

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**FACULDADE DE DIREITO**

**ROBERTO REZENDE AMARAL**

**O REGIME JURÍDICO DOS BENS VINCULADOS AO CONTRATO DE CONCESSÃO DE  
SERVIÇO PÚBLICO**

**CURITIBA**

**2014**

**ROBERTO REZENDE AMARAL**

**O REGIME JURÍDICO DOS BENS VINCULADOS AO CONTRATO DE CONCESSÃO DE  
SERVIÇO PÚBLICO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado pelo acadêmico Roberto Rezende Amaral como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no curso de graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Doutor Egon Bockmann  
Moreira

**CURITIBA**

**2014**

## AGRADECIMENTOS

Agradeço por primeiro aos meus pais: Roberto Luiz Zavarize do Amaral e Denise Aparecida de Matos Rezende do Amaral por serem meu porto seguro e de onde veio a motivação para tudo o que conquistei de bom. Pai, de quem herdei o hábito de sonhar alto e a força para levantar quando tudo parece perdido. Mãe, quem me ensinou a ser bom, a manter os pés no chão, que acreditar é o primeiro passo para tornar realidade, cujo amor me fez como sou.

À Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná que me serviu de segunda casa, me formou um cidadão crítico, lúcido e socialmente consciente. Onde vivi os anos mais importantes e intensos da minha vida, me ajudando a crescer como homem.

Aos amigos, que facilitaram meu caminho, das tantas experiências e sonhos que compartilhamos, outras quantas histórias protagonizamos e que me deram a força quando ela me faltou. Obrigado aos irmãos de convívio diário da República Cantagalo: Franguinights, Dogra e Tiagueira, cujas alcunhas remetem a Luis Alberto Hungaro, Douglas Aquino Fernandes e Tiago Coelho Oliveira.

A todos os demais que me fizeram melhor e mais feliz, que contribuíram de seu modo para enriquecer a minha vida com bons relacionamentos.

## RESUMO

A relação jurídica administrativa de concessão de um serviço público a um particular o constitui no *status* antes ocupado e ainda titularizado pelo Estado, assumindo além de sua posição hierárquica no sistema social, em relação à nova função, direitos, deveres, prerrogativas e ônus públicos, conjuntamente com a possibilidade de lucro. Neste contexto, pode-se observar, que os bens vinculados à concessão de serviço público formam um conjunto híbrido de bens, cujos regimes jurídicos se determinam conforme sua posição na escala de dominialidade, examinada e descrita oportunamente. Trata-se, portanto, de uma formação patrimonial constituída por uma relação jurídica contratual entre Administração Pública e pessoa pertencente da Iniciativa privada. Todo esse acervo constituído ou translado inclui os bens, parte do seu suporte material. Sobre esses bens recai, além do regime geral dos bens, o regime específico da concessão de serviço público.

**Palavras-chave:** Serviço público, concessão, contrato administrativo, bens públicos;

## RÉSUMÉ

La relation juridique administrative de délégation d'un service public à un membre de l'initiative privée le constitue chez le *status* avant et encore titrisées par l'État, en plus d'assumer sa position hiérarchique dans le système social, en ce qui concerne le nouveau rôle, les droits, devoirs, privilèges et charges publics, avec la possibilité d'un profit. Dans ce contexte, on peut observer que les biens liés à la concession de service public sont un ensemble hybride de biens, dont les régimes juridiques sont déterminées par leur position dans l'échelle de domaine, examiné et décrit au cours de cette monographie. Il est, donc, une formation patrimoniale constituée d'une relation juridique contractuelle entre l'Administration Publique et la personne appartenant de l'Initiative privée. Tout cet ensemble comprend les biens comme une partie de ce soutien matériel. Sur ces biens appliquent, ainsi que le régime général de la propriété, le régime spécifique de la concession de service public.

**Mots-clés:** Service public, délégation, contrat administratif, biens publics;

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>01</b>
<b>2 SERVIÇO PÚBLICO.....</b>	<b>02</b>
2.1 NOÇÃO CLÁSSICA.....	02
2.2 ENFRAQUECIMENTO DA NOÇÃO CLÁSSICA NO ESTADO FRANCÊS.....	07
2.3 RENOVAÇÃO DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	11
2.4 CARACTERÍSTICA CONTEMPORÂNEA E ESPECÍFICA DO SERVIÇO PÚBLICO BRASILEIRO.....	15
<b>3 CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO: A RELAÇÃO JURÍDICA ADMINISTRATIVA CONTRATUAL ENTRE PODER CONCEDENTE E CONCESSIONÁRIA.....</b>	<b>19</b>
3.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO.....	24
3.2 CONTORNOS JURÍDICOS DO CONTRATO DE CONCESSÃO: CARACTERIZAÇÃO .....	27
3.2.1 Formação.....	30
3.2.2. Conteúdo.....	32
3.2.3. Modificação e limitação da ação do Poder Concedente.....	36
3.3. SUPORTE MATERIAL À PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO PELO CONCESSIONÁRIO.....	39
<b>4. REGIME JURÍDICO DOS BENS VINCULADOS À CONCESSÃO.....</b>	<b>41</b>
4.1. DELIMITAÇÃO DOS REGIMES APLICÁVEIS.....	45
4.2. REGIME DE BENS NO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO..	50
4.3. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	53
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>54</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O que motiva a escolha do objeto deste trabalho é o desafio de enveredar no recando tortuoso do Direito Administrativo, que é o estudo da disciplina de seus bens, que por sua fertilidade para aprofundamento acadêmico e laconismo jurídico geram inúmeras dificuldades práticas.

O presente trabalho buscará examinar outros temas não menos polêmicos do Direito Administrativo como o serviço público e sua concessão. Sendo que o contrato administrativo de concessão de um serviço público a um particular será objeto chave do presente estudo, uma vez que disciplina especificamente o regime de bens da concessão, conjuntamente com o regime do estatuto jurídico pertinente.

Dentro desse cenário, os bens vinculados à concessão de serviço público poderão fazer parte do domínio público ou domínio privado, ser de propriedade do Estado ou do particular concessionário, ter a ele aplicado regime jurídico de direito público ou de direito privado. Além disso, podem ser enquadrados em classificações como: vinculados, afetados à prestação do serviço público, desafetados à prestação de serviço público, reversíveis, sendo indenizáveis ou não a depender do momento de extinção da concessão.

Portanto, é preciso que esteja bem definido o titular da propriedade desses bens e a afetação de suas funções ao serviço público, colocando-o dentro de uma escala de dominialidade identificadora dos diversos regimes a eles aplicáveis. A pretensão deste trabalho é, portanto, examinar esse complexo regime jurídico específico dos bens vinculados à concessão de serviço público.

Ainda, sua humilde e pretensa contribuição é a de adensar a nitidez dos contornos deste regime jurídico específico, considerado fator fundamental para garantir a segurança e estabilidade do projeto concessionário, uma vez que seus bens lhe servem de suporte material e viabiliza sua operacionalização. Será realizada, portanto, uma atividade de estudo da legislação sob lentes da mais autorizada doutrina, afunilando-se em uma construção dedutiva, partindo-se da concepção mais ampla, os serviços públicos, passando-se pelo instrumento de sua concessão, para, finalmente, atingir-se um ponto específico de sua estrutura, o regime jurídico dos bens vinculados a ela.

## 2. SERVIÇO PÚBLICO

### 2.1. NOÇÃO CLÁSSICA

A doutrina costuma conceber o aparecimento embrionário do termo serviço público no aresto do caso *Blanco* (1873), consolidando-se nas contribuições jurisprudenciais dos casos *Terrier* (1903), *Feutry* (1908) e *Thérond* (1910). Os julgamentos desses arestos resultaram na pacificação de que os danos decorrentes das atividades prestadas pelo poder público, chamadas então genericamente de serviços públicos, concernem à jurisdição administrativa.<sup>1</sup> Em seguida a *École du Service Publique* passa a tratá-lo como fundamento do Estado e do Direito Administrativo.<sup>2</sup>

A também conhecida como Escola de Bordeaux construiu um novo paradigma para a Teoria do Estado e para o Direito Administrativo: o serviço público. Forjada no seio do Estado francês do entre o final do século XIX e início do século XX, historicamente a terceira república; a noção clássica se constitui fundamentalmente do amálgama das teorias de DUGUIT e JÉZE fundindo o anterior emprego jurisprudencial da terminologia serviço público.

Observa-se que naquele contexto ainda fortemente liberal havia a necessidade de se justificar o poder público face aos governados, sendo insuficiente apenas o dogma da soberania do poder público.<sup>3</sup> Este, por sua vez, é refutado por

---

<sup>1</sup> CHEVALLIER, Jacques. **Droit du service public**. 9e édition. Paris: Presses Universitaires de France, 2012, p. 17-18.

<sup>2</sup> Afirma DUGUIT que: “La notion de service publique remplace le concept de souveraineté comme fondement du droit public”. E ainda: “(...)certaines obligations s’imposaient aux gouvernants envers les gouvernés et que l’accomplissement de ces devoirs était à la fois la conséquence et la justification de leur plus grande force. Cela est essentiellement la notion de service public.” (DUGUIT, Léon. **Les transformations du droit public**. Paris: Librairie Armand Colin, 1913, p. 33)

<sup>3</sup> CHEVALLIER, op. cit. p. 12. Original: “Cet État interventionniste et garant de la solidarité sociale se démarque profondément de l’État libéral classique: quittant sa position d’extériorité et de supériorité, l’État n’héte plus à se jeter dans l’arène et à intervenir activement dans le jeu social; son intervention est perçue aussi bien comme un facteur de développement que comme un moyen de préserver la



esta escola dado o asco pelos abusos de períodos anteriores de intensa ingerência estatal nas liberdades privadas.<sup>4</sup> Por esta razão, DUGUIT propõe fazê-la por meio da necessidade de observância pelos governantes<sup>5</sup> da obrigação imposta pelos governados, de que ofereçam prestações positivas que mantenham o liame social e satisfaçam necessidades coletivas.

“É preciso para Duguit garantir a subordinação jurídica do Estado afim de legitimar sua ação. Os atos dos governantes não se impõem aos governados pela força estatal, caso contrário tratar-se-ia de um direito subjetivo ordenado, mas pelo motivo da conformidade com o direito objetivo. Também não são impostas regulamentações econômicas ou morais, provenientes de uma norma jurídica, uma vez que ela faz parte da consciência do grupo social e que a repressão à sua violação é regulamentada. Esse poder de constrangimento do Estado não se legitima senão na mesma medida donde é fundado, no direito objetivo. Estes são os fundamentos do positivismo sociológico de Duguit”<sup>6</sup>

Dado o contexto histórico-social francês do início do século passado, de desenvolvimento industrial e tecnológico, tornaram-se insuficientes os direitos de primeira dimensão, negativos à intervenção na liberdade privada como legitimadores da atuação estatal, fazendo com que os de segunda dimensão, prestações positivas dos Estado, justificassem a presença magnânima do poder público. Desta forma, a

paix civile. La théorie traditionnelle de l'État, fondée sur l'idée de "*puissance*", de "*souveraineté*", est évidemment incapable de rendre compte de cette évolution: l'État se présente en effet, désormais, mais sous la forme de manifestations d'autorité que comme un prestataire de services, dont l'objectif est de satisfaire le mieux possible les besoins du public; la doctrine du service public va venir colmater ces brèches, en reconstruisant la théorie de l'État sur des bases nouvelles, qui répondent parallèlement au besoin de fondation du droit public.”

<sup>4</sup> Ressalvas ao pensamento de MAURICE HAURIOU que refuta a colocação da noção de serviço público como pedra angular do Estado e do Direito Administrativo. Considera o autor que o poder público, se é que se pode traduzir *puissance public* dessa forma, o poder da Administração de garantir a segurança interna e externa do território e dos cidadãos, bem como garantir o cumprimento da lei é, este sim, o fundamento do Estado. Os serviços públicos são prestados em decorrência do poder do Estado. Sem com isso negá-los como sistema de legitimação do Estado e de sua atuação. Sobre o posicionamento de HAURIOU, JACQUES CHEVALLIER: “ Il ne s'agit pas d'éliminer la puissance publique, qui est le signe distinctif et le véritable fondement du pouvoir administratif; mais il faut tenir compte du fait que cette puissance a été canalisée vers le service public.” (CHEVALLIER, Jacques. **Droit du service public**. 9e édition. Paris: Presses Universitaires de France, 2012, p. 37)

<sup>5</sup> A dualidade governantes/governados é trazida e emprestada da obra de DUGUIT.

<sup>6</sup> VALETTE, Jean-Paul. **Le service public à la française**. Paris: Ellipses, 2000. p. 33. Tradução livre. Original: “Il faut pour Duguit assurer la subordination juridique de l'État afin de légitimer son action. Les actes des gouvernements ne s'imposent pas aux gouvernés par la force de l'État, sinon ce s'était un droit subjectif de commandement, mais parce qu'ils sont conformes au droit objectif. Aussi une réglementation économique ou morale devient une norme juridique dès lors qu'elle appartient à la conscience du group social et que la répression de sa violation est organisée. Ce pouvoir de contrainte de l'État n'est légitime que dans la mesure où il est fondé sur le droit objectif. Tels sont les fondements du positivisme sociologique de Duguit.”

noção formulada para os serviços prestados pelos governantes, direitos subjetivos dos governados, surge como novo fundamento paradigmático. O contrato social ganha, portanto, um novo objeto, o dever prestacional<sup>7</sup>.

Para DUGUIT o serviço público é a própria atuação do Estado de Direito, uma vez que o concebe como fundamento e limite<sup>8</sup>. Explica-se: o Estado possuidor da função de coesão social tem o dever de prestar serviços públicos para manter hígido o liame, sendo que esta função prestacional lhe dá razão de ser; a regulamentação da atividade estatal, por sua vez, é a limitação do seu poder de Império. Trata-se portanto, conforme o doutrinador, da generalidade de funções do Estado.

DUGUIT coloca a noção de serviço público como sendo:

“(...) toda atividade cuja realização deve ser regulamentada, garantida e controlada pelos governantes, por que indispensável à realização e desenvolvimento da interdependência social e que é de tal natureza que não pode ser garantido completamente a não ser pela intervenção da força governante.”<sup>9</sup>

Destarte, DUGUIT constrói a noção de serviço público como fundamento do Estado, dando grande enfoque em seu aspecto funcional: a persecução do interesse público por meio da atuação positiva prestacional. Respalda sua teoria na necessidade pública e na função quase paternalista de que cabe ao poder público satisfazê-la, mantendo a sociedade agregada. Este viés sociológico de DUGUIT

---

<sup>7</sup> DUGUIT, Léon. **Les transformations du droit public**. Paris: Librairie Armand Colin, 1913, p. 46. Originalmente: “Il existe donc une correspondance intime entre la possession de la puissance et l’obligation d’accopir certaines activités, de rendre certains services. Cette correspondance toujours sentie est comprise calirement et voulue fortement par l’homme moderne. Cela suffit pour fonder l’obligation juridique des gouvernants. Il n’y a pas aujourd’hui, dans le monde civilisé, un seul esprit que ne soit profondément pénétré de cette idée que tous ceux qui détiennent le pouvoir à um titre quelconque, empereurs, rois, présidents de la republique, ministres, palements, lé détiennent non pour leur profit, mais pour celui des gouvernés; et l’idée a tellement de force que tous les détenteurs du pouvoir le repetente à l’envi, alors même qu’em fait ils tâchent à retirer le plus de bénéfice possible de leur situation.”

<sup>8</sup> CHEVALLIER, Jacques. **Droit du service public**. 9e édition. Paris: Presses Universitaires de France, 2012, p. 22-23. Explicando o pensamento de DUGUIT: “Le service public constitue donc à la fois le *fondement et la limite du pouvoir des gouvernants; la puissance des gouvernants est justifiée par la necessite de satisfaire les besoins collectifs du public; mais ele ne saurait aller au-delà de ce qu’admet et exige la conscience sociale*”

<sup>9</sup> Ibid., p. 51. Tradução livre. Original: “(...) c’est tout activité dont l’accomplissement doit être réglé, assuré et contrôlé par les gouvernants, parce qu’il est indispensable à la réalisation et au développement de l’interdépendence sociale et qu’il est de telle nature qu’il ne peut être assuré complètement que par l’intervention de la force gouvernante.”

ensejou a crítica de GASTON JÈZE, dando à noção de serviço público uma configuração mais jurídica.

JÈZE propõe, adicionalmente, a noção de serviço público como pedra angular do direito administrativo, colocando-o como fundamento deste regime.<sup>10</sup> A aplicação de um regime normativo derogatório do direito comum ou privado se justificava pelos fins sociais da ação da administração pública. Sendo assim, a noção de serviço público se constituiu como elemento básico para construção de todo o sistema jurídico-administrativo, construindo-se, desta forma, as grandes noções do direito público: como “agentes públicos” as pessoas incumbidas à prestação do serviço público, como “obra pública” aquela realizada visando a um serviço público, quanto à “responsabilidade da administração” aquela que repara os danos causados no cumprimento do serviço público.<sup>11</sup>

Complementarmente, JÈZE estabelece que serviço público é aquele prestado pelo Estado em regime jurídico publicístico. Portanto, concebe os serviços públicos como aqueles assumidos pelo Estado, positivamente, negando ser a essencialidade do serviço que o define como pertencente a esta categoria. O que confere a ele a classificação é o conjunto de normas que a ele se aplicam. Nesse sentido, a prestação pelo Estado de determinada atividade atrai regras derogatórias do regime privado e constitui uma nova espécie de serviços.<sup>12</sup>

Sendo assim, a noção clássica de serviço público se constitui de elementos subjetivos ou orgânicos (titularidade estatal), materiais (regime de Direito Público) e

---

<sup>10</sup> JÈZE, Gaston. **Les Principes Généreaux du Droit Administratif**. Apud. CHEVALLIER, Jacques. **Droit du service public**. 9e édition. Paris: Presses Universitaires de France, 2012, p. 18.

<sup>11</sup> CHEVALLIER, Jacques. **Droit du service public**. 9e édition. Paris: Presses Universitaires de France, 2012, p. 18-19.

<sup>12</sup> JÈZE, Gaston. **Les Principes Généreaux du Droit Administratif**. Paris: M. Girard & E. Brière Libraires-Éditeurs, 1914. p. 241-243 e 247. Apud. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 87. “Ao exercer suas funções, seja com exclusividade, seja concomitantemente com particulares, o Estado pode valer-se de mecanismos de Direito Privado, utilizados pelos particulares em geral, quando eles atenderem ao interesse público; ou adotar mecanismos de direito público. Para GASTON JÈZE, apenas <<nessa hipótese há serviço público, ou seja, para satisfazer regular e continuamente determinada categoria de necessidades de interesse público, há um regime jurídico especial, que sempre pode ser modificado pelas leis e pelos regulamentos. Todas as vezes que se está diante de um serviço público propriamente dito, se constata a existência de regras jurídicas especiais, que têm por objeto facilitar o funcionamento regular e contínuo do serviço público, de dar a mais rápida e completa possível satisfação às necessidades de interesse público; e essas regras, justamente por essas razões, são modificáveis a qualquer instante (...). Em suma, o serviço público é um mecanismo – e não apenas o único mecanismo – para satisfação de necessidades de interesse público, o que significa que teorias e regras especiais são aplicáveis, que há um regime jurídico especial, regime jurídico esse que é legal e regulamentar>>.”

funcionais (atendimento ao interesse público). Como bem sintetiza JACQUES CHEVALLIER:

“O serviço público é portanto uma noção complexa, na qual se misturam de maneira indiscernível, indissociável e indissolúvel o real e o mito, soldados pelo cimento do direito. A noção de serviço público aparece assim na França, como viga mestra, a verdadeira pedra angular da construção estatal: é ela que permite a demarcação do campo estatal por ele próprio, fazendo uma linha divisória entre público e privado, mas também integrar os diferentes elementos da teoria do Estado, os fundindo em um amálgama de estranha alquimia, em um conjunto conceitual unificado e coerente.”<sup>13</sup>

Destarte, a noção clássica de serviço público pode ser apresentada como: uma atividade de interesse geral, cuja titularidade da prestação, organização e controle são tomadas pela administração. Sob o prisma filosófico-político-sociológico de DUGUIT, serviço público é o fundamento e o limite do poder público dos governantes, justificando-se pela necessidade de satisfação de necessidades coletivas para manutenção do liame social. Os serviços públicos não seriam criados, mas apreendidos pela administração, identificando a necessidade pública meio ao interesse geral, para manutenção da coesão social.

Sob a ótica de cunho jurídico de JÈZE, serviço público é a explicação geral do regime jurídico administrativo. Para este doutrinador, a prestação de serviço público é aquela que se dá em regime especial derogatório do direito comum. São serviços públicos aqueles provenientes do interesse geral, que os governantes de um determinado país, em um determinado momento, decidirem por satisfazê-los por meio do aparelho estatal. Desta forma, a noção de serviço público origina da criação legislativa.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> CHEVALLIER, Jacques. **Droit du service public**. 9e édition. Paris: Presses Universitaires de France, 2012, p. 5. Tradução livre, Originalmente: “Le service public est donc une *notion complexe*, dans laquelle se mélangent de manière indiscernable, indissociable et indissoluble le réel et le mythe, soudés par le ciment du droit. La notion de service public apparaît ainsi, en France, comme la pièce maîtresse, la véritable *clef de voûte de la construction étatique*: c’est elle qui permet de *clôturer l’espace étatique sur lui-même*, em traçant une ligne ferme de démarcation entre public et privé, mais aussi d’intégrer les différents éléments de la théorie de l’État, en les amalgamant, par une étrange alchimie, dans un ensemble conceptuel unifié et cohérent”

<sup>14</sup> VALETTE, Jean-Paul. **Le service public à la française**. Paris: Ellipses, 2000. p. 35. Tradução livre: “Os serviços públicos não existem, segundo Jèze, senão que pela vontade dos poderes públicos, particularmente do legislativo. Original: “Les services publics n’existent selon Jèze que par la volonté des pouvoirs publics, et tout particulièrement du législateur.”

A noção clássica aflorou no contexto de momentânea incapacidade da iniciativa privada de suprir as demandas de interesse público daquele período, que por sua dimensão e complexidade não eram exequíveis a não ser que por meio do aparelho administrativo, restando então ao Estado a possibilidade de tomar para si a responsabilidade por sua satisfação. Por esse motivo, as atividades de cunho essencial, cuja medida é restrita ao seu contexto histórico, foram paulatinamente absorvidas pela máquina pública, ganhando contornos jurídicos especiais que concretizam sua apropriação (entre eles os serviços de transporte público e caminhos de ferro, gás, eletricidade, mas também munição, motores e mesmo a produção de fumo).

“Destarte, Jèze e seus discípulos ligaram indissolivelmente três elementos do serviço público: a presença de uma pessoa pública que gere a missão diretamente ou a concede (critério orgânico), o objetivo perseguido deve ser o do interesse geral (critério funcional), e, finalmente, o serviço público como critério de competência da jurisdição administrativa (critério material). A definição do serviço público pela Escola se torna por vezes uma noção doutrinária e um critério jurisprudencial de reconhecimento da competência do Conselho de Estado.”<sup>15</sup>

Desta forma, VALETTE bem sintetiza o que se trata por noção jurídica clássica, em exposição da noção de serviço público de GASTON JÈZE. Vê-se, todavia, que o mais marcante desta construção é a centralidade que a noção ganhou na estrutura do direito público e do próprio Estado, devido ao aumento da complexidade e dimensão das necessidades coletivas e a impossibilidade de sua satisfação (naquele momento histórico) senão pela via estatal.

## 2.2. ENFRAQUECIMENTO DA NOÇÃO CLÁSSICA NO ESTADO FRANCÊS

---

<sup>15</sup> VALETTE, Jean-Paul. **Le service public à la française**. Paris: Ellipses, 2000. p. 36. Tradução Livre. Original: “En effet, Jèze et ses disciples ont indissolublement lié trois éléments du service public: la présence d’une personne publique qui gère la mission en régie ou la concède (critère organique), le bur poursuivi qui doit être celui de l’intérêt general (critère fonctionnel), et, enfin, le service public comme critère de compétence du juge administratif (critère matériel). La définition du service public par l’École devint à la fois une notion doctrinale et um critère jurisprudentiel de reconnaissance de la compétence du Conseil d’État.”

O mito deste Estado de suficiência onipresente, infalibilidade na prestação e superioridade face à iniciativa privada gerou o aumento na demanda por sua intervenção, o que, por sua vez, alimentava a Administração pública a expandir sua atuação, criando novos serviços públicos.<sup>16</sup> Trata-se de uma lógica sistêmica autopoiética, segundo a qual a intensa absorção de serviços demonstrava uma capacidade ilimitada para a satisfação de necessidades sociais, o que, por sua vez, impulsionava a demanda por maior atuação positiva da máquina pública.

A condição de elemento central dada ao serviço público, aliada à apropriação pelo Estado de um sem número de atividades, estendendo sua atuação sobre diversos setores da economia, incluindo setores industriais e comerciais, contribuiu para a edificação do mito. Emergiu um novo modelo de sociedade, cuja atuação positiva da Administração na prestação de serviços públicos solidificava as fundações de um Estado forte, capaz de gerir, controlar e regulamentar todas as necessidades e vicissitudes sociais.

A consolidação deste modelo de Administração de conotação mítica se deu com a sobreposição da atuação pública sobre a iniciativa privada. Esse panorama propiciou ao Estado (apreciado até este momento o Estado Francês) difundir sua participação na economia de modo a construir um instável castelo de cartas da máquina pública, cujo enfraquecimento estava fadado. Foi a hipertrofia daquele estado social e o contínuo aumento da complexidade das necessidades coletivas que começaram a abalar a configuração do modelo de estado-providência. As cartas começaram a sucumbir em sucessivas crises da noção clássica do serviço público meio aos sopros dos ventos neoliberais.

---

<sup>16</sup> CHEVALLIER, Jacques. **Droit du service public**. 9e édition. Paris: Presses Universitaires de France, 2012, p. 5-6. Originalmente: "Cette place centrale occupée par le service public dans l'imaginaire collectif a été progressivement conquise. Jusqu'à la fin du XIX siècle, si la notion n'est pas inconue, elle n'a qu'une importance limitée, dans les analyses juridiques comme dans les discours politiques. Ce sont les juristes comme dans les discours politiques. Ce sont les juristes qui lui donneront, à l'aube du XX siècle, tout son importance, en l'utilisant pour répondre au besoin de fondation du droit public. La notion s'enrichira par la suite d'autres significations, en devenant emblématique d'un véritable modèle de société. Une fois mise en place, cette <<machinerie conceptuelle>> constituera un puissant moteur d'expansion étatique: l'extension de la gestion publique, imposée par la défaillance des mécanismes de régulation économique et sociale, a contribué à dorger le mythe d'un État capable d'avoir réponse à tout; et la propagation de ce mythe a alimenté en retour une demande croissante d'interventionnisme, justifiant la création de nouveaux services publics. Sur le socle de croyances ainsi constitué s'est édifié un État fort, doté d'une identité nettement affirmée et érigé en moteur d'intégration sociale."

“Os sinais da influência do serviço público sobre a sociedade do século XX são numerosos. Desde a Primeira Guerra mundial as intervenções econômicas e sociais dos poderes públicos progrediram. O Conselho de Estado se aproveita do fato para formular a distinção dos serviços públicos administrativos e dos serviços públicos industriais e comerciais. Portanto, a jurisprudência do Conselho de Estado opera sob a 5ª República uma distinção entre os serviços públicos constitucionais e os serviços públicos não constitucionais.

Da Primeira Guerra mundial até as vésperas das eleições legislativas de março de 1986, o progresso do serviço público francês é evidente. Em seguida, um vasto movimento de privatização reduziu parcela do setor público, embora as técnicas de associação das pessoas privadas ao serviço público e a ação econômica e social dos poderes públicos não regrediram.”<sup>17</sup>

Pode-se citar a crise do critério material do serviço público que é, para RENAN LE MESTRE, proporcionada pela “*gestão direta dos serviços públicos industriais e comerciais pelas pessoas jurídicas de direito público*”.<sup>18</sup> Esta seara de atuação colocava em xeque o elemento distintivo do serviço público, a atuação sob regime de direito público. Naqueles casos o Estado se coloca na condição de particular, abdicando das prerrogativas do regime exorbitante de direito público. A diversificação das atividades da Administração enfraqueceu a noção clássica ao relativizar o seu elemento material, a atuação sob regime derogatório do direito privado, praticando então uma “gestão privada de serviço público”, prática incoerente com a noção clássica.

Aponta-se ainda, a crise do critério orgânico, identificada por MESTRE como a “*execução dos serviços públicos da administração por pessoas jurídicas de direito privado*”.<sup>19</sup> Mais uma vez, a noção clássica resta fragilizada pela superação prática e jurisprudencial de elementos cristalizados na doutrina, como por exemplo a prestação do serviço por pessoas jurídicas de direito público sob regime exclusivo de direito público.

---

<sup>17</sup> VALETTE, Jean-Paul. **Le service public à la française**. Paris: Ellipses, 2000. p. 37. Tradução livre. Original: “Les signes de l’emprise du service public sur la société du XX siècle sont nombreux. Dès la Première Guerre mondiale les intervention économiques et sociales des pouvoirs publics progressent. Le Conseil d’État en profite pour poser le principe d’une distinction des services publics administratifs et des services publics industriels et commerciaux. Puis la jurisprudence du Conseil constitutionnel opère sous la V République une distinction entre les services publics constitutionnels et les services publics non constitutionnels.

De la Première Guerre mondiale à la veille de la cohabitation au sein du pouvoir exécutif après les élections législatives de mars de 1986 l’essor du service public français est manifeste. Par la suite un large mouvement de privatisation réduit la part du secteur public, quoique les techniques d’association des personnes privées au service public et l’action économique et sociale des pouvoirs publics ne régressent pas.”

<sup>18</sup> MESTRE, Renan Le. **Droit du service public**. Paris: Gualino éditeur, 2003. p. 34.

<sup>19</sup> Ibid. p. 35.

JACQUES CHEVALLIER, por sua vez, unifica essa dupla crise apontada por MESTRE como a perda de “substância jurídica”<sup>20</sup> da noção clássica e elenca outros fatores de enfraquecimento do considerado mito. Entre eles a “ineficácia da gestão pública” que repercutiu em diversificadas críticas construtivas e destrutivas, objetivando seja a melhora das técnicas da prestação administrativa e o desenvolvimento da capacidade de renovação, seja a mácula da noção por apontamentos de inferioridade intrínseca da gestão pública pela rigidez de seu regime, que evidencia a “incapacidade de reformulação”<sup>21</sup>.

Essencialmente a segunda esteira de críticas, que ressoam ainda nos dias de hoje, denunciaram a crise de performance, postulando que os baixos rendimento e produtividade resultam do “*não conhecimento do lucro e da concorrência*”<sup>22</sup>. Nesse sentido CHEVALLIER conclui:

“O dogma da superioridade da gestão pública é sucedido assim pela exaltação sem reservas das virtudes da iniciativa privada. Mas, sobretudo, não somente as performances técnicas e econômicas dos serviços públicos que são julgados insuficientes, mas sua própria eficácia social que é posta em questão: longe de atingir os objetivos que lhes são atribuídos, os serviços públicos engendram, contrariamente, uma série de efeitos contrários às finalidades de sua instituição.”<sup>23</sup>

Esse processo de enfraquecimento da noção clássica de serviço público lhe impôs uma reformulação, buscando um contorno melhor definido, visando a delimitar a atuação prestacional do Estado e dar-lhe uma definição jurídica estável.

“Após esta dupla crise, a imagem do serviço público e seu alcance restaram consideravelmente embaralhados. Não mais, de fato, sendo possível defini-lo validamente ao referir-se somente ao regime exorbitante que lhe é aplicado (partindo do fato de repasse de serviços públicos à gestão privada), também não pela exclusividade da identidade pública do organismo responsável por sua execução (dada a existência de pessoas

---

<sup>20</sup> CHEVALLIER, Jacques. **Droit du service public**. 9e édition. Paris: Presses Universitaires de France, 2012, p. 46.

<sup>21</sup> CHEVALLIER, Jacques. **Droit du service public**. 9e édition. Paris: Presses Universitaires de France, 2012, p. 43.

<sup>22</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>23</sup> Ibid., p. 43-44. Tradução livre. Original: “Au dogme de la supériorité de la gestion publique succède ainsi l’exaltation sans réserve des vertus de l’initiative privée. Mais, surtout, ce ne sont plus seulement les performances techniques et économiques des services publics qui sont jugées insuffisantes mais leur efficacité sociale même qui est mise en doute: loin d’atteindre les objectifs qui leur sont assignés, les services publics engendreraient au contraire une série d’effets pervers par rapport aux finalités de leur institution.”



privadas, titulares de serviço público e capazes de editarem atos administrativos). Devemos então, na tentativa de delimitar a noção, integrarmos, de maneira cumulativa, três índices: uma pessoa pública (à origem da criação e da organização da atividade, não exercendo, necessariamente, ela mesma), um regime exorbitante (mais ou menos pronunciado conforme o objeto, se administrativo ou industrial e comercial envolvido e conforme a natureza jurídica, se pública ou privada, do gestor, sabendo-se que todos os serviços públicos devem respeitar um núcleo duro de regras exorbitantes de funcionamento que garantam à população, em nome do interesse público, a satisfação de suas necessidades essenciais)<sup>24</sup>.

### 2.3. RENOVAÇÃO DA NOÇÃO SERVIÇO PÚBLICO

Sendo assim, resultante das diversas crises da noção clássica do serviço público, caminhou-se para uma reformulação não só da noção, mas também do próprio Estado. O Estado-providência, pretendente promotor da satisfação direta de todas as necessidades coletivas, revelou-se insuficiente, incapaz de fazê-lo sem a participação da iniciativa privada. Desenvolveu-se, para tanto, técnicas associativas entre Administração e particulares, ao exemplo das delegações de serviço público, para persecução eficiente do interesse público:

“Os sinais da influência do serviço público sobre a sociedade do século XX são numerosos. Desde a Primeira Guerra mundial até as vésperas das eleições legislativas de março de 1986, o progresso do serviço público é manifesto. Em seguida, um intenso movimento de privatização enxugou o setor público; todavia não tomaram o mesmo caminho as técnicas de

---

<sup>24</sup> MESTRE, Renan Le. **Droit du service public**. Paris: Gualino éditeur, 2003. p 36. Tradução livre. Original: “À l’issue de cette double crise, l’image du service public et sa portée sont considérablement brouillées. On ne peut plus, en effet, valablement le définir en se référant seulement au régime exorbitant qui lui est applicable (du fait de la reconnaissance de services publics à gestion privée), pas plus qu’à la seule identité publique de l’organisme chargé de son exécution (en raison de l’existence de personnes privées, titulaires d’un service public, capables d’édicter des actes administratifs). On doit alors, pour essayer de cerner la notion, intégrer, de façon cumulative, trois indices: une personne publique (à l’origine de la création et de l’organisation de l’activité, mais ne l’exerçant pas nécessairement elle-même), un régime exorbitant (plus ou moins prononcé selon l’objet administratif ou industriel et commercial en cause et selon la nature juridique publique ou privée du gestionnaire, sachant que tous les services publics doivent respecter un noyau dur de règles exorbitantes de fonctionnement, garantissant à la population, au nom de l’intérêt général, la satisfaction de ses besoins essentiels).”

associação das pessoas privadas ao serviço público, não tendo regredido também a atuação econômica e social dos poderes públicos.”<sup>25</sup>

Ainda, a iniciativa privada passou a demonstrar-se capaz de atuar no lugar da Administração em atividades de satisfação de necessidades coletivas, reduzindo a imprescindibilidade da intervenção estatal. Desta forma, o contexto econômico-social e a hipertrofia da máquina pública alarmaram a necessidade de redução da participação do Estado na economia. Substituiu-se, portanto, parte da prestação direta de serviços públicos por sua delegação aos particulares ou prestação conjunta e procedeu-se à retirada do poder público do âmbito de outras atividades como as industriais e comerciais. Esse processo se concretizou por meio de privatizações, priorizando-se a sua execução pela iniciativa privada.<sup>26</sup>

Desta forma, a prestação de serviço público diretamente pelo Estado se restringiu a atividades essenciais, atividades que exigem investimentos de grande vulto ou outras que somente podem ser prestadas se monopolizadas. A retirada da Administração de grande parte das atividades deu à iniciativa privada uma nova posição de protagonista na economia, restando ao poder público um papel de fundo, não menos importante, de gerenciador dos serviços públicos, regulador das atividades privadas e interventor pontual na ordem econômica, como modo mais eficiente para garantir a consecução do interesse público.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> VALETTE, Jean-Paul. **Le service public à la française**. Paris: Ellipses, 2000. p. 36. Tradução Livre. Original: “Les signes de l’emprise du service public sur la société du XX siècle sont nombreux. Dès la Première Guerre mondiale à la veille de la cohabitation au sein du pouvoir exécutif après les élections législatives de mars de 1986 l’essor du service public français est manifeste. Par la suite un large mouvement de privatisation réduit la part du secteur public, quoique les techniques d’association des personnes privées au service public et l’action économique et sociale des pouvoirs publics ne régressent pas.” (p. 37)

<sup>26</sup> Ibid. p. 40. Jean-Paul VALETTE apresenta uma síntese histórica do processo de reformulação do modelo estatal na França: “Depuis 1986 (loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d’application des privatisations) aucun programme de nationalisation n’a été envisagé. Les alternances politiques de 1988, 1993, 1997, ont limité le débat soit au status quo sur l’étendue du secteur public (1988), soit à la reprise du programme de privatisation avec vigueur (1993) (Loi n° 93-923 du 19 juillet 1993) ou de manière plus atténuée (1997). On pourrait en conclure au recul de l’interventionnisme des pouvoirs publics. La réalité est plus nuancée. Depuis 1986 la mission de service public des organismes publics industriels et commerciaux s’est réduite, l’État a commencé à recentrer ses priorités, notamment sous l’influence des choix européens, mais l’interventionnisme des collectivités locales n’a pas été remis en cause.”

<sup>27</sup> CARVALHO, Juliane Erthal de. **A noção contemporânea de Serviço Público**. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC. v.1, n. 0, p. 121-138, maio/jun., 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 126-127. Citando MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 82. Diz a autora: “Em geral porque essa interação contribui para uma satisfação mais adequada das mais diversas necessidades coletivas, o que, nos dizeres de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, seria “*um aprimoramento da governabilidade*

JEAN-PAUL VALETTE comenta o seguinte a respeito:

“Enfim, deve-se ser prudente na análise do intervencionismo econômico e social praticado atualmente pelos poderes públicos. O direito público conserva um campo de atuação considerável, talvez mais ativo do que nunca. O planejamento regional, a incitação aos investimentos privados, a regulação da concorrência, o controle monetário, de crédito, do mercado de ações, a política de organização territorial, se tornaram prioridades que os Estados e instituições europeias não puderam evitar. Na França, os poderes públicos dispõem de meios para apoiar a progressão da ação corporativa. As pessoas privadas estão cada vez mais associadas ao poder público. Em outras palavras, a intervenção do Estado e das coletividades locais mudaram de forma; ela privilegia o controle dos órgãos públicos ou privados administrando os serviços públicos em detrimento da gestão direta”.<sup>28</sup>

O Estado deixa de ser predominantemente prestador para exercer outras atividades como o fomento e regulação. Portanto, a atuação positiva na forma da prestação de serviços públicos passa a ser restrita a um seleto número de atividades. Esta restrição como forma de contenção da atuação e intervenção estatal foi configurada, para além do processo de privatização, por meio do tratamento constitucional de quais atividades seriam consideradas serviços públicos:

“O progresso do Estado-providência diversificou a intervenção do Estado, se tornando tão econômica ou social quanto administrativa. Coube ao Conselho de Estado e ao Conselho Constitucional apenas perceber esta evolução e a acompanhar.”<sup>29</sup>

---

*dos Estados contemporâneos*”, com vistas a uma prestação mais eficiente de suas atividades. Ademais, os recursos exigidos para a prestação de atividades pelo Estado são maiores do que este pode suportar.” p. 127.

<sup>28</sup> VALETTE, Jean-Paul. **Le service public à la française**. Paris: Ellipses, 2000. p. 41. Tradução Livre. Original: “Enfin, il faut être prudent dans l’analyse de l’interventionnisme économique et social mené aujourd’hui par les pouvoirs publics. Le droit public économique conserve un champ d’action considérable, peut-être même plus étendu que jamais. La planification régionale, l’incitation aux investissements privés, la régulation de la concurrence, le contrôle de la monnaie, du crédit, du marché boursier, la politique d’aménagement du territoire, sont devenus des priorités que les États et les institutions européennes ne peuvent éviter. En France, les pouvoirs publics disposent de moyens en progression pour soutenir l’action des entreprises. Les personnes privées sont de plus en plus associées au service public. Autrement dit, l’intervention de l’État et des collectivités locales change de forme; elle privilégie le contrôle d’organes publics ou privés gérant des services publics au détriment de la gestion directe.”

<sup>29</sup> VALETTE, Jean-Paul. **Le service public à la française**. Paris: Ellipses, 2000. p. 41. Tradução Livre. Original: “L’essor de l’État-providence a diversifié l’intervention de l’État, devenue autant économique ou sociale qu’administrative. Le Conseil d’État et le Conseil constitutionnel ne pouvaient que prendre en compte cette évolution et l’accompagner.”

Ainda, há que se dizer que a reformulação da noção de serviço público no Estado Francês, em razão da adesão e ratificação do Tratado de Roma (1957), proporcionou algumas alterações drásticas. Os *serviços públicos de interesse geral* vieram a sobrepujar a concepção francesa, trazendo os serviços de satisfação de necessidades coletivas ao regime concorrencial.

A análise das peculiaridades desse novo regime comunitário excede as pretensões deste trabalho monográfico, uma vez que o Brasil contempla em seu ordenamento a noção anterior, mesmo que relativizada e adaptada à nossa realidade, segundo a mesma concepção lógico-jurídica como afirma MARÇAL JUSTEN FILHO:

“Em face dessas circunstâncias políticas e históricas, é impossível formular um conceito genérico de serviço público com aspiração a uma validade universal. Cada conceito reflete as características de um ordenamento jurídico, num determinado momento histórico. Apenas para exemplificar, a conceituação de serviço público adotada na França não é aplicável no Brasil, ainda que se possa reputar, sob certo ângulo, que as concepções vigentes na Itália sejam muito próximas às adotadas entre nós. Isso não afasta, no entanto, uma similitude da conceituação sob o prisma lógico-jurídico. Para ser mais preciso, a estrutura conceitual é semelhante nos diversos países, mas o conteúdo concreto varia em cada um deles. Portanto, algumas atividades são consideradas como serviço público em um país e não em outro. Mas isso não impede que a estrutura formal do instituto seja trabalhada em termos comuns em diversos ordenamentos.”<sup>30</sup>

Pode-se, portanto concluir que a concepção contemporânea de Serviço Público é atrelada à noção clássica no que tange aos critérios: orgânico (titularidade estatal, cuja prestação pode ser direta ou delegada), material (prestação sob regime de direito público, mesmo não integral, exigindo-se a observância de determinados princípios e limitações) e funcional (toda a atuação nos serviços públicos é voltada a uma satisfação de necessidade coletiva de interesse público). Soma-se a esta noção características das sucessivas reformulações, da restrição da prestação direta em atividades para as quais os particulares têm melhores condições de desempenho, à gestão pelo Estado por meio de regulação, execução conjunta com os particulares, delegação, sempre visando garantir a existência e continuidade do serviço.

---

<sup>30</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 17.

Desta forma, face a nova realidade de rápidas transformações sociais e revoluções tecnológicas encaminhou-se para “um modelo de aproximação dos setores público e privado, tornando cada vez mais imprescindível uma atuação compartilhada de ambos os setores”.<sup>31</sup>

#### 2.4. CARACTERÍSTICA CONTEMPORÂNEA E ESPECÍFICA DO SERVIÇO PÚBLICO BRASILEIRO

Observa-se que a trajetória do desenvolvimento da noção de serviço público e modelos de Estado anteriormente tratados se refletiram no panorama brasileiro. A fase liberal do surgimento embrionário das primeiras prestações estatais, independentes de previsão legal ou conceituação doutrinária, marcada pelo patrimonialismo e carência de universalidade: no Brasil, os primeiros serviços tiveram como marco inicial a vinda da família real portuguesa no século XIX.<sup>32</sup>

A posterior fase de *publicatio*, ou nacionalização dos serviços só veio a ocorrer com o advento do Estado Novo (1930), ao se superar o liberalismo do século anterior, passou-se a prestar serviços de transporte, distribuição e geração de energia, por exemplo. Posteriormente nacionaliza-se a siderurgia, a extração e refino de petróleo, entre outros, prestados direta ou indiretamente.

Segue à fase de grande absorção de serviços pelo Estado, a gradual retirada do Administração pública da prestação direta, por meio da desestatização de alguns setores. Afirma ALEXANDRE DOS SANTOS ARAGÃO:

“A partir da Década de Oitenta, dentro da onda mundial de desestatizações, privatizações e liberalizações, fortalecida pelo elevado déficit público e pela

---

<sup>31</sup> CARVALHO, Juliane Erthal de. **A noção contemporânea de Serviço Público**. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC. v.1, n. 0, p. 121-138, maio/jun., 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 126-127.

<sup>32</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 59. – “Foi com a vinda da Corte de Dom João VI para o Brasil que se começou a pensar sobre os serviços públicos de infra-estrutura. A nobreza português, não suportando o odor e a insalubridade do Rio de Janeiro, pressionou o Rei pra que tomasse providências. O Rei, sem recursos para financiar as infra-estruturas, apelou para os traficantes de escravos, que possuíam recursos, mas nenhum *status*, o que o Rei tinha de sobra para conceder-lhes(…)”

ideia de o setor público ser menos eficiente, o Estado brasileiro vendeu à iniciativa privada grande parte de suas empresas que exploravam atividades econômicas *stricto sensu* e delegou ainda muitos dos serviços públicos que eram prestados por sua Administração Direta ou Indireta.<sup>33</sup>

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a definição brasileira de serviço público ganha contornos melhores definidos e amolda-se às opções do legislador constituinte. Apesar de não haver descrição precisa no texto, são apresentados na forma de competências no artigo 21. Atribui-se a prestação de serviços públicos ao Poder Público, admitindo-se que se preste “*diretamente ou sob regime de concessão ou permissão*”.

Ainda, há de se apontar que as atividades do Estado podem ser divididas em duas modalidades, quais sejam as atividades econômicas e os serviços públicos. A distinção é importante para se determinar o regime jurídico aplicável a cada uma delas. Se o Estado presta atividade econômica (sentido estrito), aplica-se o regime predominante de direito privado sob o prisma dos princípios de direito público. Se presta serviço público, aplica-se regime predominante de direito público.

Afirma JUSTEN FILHO que “o conceito de atividade econômica em sentido estrito delinea-se, portanto, sobre os princípios da exploração empresarial, da livre iniciativa e da livre concorrência”, mesmo quando praticada pelo poder público. Por outro lado, os serviços públicos são gravados com um regime jurídico particular, determinado pelo seu aspecto funcional<sup>34</sup> indissociável<sup>35</sup>, a satisfação de uma necessidade essencial, seja ela considerada em função do interesse público ou da dignidade da pessoa humana, como assinala o doutrinador.

---

<sup>33</sup> Ibid. p. 71.

<sup>34</sup> A doutrina brasileira, diferentemente da francesa, nomeia o critério funcional de critério material. Destarte, tratar-se-á adiante deste trabalho conforme os autores nacionais, diferentemente do início quando os marcos utilizados eram franceses. Todavia, trata-se do mesmo critério, a funcionalidade inerente ao serviço público, que é a persecução do interesse público e a satisfação de necessidades coletivas essenciais.

<sup>35</sup> MARÇAL JUSTEN FILHO afirma que: “Deve reputar-se que o ponto nuclear da distinção entre serviço público e atividade econômica propriamente dita reside na relação entre a necessidade a ser satisfeita e a dignidade da pessoa humana. Quando se alude à satisfação de uma necessidade essencial, está a se indicar um vínculo de instrumentalidade direta e imediata entre a atividade e a dignidade da pessoa humana. Sempre que uma certa necessidade humana for qualificável como manifestação direta e imediata da dignidade inerente ao ser humano, sua satisfação tenderá a produzir um serviço público. Nesses casos, configura-se a obrigatoriedade de satisfação de certa necessidade. Portanto, as atividades materiais necessárias ao suprimento dessa necessidade e a titularidade da competência para desempenho serão atribuídas ao Estado.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 30.

Destarte, para melhor análise do tema de estudo proposto aprofundar-se-á apenas no regime jurídico dos serviços públicos que, para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO são:

“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 um regime de Direito Público – portanto -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.”<sup>36</sup>

O mesmo caminho apontado por BANDEIRA DE MELLO trilham outros doutrinadores. Veja-se a construção feita por LUCIA VALLE FIGUEIREDO, na qual são apontados os critérios que caracterizam o serviço público, acrescentando-se a eles a vinculação à sua previsão legal, uma vez que os serviços para que sejam considerados públicos devem ser assim apontados pelo legislador:

“Serviço público é toda atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir no exercício da função administrativa se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada, sob regime prevalente do Direito Público. Em nosso conceito de serviço público agregam-se o *critério orgânico* – o Estado ou quem esteja no exercício da função administrativa -, *critério material* – atividade intitulada como pública – e, também, o do *regime jurídico* (sob regime prevalente de Direito Público, caso a atividade possa ser executada por pessoas privadas, quer sejam empresas estatais, que concessionários, permissionários ou prestadores de serviço público mediante autorização, quando isso for possível).”<sup>37</sup>

Ainda, MARÇAL JUSTEN FILHO acrescenta que o legislador não pode, como bem entender, estabelecer serviços públicos ou determinar a aplicação do regime jurídico de Direito Público a qualquer atividade, “*fabricação de cachimbos e perucas*” por exemplo, pois não preenche os demais requisitos.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29<sup>o</sup> ed. rev. e atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 687.

<sup>37</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6<sup>a</sup> ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 79.

<sup>38</sup> “Adota-se entendimento de que é limitada a margem de autonomia para configurar uma certa atividade como serviço público. Não existe liberdade irrestrita do legislador para determinar a aplicação do regime de direito público, próprio do serviço público, para uma atividade qualquer.

Portanto, os serviços públicos brasileiros são aqueles previstos no artigo 21 da CF/88, havendo tratamento constitucional e legal para isso<sup>39</sup>, que atendam a requisito de “*satisfação de necessidades direta e imediatamente relacionadas com a dignidade da pessoa humana ou com finalidades políticas essenciais*”<sup>40</sup> ou “*o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública*”<sup>41</sup>. Em suma, são requisitos para configuração de um serviço público: a essencialidade da necessidade a ser satisfeita por ele e a vontade constitucional (fundamentalmente) e legal dos legisladores para sua configuração.<sup>42</sup>

Podem ser prestados com algumas especificidades em relação aos particulares. Podem ser prestados de forma direta, exclusiva e indelegável e indireta. Podem também ser exclusivos, mas de delegação obrigatória ou exclusivos delegáveis. Finalmente, têm-se os serviços públicos não exclusivos, passíveis de serem prestados diretamente pelo Estado, mas concorrentemente com a iniciativa privada independentemente de delegação.

Passar-se-á, então, ao estudo da prestação de serviço público por meio do instrumento da concessão da prestação ao particular e, especificamente, o regime a que se sujeitam os bens vinculados a esta forma de delegação.

---

Somente é válido transformar em serviço público uma atividade que preencha certos requisitos” JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 21.

<sup>39</sup> Há controvérsias quanto ao enquadramento como serviço público para algumas atividades dentro das telecomunicações e serviço postal, por exemplo. Nesse passo, avalia-se importante apenas a definição genérica dos serviços públicos no Brasil para que se conceitua o regime de concessão.

<sup>40</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 45.

<sup>41</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 79.

<sup>42</sup> Faz-se necessário registrar a feliz consideração de MARÇAL JUSTEN FILHO acerca da conceituação específica dos serviços públicos, condizente com as características históricas e estruturais de cada Estado: “É imperioso, por isso, aditar outro aspecto ao conceito de serviço público. Poderia aludir-se à instrumentalidade do serviço para realização dos fins que uma comunidade elegeu para si própria. Sob este ângulo, definir serviço público pressupõe definir e dimensionar o Estado e os valores jurídicos fundamentais por ele consagrados. O conceito de serviço público é um conceito reflexo. Deriva do modelo constitucional assumido pela comunidade, inclusive no tocante à função e ao papel que a própria comunidade reserva para si própria. Por isso, é impossível formular conceito não histórico de serviço público. Cada comunidade, nas diversas circunstâncias de sua trajetória, constrói seu conceito de serviço público. O fundamental é o reconhecimento de tarefas e encargos que transcendem o indivíduo e o interesse particular. A comunidade, quando define os objetivos fundamentais da existência estatal, estabelece fins a serem realizados. Como instrumento de consecução desses fins, organiza-se o poder político e se atribuem poderes jurídicos. A partir daí, configuram-se os serviços públicos, meios de realização de alguns fins últimos do Estado.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 35.



### 3. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO: A RELAÇÃO JURÍDICA ADMINISTRATIVA CONTRATUAL ENTRE PODER CONCEDENTE E CONCESSIONÁRIA

Concessão comum, para grande parte da doutrina brasileira, de modo geral, é uma delegação por meio de contrato administrativo da prestação e exploração de um serviço público ou execução de obra pública a uma pessoa jurídica de direito privado ou a um grupo delas consorciadas, para que atue(m) em nome do Estado, assumindo-o por “*sua conta e risco*”<sup>43</sup>, em troca da cobrança de tarifa do usuário em um determinado espaço de tempo, geralmente de longa duração.<sup>44</sup>

Em uma análise mais específica e detalhada das definições de concessão de serviço público quanto sua natureza jurídica, não se encontra pacificação na doutrina. Existem diversas proposições, das quais extrair-se-á o fundamento da continuação do presente trabalho.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO afirma ser a concessão um *instituto* utilizado pela Administração para atribuição ao particular do *exercício* do serviço público.<sup>45</sup> Apresenta, portanto, uma concepção do caráter finalístico e instrumental da delegação, com ênfase nas prerrogativas estatais.

---

<sup>43</sup> Marçal Justen Filho enxerga uma contradição interna na disciplina das concessões de serviço público da Lei 8987/1995 no que se refere ao concessionário assumir a prestação do serviço público por sua conta e risco. Concomitantemente à transferência de responsabilidade na “*conta e risco*” do concessionário, o regime da concessão restringe a liberalidade privada de gestão do empreendimento, o que pode gerar desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato em desfavor do concessionário. Neste caso, a reponsabilidade pelo reequilíbrio recairia sobre o poder concedente, compartilhando a “*conta e risco*” em função da restrição de autonomia da administração empresarial. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 95.).

<sup>44</sup> Ressalva às concessões de obras públicas que podem ter duração reduzida em comparação com as concessões de prestação de serviço público.

<sup>45</sup> “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.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29º ed. rev. e atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 717-718.).

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO trilha o mesmo caminho de BANDEIRA DE MELLO, afinando a definição ao dar-lhe a natureza contratual<sup>46</sup>. Releva os aspectos contraditórios do instituto de ter-se um serviço público prestado por uma *empresa capitalista*, como determinantes das características de seu regime jurídico.

Decorrem do aspecto do serviço público as “cláusulas exorbitantes” do contrato; a outorga de “prerrogativas públicas ao concessionário”; a sujeição do concessionário aos “princípios inerentes à prestação de serviços públicos: continuidade, mutabilidade, igualdade dos usuários”; os poderes de intervenção da Administração; a reversão dos bens da concessionária; a “natureza pública dos bens da concessionária afetados ao serviço público”; a responsabilidade extracontratual em regime publicístico e os “efeitos trilaterais sobre o poder concedente, o concessionário e os usuários”.<sup>47</sup>

Cotejando o segundo aspecto, do objetivo lucrativo da empresa concessionária decorrem, para a autora, a “*natureza contratual*” e o direito de “*manutenção da equação econômico-financeira*”. Desse ponto extrai-se o aspecto regulamentar que seria a “*forma de gestão do serviço, consta das chamadas cláusulas regulamentares do contrato de concessão.*”<sup>48</sup>

ROGER BONNARD apresenta a concessão como um ato complexo composto por um *ato regulamentar*, um *ato-condição* e um contrato. Juntos formam um todo unitário.<sup>49</sup> Desta forma, a concessão é a soma da legislação regulamentar ao ato de outorga do *status* de prestador substitutivo do Poder Público e um

---

<sup>46</sup> Define Maria Sylvia: “a concessão de serviço público como o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parcerias público-privadas e outras formas**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 93

<sup>47</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Op. cit.** p. 94.

<sup>48</sup> Ibid. p. 95.

<sup>49</sup> Explica EGON BOCKMANN MOREIRA citando BONNARD: “O objeto do ato regulamentar é o de <<fixar as regras de organização e funcionamento do serviço>>. Ele cria unilateralmente o regime estatutário do serviço, que será imposto ao concessionário e aos usuários. Já o *ato-condição* é a consequência necessária e forçada do ato regulamentar, que estabelece um *status* a ser atribuído àquele que aceite ser concessionário do serviço. Porém, se a concessão se limitasse a esses dois elementos, o concessionário estaria na mesma situação que o funcionário público. Daí a necessidade de acrescer um terceiro item: <<um contrato propriamente dito, um ato convencional criador de situação jurídica individual>>.” (BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Direito das concessões: inteligência da Lei 8.987/1995 (PARTE GERAL)**. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 87. Citando: Roger Bonnard, **Précis de droit administratif**, Paris, Sirey, 1935, pp. 550-552.)

contrato, que sela a relação jurídica entre concedente e concessionário. Assim, a concessão de serviço público seria parte ato e parte contrato sob a batuta da regulamentação específica.

VERA MONTEIRO reconhece, em relação ao regime particular e especial da concessão e do contrato, sua origem clássica, por sua vez retratada por DI PIETRO<sup>50</sup> em relação às cláusulas exorbitantes, ressalva feita ao apontar como contrapartida a ela o direito ao equilíbrio econômico-financeiro.<sup>51</sup> Entretanto, traz à análise sua relativa superação através da inserção da consensualidade em detrimento da autoridade dos contratos públicos. Cite-se DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO acerca da consensualidade:

“(…) uma formação privilegiada de administrar interesses públicos entre Administração e administrados, como marca de muitos novos institutos, em que a flexibilidade, a negociação, o uso criterioso da discricionariedade, o exercício da ponderação entre interesses, valores e direitos e, sobretudo a motivação dão a tônica pragmática e democrática do Pós-Modernismo.”<sup>52</sup>

A análise da natureza jurídica do instituto se aprofunda com a visão de MARÇAL JUSTEN FILHO ao apontar-lhe uma natureza associativa<sup>53</sup> e organizacional entre o Estado, o concessionário e o usuário. Afirma, conseqüentemente, que concessão de serviço público é um contrato plurilateral<sup>54</sup>

---

<sup>50</sup> “Assim, o direito especial, peculiar do regime do contrato administrativo, giraria em torno da supremacia de uma das partes (o Estado), que representaria a prevalência do interesse público sobre os particulares. Como consequência, estaria legitimada a possibilidade de instabilização da relação por meio do exercício de um poder de autoridade, o qual se manifestaria pela presunção de legitimidade de seus atos, pelo amplo controle e fiscalização na execução do contrato, pela possibilidade de alteração unilateral da extensão e características do objeto do contrato, pela possibilidade de rescisão unilateral do contrato, pela possibilidade de ocupação provisória de bens e serviços, pela vedação à invocação exceção do contrato não cumprido pelo contratado (a não ser em alguns casos expressamente autorizados) e, finalmente, pela possibilidade de impor sanções ao privado.” (MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 40.)

<sup>51</sup> Ibid. p. 43.

<sup>52</sup> Agregando-se uma característica aos contratos públicos. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, **“O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos”**, in Diogo de Figueiredo Moreira Neto (org.), **Mutações do direito administrativo**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 418-420.

<sup>53</sup> “Existe uma comunhão de interesses entre Estado, Sociedade e concessionário. Todos têm uma finalidade comum, consistente na obtenção do melhor serviço público possível, com a tarifa mais reduzida. A frustração do empreendimento sob o prisma do concessionário representa a inviabilidade da satisfação do interesse coletivo. Prejudicará o Estado e a Sociedade.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 62).

<sup>54</sup> MARÇAL JUSTEN FILHO define concessão de serviço público como “um contrato plurilateral, por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um

constituído de uma relação trilateral, dando ao instituto um caráter societário cujo objeto é a prestação do serviço. Delimitam o objeto da prestação três vértices de interesses: o Estado objetiva a prestação mais eficiente e de melhor qualidade; os usuários, coletivamente, a satisfação de sua necessidade; e o concessionário conjuga um interesse mediato e outro imediato. O mediato é, ao assumir o status estatal, prestar um serviço de qualidade para satisfazer as necessidades do usuário e, imediatamente, auferir lucro.

A finalidade lucrativa da concessão é igualmente uma característica fundamental, dado que é ela quem permite o desencadeamento de interesse da iniciativa privada em assumir aquele status estatal. A concessão é, portanto, “um meio de obter a colaboração dos particulares no desempenho de serviços públicos.”<sup>55</sup>

FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES<sup>56</sup> e VERA MONTEIRO<sup>57</sup> citam PEDRO COSTA GONÇALVES<sup>58</sup> ao afirmarem as naturezas translativa e constitutivo-derivativa aplicáveis à concessão de serviço público. Tem-se o efeito translativo do instituto como a transferência da titularidade de bens e de direitos à esfera jurídica do particular. Por outro lado, a natureza constitutivo-derivativa gera novos direitos derivados do contrato, “*mas sem veicular um deslocamento de um direito ou de um poder da Administração ao concessionário.*”<sup>59</sup>

Por sua vez, EGON BOCKMANN MOREIRA, trilhando os caminhos de ROGER BONNARD, substitui a consideração do autor francês de ser a concessão um ato complexo, pela noção de relação jurídica complexa. Utilizando-se da concepção de ato complexo de BONARD (ato regulamentar, ato condição e contrato), EGON, portanto, pretende integrá-los como elementos necessários para que se possa compreender a concessão de serviço público como uma relação jurídica bilateral, por meio da qual concessionária e concedente estabelecem uma

---

sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento, ainda que custeada parcialmente por recursos públicos.” (Ibid. p. 96.)

<sup>55</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op.cit. p. 62.

<sup>56</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 23.

<sup>57</sup> MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 154.

<sup>58</sup> GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 50-61.

<sup>59</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. cit. p. 23.

gama mútua de direitos e deveres sob a égide de um contrato público. Define o doutrinador:

“A concessão comum de serviço público é a relação jurídica administrativa típica, unitária e complexa, por meio da qual o Poder Público transfere a execução de determinado serviço público ao particular selecionado em prévia licitação, que assumirá, por prazo certo e por sua conta e risco, a gestão de projeto concessionário.”<sup>60</sup>

E explica ser uma relação jurídica típica, pois gerada pelo contrato administrativo tipificado em lei, com previsão dos “*requisitos jurídicos, as partes, o procedimento de instalação, a autossustentabilidade, a forma etc*”. É unitária pois depende incindivelmente da conjugação de três elementos formativos: estatuto regulamentar, ato de outorga e contrato e, por esse mesmo motivo é complexa, uma vez que os elementos não produzem autonomamente a eficácia desejada da concessão do serviço público.<sup>61</sup>

Por sua vez, a outorga é um ato administrativo de transferência da gestão e prestação do serviço público, constituindo o concessionário na posição anteriormente ocupada pelo Estado, titular dos direitos e deveres intrínsecos ao serviço público, atribuindo-lhe legitimidade, sem, para tanto, transferir a titularidade que é pública. Observa-se portanto, que os direitos e deveres derivam do contrato e são por ele constituídos. Transfere-se o *status* de prestador, mas não a titularidade da atividade.

E pergunta-se, e o usuário? O usuário não participa diretamente da concessão, mas apenas indiretamente, já que seus interesses estão envolvidos. Todavia, posteriormente à outorga, o usuário constituirá relação jurídica com o concessionário, bem como este terá relação com outros terceiros em diversas relações contratuais. Além disso, o Estado será pressionado, como titular do serviço, para garantia da qualidade do serviço prestado, pela modicidade da tarifa, ou seja, para que gerencie o concessionário.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Direito das concessões: inteligência da Lei 8.987/1995 (PARTE GERAL)**. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 89.

<sup>61</sup> Ibid. p. 91.

<sup>62</sup> EGON BOCKMANN MOREIRA esclarece as demais relações que orbitam em torno do núcleo da concessão, o contrato entre Poder concedente e concessionário: “Esta pluralidade derivada da outorga pública da execução do projeto concessionário ajusta-se às teses das relações multilaterais

É relação jurídica administrativa que estabelece o vínculo intersubjetivo bilateral disciplinado pelo direito administrativo, entre concedente e concessionário, e cujos efeitos se projetam nos usuários. Ou seja, são as consequências da relação que se projetam nos usuários, que, por sua vez, celebram outros contratos. Nessa relação jurídica administrativa há um conjunto de direitos, deveres, obrigações e relações administrativas especiais.

O contrato administrativo dá concretude a essa relação jurídica administrativa. Traz consigo todas as peculiaridades específicas desses contratos, cujos princípios são mandamentais, injuntivos, não podendo ser alterados. É unitária porque ela existe em decorrência da junção de inúmeros fatores. Os direitos são previstos em sede contratual e estatutária, que estabelecem determinadas prerrogativas ao concessionário e ao concedente, e, reflexamente, aos usuários.

Destarte, para os fins de desenvolvimento do objeto desta monografia tratar-se-á da concessão de serviço público como relação jurídica administrativa contratual estabelecida entre o poder concedente e concessionária.

---

de administração. <<Pois – escreve Vasco Pereira da Silva – se trata de relações em que existem várias partes, em que a Administração e os diferentes particulares se envolvem numa rede de ligações jurídicas, de que resultam direitos e deveres recíprocos>>[1]. Em razão da concessão do serviço – e com base suficiente nela – instalam-se séries de novas relações jurídicas. São relações entre concedente, concessionário e outras pessoas (públicas ou privadas – usuários, associações e/ou terceiros) -, independentemente de serem (ou não) diretamente beneficiados pelo contrato de concessão, mas que sofrem os seus efeitos (positivos ou negativos). Não se está diante de contrato multilateral, mas da possibilidade de surgirem relações jurídicas multipolares, todas com lastro (imediate ou mediato) no mesmo contrato de concessão de serviço público (ou em seus efeitos). A outorga da gestão do serviço ao concessionário instala novas relações – tanto entre a Administração e o concessionário como entre cada um destes (de forma coligada) com os usuários e terceiros (e destes entre si). Enfim, a problemática configura <<constelações de interesses heterogêneos e até mesmo contrapostos entre os cidadãos frente à Administração Pública, e a ela o direito administrativo deve dar uma resposta adequada, com o processamento e ponderação de todos os interesses em jogo>>[2]. A relação jurídica ente concedente e concessionário resulta não só nas relações concessionário e usuários (e destes com o concedente), mas também em relações com aqueles que são indiretamente afetados por tais relações primárias (terceiros) – gerando ampla interconexão entre direitos e deveres (com eventual colisão de direitos fundamentais). O contrato (bilateral) e o ato de outorga (unilateral) são reciprocamente complementares e dão origem a sem-número de potenciais relações jurídicas, que se consolidarão no exercício do projeto concessionário.” Citados [1] VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra: Almedina, 1998, pp. 149-297. e Idem. *Verde cor de direito: Lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 103-119. [2] EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Trad. de Mariano Bacigalupo et al. Madri, Marcial Pons, 2003. p. 25. (BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Direito das concessões: inteligência da Lei 8.987/1995 (PARTE GERAL)**. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 99-101.)

### 3.1. PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

O concessionário ao assumir o *status* do Estado de prestador de um serviço público, assume também obrigações e orientações normativas antes impostas ao titular da prestação. Trata-se dos princípios que orientam os serviços públicos que são repassados ao concessionário, moldando esta nova situação jurídica. Esses deveres e obrigações repassados visam a assegurar e preservar o funcionamento do serviço público.

A constituição da nova relação jurídica entre Poder Concedente e concessionário, bem como as relações jurídicas entre concessionário e usuários e terceiros estarão submetidas ao regime jurídico administrativo. Isso quer dizer que toda a nova situação jurídica estará sujeita aos balizamentos dos princípios administrativos. Inobstante a primazia das regras na construção de um estatuto jurídico, aos princípios caberá torná-las melhor inteligíveis e aplicáveis à complexidade do caso concreto.

Sendo assim, levar-se-á em consideração a continuidade da construção doutrinária da escola do serviço público francesa, as “Leis de Rolland” para o Serviço Público, quais sejam: continuidade, igualdade e mutabilidade.<sup>63</sup> Destes princípios arranjados por ROLLAND como comuns a todos os serviços públicos derivarão os atuais princípios aplicáveis ao estatuto brasileiro, condicionantes da caracterização do serviço como adequado.

---

<sup>63</sup> JACQUES CHEVALLIER traz as considerações do L. ROLLAND acerca dos princípios regentes dos Serviços Públicos, também chamados de leis de Rolland como sendo: “O núcleo duro do regime dos serviços públicos, comum ao conjunto de atividades geradas pela administração, será cristalizado em torno de três grandes princípios de <<continuidade>>, <<igualdade>> e <<mutabilidade>> que serão sistematizados posteriormente por L. Rolland (1934): por serem predispostos à satisfação das necessidades do público, os serviços públicos devem funcionar de modo contínuo e regular - <<sem choques, sem cortes, sem paradas>>- em condições iguais a todos e suas regras de funcionamento devem poder ser modificadas a qualquer momento pela autoridade competente;” Tradução livre de: “Le noyau dur de ce régime de service public, commun à l’ensemble des activités gérés par l’administration, sera cristallisé autour des trois grands principes de <<continuité>>, <<égalité>>, <<mutabilité>> qui seront systématiquement ultérieurement par L. Rolland (1934): parce qu’ils sont préposés À la satisfaction des besoins du public, les services publics sont tenus de fonctionner de manière régulière et continue - << sans heurts, sans à-coup, sans arrêts>> -, dans des conditions égales pour tous, et leurs règles de fonctionnement doivent pouvoir être modifiées à tout moment par l’autorité compétente;” (CHEVALLIER, Jacques. **Droit du service public**. 9e édition. Paris: Presses Universitaires de France, 2012, p. 20.)

Desta forma, faz-se mister elencá-los no corpo desta obra monográfica, enfatizando-se os pertinentes à concessão de serviços públicos. Pode ser elencado como fundamental o da *continuidade do serviço*, pois trata-se de serviço essencial à população, constituindo um interesse público primário, atrelando-se a ele a *regularidade e a segurança*.<sup>64</sup> Desta forma, o princípio da *continuidade* atrela-se à exigência de perpetuidade, permanência no tempo sem interrupções ordinárias, permitindo-se a estabilidade da prestação e fruição.

Regularidade pressupõe o atendimento às condições mínimas da prestação e segurança a decorrer da primeira, postos contratualmente como índices técnicos a serem atingidos. Garantir a segurança do usuário, por sua vez, significa reduzir os riscos decorrentes da atividade pública. Neste mesmo feixe é agregado o princípio da *atualidade*, que orienta o serviço público a buscar a atualização das formas de prestação e tecnologias para o fim de melhorar a qualidade do serviço. A estagnação técnica da prestação leva à precarização do serviço, atentando frontalmente contra a essencialidade da necessidade pública.<sup>65</sup>

Relacionando-se estreitamente com o princípio da *atualidade* a *modicidade* tarifária impõe um equilíbrio produtor de uma “*constante busca de resultados ótimos*”.<sup>66</sup> Desta forma, ao mesmo tempo em que é cobrado o concessionário a oferecer um serviço de qualidade e técnica e tecnologicamente atual, dever-se-á fazer atenção à tarifa para que haja uma devida proporção entre a remuneração do concessionário e o benefício do usuário.

---

<sup>64</sup> Para MARÇAL JUSTEN FILHO “As características da *regularidade, continuidade e segurança* são emanções direitas do conceito de eficiência. Alude-se, a propósito, ao desenvolvimento de atividades permanentes e contínuas. Regularidade significa manutenção da prestação do serviço segundo padrões qualitativos e quantitativos uniformes. Continuidade é a ausência de interrupção, segundo a natureza da atividade desenvolvida e do interesse a ser atendido. Em termos práticos, é claro que a continuidade se avalia diferentemente conforme se trate de fornecimento de água ou de transporte de passageiros. Observe-se que regularidade, sob um certo ponto de vista, pressupõe continuidade. Aquela é um *plus* relativamente a esta. Os serviços podem ser contínuos, sem que sejam regulares. Mas é impossível o serviço ser regular, se também não for contínuo.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 306)

<sup>65</sup> “A atualidade importa conduta ativa quanto à pesquisa e supervisão (técnica e de satisfação dos usuários), que vise a manter vivo o serviço – e não uma postura passiva de esperar reclamações demonstradoras de que a prestação está defasada, para depois arcar com os custos de sua atualização. O serviço precisa acompanhar *pari passu* a respectiva evolução tecnológica. Exigência cuja fiscalização deve ser incrementada nos últimos anos do contrato: afinal de contas, nesse momento o concessionário não terá mais o estímulo de efetuar desembolsos para a atualização de um serviço que em breve não lhe gerará lucros.” (BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Direito das concessões: inteligência da Lei 8.987/1995 (PARTE GERAL)**. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 258)

<sup>66</sup> *Ibid.* p. 263.



O princípio da *igualdade* no quadro dos serviços públicos manifesta-se sob a forma da *generalidade*. Em uma análise superficial do princípio, verifica-se que ele deverá ser prestado em favor de todo e qualquer usuário de modo isonômico.<sup>67</sup> Entretanto, trata-se apenas da garantia de igualdade formal, sendo também objetivo de um serviço público promover a igualdade material de seus usuários. Nesse sentido EGON BOCKMANN MOREIRA aponta:

“Isso significa que não apenas se exige postura passiva do concedente e do concessionário (o tratamento isonômico dos usuários), mas, sim, o cumprimento de complementações derivadas da certeza da desigualdade: aqui está o calcanhar de Aquiles das concessões de serviços públicos (qualquer que seja a “discriminação positiva”, ela gera custos que, num projeto autossustentável, devem ser arcados com receitas endógenas). Isto aos poucos se revela nas preocupações contemporâneas com os deveres de universalização; com as categorias de usuários e respectivos custos proporcionais não só ao consumo, mas também à capacidade financeira; com os deveres dos usuários; com as revisões periódicas e com o compartilhamento de ganhos. O conhecimento e a contextualização do projeto, guiados pela mão forte do concedente, são as chaves-mestras para a igualdade material do usuário.”<sup>68</sup>

Ainda, em decorrência do princípio da *igualdade*, apresenta-se o princípio da *universalidade* como uma necessidade de o serviço ser prestado a todos os setores da população, setores de baixa renda e espacialmente excluídos da abrangência dos serviços e equipamentos públicos. Poder-se-ia, ainda, estender a *universalidade* à necessária abrangência territorial do serviço público de qualidade, tendo em vista a imensidão territorial do Brasil e as discrepantes desigualdades regionais.

Desta forma, garantir a universalidade do serviço público implica estritamente garantir o acesso isonômico dos diversos setores econômicos da sociedade, prisma concernente às concessionárias de serviço público. E promover a disseminação e dispersão por todo o território de equipamentos públicos e serviços de qualidade em uma amplitude macro, concernente à entidade política federal.

---

<sup>67</sup> “É óbvio que as dimensões materiais do instrumental necessário à prestação do serviço podem acarretar limites insuprimíveis. Haverá um número máximo de passageiros transportáveis por meio de certo veículo, por exemplo. O que se pretende indicar, porém, é que o serviço público consiste em prestação de utilidade a todos os potenciais interessados, ainda que razões materiais de segurança possam acarretar a limitação quantitativa.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 306) – Nesse caso impor-se-á a expansão do serviço.

<sup>68</sup> BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Direito das concessões: inteligência da Lei 8.987/1995 (PARTE GERAL)**. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 256-257.

### 3.2. CONTORNOS JURÍDICOS DO CONTRATO DE CONCESSÃO: CARACTERIZAÇÃO

Diz a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 175<sup>69</sup> que a prestação dos serviços públicos incumbe ao Poder Público, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão. Ressalta-se a inexistência no texto constitucional a conceituação determinada dos institutos da concessão e da permissão.

Depreende-se da continuidade do supracitado artigo que virá sob a forma de lei, dentre outras atribuições do parágrafo único, a definição do regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviço público e o *caráter especial de seu contrato*. Pode-se perceber que a Constituição Federar reconhece a individualização deste específico tipo contratual.

Adotar-se-á, portanto, a natureza jurídica da concessão de serviço público como de relação jurídica complexa, estabelecida na forma de contrato administrativo típico. Não se trata apenas de contrato, pois possui “*a peculiaridade de nem todas as suas condições constarem do instrumento de contrato*”<sup>70</sup> em consonância com a proposição de EGON BOCKMAN MOREIRA de a concessão ser constituída para além ato de outorga e do contrato, de um *ato regulamentar*, que pode ser compreendido como todo o estatuto jurídico pertinente (leis e regulamentos já

---

<sup>69</sup> “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

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

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

(BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: www.planalto.gov.br, 1988.)

<sup>70</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 567.

editados ou editáveis *a posteriori*), bem como a autorização legislativa para a própria concessão.<sup>71</sup>

Devido à submissão ao *ato regulamentar* como forma de garantia dos interesses públicos<sup>72</sup>, garante-se constitucionalmente o direito à intangibilidade da cláusula econômico-financeira do contrato que será melhor tratada adiante.<sup>73</sup>

Destarte, afirma ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO:

---

<sup>71</sup> MARÇAL JUSTEN FILHO fundamenta essa afirmação: “A análise do art. 175, *caput*, propicia fortes indícios da impossibilidade de outorga de concessões e permissões sem autorização legislativa. Numa etapa interpretativa prévia, pode-se observar que a ordem inversa da oração produz efeitos semânticos. O sujeito da oração é “a prestação de serviços públicos” e foi colocado no final da oração. A frase inicia-se com o verbo “incumbe”, o que acentua a carga impositiva do vocábulo. A redação conduz o leitor ao entendimento de que o Poder Público tem um poder e um dever. Cabe-lhe presta os serviços públicos, o que exclui que terceiros o façam sob regime de livre iniciativa. Simultaneamente, tem o dever de prestá-los. Esse dever-poder será desenvolvido *na forma da lei*, diretamente o sob o regime de concessão ou permissão. A proximidade entre a cláusula “na forma da lei” e as expressões “diretamente ou sob regime de concessão ou permissão” leva ao entendimento de que a lei disporá também acerca dessa alternativa. Portanto, caberá à lei estabelecer se o regime de concessão ou permissão será adotado. Sem lei prevendo a outorga da gestão ao particular, a prestação do serviço far-se-á diretamente pelo Estado.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 175.)

<sup>72</sup> Considerados no plural para fazer lembrança aos interesses públicos primário e secundário. Conforme disciplina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: “Uma vez reconhecido que os interesses públicos correspondem à dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, que consistem no plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto incluído o depósito intertemporal destes mesmos interesses, põe-se a nu a circunstância de que não existe coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado e demais pessoas de Direito Público.

É que, além de subjetivar estes interesses, o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas. Concebida em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas não iguais. Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como instrumentais ao interesse público e na medida em que o sejam. Caso em que sua defesa será, *ipso facto*, simultaneamente a defesa de interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 29º ed. rev. e atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 66.).

<sup>73</sup> O artigo 37, inciso XXI assim prevê: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: www.planalto.gov.br, 1988.).

“Esta combinação entre a garantia dos interesses do contratado e a modificabilidade exigida pelos interesses do serviço é m dos principais fatores que dá à concessão a natureza de um contrato administrativo, no sentido de ser um contrato no qual uma das partes possui poderes exorbitantes e unilaterais que não seriam admissíveis em um contrato de Direito Privado.”<sup>74</sup>

A Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995<sup>75</sup> vem, portanto, a regulamentar a artigo 175 da CF/88 e determina, basicamente, o regime licitatório, tipifica o seu contrato, estabelece as partes, os encargos das partes, os direitos e deveres dos usuários, as possibilidades de intervenções do Poder Público, a política tarifária, as formas de extinção e todas as particularidades constitutiva dos direitos e deveres do poder concedente e do concessionário, inclusive o regime dos bens vinculados à relação jurídica concessória.<sup>76</sup>

### 3.2.1. Formação

Avaliada a conveniência e oportunidade<sup>77</sup> do Poder Público em privatizar formalmente<sup>78</sup> a prestação de determinado serviço público, obra pública ou serviço

---

<sup>74</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit. p. 567.

<sup>75</sup> BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1996. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

<sup>76</sup> VERA MONTEIRO faz interessante consideração sobre a relevância da compreensão do regime aplicável: “A teorização pura e simples acerca da natureza jurídica da concessão (se ato unilateral, se misto de ato unilateral e contra privado, se contrato público) não encontra uma razão de ser senão para, a partir dela, afirmar a existência de um regime jurídico especial nas concessões – típico de direito público -, o qual lhe é aplicado tendo em vista seu objeto e finalidade: a prestação de serviços públicos. Nota-se essa mesma consequência a partir do reconhecimento de um objeto especial em contratos desse tipo” (MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 36.).

<sup>77</sup> BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Direito das concessões: inteligência da Lei 8.987/1995 (PARTE GERAL)**. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 237-238. Tratando-se do ato justificador da oportunidade e conveniência. “O art. 5º da Lei 8.987/1995 preceitua que o ato justificador deve somente caracterizar determinadas informações relativas ao projeto. Isso significa evidenciar do que se trata aquela futura concessão e quais são as particularidades que a distinguem”. Ainda, continua o doutrinador: “O ato justificador deve ser colocado à disposição do público para assegurar conhecimento e debate democrático tanto no que respeita ao seu impacto social como no que tange à sua especificação técnica. É o primeiro momento de participação popular na configuração de um futuro contrato de concessão, que gerará vantagens imediatas aos usuários e toda uma rede de externalidades positivas.”

<sup>78</sup> EGON BOCKMANN MOREIRA diferencia a forma de privatização atinente às concessões: “A privatização não se confunde com as concessões e permissões. Nestas espécies de privatização formal (ou organizatória, ou de gestão) persiste íntegra a titularidade pública dos serviços. A desestatização se dá na superfície do serviço a ser prestado, não na sua essência. A depender do serviço e/ou obra, a maioria dos bens permanece no setor público dos meios de produção (v.g, rodovias, ferrovias e usinas hidrelétricas). Apenas a gestão e o domínio imediato dos bens a ela

precedido de obra, será formulada um convite aos particulares de modo geral<sup>79</sup>. Publicar-se-á edital contendo o “*perfil básico das condições sob as quais contratará*”<sup>80</sup>. O momento de formação contratual passa, então, aos proponente-licitantes que formularão suas propostas dentro da margem deixada pela lei e pelo instrumento convocatório.<sup>81</sup> Desta forma, a única livre manifestação de vontade por parte do proponente-licitante vencedor será a de participar ou não do certame, havendo outras manifestações de vontade atreladas às regras da lei e do edital, ou seja, “*não regulado vinculativamente*”<sup>82</sup>.

Conseqüentemente o Poder Público deverá escolher um dos proponentes-licitantes por meio de um processo licitatório na modalidade concorrência,

essenciais são transferidos ao empreendedor privado, por prazo certo. Tudo isso com a publicização de algumas facetas das atividades do empresário privado (por exemplo, a responsabilidade objetiva do art. 37 §6º, da CF) – o que autoriza o alerta de que, muito embora o concessionário não faça parte da estrutura orgânica da Administração Pública, fato é que ele passa a exercer atividade materialmente pública. A privatização formal, portanto, implica a outorga de afazeres públicos ao empreendedor privado (com todos os aspectos ativos e passivos que disso decorrem).” (BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Direito das concessões: inteligência da Lei 8.987/1995 (PARTE GERAL)**. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 23-24.)

<sup>79</sup> Ressalvados os casos de contratação direta.

<sup>80</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 163.

<sup>81</sup> Neste sentido aponta MARÇAL JUSTEN FILHO: “O conteúdo do contrato deriva, então, de imposições predeterminadas pela Lei e pela Administração Pública. As condições básicas do contrato são impostas ao particular, cuja vontade se manifesta muito restritamente. Resta para o particular o preenchimento de certos “espaços em branco”, produzidos intencionalmente pelo Estado. Quando define as condições da futura contratação, a Administração delimita os tópicos acerca dos quais poderá haver manifestação dos particulares interessados em contratar. A proposta de cada licitante consiste em formular uma das vias possíveis de preenchimento desses espaços vazios. Desse modo, elimina-se a possibilidades de variações que tornariam complexa a tarefa de selecionar a proposta mais vantajosa. Também por isso, o julgamento da licitação não pode considerar como vantagem qualquer oferta sobre itens não previstos expressamente no edital. Enfim, devem ser desclassificadas as propostas que não sejam aptas a preencher os espaços em branco construídos pelo edital” (Ibid. p. 163)

<sup>82</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 296. Afirma o doutrinador: O conteúdo do contrato de concessão é orientado por regras injuntivas e dispositivas. Parcela relevante do conteúdo do contrato é regulado injuntivamente pelo direito, o que significa que poder concedente e concessionário não poderão dispor livremente sobre ela. Mas há evidentemente um conteúdo que se poderia dizer discricionário do contrato de concessão. Para além das matérias e condições a que o direito impôs observância obrigatória, o poder concedente disporá de uma ampla margem de apreciação ou liberdade de estipulação para conformar o conteúdo do contrato de concessão. Mesmo na esfera desse espaço não regulado (ou melhor: não regulado vinculativamente), o poder concedente haverá de guiar-se pelas diretrizes e princípios aplicáveis à atividade administrativa. Logo, o conteúdo do contrato de concessão orienta-se por regras injuntivas, estabelecendo, em certos casos, limites e condições para sua disposição no plano do contrato, e por regras dispositivas, as quais permitem às partes dispor livremente sobre elas no contrato (e aqui, aplica-se, em boa medida, a disciplina do direito privado).

obrigatoriamente<sup>83</sup>. Identifica-se, então, as partes integrantes desta relação jurídica que, ao manifestarem suas vontades nos termos do *ato regulamentar*, constituem contrato. São, portanto, partes do contrato de concessão de serviço público o Poder Concedente<sup>84</sup>, entidade política titular do serviço e Concessionário<sup>85</sup>.

O concessionário será pessoa jurídica ou seu coletivo, participando em consórcio. Uma vez conjugadas as vontades das partes, formar-se-á um contrato administrativo de concessão do serviço público, inaugurando uma nova relação jurídica entre as partes.

### 3.2.2. Conteúdo

Esta espécie de contrato é, para ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO:

---

<sup>83</sup> Ibid. p 284 - “O art. 18 da Lei 8987/95 enumera ainda informações diversas que, alusivas à disciplina da licitação propriamente dita, devem obrigatoriamente constar do edital de licitação. São elas: a) os prazos para recebimento das propostas, julgamento da licitação e assinatura do contrato; b) o prazo, local e horário em que serão fornecidos, aos interessados, os dados, estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação de propostas; c) os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal; d) as condições de liderança da empresa em consórcio. Além disso, a disciplina sobre a suficiência da informação aos licitantes, assim como aquela alusiva à publicidade e à transparência dos atos da licitação, prescrita pela Lei n. 8.666/93, há de ser observada nas licitações para concessão.”

<sup>84</sup> MARÇAL JUSTEN FILHO problematiza a questão ao indagar a posição das agências reguladoras que assumem diversos “*poderes inerentes à qualidade de poder concedente*”, entre eles o de conceder o serviço, mas não necessariamente passa a titularizar o serviço público concedido. A CF/88 trata a titularidade como competência dos entes da administração direta, sendo descentralizados apenas alguns dos poderes que derivam da titularidade. Neste sentido afirma o doutrinador: “Veja-se que permanece existindo a titularidade conjunta de competências. É juridicamente impossível afirmar que a agência reguladora titulariza todos os poderes inerentes à qualidade de *poder concedente*. Assim não se passa, inclusive porque algumas competências apresentam natureza legislativa, sendo privativas do ente político. Apenas para exemplificar, a encampação depende de autorização legislativa. Portanto, o “poder concedente” é titular da competência para encampar, mas isso não significa que uma agência reguladora possa deliberar autonomamente sobre a matéria.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 294.) Portanto, pode-se concluir que, mesmo sendo exercido por uma entidade pública descentralizada, o poder concedente será titularizado pelo ente político.

<sup>85</sup> O artigo 2º dispõe especificamente: “Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontra o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão; II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

“(...) o instrumento que define o serviço concedido, delimita a sua área, determina a forma e o tempo da sua exploração e estabelece os direitos e obrigações das partes e dos usuários do serviço.”<sup>86</sup>

O contrato deverá, necessariamente, conter as cláusulas do art. 23 da Lei 8.987/95, que o caracterizarão<sup>87</sup> de modo a sumariza-las. As cláusulas podem ser divididas, segundo proposto por MARÇAL JUSTEN FILHO, em *cláusulas mutáveis e imutáveis*. Sendo as primeiras<sup>88</sup> aquelas que disciplinam as condições de execução da prestação imposta ao concessionário, podendo ser alteradas qualitativa e quantitativamente de modo unilateral pela Administração<sup>89</sup>. As cláusulas imutáveis,

---

<sup>86</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 577.

<sup>87</sup> 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.

Parágrafo único. Os contratos relativos à concessão de serviço público precedido da execução de obra pública deverão, adicionalmente:

- I - estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão; e
- II - exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.

<sup>88</sup> “Seriam mutáveis as cláusulas atinentes a: a) definição quantitativa do objeto; b) definição qualitativa do objeto; c) condições de execução e da prestação; d) fiscalização da atividade do contratado para execução da prestação, inclusive nas etapas anteriores ao adimplemento; e) vigência do contrato, com a possibilidade de sua extinção, inclusive antecipadamente, independente de inadimplemento da outra parte.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 165.)

<sup>89</sup> Volta-se a utilizar a denominação Administração e não mais Poder Concedente, pois as alterações contratuais ou atividades de gestão do contrato são as parcelas de poder do Poder Concedente que podem ser transferidas às agências reguladoras, por exemplo.

por seu turno, são aquelas que envolvem as equações econômico-financeiras do contrato.

Quanto ao objeto do contrato pode-se genericamente dizer que se trata da gestão do serviço público. Entretanto, alguns pontos devem ser definidos expressamente. Entre eles o núcleo do objeto, qual seja, o específico serviço público a ser prestado pelo concessionário e as metas e prazos. Estes últimos determinarão o passo dos investimentos e obrigações (ao exemplo de obras abarcadas no contrato) do concessionário, indicando as alocações dos dispêndios financeiros ao longo da duração do vínculo jurídico.<sup>90</sup>

Atenta-se também à necessidade de previsão das expansões qualitativas e quantitativas do objeto concessionário, não aquelas oriundas da álea e de *atos novos supervenientes*, mas as alterações passíveis de previsão prévia. Devido à complexidade do objeto deste tipo de contrato administrativo, não se aplica a regra do art. 65 da Lei 8.666/93, aplicando-se o artigo 23, V da Lei 8.987/95<sup>91</sup>. Sendo assim, devem constar no contrato as expansões previsíveis, bem como as *“necessárias à manutenção da atualidade tecnológica e à modernização dos equipamentos e insumos necessários e ao aperfeiçoamento do modo de prestação do serviço.”*<sup>92</sup>

Continuando a apresentação das cláusulas necessárias, pede-se a licença de apresentar a síntese compilada por FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES no corpo do presente trabalho, pois fundamentais à caracterização do contrato, mas inoportuno seu tratamento individualizado:

---

<sup>90</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 219. “O objeto consiste na indicação do serviço público a ser outorgado, inclusive explicitando a eventual obra pública cuja execução deverá preceder a concessão. Deverão ser indicadas as condições que individualizem e identifiquem a outorga, tais como extensão geográfica, natureza dos encargos etc.

As metas são os objetivos a serem atingidos, o que pode importar cronogramas e especificações. Pode haver metas de curto, médio e longo prazo. A definição das metas é extremamente relevante porque disso decorre a determinação do ritmo de investimentos exigidos do outorgado.

O prazo da concessão é fator fundamental para definição da viabilidade financeira e cálculo da taxa de retorno do investimento. Não se admite concessão ou permissão a prazo indeterminado.”

<sup>91</sup> Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: 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;

<sup>92</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 299.



“Parcela fundamental da disciplina injuntiva que se projeta ao contrato de concessão é extraída da Lei n. 8.987/95. Para além dos requisitos e procedimentos prévios à celebração do contrato de concessão, o art. 23 desta Lei delimita algumas cláusulas obrigatórias que devem constar do instrumento do contrato de concessão, definindo como matérias essenciais aquelas relativas a: a) ao objeto, à área e ao prazo da concessão; b) ao modo, forma e condições de prestação do serviço; c) aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço; d) ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas; e) aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e do concessionário, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações; f) aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço; g) à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos e das instalações; f) aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço; g) 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; h) às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita o concessionário e sua forma de aplicação; i) aos casos de extinção da concessão; j) aos bens reversíveis; k) aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas ao concessionário, quando for o caso; l) às condições para prorrogação do contrato; m) à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas do concessionário ao poder concedente; n) à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas do concessionário; o) ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais; p) à estipulação de cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão; e q) à exigência de garantia do fiel cumprimento, pelo concessionário, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.

Ainda, segundo os termos desta Lei, o contrato poderá dispor (normas de caráter dispositivo) sobre r) o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da legislação, e sobre s) as condições para a assunção do controle do concessionário por seus financiadores para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços (*step in right*).<sup>93</sup>

Cabe ainda, mencionar, mesmo que brevemente, as prerrogativas da Administração face ao concessionário em função do regime público aplicável ao contrato de concessão. Trata-se das cláusulas exorbitantes do contrato, derivadas dos poderes-deveres, também tratados como faculdades ou prerrogativas especiais<sup>94</sup>, do Estado em função da tutela do interesse público. Trata-se do poder

<sup>93</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 296-297.

<sup>94</sup> MARÇAL JUSTEN FILHO critica essa terminologia, para o doutrinador: “O Estado- por seus agentes – tem o dever de perseguir e realizar o interesse público. Para satisfazer tal dever, o ordenamento jurídico atribui ao Estado certos “poderes” jurídicos. Repita-se que o agente público não é titular de faculdades instituídas no seu interesse pessoal, egoístico, particular. As “faculdades

de modificar unilateralmente cláusulas do contrato para adequá-lo aos interesses públicos.

### 3.2.3. Modificação e limitação da ação do Poder Concedente

Sobre o tema, MARÇAL JUSTEN FILHO, refutando a construção de soberania e superioridade da Administração ante o administrado, assevera que as cláusulas exorbitantes decorrem “*diretamente da natureza funcional da atividade estatal*”, sendo a Administração “*serva*” do interesse público<sup>95</sup>. A construção é levada a contrapor interesse público e interesse privado no contrato de concessão, predominando aquele, pois o coletivo se sobrepõe ao individual.

Desta forma, poderá a Administração impor ao concessionário para garantia da satisfação do interesse público ou melhor, em manifestação concreta, para cumprimento das obrigações contratuais: alterar unilateralmente o contrato para adequações decorrentes de fatos imprevisíveis, exigir garantias do concessionário, fiscalizar o contrato, restrição à exceção do contrato não cumprido, aplicação de penalidades administrativas<sup>96</sup>, extinguir a concessão antes do termo contratual por

---

jurídicas” que o regime de direito público atribui para o Estado não se identificam com o “direito subjetivo” consagrado na teoria geral do direito privado. O particular recebe poderes que lhe são atribuídos para satisfação dos próprios interesses, usualmente economicamente avaliáveis e disponíveis. O agente público serve ao interesse público e desempenha uma função.

Portanto, não é adequado qualificar a competência administrativa de modificação unilateral do contrato administrativo como uma *prerrogativa* ou uma *faculdade* – ao menos, se as expressões forem utilizadas numa acepção incompatível com o princípio da República. Nunca seria aceitável a construção jurídica que atribuísse ao Estado poderes disponíveis de introduzir unilateralmente modificações em contratos administrativos de que participasse ou de interferir sobre a órbita do contrato.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 167)

<sup>95</sup> Ibid. p. 167.

<sup>96</sup> “Ao lado das sanções estabelecidas pelo contrato de concessão (*penalidades contratuais*), o sancionamento poderá ainda derivar da lei e dos regulamentos (*penalidades administrativas*). Aliás, em relação a estas, o contrato sequer poderá extravasar a moldura estabelecida pela norma regulamentar, nem esta ultrapassar a moldura da lei. O nível de especificação relativo à definição e parametrização das sanções aplicáveis ao concessionário do serviço público depende da legislação setorial. Há serviços públicos mais e menos regulados, que recebem maior ou menor densidade normativa em matéria de sanções.” (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 311.)

encampação ou resgate do serviço público<sup>97</sup>, rescindir unilateralmente a concessão por inadimplemento do concessionário (caducidade)<sup>98</sup> ou mesmo anular o contrato por vícios de legalidade.<sup>99</sup>

Todavia, esses poderes-deveres da Administração, de modificar unilateralmente o contrato administrativo, se submetem às limitações garantidoras dos direitos individuais dos particulares.<sup>100</sup> E, por esse motivo, deverão ser respeitadas as garantias do concessionário contratado, ao exemplo da indenização por prejuízos causados pelo ato unilateral e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Além disso, há de ser respeitado o devido processo legal para privação de direitos e aplicação de sanções, CF/88, art. 5º, inc. LV). “*Isso pressupõe a observância do princípio do contraditório, com audiência prévia do interessado e ampla oportunidade para produção de provas.*”<sup>101</sup>

Os atos praticados unilateralmente pelo Estado deverão ser *motivados*, revelando os fins que orientaram sua atitude, permitindo, portanto, o controle da legalidade dos fundamentos que embasaram a decisão. A motivação garante ao particular a segurança jurídica, uma vez que coíbe possíveis arbitrariedades e condutas em desacordo com a legalidade. Neste mesmo raciocínio é abarcada a

<sup>97</sup> Sobre a encampação ou resgate: “É a retomada unilateral coativa do serviço pelo poder concedente com os bens a ele vinculados por razões de interesse público, mediante prévia indenização e lei autorizativa específica (art. 35, §4º, c/c 37). Como nesse caso há uma extinção extemporânea, sem culpa da concessionária, apenas por avaliações de interesse público, a indenização deverá incluir os lucros cessantes.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 658.)

<sup>98</sup> “Adotando nomenclatura que não corresponde ao seu significado na teoria geral do direito, de “decadência” de um direito, a Lei nº 8.987/95 (art. 38) identifica caducidade como a rescisão unilateral da concessão por parte do poder concedente em razão do descumprimento do contrato pelo concessionário (...)” Ibid. p. 658.

<sup>99</sup> “Independente de qualquer consideração de interesse público ou da regular execução do contrato (art. 35, V, Lei nº 8.987/95). Pode ser declarada pela Administração, inclusive de ofício, ou pelo Poder Judiciário.” Ibid. p. 661.

<sup>100</sup> “A superioridade do interesse público sobre o privado não autoriza o espezinhamento do particular. O interesse particular, ainda que deva ceder passo ao coletivo, não pode ser ignorado. Reside nesse ponto uma diferença fundamental entre Estados democráticos e totalitários, afirmada no curso deste século. Em um Estado democrático, a Administração Pública não pode ignorar o interesse privado, ainda que se reconheça a superioridade do interesse público. Logo, mesmo a efetiva existência de interesse público não legitima o sacrifício incondicionado do interesse privado. A maior comprovação reside no instituto da desapropriação por interesse público – autorizada constitucionalmente, mas condicionada a prévia e justa indenização. Por isso, não se admite que o Estado imponha alterações contratuais como bem entender, mediante pura e simples invocação do interesse público.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 168)

<sup>101</sup> Ibid. p. 169.

exigência constitutiva do ato administrativo de ser praticado pela autoridade competente.<sup>102</sup>

Ainda, deve-se considerar direitos do concessionário frente o Poder Concedente, garantindo pontos de estabilidade na relação jurídica desigual. Como já tratado anteriormente, a garantia constitucional da manutenção e recomposição da equação econômico-financeira do contrato é um contraponto às possíveis instabilidades, previsíveis ou imprevisíveis, aleatórias ou provocadas pela própria Administração.<sup>103</sup>

Ademais, a legalidade, o vínculo ao instrumento convocatório, o estatuto jurídico das concessões e o contrato administrativo são fontes de garantias do particular. MARÇAL JUSTEN FILHO conclui:

“Desmente-se, antes de tudo, o raciocínio de que o contrato administrativo não apresentaria *força obrigatória* relativamente ao Estado. Ao contrário, todas as cláusulas contratuais são obrigatórias para ambas as partes. Tanto é verdade que o Estado não pode simplesmente ignorar as cláusulas ou descumpri-las como se não existissem. Há uma espécie de *organicidade interna* ou *sistematicidade* nos contratos administrativos. Isso significa que a alteração de certa(s) cláusula(s) acarreta a modificação necessária de outra(s). Não se modifica unilateralmente o núcleo econômico do contrato.”

Finalmente e não menos importantes vêm os direitos e deveres dos usuários, que são a razão de ser dos serviços públicos, pois emanam a necessidade da prestação do serviço, tendo-lhe(nos) sido garantido constitucionalmente, conferindo-lhes(nos) direito subjetivo a ele. Sendo assim, formam-se novas relações jurídicas entre usuário e concessionário e mantêm-se velhas relações jurídicas com o Poder Concedente.

---

<sup>102</sup> “Todos os poderes *exorbitantes*, reconhecidos ao Estado, são instrumentais da realização concreta do interesse público. Por isso, quando Estado invoca tais poderes, deverá demonstrar, concretamente, o interesse público que pretende realizar e a adequação do ato praticado para consecução desse objetivo. O sacrifício do interesse privado até pode ser admitido, mas não em virtude da mera e simples vontade do governante. Ou o governante explicita, formalmente, os motivos e os fins de sua conduta ou o particular poderá opor-se a isso.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 169-170)

<sup>103</sup> Relembrando que a equação econômico-financeira poderá ser reequilibrada em favor de ambos, não somente do concessionário. Entretanto, frente à desigualdade das partes, o instrumento pode ser visto como garantia do particular.

O usuário, apesar de não faz parte da relação jurídica concessionária propriamente dita, são os detentores do direito subjetivo público à prestação do serviço público adequado, universal, regular, contínuo, eficiente, seguro, atual, geral, cortês e prestado sob tarifa módica. Entretanto, não se pode deixar de dar igual atenção aos deveres do usuário.

A garantia dos direitos subjetivos do cidadão, nesse momento vistos como usuários, vem acompanhada, indissociavelmente, de deveres<sup>104</sup>, que implicam em uma *responsabilidade social ativa* em relação aos serviços prestados. Deste modo, são impostos aos usuários comportamentos derivados do seu direito de ter o serviço prestado. Entre eles pode-se destacar a sujeição à relação especial de administração estabelecida em favor do concessionário, o dever de não deteriorar o patrimônio, de contribuir para sua preservação, de fiscalizar, comunicar das ilicitudes praticadas pela concessionária e cobrar a qualidade do serviço prestado. Além disso existirão obrigações elementares da concessão e oriundas de novos contratos formados entre usuários e concessionária, como a de pagar o preço público pela prestação.

### 3.3. SUPORTE MATERIAL À PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO PELO CONCESSIONÁRIO

Configurado o contrato de concessão do serviço público atentar-se-á ao seu suporte material. São eles os bens e direitos vinculados ao concessionário por meio do contrato administrativo, que o possibilitarão atuar na função estatal a ele concedida, assumindo seus *status* de gestor. Para isso, são-lhe transferidos

---

<sup>104</sup> “O conhecimento de que existem *deveres fundamentais* do cidadão é ponto de partida para a compreensão de que a relação concessionária não se estrutura apenas em torno de direitos (ainda que se acolha a ideia de que o serviço público é direito fundamental). Afinal, a dignidade da pessoa não consiste apenas em passivamente receber benefícios, mas também em deter a capacidade de reconhecer os valores do todo social e colaborar de modo ativo para sua concretização. Esta deve ser a pedra de toque da compreensão dos deveres e obrigações do usuário.” (BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Direito das concessões: inteligência da Lei 8.987/1995 (PARTE GERAL)**. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 298-299.)

contratualmente, de modo translativo ou constitutivo, bens e direitos vinculados à satisfação das necessidades coletivas<sup>105</sup>, objeto do contrato de concessão.

Desta forma, compõem o conjunto patrimonial da concessão de serviço público direitos antes titularizados pelo Estado e bens por ele administrados, subdividindo-se, aos moldes do artigo 99 do Código Civil Brasileiro de 2002, em bens de uso comum do povo, bens especiais e dominicais. Nominados por RUY CIRNE LIMA de “*bens do domínio público*”, “*bens administrativos indisponíveis*” e “*bens administrativos disponíveis*”<sup>106</sup> Somam-se a eles os bens particulares incorporados na concessão pelo particular concessionário.

Ademais, dentro da concessão de serviço público o concessionário exercerá, portanto, uma relação jurídica de administração, podendo usar e explorar os bens a ele transferidos ou por ele posteriormente incorporados, na medida de sua afetação à prestação do serviço. Todos os bens vinculados à concessão de serviço público sofrerão o *toque de midas* do regime jurídico de Direito Público em uma escala de afetação ou essencialidade na prestação do serviço.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> “Esse conjunto de bens se compõe e integra de modo unitário, na medida em que se constitui em instrumento de prestação do serviço público. Até se poderia aplicar ao caso algumas outras formulações privatísticas, desenvolvidas a propósito da *afetação* de certos patrimônios à realização de alguns fins. Alguns autores chegam a ponto de identificar patrimônios sem sujeito nessa hipótese - <<*considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária*>> - sustentando que o Direito tutela o conjunto de bens antes do que o interesse de algum sujeito específico. A formulação é excessiva, mas apresenta a utilidade de acentuar uma peculiaridade do regime jurídico aplicável ao caso.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 330)

<sup>106</sup> CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de direito administrativo**. 7ª edição, revisada e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 179.

<sup>107</sup> “A essencialidade do bem à prestação do serviço produz sua submissão a esse regime jurídico próprio e inconfundível, dotado de características e peculiaridades próprias. Todos os bens passam a ter regime de direito público, ainda que se trate de bens de propriedade original do concessionário. A afetação do bem à satisfação da necessidade coletiva impede a aplicação do regime de direito privado comum. Não é possível, por isso, o concessionário invocar seu domínio para dar ao bem o destino que bem lhe aprouver. Nem poderia pretender usar e fruir do bem como bem entendesse. Portanto e ainda que se configurem bens privados, não é possível cogitar da sua penhorabilidade ou alienabilidade, sem a prévia desafetação – a qual se fará por ato formal do poder concedente, depois de verificada a viabilidade da continuidade do serviço público sem sua utilização. Encerrada a concessão e se verificando a desnecessidade dos bens para a continuidade do serviço público, voltará a incidir o regime de direito privado sobre eles. Se os bens forem indispensáveis à manutenção da regularidade do serviço público, consolidar-se-á seu domínio em favor do poder concedente ao final da concessão, numa sistemática jurídica equivalente a uma forma de desapropriação – inclusive na acepção de subordinar-se ao regime jurídico correspondente. O instituto jurídico pelo qual se produz a integração do bem privado no domínio público ao final do prazo de concessão, em virtude de sua instrumentalidade para prestação do serviço público, denomina-se de *reversão* – expressão que não deve induzir o estudioso a supor que os bens *reverterão* ao patrimônio público por que teriam deixado de integrá-lo. Os bens públicos afetados ao serviço público são transferidos à gestão do particular, mas continuam públicos. No final da concessão, sua gestão é

### Acerca da relação jurídica de administração elucidada RUY CIRNE LIMA:

“Nela, não parece possa compreender-se, porém, nenhuma espécie de relacionamento jurídico, no qual se suponha, ao sujeito ativo, um dever; ao invés de um poder; sobrepondo-se-lhe à autonomia da vontade, o vínculo de uma finalidade cogente. Alguns momentos de reflexão, entretanto, tornam, para logo, evidente que, entre essa espécie de relacionamento jurídico e a que se exprime pelo conceito corrente, a diferença apurável nada tem de essencial. O que se denomina “poder” na relação jurídica, tal como geralmente entendida, não é senão a liberdade externa, reconhecida ao sujeito ativo, de determinar autonomamente, pela sua vontade, a sorte do objeto, que lhe está submetido pela dependência da relação jurídica, vinculando-o, nessa determinação a uma finalidade cogente, e a relação se transformará imediatamente, se alteração, contudo, de seus elementos essenciais. À relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente, chama-se relação de administração.”<sup>108</sup>

Desta forma, deverão os instrumentos, edital e contrato elencarem os bens a serem transferidos ao concessionário e, particularmente, a disciplina dos bens privados por ele incorporados. Deverá ser disciplinada também a *reversão* desses bens ao Poder Concedente. Por *reversão* compreende-se a transferência inversa do patrimônio (bens e direitos) vinculado à concessão ao Poder Concedente.

Assim, o regime jurídico dos bens vinculados à concessão terá uma configuração híbrida, mesclando direito público e privado. Portanto, para defini-lo dever-se-á levar em conta a titularidade dos bens, sua afetação ao serviço e a intensidade da afetação. Identificada por MARÇAL JUSTEN FILHO, por exemplo, a distinção dos bens úteis à concessão e dos necessários a ela revelam certa gradação da afetação.<sup>109</sup>

Portanto, pode-se distinguir os bens vinculados à concessão dos demais, como sendo aqueles arranjados dentro das fronteiras do contrato e unidos entre si pela finalidade concessionária. São, portanto, ligados ao concessionário por vínculos jurídicos constituídos eminentemente pela força contratual.

---

recolocada em mãos do Estado. Já os bens privados continuam como tal, durante o prazo da concessão, ainda que se sujeitem a regime jurídico de direito público. Se essenciais à prestação do serviço público, deverão ser indenizados – o que se fará ao longo do prazo da concessão (amortizando-se seu valor por meio das tarifas arrecadadas) ou ao seu final, mediante solução jurídica equivalente àquela reservada para a desapropriação.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 330-340.).

<sup>108</sup> CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de direito administrativo**. 7ª edição, revisada e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 105.

<sup>109</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 330,

É possível de ser apontados como os bens de titularidade de pessoa jurídica de direito público e os bens de titularidade de pessoa jurídica de direito privado, recaindo sobre eles em diferentes intensidades o regime derogatório do direito privado, na medida de sua afetação ao serviço público. Explica-se: os bens serão gravados pelo *toque de midas* das suas utilidades públicas, fazendo com que recaia sobre ele o regime jurídico-administrativo na medida do número de suas funções que estiverem afetadas à prestação do serviço público.

#### 4. REGIME JURÍDICO DOS BENS VINCULADOS À CONCESSÃO

Analisar-se-á o tratamento dado pela Lei 8.987/1995 para os *bens vinculados* ao contrato de concessão da prestação de um serviço público. Não se pode, entretanto, encontrar definição expressa para que se possa identificar precisamente de que se tratam os *bens vinculados*.

No capítulo VIII, “*Dos encargos da concessionária*”, os incisos II, V e VII, do artigo 31 da referida lei, apontam que lhe incumbe: “manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão”; “permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis” e “zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente”, respectivamente aos incisos.<sup>110</sup>

Desta forma, a apreensão do significado de *bens vinculados* se dará do contexto normativo geral da lei e do ordenamento. Pode-se concluir que não são, necessariamente, aqueles essenciais à prestação do serviço e também não são, necessariamente os bens reversíveis. O termo *bens vinculados* assume, portanto, uma conotação ampla, abrangendo qualquer bem que possua vínculo com a concessão em sua noção integral.

---

<sup>110</sup> Art. 31. Incumbe à concessionária: II - manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão; V - permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis; VII - zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente;



Assim, os *bens vinculados* podem ser considerados como o patrimônio envolvido no projeto concessionário. São, portanto, o conjunto dos bens públicos transferidos, podendo ser do domínio público ou do patrimônio administrativo somados aos bens privados do concessionário, agregados à concessão no curso da duração contratual.

A legislação apresenta outros elementos a serem considerados no que se trata dos *bens vinculados*, por exemplo, o adjetivo *reversível*. Vem trazido no artigo 18, inciso X, da Lei nº 8.987/95<sup>111</sup>, no artigo 35, §§ 1º e 3º<sup>112</sup>, bem como no caput do artigo 36<sup>113</sup> da mesma lei.

A Lei nº 9.472/97, que regulamenta especificamente os serviços de telecomunicações, aponta também o termo em seu artigo 93, inciso XI<sup>114</sup> e no caput do artigo 101<sup>115</sup>. Ainda, na Lei nº 9.427/96, que disciplina o regime jurídico das concessões de energia elétrica, o termo *bens reversíveis* pode ser encontrado em seu artigo 14, inciso V<sup>116</sup> e no caput do artigo 18<sup>117</sup>.

Desta forma, pode-se apreender dos excertos de parte da legislação relacionada aos serviços públicos e, especificamente à sua concessão, que os *bens reversíveis* são uma parcela do conjunto patrimonial da concessão de serviço público. Serão esses bens que reverterão ao Poder Concedente ao cabo do termo contratual.

---

<sup>111</sup> BRASIL. Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais de legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente: (...) X – a indicação dos bens reversíveis.” -, o artigo 23, inciso X, da mesma lei – “Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...) X – aos bens reversíveis.”

<sup>112</sup> Ibid. Art. 35. Extingue-se a concessão por: (...) § 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. (...) § 3º. A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis.”

<sup>113</sup> Ibid. Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido

<sup>114</sup> BRASIL. Lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997. Art. 93. O contrato de concessão indicará: (...) XI – os bens reversíveis, se houver.

<sup>115</sup> Ibid. Art. 101. A alienação, oneração ou substituição de bens reversíveis dependerá de prévia aprovação da Agência

<sup>116</sup> BRASIL. Lei nº 9.427 de 26 de dezembro de 1996. Art. 14. O regime econômico e financeiro da concessão de serviço público de energia elétrica, conforme estabelecido no respectivo contrato, compreende: (...) V – indisponibilidade, pela concessionária, salvo disposição contratual, dos bens considerados reversíveis

<sup>117</sup> Art. 18. A ANEEL somente aceitará como bens reversíveis da concessionária ou permissionária do serviço público de energia elétrica aqueles utilizados, exclusiva e permanentemente, para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica.

Outro aspecto a ser considerado na determinação do regime jurídico aplicável aos *bens vinculadas* à concessão é o da afetação ao serviço público. O instituto da afetação é “*central na teoria do bem público, pois ela, ao predicar um ou mais usos para o bem, não apenas demarca a finalidade do bem, como também define a incidência mais ou menos intensa do regime de direito público*”<sup>118</sup>.

Defende-se, ainda na linha adotada por FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, que os bens do patrimônio estatal são de sua propriedade sob mitigações impregnadas pelo regime jurídico-administrativo, refutando as teorias da inexistência de propriedade dos bens de PROUDHON e BERTHÉLEMY, a teoria da *propriedade privada* do Estado sobre os bens públicos, construída por OTTO MAYER. Também, refuta-se a teoria de MAURICE HAURIOU da duplicidade de espécies de propriedade do Estado, também conhecida como *teoria das propriedades paralelas*, estabelecendo-se conforme a naturezas de seus bens a propriedade privada e pública.<sup>119</sup>

Em terrenos pátrios, CIRNE LIMA, partindo da classificação do Código Civil, configura a distinção entre os grupos de bens como sendo “*bens de domínio público*” os de uso comum, aos quais não confere sua titularidade ao Estado; e aos de titularidade estatal, chama-nos de “*patrimônio administrativo*”, os bens indisponíveis ou de uso especial e “*bens do patrimônio fiscal*”, os bens disponíveis ou dominicais<sup>120</sup>.

Pode-se mencionar também a construção de JOSÉ CRETELLA JR., que busca diferenciar os domínios público e privado da Administração em função do regime jurídico aplicável (público ou privado), por sua vez condicionada à sua afetação “*ao uso direto ou indireto da coletividade*”<sup>121</sup>.

HELLY LOPES MEIRELLES trata dos bens públicos como sendo “*todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais*”<sup>122</sup>. De forma amplíssima, confunde os

---

<sup>118</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum. 2009. p. 282-283

<sup>119</sup> Op. Cit. p. 73-77.

<sup>120</sup> CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de direito administrativo**. 7ª edição, revisada e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 179

<sup>121</sup> CRETELLA JR., José. **Tratado do Domínio Público**. Rio de Janeiro: Forense. 1984. p. 29.

<sup>122</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros. 2000, p. 469.

bens públicos ao próprio patrimônio estatal. Entretanto, em sua classificação fica relevante o critério da titularidade para a posterior delimitação dos bens públicos.

Afastando-se de HELLY LOPES MEIRELLES, DIÓGENES GASPARINI conceitua bens públicos como “*todas as coisas materiais e imateriais pertencentes às pessoas públicas e submetidas a um regime de Direito Público instituído em favor do interesse público*”<sup>123</sup> e, na mesma linha apontada anteriormente, ODETE MEDAUAR, como “*os bens pertencentes entes estatais, para que sirvam de meios ao atendimento imediato e mediato do interesse público e sobre os quais incidem normas especiais, diferentes das normas que regem os bens privados*”.<sup>124</sup> Observa-se nessa linha da classificação da doutrina nacional a presença de outros critérios além da titularidade, como o do regime jurídico publicístico e o da utilidade pública.

Desta forma, visto a grade divergência doutrinária para conceituar, classificar e determinar a natureza jurídica da relação da Administração com os bens públicos, partir-se-á da análise do superficial estatuto jurídico concernente do direito positivo brasileiro. Segundo o Código Civil<sup>125</sup> em seu artigo 98, “*são públicos os bens do domínio nacional*”<sup>126</sup> pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno” evidenciando a importância do critério da titularidade para a compreensão da definição legal do termo. Dispõe também, que todos os demais bens

O artigo seguinte, art. 99 do CC/2002, classifica os bens públicos como sendo de uso comum do povo, de uso especial da Administração de municipais.

#### 4.1. DELIMITAÇÃO DOS REGIMES APLICÁVEIS

---

<sup>123</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva. 1995. p. 471.

<sup>124</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 280.

<sup>125</sup> BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Endereço eletrônico

<sup>126</sup> O termo Domínio nacional carrega em si uma forte conotação autoritária por parte do Estado, segundo a qual, em função da sua soberania, teria ele um domínio geral sobre os bens e coisas existentes em seu território, pois é entendido como *domínio eminente*. Nesse sentido FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO afirma: “(...)a única forma de entender o conceito legal de ‘*domínio nacional*’, tal como posto no artigo 98 do CCB, é aproximar o conceito da noção de domínio eminente vista anteriormente. É dizer, quando o Código Civil se refere ao ‘*domínio nacional*’ está aludindo ao ‘*domínio eminente*’ para expressar que dentro do acervo total de bens existente no território nacional, aqueles que pertencerem às pessoas jurídicas de direito público interno serão públicos e todos os demais serão particulares. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum. 2009. p. 83.

Tendo em vista toda a controvérsia doutrinária acerca da delimitação do conceito de bens públicos e da natureza jurídica das relações administrativas com os bens por ela administrados, tomar-se-á caminhos desbravados pela doutrina pela falta de clareza legal.<sup>127</sup> Por esse motivo, adotar-se-á a teoria do *domínio público no direito brasileiro*<sup>128</sup> contemplada na obra e visão de THIAGO MARRARA.<sup>129</sup> Esta teoria, agora adotada neste trabalho monográfico, busca valorizar a funcionalidade do bem em detrimento dos quatro demais critérios identificáveis. São considerados fundamentais os seguintes critérios:

- “1. Pela titularidade, seriam públicos os bens pertencentes a entes com personalidade jurídica de direito público, e particulares, os das pessoas jurídicas de direito privado.
2. Pelo regime jurídico, seriam públicos os bens que se enquadram em regime jurídico publicístico e privados, os que se regem, a princípio e predominantemente, pelo direito privado.
3. Pela utilidade pública, seriam públicos todos os bens que produzem benefícios à coletividade, e privados, os que geram utilidades de interesse restrito ou benefícios particulares.
4. Pela afetação, seriam públicos os destinados de maneira tácita ou expressa, ao uso comum do povo ou a serviços públicos próprios de execução direta ou indireta.
5. Enfim, pelo critério dos beneficiários, seriam públicos os bens utilizados por qualquer um do povo indistintamente ou por beneficiários de serviços públicos.”<sup>130</sup>

---

<sup>127</sup> Complementa FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO: “O problema da abordagem dada pelo Direito Civil ao tema dos bens públicos não está apenas na desconformidade entre ela e os privilégios e princípios que recam sobre esta espécie de bens. Está em que os objetivos e pressupostos de direito de propriedade dos bens privados não são os mesmos aplicáveis aos bens públicos. Não é apenas dizer que o regime de propriedade de um e de outro tipo de bens e seja distinto (isto até certo ponto o regime de direito civil procura abarcar). A questão está no fato de que o regime de direito público aplicável aos bens públicos tem premissas diferentes, pois não se limita à relação jurídica entre o sujeito (proprietário) e a coisa, abrangendo também a finalidade (utilidade) que o bem deve ter para toda a coletividade.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas.** Belo Horizonte: Fórum. 2009. p. 115).

<sup>128</sup> MARRARA, Thiago. **Bens públicos; domínio urbano; infra-estruturas.** Belo Horizonte: Fórum. 2007. p. 89.

<sup>129</sup> “A teoria do domínio público deve superar a tripartição dos bens públicos e a separação entre públicos e privados, passando a discriminar os bens apenas de acordo com o regime jurídico funcional, centrado no princípio da indisponibilidade e conformado pelas regras de inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade.” (MARRARA, Thiago. **Bens públicos; domínio urbano; infra-estruturas.** Belo Horizonte: Fórum. 2007. p. 91).

<sup>130</sup> Sobre o último critério, acrescenta o autor: “Como se apontou anteriormente, tal teoria não se sustenta, uma vez que se torna praticamente impossível definir quais sejam os beneficiários diretos ou indiretos de um ou outro bem público, não sendo raro que alguns bens privados sejam utilizados de modo análogo. MARRARA, Thiago. **Bens públicos; domínio urbano; infra-estruturas.** Belo Horizonte: Fórum. 2007. p. 89-90.

Sendo assim, observa-se que cada um desses critérios desempenha uma finalidade para definição dos contornos jurídicos dos bens em geral. Senão, vejamos os critérios da titularidade e do regime jurídico como distinção entre bens públicos e privados. Veja-se o critério da utilidade pública como meio tanto de demarcação entre os campos privado e público como de classificação dos três tipos de bens públicos<sup>131</sup>. Os demais critérios vêm a delimitar e justificar a tripartição da classificação do artigo 99 do Código Civil Brasileiro.

Desta forma, estabelece THIAGO MARRARA:

“A teoria do domínio público deve superar a tripartição dos bens públicos e a separação entre públicos e privados, passando a discriminar os bens apenas de acordo com um regime jurídico funcional, centrado no princípio da indisponibilidade e conformado pelas regras de inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade.”<sup>132</sup>

Os critérios, portanto, se complementam com o objetivo de determinar o regime aplicável aos bens quando envolvidos em relações jurídicas administrativas.<sup>133</sup> Por esse motivo e para dar nitidez aos contornos que ganhará os regimes jurídicos específicos aplicáveis a cada bem, há de se considerar a pluralidade de funções e utilidades que ele pode ter, constituindo, portanto, a função

---

<sup>131</sup> Nesse ponto já se pode identificar particularidade dos regimes aplicáveis a cada um dos tipos, sendo escalonada a capacidade de alienação: os bens de uso comum são inalienáveis por essência, dependendo de desafetação por lei ou ato do executivo da entidade política, os de uso especial podem ser alienados se desafetados de sua função pública, dependendo de lei e ato do executivo do ente, e, finalmente, os bens dominicais, que poderão ser alienados desde que conveniente e oportuno à Administração. Nesse sentido FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO: “Ficam patentes, pois, as insuficiências da concepção civilista dos bens públicos no Direito brasileiro. O critério subjetivo impede que se discuta os limites da inalienabilidade ou da classificação de usos. Não permite modalidades de uso ou os procedimentos de afetação e desafetação destes bens a finalidades de interesse geral” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum. 2009. p. 116.).

<sup>132</sup> MARRARA, Thiago. **Bens públicos; domínio urbano; infra-estruturas**. Belo Horizonte: Fórum. 2007. p. 91.

<sup>133</sup> Nesse sentido FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO: “Os critérios subjetivo e objetivo, por certo não são excludentes. Podem e devem ser complementares. A dificuldade está em empregar o tratamento constante do CCB (concebido para resolver a questão privada de saber que é o titular do domínio), para desenvolver o regime jurídico-administrativo (regrar como esse patrimônio pode ser adquirido ou alienado, como deve ser gerido, como pode ser usado, como seu exercício pode ser limitado.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum. 2009. p. 103)

social do bem público.<sup>134</sup> Vale ressaltar que bens públicos e privados podem ter funções públicas e privadas, resultando em diversos regimes jurídicos.

Veja-se que, com a priorização do aspecto funcional para determinação do regime jurídico de um bem, bens privados poderão fazer parte do domínio público se alguma de suas funções forem ou se fizerem essenciais à prestação de serviço público, ou mesmo se passarem a ser utilizados comumente pelo povo. No mesmo caminho, bens públicos desafetados em todas as suas funções farão, forçosamente, parte do domínio público, mas com uma carga de derrogação do regime privado muito menor que a de bens afetados.<sup>135</sup>

Portanto, para melhor elucidar o que TIAGO MARRARA trata por *escala de dominialidade*, veja-se o quadro esquemático construído pelo autor:

---

<sup>134</sup> FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO analisa com toques econômicos o cumprimento da função social de um bem público como a máxima exploração de suas utilidades: “Por fim – e talvez mais polêmico – há o fato de que a gestão dos recursos públicos, sempre insuficientes para atender todas as obrigações de que se incumbe o Estado, leva-nos a constatar que a função social dos bens integrantes do patrimônio público só é plenamente atendida se forem aproveitadas todas as utilidades conciliáveis que possam ser suportadas pelo bem. Isso com vistas a atender dois objetivos. Primeiro, com a múltipla utilização do bem, tornar possível sua otimização, em benefício da coletividade. Segundo, permitir a rentabilização destes bens em prol do erário, evitando que o valor econômico subjacente a este acevo patrimonial seja amealhado exclusivamente pelos particulares. Vai daí que, para cumprir adequadamente a função social, o Estado tem de passar a atuar, crescentemente, como um agente econômico, como um gestor de um considerável patrimônio, cuidando para que a utilização de seus bens se dê com a máxima eficiência: equilibrando a obtenção de receitas com a plena consagração dos usos públicos e a eficácia das políticas públicas que se servem destes bens.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum. 2009. p. 397-398)

<sup>135</sup> “O domínio público corresponderia ao primeiro conjunto de bens. Aglomeraria os bens públicos que se sujeitam a um regime publicístico puro, ou seja, os de uso comum do povo e os de uso especial. Os dominicais, por sua vez, constituiriam o chamado domínio privado do Estado, guiando-se, a princípio, por um regime jurídico mais próximo àquele que incide sobre os bens particulares – ainda que sejam muitas as normas públicas que os atingem.

Partindo para o segundo pressuposto, reitera-se que há bens privados sobre os quais recaem regimes mais publicísticos devido a serviços ou funções que esses bens servem. Nesta categoria estão os bens das empresas, estatais ou não, prestadoras de serviços públicos próprios do Estado e os bens privados utilizados pela Administração Direta para realização de suas atividades públicas. Têm esses bens praticamente a mesma função daqueles que participam do domínio público, com a diferença de que não são próprios do Estado. MARRARA, Thiago. **Bens públicos; domínio urbano; infra-estruturas**. Belo Horizonte: Fórum. 2007. p. 95.

Escala de dominialidade			
Objeto	Natureza Jurídica	Funções Sociais	Regime Jurídico
Domínio público estatal	Propriedade estatal	FS da propriedade FS do domínio público FS dos bens públicos FS específicas	Regime jurídico publicístico
Domínio público impróprio	Propriedade particular	FS da propriedade FS do domínio público FS específicas	Regime jurídico predominantemente publicístico
Domínio privado estatal ou bens dominicais	Propriedade estatal	FS da propriedade FS dos bens públicos FS específicas	Regime jurídico privado com derrogações de direito público
Domínio particular ou bens particulares	Propriedade particular	FS da propriedade FS específicas	Regime jurídico essencialmente privado

136

Para compreender a gradação de regimes é preciso definir sua terminologia. Destarte, tome-se por *regime jurídico publicístico*, o aplicável aos bens de “*uso direto ou indireto pela coletividade*”<sup>137</sup>, podendo ser utilizados diretamente ou colocados a serviço da população, sendo gravado pelas limitações da indisponibilidade, da inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade para proteção de suas funções essenciais aos interesses públicos. Nesse regime, a persecução do interesse público e atingimento da maior intensidade da função social da propriedade pública ganha sua maior incidência.<sup>138</sup>

O *regime jurídico privado*, por sua vez, é regido pela liberdade, garantindo-se ao seu titular os direitos de *usar, gozar e dispor* de seus bens. Entretanto, faz bem o autor de reforçar, por meio da utilização do advérbio *essencialmente*, para

<sup>136</sup> MARRARA, Thiago. **Bens públicos; domínio urbano; infra-estruturas**. Belo Horizonte: Fórum. 2007. p. 96

<sup>137</sup> CRETELLA JR., José. **Tratado do Domínio Público**. Rio de Janeiro: Forense. 1984. p. 29.

<sup>138</sup> “Se a função social da propriedade privada condiciona e limita o direito de propriedade dos particulares, a função social da propriedade pública justifica mesmo a própria detenção deste domínio. Naquele caso a função social importa limites à propriedade, neste determina a própria existência dela. Daí por que não faz sentido excluir do domínio estatal, como se não fossem objeto de propriedade, os bens públicos de uso comum ou aquelas coisas que sejam consideradas inapropriáveis. Estes bens integram o domínio estatal, vale dizer, são objeto de propriedade do Estado exatamente para evitar que sejam objeto do domínio privado e para permitir que sua aplicação (seja no valor de uso, seja obstando-lhe o valor de troca) se dê em atenção às finalidades públicas.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum. 2009. p. 95 )

amenizar o *regime jurídico privado*. Isso se dá, pois a liberdade absoluta que marcou a propriedade privada por séculos não mais é absoluta. Atualmente o *regime jurídico privado* pode sofrer e sofre limitações, marcadamente pela exigência constitucional para que cumpra sua função social<sup>139</sup>, bem como eventuais limitações urbanísticas ou de ordem administrativa como servidões e tombamentos, por exemplo.<sup>140</sup>

Vale dizer que o *regime jurídico público* em relação aos bens será caracterizado pela sua *inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade*. Quando à inalienabilidade, serve à proteção à continuidade de uma função dada a um bem afetado a ela de modo a impedir que seja objeto de negócios jurídicos de transferência de propriedade.

Quanto à *imprescritibilidade*, também é correlata à proteção da estabilidade da relação de propriedade, preservando-se sua utilização com função pública, quanto ao quesito temporal. Para JOSÉ CRETELLA JR. são dois fatores que compõem a *imprescritibilidade*: i) a preservação do direito de propriedade pública e ii) a impossibilidade de se sujeitar um bem inalienável à usucapião.<sup>141</sup>

E, por derradeiro, quanto à *impenhorabilidade* observa-se outra face de proteção à manutenção da propriedade pública, agora em face de ordens judiciais (execução em juízo) ou sua utilização como garantia real de obrigação, como penhor e hipoteca.

## 4.2. REGIME DE BENS NO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

---

<sup>139</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

<sup>140</sup> “O domínio particular não deve ser compreendido como um conjunto de bens imunes a normas públicas, nem sequer como bens que não possam produzir utilidades públicas e benefícios sociais. Constituem, na verdade, um conjunto de bens de propriedade de pessoas jurídicas de direito privado, possuindo, por conseguinte, natureza privada, e que são aplicados primariamente na esfera da vida privada dos cidadãos ou das atividades econômicas em sentido estrito das pessoas jurídicas de direito privado. À luz dessas funções materiais, eles estão, a princípio, em regime particular integral.” (MARRARA, Thiago. **Bens públicos; domínio urbano; infra-estruturas**. Belo Horizonte: Fórum. 2007. p. 103)

<sup>141</sup> CRETELLA JR., José. **Tratado do Domínio Público**. Rio de Janeiro: Forense. 1984. p. 33.



Neste contexto, pode-se observar, que os *bens vinculados* à concessão de serviço público formam um conjunto híbrido de bens, cujos regimes jurídicos se determinam conforme sua posição na escala de dominialidade, examinada e descrita oportunamente. Trata-se, portanto, de uma formação patrimonial constituída por uma relação jurídica contratual entre Administração Pública e pessoa pertencente da Iniciativa privada.

Desta relação jurídica resulta a substituição do Estado pelo particular para prestação de um serviço público, assumindo para si uma função estatal. O particular é colocado em um *status* antes ocupado e ainda titularizado pelo Estado, assumindo além de sua posição hierárquica no sistema social, em relação à nova função, direitos, deveres, prerrogativas e ônus públicos, conjuntamente com a possibilidade de lucro.

Todo esse acervo constituído ou translado inclui os bens, parte deste suporte material mencionado. Sobre esses bens recai, além do regime geral dos bens, o regime específico da concessão de serviço público. Ver-se-á portanto um patrimônio próprio do projeto concessionário, composto por bens públicos transferidos e bens privados incorporados.

O contrato de concessão elencará os bens a serem transferidos ao concessionário. Será por meio de um inventário de bens que esses se *vincularão* à concessão e se manterão desta forma até o termo do contrato, quando outro elemento do regime de bens do contrato entrará em cena, a *reversão*<sup>142</sup>. Pode-se identificar que parte desses bens encontrar-se-ão afetados ao serviço público prestado, recaindo sobre eles o *regime jurídico público* na medida das suas funções afetadas. Nesse sentido THIAGO MARRARA afirma:

“Como o regime jurídico publicístico é excepcional, será aplicado e interpretado restritivamente. Por consequência, suas regras agasalharão com as devidas adaptações apenas: 1. os bens efetivamente empregados na prestação dos serviços públicos, tais como os ônibus em operação, no caso de serviços de transporte, as redes de energia elétrica instaladas etc.; e 2. os bens de propriedade das empresas que serão potencialmente utilizados na prestação dos serviços, como os equipamentos e redes em fase de implantação, e os estoques de bens fungíveis ou as reservas

---

<sup>142</sup> BRASIL. Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Art. 35. Extingue-se a concessão por: § 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.

financeiras, dentro dos limites quantitativos razoáveis à continuidade dos serviços nos termos oficialmente planejados.

O regime publicístico deverá ser utilizado somente na medida exata e necessária à proteção dos interesses que o fundamenta, vedando-se sua extensão sem justa causa em prejuízo da liberdade de gestão dos entes privados sobre seus bens.”<sup>143</sup>

Assim, sobre os bens do domínio público ou privado quando afetados ao serviço recairão normas derogatórias do direito privado para preservação de suas funções públicas. Esses bens deverão, necessariamente, ser previstos no contrato como reversíveis<sup>144</sup>. Os bens incorporados pelo concessionário que sofrerão a reversão ao Poder Concedente deverão ser amortizados durante o contrato. Caso não o sejam ou caso haja extinção da concessão anteriormente ao termo do contrato, eles deveram ser indenizados.<sup>145</sup>

Além disso, quanto aos demais bens não afetados, se parte do patrimônio estatal, poderão ser explorados pelo concessionário, dentro do estipulado contratualmente<sup>146</sup>, se parte do patrimônio privado restarão nas condições do

---

<sup>143</sup> MARRARA, Thiago. **Bens públicos; domínio urbano; infra-estruturas**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 125-126.

<sup>144</sup> “Extingue-se, por igual, o poder que o concessionário exercitava sobre os bens públicos afetados ao serviço público. O Estado volta a ter a posse deles. A identificação dos bens reversíveis faz-se a partir das regras contidas no edital e no contrato. A Lei insiste na obrigatoriedade de determinação prévia dos bens que, ao final da concessão, reverterão ao poder concedente.

A reversão não se faz gratuitamente. Como regra, o valor dos bens reversíveis é amortizado no curso do prazo da concessão. As tarifas são fixadas em valor que permita não apenas remunerar o concessionário pelo custo operacional do serviço mas por todas as despesas necessárias. Mais ainda, as tarifas deverão ser calculadas de modo a amortizar o valor dos bens empregados pelo particular e que serão ou consumidos na prestação do serviço ou integrados no domínio público ao final do prazo. Também sob esse ângulo é relevante a identificação prévia dos bens reversíveis: somente assim será possível determinar o valor dos bens e fixar tarifas aptas a propiciar a amortização de seu valor. Deverá examinar-se a situação concreta dos bens, tomando em vista, inclusive, o inventário e registro de bens mantido pelo concessionário (art. 31, inc. II). Como é lógico, a perspectiva de indenização é muito maior quando a extinção da concessão der-se antes do término do prazo originalmente previsto para a concessão.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 570.)

<sup>145</sup> BRASIL. Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

<sup>146</sup> Ibid. Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei. Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

domínio privado. Enquadram-se, portanto, dentro da exploração acessória ao serviço público.

Portanto, ao fim da relação jurídica concessionária, desaparecerão também os vínculos constituídos por força contratual entre o concessionário e os bens revertidos, dividindo o patrimônio da concessão em dois blocos que passarão a incorporar apartadamente o patrimônio público (bens reversíveis) e patrimônio privado do ex-concessionário.

#### 4.3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se deste trabalho monográfico apenas a configuração estática do regime jurídico dos *bens vinculados* ao contrato de concessão. Sendo que a realidade prática revelará um panorama ainda mais complexo, com um sem número de perguntas sem respostas.

Entre elas as naturezas jurídicas dos vínculos constituídos entre o concessionário e os diversos *bens vinculados* e dos direitos reais sobre eles exercidos. As possibilidades de exploração e incorporação de bens do concessionário no projeto. Todas possibilidades de aprofundamento de estudo do objeto deste presente.

As regras jurídicas de gestão e exploração dos bens públicos, bem como a própria doutrina deste ramo do Direito Administrativo que ainda não ofereceu um estudo pleno, completo e sistemático, são ainda campo marcado pela insuficiência.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

\_\_\_\_\_. Código Civil. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.427 de 26 de dezembro de 1996.

CARVALHO, Juliane Erthal de. **A noção contemporânea de Serviço Público.** Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC. v.1, n. 0, p. 121-138, maio/jun., 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CHEVALLIER, Jacques. **Droit du service public.** 9e édition. Paris: Presses Universitaires de France, 2012.

CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de direito administrativo.** 7ª edição, revisada e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros. 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parcerias público-privadas e outras formas.** 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DUGUIT, Léon. **Les transformations du droit public.** Paris: Librairie Armand Colin, 1913

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva. 1995.

GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude. **Traité de droit administratif**. Tome III. 6e édition. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1997.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum. 2009.

MARRARA, Thiago. **Bens públicos; domínio urbano; infra-estruturas**. Belo Horizonte: Fórum. 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros. 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29º ed. rev. e atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros. 2012.

MESTRE, Renan Le. **Droit du service public**. Paris: Gualino éditeur, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, “*O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos*”, in Diogo de Figueiredo Moreira Neto (org.), **Mutações do direito administrativo**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VALETTE, Jean-Paul. **Le service public à la française**. Paris: Ellipses, 2000.