviço. Contudo, não significa que o princípio da modicidade das tarifas públicas deva ser esquecido. Por seu um serviço público uma atividade econômica de interesse geral, impõe-se que seja praticada a menor tarifa possível, suficiente para cobrir os custos da atividade, o lucro do prestador do serviço e os valores que serão transferidos para os cofres públicos.

São quatro os tipos legais de concessão de serviço público previstos na Lei 8987/95: a) a concessão de obra pública já existente; b) a concessão de obra pública a ser edificada; c) a concessão de obra pública antecedida de execução de obra pública; e d) concessão de serviço público. As três primeiras modalidades são às vezes classificadas como uma mesma situação, como concessão de obra pública e têm como exemplo a concessões de rodovias, ferrovias ou pontes. Já a terceira modalidade tem como exemplo casos como a outorga à iniciativa privada do transporte de passageiro, distribuição de gás canalizado ou energia elétrica.

A hipótese mais simples de concessão é quando o objeto da delegação é a mera prestação do serviço público. Neste caso, o particular não atua em nenhuma outra atividade que não seja a prestação de utilidades materiais para a realização do serviço, por exemplo, na concessão de transporte urbano de passageiros, o concessionário deverá apenas suprir as utilidades materiais necessárias para a prestação esperada, tal como a aquisição de ônibus.

A concessão de serviço público antecedida de execução de obra pública consiste na hipótese em que para ser possível a prestação do serviço, faz-se necessário a

construção de uma obra pública. Por exemplo, numa concessão para geração de energia elétrica através de potencial hidroelétrico existente em queda d'água de domínio público; o particular assumirá a geração da energia elétrica, mas antes será preciso executar a obra para construção da usina hidroelétrica. Portanto, o concessionário assume a responsabilidade pela construção da obra pública, que ao final da concessão reverterá ao patrimônio público, e recebe a outorga para a prestação do serviço público correspondente.

A terceira possibilidade é a concessão de exploração de obra pública a ser edificada, que se diferencia da modalidade anterior na medida em que neste caso a edificação da obra gera por si só a satisfação do interesse público. Não há prática de uma atividade, como, por exemplo, a distribuição de energia elétrica, há apenas a execução de uma obra a ser utilizada pelos usuários. Em alguns casos atribui-se ao concessionário apenas tarefas secundárias, como manutenção e conservação. Esta modalidade de concessão é denominada muitas vezes de concessão de obra pública, sendo que a exploração da obra mediante cobrança de tarifas dos usuários destina-se a amortização dos investimentos realizados.

Esta foi uma alternativa encontrada para propiciar a captação de recursos junto à iniciativa privada. Apesar de não haver previsão constitucional para essa prática, pois a Constituição previu apenas a concessão de serviços públicos, não existem vícios na Lei 8987/95, quando em seu art. 2º trata da concessão de obra pública, tornando plenamente possível a exploração da obra propriamente dita ou do serviço público a ela relacionado.

A quarta figura é a concessão de exploração de obra pública já existente. Muito similar à segunda hipótese apresentada, nesta o particular assume a exploração de um serviço dependente de uma obra pública, porém a obra já está edificada, não sendo necessários investimentos para a construção, apenas no sentido de manutenção e conservação. A questão que gera discussão é com relação à cobrança da tarifa, uma vez que não existem investimentos iniciais, logo o custo econômico será reduzido e consequentemente a tarifa também deverá ser.

### 1.3 DA LICITAÇÃO PARA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

A concessão de um serviço público a um particular dá-se necessariamente através de um desencadeamento de fases da qual a licitação é etapa essencial. Marçal Justem Filho conceitua licitação da seguinte maneira:

Antes de tudo, a licitação é um *procedimento*, utilizada a expressão para indicar um conceito jurídico perfeitamente delineado pela teoria geral do Direito. A expressão *procedimento* indica a hipótese em que a produção de uma decisão jurídica (pública ou privada) depende da observância de uma sucessão predeterminada de atos, logicamente estruturada pela lei, em que o início de uma etapa depende da exaustão da etapa anterior e em que a validade dos atos posteriores depende da sua compatibilidade com os pretéritos. (JUSTEN FILHO - 2003, p. 193)

O processo de contratação de uma concessão de serviço público ocorre, então, em quatro etapas: planejamento; licitação; formação do vínculo contratual; e a execução do contrato. A primeira etapa, o planejamento, é também chamada de fase interna da licitação. Neste momento, caso a Administração desista da licitação, pode simplesmente arquivar o processo administrativo correspondente, já que ainda não existe a licitação.

A partir da segunda etapa, já chamada de fase externa, a licitação propriamente dita já existe, assim, caso a Administração desista do processo nesta fase, deve revogar a licitação.

O processo de contratação é eficaz se as quatro etapas são bem conduzidas. Falhas graves em uma delas – quer essas falhas sejam jurídicas, quer administrativas ou econômico-financeiras – impedem a Administração de atingir seu objetivo, que não é a formação do vínculo contratual e muito menos a adjudicação, mas sim a adequada realização do objeto contratual. (JUSTEN FILHO-2003, pp. 48-49)

Atualmente um desafio a ser enfrentado pelos agentes administrativos é o de compatibilizar o respeito à ordem constitucional e legal com a flexibilização das relações jurídicas com a sociedade, mais precisamente com as partes envolvidas nos contratos administrativos, principalmente nas concessões de serviço público. Para isto, é indispensável o conhecimento dos princípios que norteiam as licitações para concessão.

### **1.3.1 Princípios Aplicados nas Concessões de Serviço Público**

A Lei 8987/95 enumera no art. 14 os princípios aplicados às concessões de serviço público. Enumeração meramente exemplificativa que deve ser interpretada nos

termos do art. 3 da Lei 8666/93. Neste sentido, JUSTEN FILHO (2003, p.216) expõe o tema da seguinte maneira: “Insista-se em assinalar que a licitação da Lei8987 não se sujeita a princípios distintos dos consagrados na Lei 8666. Não há diferença qualitativa nem quantitativa quanto aos princípios disciplinadores de licitações das duas Leis.”

A Lei 8666/93no art. 3 dispõe o seguinte:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da **legalidade**, da **impeccabilidade**, da **moralidade**, da **igualdade**, da **publicidade**, da **probidade administrativa**, da **vinculação ao instrumento convocatório**, do **julgamento objetivo** e dos que lhes são correlatos. (*grifos nossos*)

#### 1.3.1.1 Princípio da Legalidade

O ordenamento jurídico brasileiro compõe-se de três escalões. No topo encontra-se a Constituição Federal, fundamento de validade para todos os demais escalões. Numa esfera intermediária encontram-se as normas legais e no terceiro escalão os atos administrativos, negócios jurídicos e decisões judiciais. O princípio da legalidade consiste na necessidade de uma norma de escalão inferior dever sempre encontrar seu fundamento de validade no escalão superior. Desta forma, um ato administrativo deve estar de acordo com o previsto nas normas legais, de segundo escalão, e de acordo com a Constituição, no topo do ordenamento jurídico.

Segundo Dirley Cunha Júnior, “esse princípio, explicitamente previsto no caput do art. 37 da CF/88, implica que a atuação administrativa esteja em compasso com a lei e autorizada por ela.” (CUNHA JÚNIOR – 2008, p. 852)

Este princípio apenas poderá ser relativizado em situações excepcionais e provisórias, todas previstas pela Constituição Federal, como nas hipóteses permissivas de medidas provisórias e na vigência do Estado de Defesa e estado de Sítio.

#### 1.3.1.2 Princípio da Moralidade

Dirley da Cunha Júnior ao tratar sobre os princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública afirma que:

A Constituição Federal de 1988, de forma inédita, exaltou a **moralidade jurídico-administrativa** como importante princípio reitor da Administração Pública. Sua origem remota à antiga Roma a partir da máxima de que nem tudo o que é legal é honesto. (CUNHA JÚNIOR – 2008, p.852)

Deve-se entender moralidade administrativa como um conjunto de valores éticos que servirão de norte para os agentes públicos na execução de sua função. Este princípio determina o emprego da boa-fé, da ética e da honestidade no exercício da atividade administrativa, não bastando apenas o estrito cumprimento da legalidade. A moralidade exige proporcionalidade entre os objetivos que se almeja e os meios para tal.

Na opinião de AMARAL (2002, p.43) sobre o princípio da moralidade aplicado nas licitações,

(...) a realização de licitação não assegura, por si só, a moralidade. Escrevi: “Por outro lado, muitas vezes encontramos, no mundo real, licitações cujo direcionamento parece evidente, se bem que raramente se possa prová-lo. A probidade administrativa deve reger toda a atividade da Administração Pública e não apenas o procedimento licitatório. Não me parece, porém, correto afirmar-se que a realização de licitação, com a conseqüente adoção de um rito formal, preserve *por si só* essa probidade. Não se fugiria à realidade jurídica e administrativa se se afirmasse que a licitação tanto pode ser um instrumento para preservar-se a probidade administrativa quanto para traí-la, nesta hipótese sob a capa formal enganosa.”

O desrespeito ao princípio da moralidade administrativa enquadra-se como atos de improbidade administrativa, previstos no art. 37 da CF, cuja sanção é suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, na forma e graduação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

### 1.3.1.3 Princípio da Publicidade

Nas palavras de Alexandre de Moraes:

A publicidade se faz pela inserção do ato no Diário Oficial ou por edital fixado no lugar próprio para divulgação de atos públicos, para

conhecimento do público em geral e, conseqüentemente, início da produção de seus efeitos, pois somente a publicidade evita os dissabores existentes em processos arbitrariamente sigilosos, permitindo-se os competentes recursos administrativos e as ações judiciais próprias.

A regra, pois, é que a publicidade somente poderá ser excepcionada quando o interesse público assim determinar, prevalecendo esse em detrimento do princípio da publicidade. (MORAES – 2003, p.314)

Antonio Carlos Cintra do Amaral ressalta que o legislador confunde, principalmente na Lei 8666/93, publicidade com publicação. Segundo ele, a publicação, quando não é seletiva, fere a publicidade, ou transparência da administração pública. Por causa do imenso volume de informações publicadas, aquilo que realmente necessitaria ser publicado passa despercebido no meio de tantas informações. “A “casa de vidro” (imagem que se costuma atribuir à Administração democrática) torna-se muitas vezes mais opaca, por força do volume exagerado de informações publicadas.”(AMARAL – 2002, p.44)

#### 1.3.1.4 Princípio da Igualdade

Este princípio implica tratamento isonômico a todos os participantes do procedimento licitatório, além de garantir oportunidade a todos que tiverem interesse em participar do processo, desde que prestem as garantias exigidas e indispensáveis aos participantes. Está previsto no art. 37, XXI da CF, no art. 3 da Lei 8666 e implicitamente citado no § 1º deste artigo:

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Entretanto, uma exceção a esse princípio é apresentada no próprio art. 3º da Lei 8666/93, no § 2º, quando admite preferência, nos casos de empate, 1º pelo bem ou serviço

produzidos ou prestados por empresa brasileira de capital nacional, 2º produzido no país, e 3º produzido ou prestado por empresas brasileiras, simplesmente.

#### 1.3.1.5 Princípio do Julgamento Objetivo

Este princípio busca excluir da decisão de uma licitação questões subjetivas de avaliação por parte da comissão julgadora. Através dele pretende-se que a opção por um dos participantes não se faça com base em sentimentos, impressões ou propósitos pessoais.

Ocorre, contudo, que objetividade somente poderá ser absoluta quando o critério para decisão for o de menos preço, pois ao se avaliar qualidade, técnica e rendimento, não existe possibilidade de ser excluído totalmente o subjetivismo da escolha.

#### 1.3.1.6 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

De grande importância para os participantes de uma licitação, este princípio assegura que uma vez iniciada a fase externa da licitação, com a divulgação do edital, não haverá mais a possibilidade de alteração das condições estabelecidas por parte da Administração. É vedado ao agente público a alteração do que foi disposto no edital da licitação, ou mesmo a revogação dela sem um motivo razoável, que não pode ser meramente o interesse público.

Segundo AMARAL, a vinculação ao instrumento convocatório não exclui a possibilidade de negociação, que se dará da seguinte forma:

Para que juridicamente possa esta (a negociação) ser fundamentada é necessário observar o seguinte: a) só pode haver negociação com a proponente vencedora; b) dela deve resultar uma melhoria na proposta apresentada; c) em consequência, a ordem de classificação não pode ser alterada; e d) a negociação não pode acarretar uma alteração no instrumento convocatório, de sorte que alguém que não participou da licitação possa alegar que, se soubesse que seria assim, teria participado. A negociação deve ser excepcional e conduzida com muita cautela, exatamente para não ferir ao princípio da isonomia. (AMARAL – 2002, p. 46)

#### 1.3.1.7 Princípio da Razoabilidade

Este princípio não consta na legislação, nem se refere especificamente às licitações, porém é citado na obra de AMARAL (2002), como de grande importância na interpretação das normas constitucionais e legais. Segundo esse princípio, faz-se necessária a aplicação de critérios razoáveis na interpretação das normas para evitar situações descabidas.

Exemplo clássico deste princípio é o apresentado por Perelman: “um letreiro colocado na entrada de um parque público proíbe a entrada de veículos. Um cidadão sofre um enfarte dentro do parque. Chama-se uma ambulância. Seria *razoável* que o porteiro impedisse a entrada da ambulância, sob a alegação de que é um “veículo”, arriscando a vida do enfartado?” Neste caso, razoável seria a permissão para que a ambulância entrasse no parque. (*apud* AMARAL – 2002, p. 47)

### 1.3.2 Modalidades de Licitação

Existem no ordenamento jurídico brasileiro seis modalidades de licitação, sendo que cinco delas estão previstas na Lei 8666/93 e uma sexta modalidade recentemente incluída, prevista na Lei 10.520/2002. De acordo com a primeira lei, é vedada a combinação das modalidades existente ou a adoção de outras não previstas em lei.

As modalidades previstas na lei 8666/93 são as seguintes: a) concorrência; b) tomada de preço; c) convite; d) concurso; e e) leilão. Já o pregão é a modalidade prevista na Lei 10.520. O principal critério estabelecido para a escolha entre as modalidades é o valor do objeto da licitação.

O **pregão** é modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns qualquer que seja o valor estimado da contratação, na qual a disputa é feita através de lances e propostas em sessão pública. O art. 1º da lei do pregão esclarece o que são bens e serviço comuns: “Consideram-se bens e serviços comuns, para fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.”

O procedimento desta modalidade inicia-se com a convocação dos interessados, mediante publicação no Diário Oficial correspondente, ou quando não houver, em jornal de grande circulação, que também será necessária quando for de grande vulto a licitação a ser realizada. A lei prevê que o pregão pode ser realizado também por

meio eletrônico, com recursos de tecnologia da informação. Neste caso, apesar da simplificação do processo, não significa que as etapas não deverão ser formalizadas no respectivo processo, para que seja atendido o princípio da publicidade e torne possível o controle pelos órgãos competentes.

Celso Antônio Bandeira de Mello conclui da seguinte forma sua explicação a respeito do tema:

Verifica-se, pelo exposto, que o ‘pregão’ é uma forma de leilão não para alienar, mas para adquirir ‘bens e serviços comuns’. Apresenta como característica distintiva em relação às modalidades da concorrência, tomada de preços e convite, previstas na Lei 8666, pelo menos duas muito salientes. Uma, a de que, ao contrário delas, em que o valor é determinante de suas variedades, o pregão é utilizável qualquer que seja o valor do bem ou serviço a ser adquirido; outra, a de que o exame da habilitação não é prévio ao exame das propostas, mas posterior a ele. (MELLO – 2005, p.529)

Outra modalidade licitatória é o **convite**, cabível nas hipóteses em que o objeto da licitação é de baixo valor, na qual a Administração convoca para a disputa pelo menos três participantes que atuam no ramo pertinente ao objeto. Essas pessoas convocadas podem ser cadastradas ou não, e a Administração deve afixar, em local próprio, uma cópia do instrumento convocatório, estendendo o convite a todos os interessados, para que manifestem seu interesse até 24 horas antes da apresentação das propostas.

O prazo mínimo para esta modalidade é de cinco dias úteis a contar da disponibilização da cópia do instrumento convocatório e do envio da carta-convite, até o recebimento das propostas. Porém, até três dias antes do recebimento das propostas os interessados ainda não cadastrados devem providenciar esse cadastramento junto à Administração para poderem participar do certame.

Quanto à escolha dos participantes que receberão o convite, o art. 22 parágrafo 6 dispõe que, havendo mais de três pessoas cadastradas e interessadas, a cada novo convite realizado para objeto idêntico ou assemelhado deverá ser convidado pelo menos mais um, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações.

O **concurso** é uma disputa entre quaisquer interessados, que possuam as qualificações mínimas exigidas, e tem como objeto a escolha de trabalho técnico ou artístico, com instituição de prêmio ou remuneração ao participante vencedor. O prazo mínimo entre a publicação do edital de convocação até a realização do evento é de 45 dias

e o julgamento será feito por comissão composta por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria.

Outra modalidade prevista na Lei 8666/93 é a **tomada de preços**, que se destina a contratações de médio vulto, é restrita às pessoas previamente inscritas em cadastro administrativo, organizado por ramos de atividade e aos que até três dias antes da data fixada para abertura das propostas requeiram a inscrição e sejam qualificados.

O prazo mínimo entre a publicação do edital e a data fixada para o recebimento das propostas é de 15 dias normalmente, ou de 30 dias se o certame for julgado pelo critério de melhor técnica ou de técnica e preço.

Todas essas modalidades de licitação acima expostas não se aplicam às concessões de serviço público. Situação em que será aplicada, regra geral, a modalidade da concorrência ou, em alguns casos, o leilão.

A **concorrência**, prevista no art. 22 da Lei de licitações, é a modalidade mais genérica, destinada a transações de maior vulto. Deve ser precedida de ampla publicidade e dela podem participar quaisquer interessados que preencham as qualificações mínimas exigidas pelo edital.

O prazo da concorrência será de no mínimo 30 dias entre sua publicidade e a data fixada para o recebimento das propostas. Nos casos em que a licitação tenha por objeto contrato de empreitada integral ou se for adotado tipo de licitação melhor técnica ou técnica e preço, o prazo mínimo será de 45 dias.

A Administração pode realizar uma pré-qualificação dos licitantes, a ser precedida sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados.

Por fim, tem-se a modalidade do **leilão**, que está previsto na Lei 9074/95 para as hipóteses de privatização de serviço público federal. Para que esta modalidade possa ser adotada por Estado ou Município, estes devem editar lei própria autorizando.

O leilão está previsto no art. 22, §5º da Lei 8666/93 como modalidade utilizável para venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou legalmente adquiridos por força de execução judicial, ou ainda, para venda de imóveis cuja aquisição haja derivado de procedimento judicial ou dação em pagamento, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao da avaliação. O prazo mínimo é de 15 dias contados da publicação do edital até a sua ocorrência.

A Administração quer para comprar, ou para vender deve realizar licitação. Regra geral, a modalidade da concorrência é utilizada quando o interesse do Poder Público é a compra de um bem, já o leilão é utilizado quando o objetivo é a venda de algo, pelo maior preço possível.

Numa concessão de serviço público, o serviço não está sendo vendido, pois permanece como propriedade do Estado, a empresa privada concessionária exerce em nome do poder concedente. O principal objetivo em uma concessão não é o maior ganho para os cofres públicos, mas o melhor serviço para os usuários, desta forma, a modalidade do leilão possa não ser a mais adequada a esse objetivo.

De acordo com Antônio Carlos Cintra do Amaral,

O leilão é a modalidade de licitação mais adequada para ‘vender’. Se o objetivo principal não é ‘vender’ a modalidade mais adequada é a concorrência. Porque o leilão, tal como está estruturado no Direito Brasileiro, como modalidade de licitação adequada para ‘venda’, não oferece as mesmas possibilidades de se aferir a qualificação técnica e econômica da empresa, ou consórcio de empresas, que pretenda exercer o serviço. A melhor concessionária não será, necessariamente, a que ofereça o maior preço pela ‘venda’ do serviço ou do controle da empresa estatal, mas sim a que demonstre melhores condições de vir a presta o ‘serviço mais adequado’. Para isso, ela deverá, na licitação, comprovar sua qualificação técnica e econômica, o que é bem mais fácil de avaliar na concorrência do que no leilão.

Este discussão – sobre qual a melhor modalidade de licitação para privatizar serviços públicos – está ligada a uma outra, bem mais relevante. As privatizações estão ocorrendo. Mas privatizar *para quê?* Para avaliar ou fortalecer o caixa do Tesouro, ou para melhor atender ao usuário? Penso que a adoção do leilão, ao invés da concorrência, decorre, pelo menos em regra, de se considerar a privatização prioritariamente como um ‘negócio’ para a Administração, e apenas secundariamente como um benefício para o usuário. (AMARAL – 2002, p. 59)

### 1.3.3 Fases da Licitação

A licitação inicia-se com a fase interna, quando, ainda na repartição interessada, autoridade competente determina a realização da licitação, define o objeto e indica os recursos hábeis para a despesa.

Ocorre que, segundo o art. 5º da Lei 8987/95, nas concessões, antes que seja divulgado o edital, ou seja, que se inicie a fase externa da licitação, a Administração deve publicar ato justificando a conveniência da outorga da concessão e caracterizando seu objeto, área e prazo.

Para JUSTEN FILHO (2003), a outorga de uma concessão é decisão séria e grave, que afeta toda a coletividade, podendo afetar inclusive direitos e garantias individuais, o que justifica a impossibilidade de deixar essa escolha unicamente a cargo da administração, sendo necessária a manifestação do Poder Legislativo na opção por essa delegação.

Nas palavras deste mesmo autor,

A outorga de uma concessão não se configura como uma to puramente administrativo. Há nítida e profunda diferença entre os demais contratos administrativos e a outorga de serviços públicos à gestão por particulares. O contrato administrativo comum retrata atividade puramente administrativa. Mas é competência administrativa insuprível a deliberação acerca da efetivação da contratação e das condições em que se realizará. Quando muito, poderia reputar-se que a lei orçamentária seria um condicionante a ser respeitado: a ausência de previsão de recursos orçamentários constitui limite às escolhas da Administração. A questão apresenta outros contornos quando se trata de concessão ou permissão. Não basta, então, uma decisão administrativa, pois a outorga ao particular pressupõe autorização legislativa. (JUSTEN FILHO – 2003, p.177)

Uma vez elaborado o edital, a Administração faz publicar aviso comunicando que a licitação está aberta à participação dos interessados. Este edital pode ser impugnado por qualquer cidadão ou interessado, conforme os §§ 1º e 2º do art. 41 da Lei 8666/93. A impugnação deve ser feita até cinco dias antes da data fixada para o recebimento dos envelopes de habilitação. O prazo para resposta da Administração à impugnação é de três dias úteis após o recebimento desta.

O edital é lei interna para a licitação que esta sendo realizada, então deve fixar as condições de realização da licitação e vincula a Administração e os proponentes.

A Lei 8666/93 prevê no art. 40 as informações que obrigatoriamente devem constar no edital. Nas concessões, a Lei 8987/95, art. 18 e 20, determina que o edital deve estabelecer os critérios para aferição da habilitação e julgamento das propostas, critérios de reajuste e revisão da tarifa, bem como prazos para julgamento das propostas e assinatura do contrato.

A etapa seguinte da licitação é a fase de habilitação ou qualificação, quando são examinados os sujeitos interessados no objeto do certame. Na concessão esta fase deve guiar-se pelos critérios adotados na Lei 8666/93. Com relação a este momento, Celso Antônio Bandeira de Mello diz o seguinte em sua obra:

O que se põe em pauta, neste período inicial, é unicamente a habilitação ou qualificação dos proponentes. A atenção da Administração vai cifrar-se tão-só a verificar se os que acorreram ao certame preenchem ou não os requisitos necessários para disputá-lo, segundo os termos prefixados no edital. Tais requisitos se relacionam exclusivamente com as capacitações *jurídica, técnica e econômico-financeira* dos interessados, além da *regularidade fiscal* (art. 27). (MELLO – 2005, p.538)

A próxima etapa é o julgamento das propostas, que se apresenta de maneira diferente nas Leis 8666/93 e 8987/95. Na primeira, estão previstos quatro tipos de licitação, conforme o critério de julgamento: a) menor preço – quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa determina que será vencedor o proponente que apresentar a proposta, de acordo com as especificações do edital, com o melhor preço; b) melhor técnica – utilizado para serviços de natureza predominantemente intelectual, excepcionalmente para fornecimento de bens, execução de obras e prestação de serviço de grande vulto que dependam de tecnologia nitidamente sofisticada de domínio restrito; c) técnica e preço – ofertas são classificadas em ordem crescente de técnicas que atinjam a valoração mínima, quando então se parte para a análise dos preços; d) maior lance ou oferta – utilizado nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso. O §5º do art. 45 proíbe a utilização de outros tipos de licitação diversos desse quatro.

Como dito anteriormente, a Lei 8987/95 não se referiu a esses tipos de licitação. Estabelece como critérios de julgamento os seguintes:

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;

II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;

III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;

IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;

V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;

VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou

VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

§ 1º A aplicação do critério previsto no inciso III só será admitida quando previamente estabelecida no edital de licitação, inclusive com regras e fórmulas precisas para avaliação econômico-financeira.

§ 2º Para fins de aplicação do disposto nos incisos IV, V, VI e VII, o edital de licitação conterá parâmetros e exigências para formulação de propostas técnicas.

§ 3º O poder concedente recusará propostas manifestamente inexeqüíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação.

§ 4º Em igualdade de condições, será dada preferência à proposta apresentada por empresa brasileira.

Segundo AMARAL (2002), a redação apresentada nesta lei é extremamente confusa, porém depreende-se dela que os critérios das alíneas “e” e “f” coincidem com o de técnica e preço da Lei 8666/93 e que os critérios das alíneas “g” e “h” coincidem com o de técnica e preço que era adotado anteriormente à Lei 8666/93.

Impende ressaltar, que os critérios mais adotados na prática são os das alíneas “a” e “b”, que são o de menor tarifa e o de maior oferta. A maior oferta leva a uma concessão em que o usuário paga uma tarifa que corresponde ao serviço que lhe é prestado, já no critério maior oferta, o concessionário paga algo mais para obter a outorga, e esse algo mais é custeado pelo usuário indiretamente através do pagamento da tarifa.

Ainda com relação à etapa de julgamento das propostas, há os casos de desclassificação de propostas, que ocorrem quando estas são manifestamente inexeqüíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação, de acordo com o §3º do art.15 da Lei 8987/95.

Outra hipótese de desclassificação está prevista no art. 17, que se dá por nulidade do edital, quando este contém vantagem ou subsídio não autorizados em lei, ou quando o proponente, entidade estatal ou não, para receber a concessão pretenda a obtenção de subsídio não autorizado em lei.

Como última fase da licitação, tem-se a homologação e adjudicação ao vencedor. Nesta etapa, o processo é encaminhado à autoridade competente que o

homologa e toma as providências necessárias para a adjudicação, que é o ato pelo qual se atribui ao vencedor da licitação o objeto desta.

O ato de adjudicação não se confunde, porém com a celebração do contrato propriamente dito, ele apenas garante ao vencedor, que quando a Administração for celebrar o contrato que tenha por objeto o mesmo da licitação realizada, o celebrará com o proponente vencedor.

## 2. REGIME JURÍDICO DA CONCESSÃO

### 2.1 DA POSIÇÃO JURÍDICA DO PODER CONCEDENTE

A posição jurídica das partes envolvidas numa concessão é inter-relacionada, na medida em que os direitos de uma parte são deveres de outra. Os poderes atribuídos a uma refletem na sujeição das outras.

A terminologia adotada pela legislação, citando o termo poder concedente sempre que fala no ente estatal, pode gerar impasses, uma vez que este termo é refletido, muitas vezes, na atuação de mais de uma figura.

Na evolução da organização estatal, intensificou-se o fracionamento das competências públicas, uma certa descentralização, que gerou o surgimento de novas entidades, com personalidade própria e certa autonomia. Este é o caso das agências reguladoras - uma inovação do legislador - que têm por atribuição regular e fiscalizar o exercício dos serviços públicos pelos concessionários. Ficaram com a atribuição tradicionalmente reputada como inerente ao poder concedente.

O poder concedente atua para realizar o bem do interesse coletivo, diferentemente do concessionário e do usuário, que têm como fim último de sua atuação a realização de interesses próprios. Desta forma, o Estado assume duas posições jurídicas diferentes, para compatibilizar-se com os interesses jurídicos diferentes das outras partes envolvidas no processo, uma referente ao usuário e outra referente ao concessionário.

Na Lei das Concessões, o art. 29 trata das competências estatais como encargos, portanto, impossível qualificar-se estas como direitos, mas sim como deveres-poderes. Esses encargos, que são inerentes à natureza da atividade administrativa, vigoram mesmo sem previsão no edital ou no contrato de concessão. O que estes podem fazer é regulamentar ou ampliar esses encargos, tendo em vista que o rol do referido artigo é exemplificativo.

A principal competência do poder concedente com relação ao concessionário é a de assegurar a prestação do melhor serviço possível, com a menor tarifa possível. Tal

competência pode ser sintetizada como o poder-dever da regulamentação do serviço público, que já faz parte do edital, integrando também o contrato de concessão, além de verificar-se a todo tempo, na medida em que cabe ao poder concedente verificar as condições do serviço e introduzir modificações sempre que necessário, a fim de garantir a melhor prestação do serviço público.

Essas modificações que podem ser introduzidas derivam do princípio da adequação do serviço público, o qual exige a constante atualização da atividade prestada, para compatibilizá-la com os avanços da sociedade. Segundo Marçal Justen Filho:

Tal como se passa com o universo social circundante, torna-se impossível aludir a uma modelagem *definitiva* para cada concessão em concreto. Todas elas se encontram em processo de adaptação a realidade cambiante e mutável. Essa precariedade da definição de padrões e modelos não é propriamente um defeito, mas uma *característica* não apenas das concessões de serviço público, mas também da própria realidade do mundo contemporâneo. Os reflexos dessas inovações sobre o Direito são marcantes. (JUSTEN FILHO – 2003, p.426 -427)

Ampla discussão sobre a separação dos poderes surge com o poder de regulamentação conferido ao poder concedente, pois se confere a este, poder de controle estatal sobre os demais envolvidos na concessão. Poder de estabelecer padrões de conduta, cuja infração configurará ilicitude e poderá gerar sanções de diversa gravidade.

Um dos limites do poder concedente é de natureza administrativa, no sentido de que não é possível criar deveres e liberdades, no exercício da função administrativa, que extrapolem a competência para o exercício desta função, sem a intervenção do poder legislativo, mesmo que previsto no edital, ou contrato de concessão. O poder de regulamentação não pode interferir na separação dos poderes, criando ou alterando direitos por meio de ato infralegal, suprimindo a atuação dos demais poderes. Também não existe a possibilidade do poder legislativo transferir parte de sua competência legiferante ao poder executivo, permitindo que o concedente legisle fora das rígidas previsões em que o poder executivo está autorizado a legislar.

Como finaliza JUSTEN FILHO (2003, p.428) a esse respeito “Por isso, tem de reputar-se as disposições legislativas que pretendam reconhecer ao poder concedente (em especial, a agências) competências amplas e ilimitadas para pôr em pôr e dispor sobre a regulação do serviço.”

Somente a lei pode inovar, criar direitos e deveres; as regulamentações feitas pelo poder concedente apenas podem gerir o que já foi definido de modo amplo pela lei. Explica-se esse procedimento pela previsibilidade e concordância com o que é direito/dever. Por exemplo, numa concessão somente aplicando-se a previsibilidade é que se consegue formular propostas e conduzir empreendimentos com o menor grau de incerteza. O concessionário não está compelido a obrigações imprevisíveis, que alterem demasiadamente a situação anterior. Desta forma, somente poderá ser exigido do concessionário deveres técnicos e éticos inerentes à atividade concedida ou quando houver previsão em lei ou no edital. A atuação legislativa é limitada por direitos e garantias constitucionais, os quais não podem ser contrariados por leis ou atos administrativos infraconstitucionais.

A Constituição Federal consagrou o devido processo legal como princípio constitucional, inclusive na esfera administrativa, não autorizando que o administrador decida unilateralmente sem um processo administrativo, nem com base no interesse público. A observância deste princípio busca ampliar a eficiência nos processos, de modo que a solução seja mais precisa e segura quanto ao seu conteúdo. A não aplicação do devido processo legal garante a qualquer parte se se sentir lesada que busque o Poder Judiciário para a solução do conflito nascente.

Impende ressaltar que o processo administrativo não pode ser confundido com o processo judicial, tendo em vista que este só é iniciado quando se tem um conflito de interesses, enquanto aquele é orientado na busca pelo bem do interesse público.

Como em todo contrato na concessão, o poder concedente sendo parte, possui deveres assumidos com as outras partes. Na maior parte dos casos de concessão, o Estado não assume responsabilidades que sejam contra partida direta da atuação do concessionário, mas pode vir a assumir deveres para com os usuários.

Os deveres do poder concedente não são limitados aos previstos no instrumento contratual, abrange também todos os que são assumidos em lei ou demais atos administrativos. Ainda existem os deveres inerentes às concessões, como por exemplo, o dever de garantir que o concessionário consiga explorar o serviço concedido quando algum cidadão tente frustrar essa atividade. Outro dever inerente às concessões é o de formalizar o contrato após a homologação da licitação.

Deve o Estado, ainda, garantir a **remuneração apropriada** ao concessionário, mantendo o equilíbrio econômico-financeiro pactuado no contrato firmado; **transferir** ao

concessionário os **bens** necessários à prestação do serviço, que foram objeto da licitação; promover as **desapropriações** essenciais à atividade concedida; **executar obras**, quando estiver previsto que caberá ao Estado a execução de determinadas obras essenciais à atividade; **obter licenças**, se este encargo couber à administração; produzir **atos materiais** de competência exclusiva do ente estatal para possibilitar a execução do contrato, por exemplo, fiscalizando competição ilícita na execução do serviço; adotar providências de **coerção jurídica**, quando se faz necessário o exercício das atividades de polícia para proteção de instalações e pessoas; **suprimir obstáculos** à exploração, que são as providências úteis para impedir a turbação da posse ou a introdução de obstáculos ao desempenho da atividade concedida; reprimir condutas que frustrem a **exclusividade do serviço**, quando a outorga for feita com o atributo de exclusiva, o poder concedente deve assegurar o regime de monopólio na exploração; **realizar os pagamentos**, quando, contrariada a regra geral, o poder concedente assume a responsabilidade pelo pagamento do concessionário; dever de pagar o **justo preço aos bens** incorporados ao patrimônio público, nos casos de encampação ou término do prazo de concessão, o Estado tem o dever de pagar preço justo pelos bens que ainda não foram amortizados com exploração do serviço.

Regra geral, se alguns desses deveres não forem cumpridos pelo Estado, ensejará a responsabilidade civil deste, traduzida no dever de indenizar perdas e danos para recompor o equilíbrio econômico-financeiro, ou, como este foi quebrado, configurar-se-á uma das hipóteses de rescisão do contrato (sobre a qual trataremos mais adiante).

Como efeito do não cumprimento de seus deveres, pelo Estado, JUSTEN FILHO (2003, p. 444) diz o seguinte:

Enfim, não se pode admitir que a complexa operacionalização da concessão, com longos estudos sobre diversas alternativas, desenvolvimento de procedimento licitatório e formalização contratual subsequente, sejam meros pretextos para o Estado apropriar-se sem indenização do patrimônio privada. Se o particular executou certas prestações que asseguram a ampliação qualitativa e quantitativa do serviço público, tal se relacionou à obtenção de resultados lucrativos empresariais. Não se admite que o Estado ignore essa circunstância e invoque sua condição de sujeito de direito público para eximir-se de deveres instituídos e delineados por ele próprio.

Daí a conclusão de que o inadimplemento do poder concedente aos deveres derivados da concessão merece repressão severa, especialmente por configurar uma espécie de contradição insuperável em face dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Incumbe ao poder concedente a competência para alteração unilateral ou bilateral do contrato de concessão. Quanto à alteração unilateral, esta não se dará pela simples alusão ao interesse coletivo, deverá ser decisão devidamente fundamentada que realize conjuntamente os interesses coletivos e os interesses privados do concessionário.

Nos contratos de concessão, são as chamadas cláusulas regulamentares, ou de serviço, as que disciplinam o conteúdo das prestações, o modo de execução, os padrões de qualidade, os limites quantitativos e qualitativos, enfim, todas as características que configuram o serviço público.

Essas cláusulas podem ser alteradas mesmo após a concessão, quando se constatar que as configurações estabelecidas não atenderão aos objetivos da outorga do serviço, que é uma prestação com qualidade. Portanto, as alterações são uma maneira de atingir-se o bem-comum e não uma prerrogativa da administração, que na observância dos dois princípios aplicados às concessões: supremacia do interesse público e obrigatoriedade de licitação, o primeiro prevalece em detrimento do segundo, tendo em vista sua importância.

Ainda que as cláusulas de serviço possam ser alteradas, a equação econômico-financeira pactuada entre poder concedente e concessionária não pode ser alterada, a proporção entre encargos e vantagens deve permanecer a mesma.

Independentemente da possibilidade de alteração dessas cláusulas, alguns limites devem ser respeitados, o primeiro deles é o respeito ao devido processo legal, ao qual deve ser submetido o ato modificatório do contrato. Outra vedação às modificações é a de que não é admitida alteração da identidade do objeto da concessão, nem modificações tão significativas que alterem as características essenciais da outorga.

Na Lei Geral das Licitações (8666/93) o legislador previu limites para as alterações contratuais, porém essas limitações refletem a preocupação com o controle das despesas estatais, já que o pagamento do contrato é feito com recursos dos cofres públicos. Essa não é a mesma preocupação com relação às limitações impostas às concessões, uma vez que o pagamento destas é feito diretamente pelos usuários.

Com relação aos limites para alteração das tarifas cobradas dos usuários, o poder concedente não pode conceder ou negar livremente o reajuste de tarifas. Deverá observar os pressupostos da lei e do contrato e, assim, aumentar ou reduzir as tarifas

independentemente de provocação do interessado, que estando diante da omissão do poder concedente poderá instaurar processo administrativo com a finalidade dessa alteração.

Dentre as competências do ente estatal encontra-se também a de fiscalizar as atividades do concessionário, uma vez que apesar de concedida a prestação, a titularidade do serviço permanece como Estado.

A fiscalização está regulada nos arts. 3º, 29,30 e 31 da Lei 8987/95 e possui como função a de verificar a compatibilidade da prestação com as condições estabelecidas, função preventiva, no sentido de evitar que o concessionário assuma o serviço como se fosse titular deste e função prospectiva, que consiste no fornecimento de informações do concessionário para o poder concedente a fim de aprimorar a prestação do serviço.

Como forma para realizar a fiscalização, o poder concedente deverá adotar certas providências, como a criação de órgãos cuja competência envolva o acompanhamento permanente da atividade realizada pelo concessionário, com é o caso das agências reguladoras. Contudo, a fiscalização não poderá impedir a prestação do serviço, quando caberá ao concessionário recorrer até mesmo ao Poder Judiciário para resolver a questão e tornar viável a prestação do serviço. O Estado deve fiscalizar, porém dentro de limites razoáveis, não podendo fazer-se de tal modo que substitua a gestão da empresa.

Um modo de agilizar a fiscalização é a participação popular, devendo o poder concedente ouvir os usuários com relação às reclamações sobre o serviço prestado pelo concessionário. Sendo um dever do ente estatal responsável adotar providências cabíveis em caso de reclamação de usuário do serviço, no prazo de 30 dias, de acordo com o art.29, VIII da Lei 8987/95.

Como efeito da fiscalização, é de competência do poder concedente a aplicação de sanções ao particular. Concordam, doutrina nacional e estrangeira, que as penalidades administrativas apresentam características similares às sanções penais, desta forma, sujeitam-se a regime jurídico semelhante, cabendo aplicação de princípios do direito penal no direito administrativo repressivo.

Entretanto, primeiramente cabe fazer-se uma distinção entre sanções contratuais e administrativas. São contratuais as sanções aplicáveis no âmbito da concessão, como as multas e advertências; já as sanções administrativas seriam as aplicáveis fora do contrato, como a declaração de inidoneidade da empresa. Seriam ainda, contratuais, todas aquelas previstas no contrato, enquanto as administrativas teriam fundamento de validade nas leis.

A Lei 8987/95 não disciplina detalhadamente as hipóteses de sanções a serem aplicadas nas concessões. Regulamentando o tema da caducidade, como consequência do inadimplemento pelo concessionário do contrato e a intervenção, prevista no art.32, que também pode ser reconhecida como sanção. Subsidiariamente, pode-se aplicar a Lei 8666/93, cabendo ainda a cada um dos entes federados, dentro de sua competência legislativa, estabelecer sanções aplicáveis no inadimplemento do contrato de concessão respectivo.

Sobre o tema, cabe ressaltar a explicação de Marçal Justen Filho, expondo a ausência de disciplina legal exaustiva, tanto na Lei 8987/95 quanto na 8666/93:

Reinteram-se, aqui, considerações apresentadas a propósito da Lei nº8666 e acima renovadas. A ausência de exaustiva disciplina legal acerca dos pressupostos e da extensão das sanções administrativas impossibilita sua aplicação. Enquanto não houver previsão legal determinando a *hipótese se incidência* da declaração de inidoneidade, por exemplo, será impossível sua aplicação. Não se admite, nesse campo, o exercício de competências discricionárias. É inconstitucional a Administração arrogar-se a faculdade de escolher quando aplicará a declaração de inidoneidade ou a suspensão temporária de participação em licitação. Somente a lei poderá dispor acerca das penalidades administrativas. Essa lei não existe nem na órbita federal nem no âmbito da quase totalidade dos entes federativos.

A situação, assim exposta relativamente aos contratos administrativos em geral, apresenta idêntica configuração no tocante a concessões e permissões.

As modalidades de sanção administrativa seriam basicamente duas, a multa e a suspensão ou interdição de direitos (aí compreendida a extinção da concessão). Outras modalidades de sanção apenas poderiam admitir-se no âmbito penal.

Significa que as sanções, nesse campo, sujeitam-se ao princípio da legalidade. Ou estarão previstas na legislação específica sobre concessões ou serão aplicáveis aquelas da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Não se admite a introdução de novas espécies sancionatórias por via do edital ou de ato regulamentar do poder concedente. Por óbvio, não cabe instituir discricionariamente, para o caso concreto, outras punições, o que configurará não apenas ilegalidade, mas também desvio de poder. (JUSTEN FILHO – 2003, p.460 – 461)

São hipóteses de sanção administrativa por inadimplemento de contrato de concessão, previstas na legislação brasileira: a) advertência – essa modalidade caracteriza-se como manifestação do Estado, na qual convoca o concessionário a adequar sua conduta, sob pena de sanção mais grave. Em algumas situações a legislação pode colocar como requisito para adoção de outra sanção a aplicação da advertência; b) multa: penalidade

pecuniária de característica punitiva ou também patrimonialmente ressarcitória, aplicada como punição por ação ou omissão indevidas; c) declaração de inidoneidade; d) suspensão do direito de licitar; e) intervenção; f) caducidade do contrato; g) perda de garantia: não se enquadra propriamente como sanção, mas como meio de realização da sanção, quando o concessionário perde, como consequência de multa aplicada, a garantia prestada.

Na aplicação das punições legalmente previstas, o poder concedente deverá observar os princípios constitucionais aplicáveis aos processos, tais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa e a motivação das decisões.

O processo administrativo para aplicação de sanções divide-se nas seguintes etapas:

- instrução preliminar: fase em que são produzidas as provas, sendo que o particular tem, mesmo ainda não havendo um processo instaurado, o direito de participar da produção de provas;

- lavratura do auto de infração: desencadeia o processo administrativo, deve conter descrição dos eventos fáticos, produzindo sua qualificação em face do Direito, extraíndo a ocorrência do ilícito ao qual se comina a sanção também indicada no auto de infração. Normalmente, a autoridade competente para a lavratura do auto de infração é diferente da competente para o processamento, essa providência visa a evitar uma tomada de decisão influenciada pela posição adotada na lavratura;

- Instauração do processo administrativo: se dá com a citação do concessionário e conseqüente convocação para apresentar defesa e as provas que pretende produzir;

- Fase de instrução: uma vez apresentada defesa, a comissão competente para o julgamento analisará a pertinência das provas solicitadas. Instaura-se, então, a fase de instrução probatória, encerrando, na seqüência, com as alegações finais;

- Julgamento do feito: com decisão motivada mantendo ou não a autuação;

- Recursos: diante da insatisfação da parte, caberá recurso da decisão nos termos da Lei 8666/93;

- Execução da decisão: finalizadas as vias administrativas para recurso da decisão, sendo esta confirmada, o concessionário será intimado para o pagamento da multa, finalizando desta forma o processo em âmbito administrativo.

Uma vez outorgada a concessão, o concessionário assume a responsabilidade civil por ações e omissões que causem danos a outrem, conforme art. 25 da Lei 8987/95.

Entretanto, há hipóteses em que o poder concedente mesmo não sendo mais o titular da prestação do serviço, ainda poderá ser responsabilizado civilmente por danos causados a outrem na execução do serviço.

A primeira hipótese de responsabilização do Estado é quando os danos causados a terceiros com vínculo contratual com o concessionário são de culpa da Administração, que de alguma forma não cumpriu sua parte no contrato. Por exemplo, não autorizando o aumento justo das tarifas, tornando inviável a atividade do concessionário.

A segunda hipótese configura-se quando a prestação do serviço gera algum tipo de crédito para o usuário em face do concessionário. Caso este não cumpra com o pagamento do crédito e encontre-se em situação de insolvência, caberá ao Estado responsabilidade pelo pagamento de tais créditos.

Outra hipótese ocorre quando o poder concedente determina adoção de determinada técnica na prestação do serviço e atuando segundo os critérios estabelecidos, o concessionário provoque danos a terceiros. O ente privado responderá pelos danos, porém terá direito de ação regressiva contra o Estado.

Caso a determinação técnica seja feita já no projeto executivo previsto no edital, a responsabilidade não será também do concessionário, mero executor do projeto elaborado pelo poder concedente, que responderá sozinho pelos danos causados.

Segundo JUSTEN FILHO (2003 p.476):

O poder concedente será responsabilizado por efeitos das escolhas por si próprio realizadas, atinentes ao destino do empreendimento. A atribuição da prestação do serviço público, por conta e risco próprios, não elimina a responsabilidade do Estado por decisões próprias, que foram fundamentais para a conformação da outorga, *se equivocadas*.

Última hipótese de responsabilidade civil do poder concedente ocorre no inadimplemento, por parte deste, às condições da outorga; quando o Estado não executa no tempo e modo devidos os deveres assumidos. Há casos em que o inadimplemento estatal, de tão grave, pode gerar a extinção da concessão.

Com o objetivo de assegurar a adequada prestação do serviço, o poder concedente poderá intervir na concessão, essa intervenção, regulada pelo art. 32 da Lei 8987/95, far-se-á por decreto e conterà a designação do interventor, o prazo e os objetivos da medida.

A intervenção consiste na gestão da concessionária pelo poder concedente, por prazo determinado, ou seja, nunca de forma definitiva, sem acarretar, portanto, a extinção da concessão. O concessionário é afastado da administração da atividade, entretanto o serviço ainda é prestado em seu nome.

O fundamento constitucional para a adoção da intervenção como meio de satisfação do interesse público encontra-se no postulado de que os serviços públicos não podem ter sua prestação interrompida. Para isto, o poder concedente poderá se apossar dos bens privados, porém apenas os necessários à prestação do serviço, sendo garantido ao particular o direito de indenização, se for o caso.

A intervenção somente será praticada quando se demonstre que esta é o único instrumento para a produção satisfatória do serviço público, devendo ser levado em conta se é a solução menos lesiva aos interesses envolvidos. Mostra-se também como instrumento para garantir que não sejam concretizados danos de difícil reparação, possuindo, portanto natureza cautelar.

Muitas vezes a intervenção é utilizada com desvio de poder, com o objetivo de evitar a solução juridicamente adequada, como alteração unilateral do contrato ou até mesmo a encampação do serviço. Ocorre, por exemplo, quando o concessionário não admite sacrificar seus interesses próprios em favor das exigências impostas pelo poder concedente, neste caso, a solução seria a encampação, mas indevidamente às vezes, aplica-se a intervenção.

O poder concedente deverá promover a execução da intervenção, atentando para não caracterizar infração ao regime democrático com desvio de finalidade. Assim, deverá atuar de forma imparcial na aplicação do direito.

Será competente para decretar a intervenção, a autoridade administrativa máxima da estrutura hierárquica do poder concedente, não sendo necessária autorização legislativa. Entretanto, não é possível a intervenção sem prévia audiência do concessionário. Sendo-lhe garantido o devido processo legal. Uma vez decretada a intervenção, nomear-se-á um interventor que exercerá o controle da empresa. Este interventor assume sua posição de maneira precária, podendo ser destituído a qualquer tempo, por decisão do poder concedente, por solicitação do particular ou por determinação do Poder Judiciário. No encerramento da intervenção é obrigação do interventor a prestação de contas de todo o período em que esteve nesta posição.

O decreto de intervenção determinará o prazo desta, respeitando o limite de 180 dias, conforme o art.33, §2º da Lei das Concessões. A única hipótese de prorrogação do prazo é quando o inicial for inferior a 180 dias, cabendo prorrogação que terá como limite temporal o número de dias que restem até o limite de 180 dias. A intervenção extingue-se quando atingido seu objetivo independentemente da finalização do prazo determinado.

Decretada a intervenção, o poder concedente tem 30 dias para instaurar processo administrativo sobre a adequada prestação do serviço pelo concessionário. Em caso de decisão favorável ao particular, ou seja, quando comprovado que este vem prestando o serviço do modo mais adequado possível, restitui-se a este a posição de administrador da concessionária, voltando-se ao estado anterior. Caso contrário, quando se evidenciar que existem defeitos na execução das atividades outorgadas, serão cabíveis três alternativas: a) satisfação do interesse público por meio das medidas adotadas no período da intervenção; b) apuração de condutas tão graves que ensejem a caducidade da concessão; c) revelação da inadequação da concessão, nos termos realizados, quando será cabível encampação. Como todo ato administrativo, o ato de intervenção está sujeito ao controle judicial, admitindo-se que o particular, quando se sentir prejudicado, recorra a essa via para solução do conflito.

## 2.2 DA POSIÇÃO JURÍDICA DO CONCESSIONÁRIO

O concessionário relaciona-se diretamente com as demais partes envolvidas na concessão, por conta disso possui três subdivisões quanto ao relacionamento jurídico, uma na relação com o poder concedente, outra com os usuários e outra com terceiros.

No âmbito das atividades atinentes ao serviço público, ou seja, na relação com o poder concedente e usuários, é aplicado o regime de direito público, já nas relações entre concessionário e terceiros, aplicam-se as normas de direito comum.

No relacionamento do concessionário com o poder concedente, aquele sujeita-se a regime de direito público, submetendo-se às determinações estatais quanto à regulamentação do serviço, na qual o Estado poderá alterar as condições contratuais, porém permanece como direito ao particular a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Nessa situação, os direitos específicos do concessionário correspondem aos deveres do poder concedente para com o particular, conforme visto no subtítulo anterior. Para MELLO (2005), os direitos do concessionário cifram-se ao respeito à parte contratual da concessão, isto é, à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e também a que não lhe seja exigido, sob cor de cumprimento de suas obrigações, o desempenho de atividade estranha ao objeto da concessão, pois é o objeto que identificará tal ou qual concessão.

Quanto aos deveres do concessionário em face do poder concedente, são eles:

- dever de adimplir aos pagamentos devidos, quando for o caso;
- dever de executar as prestações inerentes ao empreendimento;
- dever de manter a prestação do serviço adequada;
- dever e continuidade na prestação do serviço;
- dever de cobrar a tarifa ajustada, nas condições predeterminadas;
- dever de conservar adequadamente os bens afetados à concessão;
- dever de defender a integralidade dos bens pertencentes à terceiros;
- dever de escrituração contábil;
- dever de prestar informações e fornecer documentos;
- dever de submeter-se à fiscalização e prestar contas;
- dever de promover o seguro dos bens afetados ao serviço;
- dever de restituição de bens e documentos ao final da concessão.

Já no relacionamento com os usuários, sua situação não se diferencia em muito da posição do Estado, quando presta o serviço público diretamente, por conseguinte, o usuário não poderá exigir do concessionário nem mais nem menos do que exigiria do poder concedente caso este estivesse como titular da prestação do serviço.

Apesar de existirem deveres do concessionário para com os usuários, não significa dizer que o poder concedente estará completamente excluído dessa relação, uma vez que ele permanece titular da competência de fiscalização e de fazer o concessionário cumprir os seus deveres assumidos no contrato. É dever do concessionário para com os usuários o dever de diligência, o qual pode ser entendido como o dever de adotar-se toda e qualquer providência cabível para evitar danos aos usuários, prestando o serviço mais adequado.

Pode ser enquadrado como dever da empresa detentora da outorga o dever de indenizar perdas e danos, quando não atendido o dever anteriormente citado, de diligência.

Quanto à responsabilização do concessionário, já é pacífico na doutrina nacional a responsabilidade objetiva do particular. Logo, não deve ser observada uma vontade na atuação do prestador do serviço, o que se observa é que o serviço deve ser prestado de forma adequada.

Impende ressaltar que o elemento subjetivo será analisado caso o dano derive de atuação defeituosa do concessionário, gerar-se-á espaço para caracterização do dano moral, muito maior do que o proveniente de danos de difícil reparação. Neste sentido, JUSTEN FILHO (2003, p.513) trata do assunto:

Logo, é relevante investigar o elemento subjetivo na hipótese de dano moral derivado da atuação defeituosa do concessionário de serviço público. Será diversa a dimensão da indenização conforme, maliciosamente, visava provocar sacrifício psicológico ao usuário, a situação será distinta daquela derivada do dano por ausência de completa e perfeita organização do serviço.

É dever do concessionário indenizar o particular quando lhe causar danos. O não pagamento da indenização configura-se como uma segunda infração para o concessionário. Ou seja, a primeira infração seria a conduta que causou o dano e a segunda configura-se na inércia do concessionário em fazer o pagamento, mesmo quando o particular opte por questionar em juízo o *quantum* indenizatório, os valores incontroversos devem ser pagos de imediato.

Como o concessionário presta um serviço que pertence ao Estado, tem o dever de observar as mesmas restrições aplicáveis ao ente estatal que presta o serviço por si só. Desta forma, deve observar o devido processo legal, que se subdivide em algumas providências, tais como: a) manter infra-estrutura para reclamações; b) decidir com imparcialidade as questões dos usuários pertinentes à atuação do concessionário; c) prestar informações sobre as condições do serviço.

Como dito anteriormente, na relação com do concessionário com terceiros envolvidos indiretamente na atividade do serviço público, aplicam-se as regras de direito comum. Apesar de haver limitações, é inerente a toda concessão de serviço público o envolvimento de terceiros, além do concessionário, nas atividades relacionadas com a prestação do serviço.

O art. 25 da Lei 8987 trata desta relação, determinado a ausência de ligação jurídica entre esses terceiros e o poder concedente, uma vez que se relacionam unicamente com o concessionário.

As situações de vinculação de concessionário e terceiros diferenciam-se entre aquelas que são compatíveis com o Direito e as que se configuram como infração às normas das concessões. Existem basicamente dois critérios par definição do cabimento ou não de uma terceirização. O primeiro é o quantitativo, segundo o qual a terceirização não pode abranger a totalidade ou quase totalidade do objeto da concessão. E o segundo é o qualitativo, que representa a impossibilidade da terceirização versar sobre o núcleo do serviço público, ou seja, aquelas atividades essenciais à prestação das utilidades aos usuários. O edital da concessão e o respectivo contrato normalmente prevêem os casos em que a terceirização será aceita e trata das possibilidades de alteração desses casos.

Com relação à disciplina jurídica do contrato entre o terceiro e o concessionário, este se configurará como contrato de direito privado, não tendo qualquer relação com o poder concedente. Já no relacionamento com o usuário, o terceiro age em nome do concessionário, sendo este o responsável pela atuação daquele no âmbito da concessão.

A terceirização, ou sub-contratação, consiste em uma das formas de vínculo do concessionário com terceiros, as outras duas formas existente são a sub-contratação e a cessão do serviço público.

A subconcessão ocorre na forma de relação jurídica acessória à concessão e tem como objeto a prestação da utilidade concedida. De forma que o concessionário mantém sua relação com o poder concedente, mas cria uma nova relação com o terceiro que passa a prestar o serviço por sua conta e risco.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo tratam deste assunto da seguinte maneira:

Não obstante, a lei permite que a concessionária, sem que isso afete sua responsabilidade, contrate com terceiros o desenvolvimento de atividades inerente, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados. A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido. Esses contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros serão inteiramente regidos pelo Direito Privado, não se estabelecendo

qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.  
(ALEXANDRINO e PAULO – 2008, p. 529)

Outra espécie do gênero da subconcessão criada pelo legislador nacional foi a subconcessão imprópria, que se caracteriza por ser promovida diretamente pelo poder concedente, gerando vínculo entre o terceiro e o poder estatal.

Nesta modalidade de subconcessão, diferentemente da propriamente dita, em que o concessionário é responsável pelos atos praticados pelo subconcessionário, o § 2º do art. 26 da Lei 8987 prevê a sub-rogação dos direitos e deveres do concessionário ao subconcessionário, logicamente, nos limites da subconcessão, não havendo vínculo entre essas duas pessoas envolvidas a prestação do serviço. Como existe vínculo entre o novo particular e o poder concedente, é necessário para formalização da avença a observância das mesmas regras utilizadas no momento da concessão.

Como forma de inclusão de um terceiro numa concessão, tem-se ainda a cessão, que consiste na transferência da titularidade de concessionária para outrem, alterando-se a condição inicialmente formalizada no contrato de concessão. Sendo que o novo sujeito ocupará o lugar do primeiro concessionário no pólo contratual.

Segundo o art. 27 da Lei 8987, essa cessão deverá ser precedida de anuência do poder concedente, caso contrário implicará em caducidade da concessão. Isso ocorre, pois o contrato é firmado em função de características da parte, para um novo sujeito passar a executar o contrato a modificação deverá ser aceita pela outra parte envolvida, que analisará se este novo sujeito apresenta condições para a execução da atividade.

A cessão pode ser vista como forma de burla à obrigatoriedade de licitação, mas a existência de licitação não gera vínculo personalíssimo entre o vencedor e o Estado. A rigidez produzida pela licitação prévia relaciona-se com o conteúdo do contrato, com a escolha da melhor proposta no momento da licitação; até mesmo o conteúdo contratual poderá ser alterado por questões supervenientes de interesse público, valendo o mesmo para os sujeitos envolvidos.

Segundo Marçal Justen Filho,

O sujeito que foi escolhido originalmente não merece da Administração qualquer espécie de ‘preferência’ irracional. Foi escolhido por haver formulado a melhor proposta, julgada segundo critérios objetivos. Sua proposta foi apreciada porque ele preencheu os requisitos objetivos de

habilitação. Não há qualquer relação de natureza subjetiva ou psicológica entre a Administração e aquele particular.

Não se extrai daí a possibilidade de a Administração substituir compulsoriamente a parte, mediante pura e simples invocação do interesse público. Mas pode verificar-se, isto sim, a avaliação de que um determinado sujeito não apresenta mais requisitos de habilitação ou que a execução do contrato por meio de um determinado sujeito não é a solução mais conveniente. Nesses casos, a alternativa será a extinção do vínculo jurídico. (JUSTEN FILHO – 2003, p.534)

Já com relação às exigências para o concessionário não podem ser diversas das exigidas anteriormente do primeiro concessionário pelo poder concedente.

Regra geral, a modificação dos sócios da empresa concessionária não se caracteriza como uma cessão, mas existem situações em que a alteração dos sócios afeta o interesse da outra parte contratante, no caso afeta o interesse público.

Isso pode ocorrer, por exemplo, quando o vencedor da licitação é um consórcio de empresas, neste caso, atributos de cada empresa são levados em consideração na contratação; sendo que uma substituição de empresas do consórcio altera as condições do contrato. Em oposição ao que ocorre numa alteração de sócios numa concessionária não regida como consórcio, tais sócios não podem ser vinculados ao cumprimento do contrato.

Por fim, tem-se a relação entre o concessionário e seus credores. Pela natureza jurídica das concessões, não é possível a alienação ou penhora da concessão, uma vez que o contrato é fundado com base na pessoa do concessionário e abrange unicamente a titularidade da prestação do serviço e não deste propriamente dito. Entretanto, toda concessão tem como um de seus objetivos o lucro do particular, e este poderia servir como instrumento de garantia para fins creditícios.

Impende ressaltar, que a parcela disponível como meio de garantia é unicamente a que será auferida, pelo concessionário, como lucro. As demais parcelas da tarifa paga pelos usuários, destinadas a garantir a continuidade do serviço, são inalienáveis e impenhoráveis e incumbe ao particular a prestação de contas para o Estado, a fim de manter este a par do que se passa na concessão.

Cabe ainda ressaltar a questão dos bens do concessionário que, no que tange ao Estado, continuam com a qualidade de privados, não podendo o Estado apoderar-se deles como se seu fosse. Porém com relação a terceiros, os bens necessários à prestação do serviço público, ainda que de titularidade do concessionário, assumem características de bens públicos, não sendo passíveis a oneração desses bens.

### 2.3. DA POSIÇÃO JURÍDICA DOS USUÁRIOS

A posição jurídica dos usuários é uniforme com relação ao concessionário e ao poder concedente, porém, primeiramente, cabem considerações acerca de usuários e Sociedade.

O serviço público é prestado no interesse da sociedade e não no interesse de um usuário ou numa coletividade de usuários. A maior prova de que o serviço público é prestado visando ao interesse público ocorre quando o mesmo é concedido. Desta forma, o serviço que na maioria das vezes quando prestado pelo Estado é gratuito, ou seja, custeado com recursos públicos, por toda sociedade, passa a ser custeado exclusivamente pelos usuários, através do pagamento de tarifas.

Os usuários também merecem destaque na medida em que não se igualam, pois não se poderia considerar que todos os que aproveitam o serviço prestado fazem-no da mesma maneira. Por exemplo, a energia elétrica é consumida por todos, mas não seria medida de igualdade tratar da mesma maneira uma família carente, residente em habitações precárias e uma empresa que usa o serviço prestado para gerar riquezas e obter lucro.

Assim, na concessão, o custeio do serviço pára de ser externo, feito com recursos de toda a sociedade, e passa a ser feito exclusivamente pelos próprios usuários, que o fazem através de tarifas, as quais em determinados serviços variam de acordo com características dos usuários.

Por conseguinte, usuários integram a concessão como uma das três partes desse contrato, possuindo também direitos e obrigações. O regime jurídico estabelecido para os usuários do serviço público compõe-se além do direito administrativo, do Código de Defesa do Consumidor.

No âmbito do direito administrativo, o art. 7º da Lei 8987 trata dos direitos e obrigações jurídicas dos usuários, ou seja, do mesmo modo que possui direito a usufruir do serviço, possui o dever de aproveitá-lo sem prejudicar a utilização dos outros usuários.

Os direitos dos usuários coincidem com deveres do concessionário e poder concedente e são basicamente os seguintes: a) direito à obtenção de informações para defesa de interesses pessoais e coletivos; b) direito ao serviço adequado; c) direito de liberdade quanto à utilização do serviço público; d) direito de comunicar ao poder

concedente a existência de irregularidades; e) direito de comunicação de infrações praticadas pelo concessionário; f) direito de participação na elaboração das condições da outorga; g) direito de acompanhamento da licitação; h) direito de participação na atividade de regulamentação; i) direito de participação na atividade de fiscalização; j) direito de ser indenizado por danos configuradores de falhas do serviço.

O usuário é ainda titular de inúmeras obrigações perante o poder concedente e concessionário, e são elas: a) dever de remunerar o concessionário pela fruição do serviço; b) dever de fruição adequada do serviço; c) dever de urbanidade e respeito aos prestadores do serviço; d) dever de respeito à integridade dos bens aplicados à prestação do serviço.

O usuário do serviço responderá civilmente pelos danos derivados de atos ilícitos que venha a causar ao serviço público. Na condição de usuário, o sujeito deverá manter conduta que impeça a produção de danos a terceiros, dentre os quais se compreendem outros usuários, concessionário e poder concedente, podendo responder inclusive por danos morais caso venha a agir ilicitamente, além da possibilidade de responder administrativa e penalmente, quando for o caso.

Já no âmbito do Direito do Consumidor, sua aplicação nas relações oriundas das concessões é cabível nas lacunas do direito administrativo, desde que compatível com este, o que nem sempre é possível. Um exemplo da incompatibilidade entre direito do consumidor e direito público, citado por JUSTEN FILHO (2003) em sua obra, ocorre quando o concessionário não tem condições de manter a oferta inicialmente feita aos usuários devido a alterações exigidas pelo poder concedente; no direito do consumidor é obrigatório ao empresário manter a oferta realizada nas condições estabelecidas originalmente. Já em conformidade com o direito público, os serviços públicos têm como característica a mutabilidade, sendo que se alterando as condições estabelecidas inicialmente para a concessão, as condições ofertadas aos usuários também sofrerão alteração.

O direito do consumidor assegura ao usuário a defesa de seus direitos, porém o direito público visa a garantir o interesse público, por isso a aplicação do direito consumerista nas relações que envolvam serviços públicos não se farão da mesma forma que ocorre no âmbito da iniciativa privada. Compreensível a aplicação rígida do código de defesa do consumidor nas relações de consumo privadas, nas quais o empresário objetiva o lucro. Já na prestação do serviço público em que o principal objetivo deve ser a

satisfação do interesse público, o direito do consumidor deverá ser aplicado para evitar excessos e abusos do poder concedente e concessionária.

### 3. DO CONTRATO DE CONCESSÃO

Após ser selecionado o particular, através do processo de licitação, é firmado o contrato de concessão. Que, de acordo com o previsto no art.23 da Lei 8987 terá cláusulas essenciais, além da que estabelece os elementos da composição da equação econômico-financeira, sendo elas:

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

- I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;
- II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;
- III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;
- IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;
- V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;
- VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;
- VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;
- VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;
- IX - aos casos de extinção da concessão;
- X - aos bens reversíveis;
- XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;
- XII - às condições para prorrogação do contrato;
- XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;

XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e

XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais

Ainda se discute na doutrina se os contratos de concessão seriam contratos administrativos propriamente ditos ou se não teriam natureza jurídica contratual, entretanto, com relação às características concretas aplicáveis aos casos de concessão de serviço público não sofrem de discordância dos doutrinadores. Sobre o assunto, Justen Filho aborda-o da seguinte maneira:

(...) um dos tópicos do Direito Administrativo em que reina a discórdia é o da natureza jurídica dos chamados contratos administrativos, em especial das concessões de serviço público. As diversas correntes de opinião podem ser reconduzidas a três entendimentos básicos.

Há os que defendem a natureza contratual da concessão. Existem os antagonistas da tese contratualista. E a terceira posição reconhece natureza mista, afirmando que a concessão apresentaria estrutura complexa, parcialmente contratual e parcialmente regular. (JUSTEN FILHO – 2003, p.298)

A concessão formalizar-se-á com o contrato administrativo, que se configura como ato bilateral, porém numa situação diversa da presente nos contratos de direito privado, por não derivar da autonomia de vontade das partes. O administrador no exercício de sua função não age com autonomia de vontade, pois se encontra vinculado a requisitos formais que regem a administração pública.

### 3.1. PRAZO DA CONCESSÃO E SUA PRORROGAÇÃO

O contrato de concessão não pode em hipótese alguma ser um contrato por tempo indeterminado, conforme o art. 2º da Lei 8987/95, entretanto, esta lei não fixou prazos máximos para as concessões. Não cabe a aplicação da Lei 8666/93 de forma subsidiária, tendo em vista que a natureza das concessões exige a fixação de prazos maiores, os quais possibilitam a amortização dos investimentos realizados pelo concessionário. A Lei 9074/95 traz os prazos máximos para as concessões de geração e transmissão/distribuição de energia elétrica, que são para a primeira de 35 anos e para a segunda de 30 anos.

Uma das etapas mais importantes em uma concessão é a etapa do planejamento, durante a qual será elaborado estudo de viabilidade econômico-financeira da outorga, o que possibilitará a estipulação de um prazo adequado à amortização dos investimentos realizados pelo particular mais a obtenção de lucro razoável. Assim, o prazo da concessão deverá ser calculado de forma que os investimentos realizados sejam ressarcidos, tendo em vista que a tarifa paga pelos usuários deverá ser suficiente também para cobrir os custos da atividade, o valor pago ao poder concedente, quando for o caso, além do lucro do concessionário.

O prazo estabelecido no contrato será o estipulado no edital, porém isso não significa a impossibilidade do poder concedente vir a alterar posteriormente as condições do contrato, valendo-se de seus poderes exorbitantes. O prazo de concessão pode ser diminuído ou prorrogado.

A prorrogação do prazo de concessão de serviço público deverá estar prevista no edital e no contrato celebrado entre concessionário e poder concedente, conforme o art. 23, XIL da Lei 8987/95. As causas que justificam a prorrogação ocorrem quando o prazo inicialmente calculado não foi suficiente para suprir os gastos feitos pelo particular ou quando houver necessidade de continuação dos serviços.

Quando justificada a prorrogação pela necessidade da continuação dos serviços, deve-se atentar para a exclusão da parcela da tarifa referente à amortização dos investimentos, já que estes foram integralmente pagos no prazo inicial da concessão.

A segunda hipótese, quando o prazo foi insuficiente para garantir ao particular a amortização total dos gastos realizados, a prorrogação da concessão deverá ter como limite um novo prazo calculado para completar a amortização em andamento.

Segundo Antônio Carlos Cintra do Amaral:

Excepcionalmente, em determinados casos, a concessão poderá ser prorrogada na primeira hipótese (quando o valor dos investimentos já foi amortizado), tendo em vista “exigência de continuidade na prestação do serviço”, como prevê a lei paulista (Lei 7835/1992) no parágrafo único do art.10. No mesmo sentido o art. 99 da Lei federal 9472/1997 (Lei Geral das Telecomunicações). Nesse caso dever-se-á rever a tarifa, para expurgar a parcela correspondente à amortização já efetuada. (AMARAL – 2002, p.89)

Outra modalidade de alteração do prazo contratado ocorre não com o seu prolongamento, mas com a diminuição do prazo, através da encampação. Quando, no benefício do interesse público, o poder concedente entender ser a melhor alternativa a

retomada do serviço concedido, haverá a diminuição do prazo da concessão. Nesta hipótese, caso a amortização dos investimentos não tenha sido finalizada, caberá ao Estado o pagamento de indenização, para a garantia do equilíbrio econômico-financeiro. Sobre o assunto, Celso Antônio Bandeira de Mello diz o seguinte:

Ocorre, isto sim, que o prazo é (tal como a tarifa) um dos elementos que concorrem para a determinação do valor da equação econômico-financeira, uma vez que em função dele se estimam a amortização do capital investido pelo concessionário e as possibilidades de lucro que terá. Por isso, tanto como as demais disposições concernentes à prestação do serviço e tal como elas, também o prazo poderá ser modificado pelo concedente, extinguindo a concessão antes da fluência do período de duração inicialmente fixado, ressalvado ao concessionário simplesmente o direito de que lhe seja assegurada a manutenção da equação econômico-financeira pactuada. Como ela é expressável por um valor, respeitando este – que tem natureza contratual -, nada há que por, censurar ou reclamar do Estado. Em suma, aquilo a que o concessionário tem direito é à integralidade de um valor, cuja inteireza se perfaria em certo período: aquele que perceberia se mantida fosse a concessão até a conclusão normal do prazo estatuído. (MELLO – 2005, p.680)

Ainda na opinião de JUSTEN FILHO (2003), não há cabimento jurídico na prorrogação do prazo de uma concessão, pois isto feriria o princípio da isonomia. Uma vez que vencida a licitação para concessão, com prazo determinado, não há fundamento jurídico para que esse sujeito, unicamente por ter sido vencedor na licitação, permaneça com a concessão por um prazo superior ao inicialmente estipulado, a não ser que haja um justo motivo. Também não há cabimento econômico, pois o valor da tarifa é calculado para suprir os custos do empreendimento. Com o fim do prazo, esses custos já estarão cobertos, então a manutenção da tarifa inalterada não apresentará fundamento técnico-econômico, pedindo uma readequação dos cronogramas e valores, o que pressupõe uma outra concessão, a ser outorgada mediante nova licitação. A situação em que se justifica a aplicação da prorrogação de uma concessão é quando o poder concedente não cumpre com sua função de manter o equilíbrio econômico-financeiro durante a concessão.

### 3.2. REAJUSTE E REVISÃO DAS TARIFAS

A remuneração do concessionário pode ser proveniente de três fontes: das tarifas, de fontes paralelas e de fontes complementares de receitas, sendo que no ato de concessão é formulado termo que estabelece um equilíbrio entre os encargos do concessionário e a retribuição que irá receber, o chamado equilíbrio econômico-financeiro.

As fontes paralelas ou complementares, segundo MELLO (2005), são as mais variadas, por exemplo, o direito de exploração de áreas do subsolo ou contíguas à obra pública, para instalação de supermercados, postos de gasolina, loja, etc. e apresentam como finalidade favorecer a modicidade das tarifas.

As tarifas são a forma mais comum de retribuição pelos serviços prestados pelo concessionário, são cobradas dos usuários do serviço. A cobrança de tarifas não exclui as outras formas de receita.

A tarifa, como prevê o parágrafo 1º do art.6º da Lei 8987/95, deverá ser módica, ou seja, a menor tarifa possível de forma a possibilitar o acesso dos usuários ao serviço prestado sem oneração excessiva. O valor da tarifa será fixado na conclusão da licitação, pelo preço da proposta vencedora, e qualquer alteração deverá ser feita através de reajuste ou revisão das tarifas, seguindo as regras legais e as contidas no contrato de concessão.

De acordo com o previsto no art. 9º parágrafo 2º da Lei 8987/95, os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro. O mesmo artigo no parágrafo 3º prevê que também será caso de revisão das tarifas a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, ressalvados os impostos sobre a renda, podendo essa alteração ser para mais ou para menos. Ainda, segundo o mesmo artigo, no parágrafo 4º, quando ocorrer alteração unilateral do contrato por parte da Administração havendo alteração do equilíbrio econômico-financeiro, o mesmo deverá ser restabelecido pelo poder concedente. Portanto, havendo elevação substancial nos custos da concessionária, estes serão cobertos pela revisão das tarifas.

Sintetizando o raciocínio do art.6º da Lei das Concessões, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que:

Com esta mesma finalidade de proteção do equilíbrio econômico-financeiro, a lei estabelece que, após a apresentação da proposta feita pelo licitante a final investido na qualidade de concessionário, se houver alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais que

tenham impacto sobre ela (salvo os de impostos de renda), deverá ocorrer revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso (parágrafo 3º do art. 9º).

Assim, também, consoante já se anotou, toda alteração unilateral do contrato que afete dito equilíbrio exige sua concomitante restauração (art. 9º, parágrafo 4º). (MELLO – 2005, p.688)

A revisão das tarifas é um aumento do valor real destas, justificada por alterações nas condições inicialmente existentes, as quais podem estar previstas ou não no contrato. Ocorrendo tais alterações, o referido equilíbrio é afetado, sendo obrigação do poder concedente restabelecer este equilíbrio rompido. Com o surgimento do novo encargo, o serviço será mais oneroso para o concessionário, e uma vez comprovada a extensão dos efeitos da oneração, o particular repassará esse encargo aos usuários do serviço, através do aumento do valor da tarifa, mas não apenas a expressão numérica, e sim do valor real. Sobre a fixação da nova tarifa, Marçal Justen Filho expõe em sua obra o seguinte:

Nem edital nem contrato poderão frustrar indiretamente o direito de o concessionário obter a revisão das tarifas. Não é juridicamente admissível que se preveja um procedimento incompatível com o princípio da ampla defesa e do contraditório. Deverá dar-se oportunidade para o concessionário produzir provas e a decisão administrativa deverá ser motivada. Não se admite, enfim, que a decisão desvincule-se da avaliação da alteração da equação econômico-financeira e se funde em razões de conveniência, assim entendidas aquelas relativas aos interesses secundários. (JUSTEN FILHO – 2003, p.319)

E ao contrário da revisão, na qual o valor pago pelos usuários sofre um aumento real, há previsão legal para os reajustes das tarifas, que nada mais são do que a adaptação da expressão numérica cobrada com o real valor devido. O reajuste é devido quando ocorre a perda de valor da moeda, ou seja, o mesmo bem que antes se comprava, por um preço passa a custar mais do que antes.

A cláusula de reajuste, assim como a de revisão das tarifas, deverá constar no contrato de concessão, sendo de suma importância em épocas que a economia encontra-se altamente inflacionada, tendo em vista que uma concessão nunca terá um prazo muito curto. Como expõe AMARAL (2002, p.92), “qualquer que seja a modalidade adotada, a cláusula de reajuste tem por *função* evitar que o contrato venha a ter, na fase de execução, sua equação econômica rompida – ruptura, essa, decorrente de elevação dos custos.”

De acordo com o artigo 29, V, da Lei 8987/95, é função do poder concedente homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas, na forma da lei e do contrato. Portanto, uma vez devido o reajuste, cabe à Administração homologá-lo, porém, quando entender que é melhor para o interesse público a manutenção dos valores cobrados, poderá o poder concedente deixar de homologar o reajuste. Neste caso, a Administração ficará encarregada de reequilibrar a equação econômico-financeira perdida, através de indenização pela perda de receita decorrente da alteração contratual. Para JUSTEN FILHO (2003, p.407), “uma solução reside em indenizar o concessionário mediante pagamento de importância em dinheiro, de modo a compensá-lo pela ampliação de encargos ou redução de vantagens.”

Além da referida indenização, outra opção que pode ser adotada pelo poder concedente visando a assegurar a modicidade das tarifas é o subsídio. Nesta hipótese, o ente estatal assume parte do custeio do serviço público com recursos próprios, ou seja, com recursos de toda a Sociedade, deixando de ser custeado, o serviço, exclusivamente pelos efetivos usuários. A adoção desta medida frustra os objetivos da concessão de serviço público, porém não se confunde com a garantia de receita em favor do concessionário, é apenas a substituição do responsável pelo custeio do serviço, que deixa de ser o usuário e passa a ser o Estado.

Num contrato de concessão, a imutabilidade está no equilíbrio econômico-financeiro, e não nas tarifas. Estas sofrerão ajustes sempre que este equilíbrio seja alterado.

A fixação das tarifas é competência indelegável do poder concedente, sendo nula qualquer previsão, contratual ou legal, que atribua ao particular o poder de estabelecer os valores que serão cobrados dos usuários. Portanto, na revisão ou no reajuste das tarifas, as mesmas somente poderão ser alteradas mediante acolhimento pelo poder concedente. A única exceção ocorre nas concessões indiretas, em que o serviço é prestado por entidade da Administração Indireta, podendo receber competência para prestar o serviço e para fixar as tarifas referentes a este.

### 3.2.1 Manutenção do equilíbrio econômico-financeiro

Na contrato de concessão de serviço público, deverá ser fixado o valor da tarifa a ser cobrada dos usuários, este valor corresponde à soma das parcelas de lucro, custos da

atividade mais amortização dos investimentos. Durante o contrato, deverá ser mantido o equilíbrio entre esses valores, ou seja, o concessionário não poderá cobrar mais dos usuários do que o preestabelecido inicialmente, nem poderá receber menos.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello,

Há uma necessária relação ente os encargos fixados no ato concessivo e o lucro então ensejado ao concessionário. Uns e outro, segundo os termos compostos na época, como pesos distribuídos entre dois pratos de balança, fixam uma *igualdade de equilíbrio*. É este equilíbrio que o Estado não só não pode romper unilateralmente mas deve, ainda, procurar preservar. (MELLO, 2005, p.690)

Toda vez que o poder concedente agravar os encargos impostos ao particular, deverá recompor valores alterados, mantendo a proporcionalidade estabelecida contratualmente. Desta forma, a Administração pode modificar unilateralmente as obrigações do concessionário, porém deve haver um ressarcimento econômico quando isso ocorrer.

Contudo, somente é dever do Estado compensar o concessionário pelas sobrecargas causadas pela Administração, em favor do interesse público, pois a partir do momento em que o serviço é concedido, o particular passa a exercê-lo por sua conta e risco. Tais riscos, ou seja, os riscos da atividade econômica, não serão assegurados pelo Estado a menos que este seja o causador do obstáculo. Celso Antônio Bandeira de Mello cita os riscos que serão assumidos exclusivamente pelo Concessionário:

Os riscos que o concessionário deve suportar sozinho abrangem, além dos prejuízos que lhe resultem por atuar canhestamente, com ineficiência ou imperícia, aqueles outros derivados de eventual estimativa inexata quanto à captação ou manutenção da clientela de possíveis usuários, bem como, no caso de fontes alternativas de receita, os que advenham de uma frustrada expectativa no que concerne aos proveitos extraíveis de tais negócios. É dizer: não lhe caberia alimentar a pretensão de eximir-se aos riscos que todo empresário corre ao arrojar-se em empreendimentos econômicos, pois seu amparo não pode ir além do resguardo, já de si peculiar, conferido pelas proteções anteriormente mencionadas e cuja existência só é justificável por estar em causa vínculo no qual se substancia um interesse público. (MELLO – 2005, p.690)

Como visto anteriormente, as formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro são, a revisão das tarifas, o reajuste, a indenização e o subsídio,

além da redução dos encargos, alteração do prazo contratual e ampliação de benefícios externos à concessão.

A redução dos encargos é aplicável quando se atinge um limite no valor da tarifa, a qual, caso seja aumentada, reduzirá a utilização dos serviços por parte dos usuários, que não poderão mais arcar com os custos das tarifas. Consiste na redução dos encargos impostos ao concessionário, por exemplo, postergar-se a realização de investimentos preestabelecidos.

Já na alteração do prazo contratual, opta-se por postergar a amortização dos investimentos, prorrogando-se o prazo inicial da concessão. É alternativa admitida no hipótese de não ser possível alteração do valor das tarifas nem o pagamento de indenização com recursos provenientes dos cofres públicos.

Por fim, tem-se a ampliação dos benefícios externos à concessão, que segundo JUSTEN FILHO (2003, p.408), “diante da ausência de outras alternativas, poderia cogitar-se de outorgar ao concessionário o direito à exploração de novos empreendimentos, a partir dos quais seria possível extrair resultados orientados à recomposição da equação econômico-financeira.”

### 3.3. EXTINÇÃO DA CONCESSÃO

O art. 35 e ss. Da Lei 8987/95 dispõe sobre as modalidades de extinção de uma concessão, sendo seis as modalidades:

Art. 35. Extingue-se a concessão por:

I - advento do termo contratual;

II - encampação;

III - caducidade;

IV - rescisão;

V - anulação; e

VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

§ 1º Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.

§ 2º Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários.

§ 3º A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis.

§ 4º Nos casos previstos nos incisos I e II deste artigo, o poder concedente, antecipando-se à extinção da concessão, procederá aos levantamentos e avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida à concessionária, na forma dos arts. 36 e 37 desta Lei.

Na extinção de uma concessão, o poder público deverá imediatamente assumir a prestação do serviço, obedecendo ao princípio da continuidade do serviço público. Assumindo a atividade, o poder concedente deverá proceder ao levantamento dos bens, avaliações e liquidações necessárias. Na volta da Administração como titular da prestação do serviço, esta poderá ocupar as instalações e bens reversíveis. Sendo considerados bens reversíveis todos aqueles necessários à prestação do serviço, adquiridos pela concessionária ou mesmo os pertencentes ao Estado que estavam sob responsabilidade do particular.

Dado o caráter público do serviço, e sua importância, seria inadmissível a paralisação de sua prestação, por este motivo, o poder público como guardião do interesse da sociedade deverá proceder a reversão a fim de cumprir com o princípio da continuidade do serviço público e evitar danos a toda coletividade.

### 3.3.1 Advento do termo contratual

Com o fim do prazo estabelecido para a concessão, todos os investimentos feitos pelo particular já terão sido amortizados, conforme previsão feita na etapa de planejamento da concessão. Desta forma, findo o contrato não deverá restar nada mais a amortizar ou indenizar, sendo que a concessão estará extinta.

Ocorre que, por ser um contrato de longa duração, às vezes a previsão inicial de investimentos necessários não se concretiza, sendo necessários novos investimentos ao longo do contrato. Caso os investimentos não tenham sido amortizados no prazo previsto, o poder concedente terá duas alternativas, a prorrogação do prazo, hipótese em que deverá ser determinado novo prazo para a extinção da concessão, ou a aplicação de outra medida que possibilite a adequação da equação econômico-financeira e término imediato do contrato.

Com o fim da concessão, os bens do concessionário aplicados na prestação do serviço são integrados ao patrimônio do poder concedente, bem como os bens já pertencentes à administração que estavam sob responsabilidade do particular.

### 3.3.2 Encampação

Segundo o art.37 da Lei 8987/95, é a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização. Não pressupõe avaliação sobre a atuação do concessionário, pois o que se leva em consideração é o reconhecimento de que o serviço deveria ser prestado diretamente pelo Estado.

Esta hipótese de extinção possui dois pilares básicos, a motivação e a indenização. A alegação de que se está retomando o serviço unicamente baseada no interesse público não encontra fundamento. A motivação deverá ir além do simples termos “interesse público”, deverá expor os motivos que levam o administrador a entender adequado à satisfação do interesse público a retomada do serviço concedido.

A exigência de motivação para extinguir-se uma concessão por esta modalidade e a competência atribuída ao Poder Legislativo para determinar se deve ser aplicada a encampação, faz com que a legislação atual seja muito mais restrita do que a anterior. Segundo ALEXANDRINO e PAULO (2008, p.526), “verificamos que a Lei restringiu muitíssimo a possibilidade de encampação do serviço em relação à disciplina anterior do instituto. Atualmente, compete ao Poder Legislativo determinar a existência de interesse público superveniente e não ao Chefe do Poder Executivo”.

Já com relação ao pagamento da indenização, esta deverá ser prévia à encampação, com valor equivalente aos investimentos realizados pelo concessionário que não foram amortizados no período em que o particular era titular da prestação da atividade. A lei não fala sobre a forma de pagamento, porém, AMARAL (2002) cita em sua obra que é possível uma analogia com o instituto da desapropriação, previsto no art. 5º, XXIV da CF, segundo o qual, a indenização deverá ser paga em dinheiro.

Celso Antônio Bandeira de Mello cita como exemplo de extinção de concessão por via da encampação o seguinte:

Seria o caso, por exemplo, de extinção de serviço de transporte coletivo realizado através de ferrocarris elétricos urbanos (bondes), por outro meio, havido como mais adequado pelo Poder Público. Também serve de exemplo o caso histórico da extinção do serviço de iluminação pública a gás de rua pela iluminação elétrica. Nestas hipóteses, por não haver o concessionário dado causa ao ato extintivo, faz jus à

indenização pela antecipação do termo final da concessão. Note-se que tal sucede não porque o Poder Público seja inadimplente, uma vez que é direito seu, por razões fundadas de interesse público, extinguir a qualquer momento a concessão, mas porque a antecipação de seu encerramento, em relação ao prazo previsto, repercute diretamente sobre a equação econômico-financeira, a qual, como é lógico, é calculada em função de certo lapso de tempo. (MELLO – 2005, p.698)

Com efeito, na antecipação do fim da concessão, o poder concedente deverá compensar o concessionário com os valores dos investimentos que deixarão de ser amortizados por meio do pagamento de tarifas.

Como ressalta JUSTEN FILHO (2003), não se pode confundir encampação com desapropriação, que apesar de serem institutos semelhantes, diferenciam-se com relação ao objeto. Na encampação, o objeto é a relação entre poder concedente e concessionário, ou seja, a outorga realizada; já na desapropriação, o objeto é a propriedade sobre um determinado bem. A concessão não poderá ser expropriada por não ser objeto de propriedade do particular.

### 3.3.3 Caducidade

O art. 38 da Lei 8987/95 trata das hipóteses de decretação da caducidade de uma concessão:

Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

*§ 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:*

I - o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

II - a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;

III - a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;

IV - a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;

V - a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;

VI - a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e

VII - a concessionária for condenada em sentença transitada em julgado por sonegação de tributos, inclusive contribuições sociais.

§ 2º A declaração da caducidade da concessão deverá ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa.

§ 3º Não será instaurado processo administrativo de inadimplência antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais referidos no § 1º deste artigo, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais.

§ 4º Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo.

§ 5º A indenização de que trata o parágrafo anterior, será devida na forma do art. 36 desta Lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.

§ 6º Declarada a caducidade, não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária.

Assim, a caducidade decorre do inadimplemento ou adimplemento defeituoso do contrato por parte da concessionária, gerando o fim antecipado da concessão. Antes de ser declarada a caducidade, o poder concedente deverá comunicar a concessionária o descumprimento do contrato, para que providencie a correção das falhas. Caso, após o decurso do prazo concedido para regularização, a concessionária continue agindo de maneira irregular, deverá ser aberto processo administrativo, sendo assegurado à concessionária o direito à ampla defesa.

Diversamente da encampação, a caducidade não depende de autorização legislativa, unicamente do processo administrativo, sendo declarada por decreto, mediante cálculo da indenização que será paga posteriormente, já descontadas as multas e o valor dos danos causados pelo particular. Embora não seja condição para a declaração de caducidade, normalmente será precedida de intervenção, com o objetivo de assegurar a devida prestação do serviço.

É a inexecução total ou parcial que enseja a decretação da caducidade, porém o único caso em que o poder concedente estará obrigado a decretá-la ocorre quando, sem anuência do poder concedente, houver a transferência da concessão. Nos demais casos, ficará a critério do administrados a decretação ou não da caducidade da concessão. Para MELLO (2005), esta liberdade conferida ao poder concedente é descabida e injurídica, pois estando diante de uma falha gravíssima, o administrador não poderia fazer outra coisa

se não decretar a caducidade da concessão. Bem como, diante de uma pequena falha, tal providência seria demasiada.

#### 3.3.4 Rescisão

De iniciativa do concessionário, a rescisão revela-se como instituto oposto à caducidade, uma vez que é cabível quando o poder concedente não cumpre com seus deveres como parte no contrato de concessão. Porém, para rescindir a concessão, o particular deverá ingressar em juízo mediante ação específica com o objetivo de pôr fim ao contrato.

Devido ao princípio da continuidade, não pode o concessionário deixar de prestar o serviço, ou prestá-lo de forma inadequada até o julgamento final do processo, caso contrário, ficará sujeita a decretação de caducidade.

AMARAL (2002, p.104) cita que a legislação nacional é omissa com relação à indenização da concessionária no caso de rescisão, porém se tal indenização é devida inclusive na hipótese de caducidade, logicamente será devida na rescisão do contrato por culpa da Administração, devendo a sentença que decretar a rescisão também determinar o valor da indenização.

Caso a situação provocada pelo Estado comprometa a reputação da concessionária no mercado, poderá inclusive ingressar com ação para ser indenizada pelos danos morais sofridos, pelo abalo de sua imagem empresarial.

#### 3.3.5 Anulação

A anulação decorre de ilegalidade no processo de licitação ou formalização do contrato. Para alguns autores, não deveria nem ser classificada como modalidade de extinção do contrato de concessão, pois o ato viciado consiste em nulidade de pleno direito, não gerando qualquer efeito.

Entretanto, para autores que não entendem existir nulidades de pleno direito, no sentido que a norma/ato até ser declarado ilegal é válido, concordam com o legislador ao classificar a anulação como modalidade de extinção.

O processo de anulação equivale ao de qualquer outro ato administrativo viciado pela violação do Direito. Neste caso, não havendo má-fé, o particular será indenizado pelas despesas realizadas e caso já esteja prestando o serviço e os bens a ele necessários sejam revertidos, também haverá indenização pela parte não amortizada.

### 3.3.6 Falência ou extinção da concessionária

Ocorre quando a concessionária perde sua capacidade jurídica ou econômica. A concessão será extinta automaticamente no caso de decretação da falência do particular, ou no caso de sociedade individual quando o proprietário venha a falecer no período do contrato de concessão. A falência impossibilita a habilitação do licitante, e como quem não pode participar de licitação não pode dar seguimento ao contrato administrativo pendente, decretada a falência, a concessão é extinta.

### 3.3.7. Rescisão amigável ou Distrato

Embora não prevista em lei, é citada por autores como AMARAL (2002) como possibilidade de extinção de concessão por ato bilateral e consensual, segundo ele, apenas algumas precauções deverão ser tomadas:

Parece-me que o poder concedente deve tomar certas precauções: a) exigir uma motivação aceitável para o pedido de rescisão por parte da concessionária; b) verificar se é possível transferir para a nova concessionária o dever de indenizar a anterior; c) realizar licitações para a nova concessão e efetivá-la antes de rescindir a concessão anterior, a fim de assegurar a continuidade da prestação do serviço.

É possível, porém, que o dever de tomar essas precauções inviabilize, na prática, a rescisão amigável. Não convém esquecer que nessa hipótese, como em outras, há sempre a possibilidade de transferência do controle societário da concessionária, que pode alcançar, por outro meio, o mesmo objetivo visado pela proposta de rescisão amigável.

Na rescisão consensual, as questões referentes ao patrimônio necessário à prestação do serviço público serão resolvidas amigavelmente, caso não sejam desta forma resolvidas, caberá a aplicação das outras modalidades de rescisão.

### 3.3.8 Desaparecimento do Objeto

Outra modalidade de extinção consiste no desaparecimento do objeto da concessão, como exemplo citado na obra de JUSTEN FILHO (2003, p.617), caso existisse uma concessionária cujo serviço fosse a conservação de uma ponte, que fosse levada pelas águas em uma enchente. Não existiria mais o objeto, portanto não caberia mais a existência da concessão.

### 3.1.9 Força Maior

Por fim, temos a hipótese de extinção da concessão por motivos de força maior, ou seja, quando ocorrer um fato superveniente, alheio à vontade das partes e que impossibilite a continuidade da execução dos serviços pela concessionária. Por exemplo, no caso de uma guerra, quando a concessão seria extinta pela impossibilidade de continuar a prestação dos serviços. Neste caso, a concessão é extinta sem incumbir a qualquer das partes o dever de indenizar a outra.

## CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 determina alguns serviços como públicos, ou seja, determina que alguns serviços necessariamente serão prestados aos usuários pelo Estado ou por alguém escolhido por este para prestar o serviço. De forma que, o Estado sempre será o titular do serviço público, porém nos casos em que for mais conveniente ao interesse público, passará a titularidade da prestação do serviço para outrem, por meio de uma concessão.

A Concessão de serviço público foi prevista pelo legislador constitucional no art. 175, e regulamentada pelas Leis 8987/95 e 9074/95, sendo que a primeira, caracteriza-se como lei nacional, já a segunda contém em parte normas de caráter nacional e em parte normas aplicáveis às concessões de serviço público da União. Ambas as leis regem a licitação para concessão de serviço público e os contratos de concessão. Aplicando-se subsidiariamente a Lei 8666/93, no que não for conflitante com as leis que tratam especificamente da matéria.

No presente trabalho monográfico os conceitos de serviço público e concessão de serviço público foram apresentados no primeiro capítulo, no qual também se abordou os aspectos gerais da licitação aplicável às concessões de serviço público.

No tocante às licitações, estas se destinam a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e regem-se pelos princípios elencados na Lei 8987/95, que são os mesmos do art. 3º da Lei 8666/93, ou seja, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Com o objetivo de assegurar a escolha da melhor proposta para a Administração, a licitação para concessão pode ser realizada em duas modalidades, o leilão ou a concorrência. De acordo com as considerações apontadas neste trabalho, a escolha pela modalidade do leilão dá-se normalmente quando a Administração opta pelo tipo de licitação “melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas”, ou seja, quando a busca é pela melhor proposta para a “venda” da prestação do serviço público. A outra modalidade de licitação aplicável aos casos de concessão, é a

concorrência, forma mais adequada quando se pretende escolher a concessionária com melhores condições de prestação do serviço.

Independentemente da modalidade escolhida, toda licitação subdivide-se em fases, sendo que a etapa mais importante no processo para concessão de um serviço, é a etapa anterior à licitação, qual seja, a etapa do planejamento desta. É neste momento em que se verifica qual será o provável investimento realizado pelo particular e qual deverá ser o tempo para este investimento ser amortizado, determinado este prazo, este deverá ser o prazo para a concessão, cabendo ressaltar, que há casos em que se justifica uma prorrogação deste prazo. Após o planejamento, inicia-se a licitação propriamente dita, com o edital de publicação, o qual regerá todo o processo até o contrato de concessão. Após o lançamento do edital, inicia-se a fase de habilitação dos concorrentes, seguida pela fase de julgamento das propostas e após a escolha da proposta vencedora parte-se para a etapa da homologação do resultado com a adjudicação do objeto da licitação. Contudo, o ato de adjudicação não se confunde com a celebração do contrato propriamente dito, ele apenas garante ao vencedor, que quando a Administração for celebrar o contrato que tenha por objeto o mesmo da licitação realizada, o celebrará com o proponente vencedor.

No segundo capítulo abordou-se os aspectos de cada uma das partes envolvidas no contrato de concessão, ou seja, poder concedente, particular vencedor da licitação e usuários do serviço. A relação entre essas partes baseia-se em direitos e obrigações, de forma que os direitos de uma parte são deveres de outra.

O poder concedente atua como fiscalizador da concessão, sendo seu dever acompanhar a adequada prestação do serviço e, quando este não estiver sendo prestado da maneira correta, a Administração poderá intervir ou até mesmo extinguir a concessão. Por conseguinte, percebe-se que a principal obrigação do poder concedente é garantir aos usuários o melhor serviço possível. No lado oposto do contrato encontra-se o concessionário, que tem como principal dever a prestação do serviço nos termos estabelecidos no contrato e como principal garantia a preservação do equilíbrio econômico-financeiro estabelecido para a concessão. Relacionando-se com poder concedente e concessionária está o usuário, o qual possui como direitos tudo o que se define como deveres das outras partes do contrato e em contrapartida, aquele que usufrui do serviço deve manter conduta adequada, de forma que não inviabilize a prestação da atividade concedida.

Com efeito, no momento em que o contrato é firmado entre particular e poder concedente, forma-se em equilíbrio entre os encargos que serão suportados pelo concessionário e o que ele receberá como retribuição. Na defesa do interesse público, o Estado possui a prerrogativa de alterar as condições acordadas inicialmente, porém o particular não poderá ser prejudicado por essas alterações, sendo-lhe garantido que aumentando os encargos, os bônus pela prestação do serviço também serão incrementados.

As concessões têm como característica o longo prazo de duração, por isso não haveria cabimento em não ser permitida qualquer alteração no contrato, o que torna o conceito de equilíbrio econômico-financeiro tão importante para a compreensão do instituto da concessão. É esse equilíbrio que justifica o reajuste e a revisão das tarifas cobradas dos usuários e também a prorrogação do prazo da concessão em determinados casos.

Em síntese, quando o prazo estipulado para a concessão não for suficiente para cobrir os investimentos realizados pelo concessionário, a Administração terá duas alternativas para manter o equilíbrio econômico-financeiro, a prorrogação do prazo, ou o pagamento de indenização pelo que foi investido e não foi amortizado. Caberá indenização ao concessionário, também, nas hipóteses de interrupção da concessão antes do término do prazo. Percebe-se, assim, que o prestador do serviço concedido sempre terá assegurada a amortização pelos investimentos realizados, mesmo que seja posto um fim no contrato devido ao inadimplemento contratual por parte do particular, hipótese conhecida como caducidade. É evidente que nas demais hipóteses de extinção da concessão, em que não há culpa do concessionário, também haverá esse dever do Estado indenizar aquele pelos custos com a concessão.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 12 out. 2008.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm)>. Acesso em: 21 set. 2008.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9074cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9074cons.htm)>. Acesso em: 21 set. 2008.

CARLIN, Volnei Ivo. *Direito administrativo: doutrina, jurisprudência e direito comparado*. Florianópolis: OAB/SC, 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 9.ed. São Paulo : Atlas, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003

\_\_\_\_\_. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12.ed. São Paulo: Dialética, 2008.

MEDAUAR, Odete. *Mini coletânea de legislação administrativa*. Coleção RT Mini Códigos. 8.ed. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo brasileiro*. 19.ed. São Paulo: RT, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1973.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Germana de Oliveira (Org.). *Temas atuais de direito administrativo*. Fortaleza : ABC Fortaleza, 2000.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte : Del Rey, 1994.

SILVA, Edson Jacinto da. *Concessão e permissão no serviço público*. Leme: Mizuno, 2004

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005