

RACHEL PELLIZZONI DA CRUZ

**ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS DA CONCESSÃO DE SERVIÇO
PÚBLICO**

**Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Federal do
Paraná, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em
Direito.**

**Orientador: Prof. Dr. Marçal Justen
Filho**

Curitiba

2001

TERMO DE APROVAÇÃO

RACHEL PELLIZZONI DA CRUZ

ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do bacharelado no Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Marçal Justen Filho

Prof. Manoel Eduardo Gomes

Prof^a. Katya Kozicki

Curitiba, 05 de outubro de 2001

**Aos meus pais, pela generosidade.
Ao Dr. Gustavo H.J. de Oliveira, pelo estímulo.**

SUMÁRIO

TERMO DE APROVAÇÃO	II
SUMÁRIO	IV
RESUMO	V
INTRODUÇÃO.....	1
1-CONCESSÃO	3
1.1 HISTÓRICO	3
1.1.1 ORIGENS.....	3
1.1.2 ESTATIZAÇÃO.....	4
1.1.3 DESESTATIZAÇÃO, PRIVATIZAÇÃO E CONCESSÃO	5
1.2 CONCEITO E DISTINÇÕES	9
1.2.1 CONCEITOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	9
1.2.2 CONCESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO	12
1.2.3 PERMISSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO	13
1.2.4 AUTORIZAÇÃO.....	14
1.3 FUNÇÃO PÚBLICA DAS CONCESSIONÁRIAS	15
1.3.1 NOÇÃO DE FUNÇÃO PÚBLICA	15
1.3.2 INTERESSE PÚBLICO	18
1.3.3 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.....	19
1.3.4 DEVERES LEGAIS DO PODER CONCEDENTE E DA CONCESSIONÁRIA.....	21
2- CARACTERÍSTICAS E OBJETO DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	22
2.1 CARACTERÍSTICAS.....	22
2.1.1 DA OBRIGATORIEDADE DAS LEIS Nº 8987/95 E 9074/95.....	22
2.1.2 CONCESSÃO COMO CONTRATO DE DIREITO PÚBLICO.....	25
2.1.3 EQUILÍBRIO ECONÓMICO FINANCEIRO.....	28
2.1.4 REMUNERAÇÃO E FONTES ALTERNATIVAS DE RECEITA.....	29
2.2 OBJETO DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	31
2.2.1 CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	31
2.2.1.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	31
2.2.1.2 SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGÁVEIS	35
2.2.2 CONCESSÃO DE OBRA PÚBLICA	37
3- BENS PÚBLICOS DE USO COMUM NA CONCESSÃO.....	41
3.1 DO USO ESPECIAL DOS BENS PÚBLICOS	41
3.1.1 USO ESPECIAL	41
3.1.2 DA UTILIZAÇÃO DE BENS PÚBLICOS DE USO COMUM NA CONCESSÃO.....	42
3.1.3 INSTITUTO ADEQUADO À UTILIZAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS PELAS CONCESSIONÁRIAS.....	45
3.1.3.1 SERVIDÃO ADMINISTRATIVA.....	46
3.1.3.2 PERMISSÃO E CESSÃO DE USO.....	48
3.1.3.3 CONCLUSÕES.....	49
3.1.4 SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES E USO DE BENS PÚBLICOS.....	50
3.2 DA PERMISSÃO DE USO MUNICIPAL	52
3.3 PERSPECTIVAS A PARTIR DO DIREITO EUROPEU	55
4- CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
5- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	62

RESUMO

O presente trabalho trata da concessão de serviço público com o fito de compreender sua inserção no Direito Administrativo brasileiro. A concessão ressurgiu na década de noventa, a partir da Constituição Federal de 1988 e do programa de desestatização do Estado. Faz-se menção sobre o desenvolvimento histórico da concessão no Brasil; sobre o conceito de concessão de serviço público e sobre a noção de função pública das concessionárias. Cuida-se também de algumas características da concessão de serviço público e seu objeto, o serviço público. São apontadas novas perspectivas sobre o serviço público, indicando-se quais as atividades que podem ser delegadas. Diferencia-se, ainda, a concessão de serviço público da concessão de obra pública. Dispõe-se, por fim, sobre uma questão enfrentada pelas concessionárias de serviço público que dependem da instalação de infra-estrutura sobre bens de uso comum para prestar seu serviço. Trata-se da cobrança de preço, por parte de municípios e concessionárias de bens públicos pela utilização de bens públicos de uso comum. Questiona-se a possibilidade de ser oneroso o uso, já que a instalação das redes de distribuição visa prestar um serviço público. A partir do exposto, conclui-se que a efetiva regulamentação dos serviços públicos deve partir do consenso entre os diversos atores sociais.

INTRODUÇÃO

A idéia de abordar o presente tema – concessão de serviço público- surgiu com a notícia de que municípios e concessionárias de rodovias e ferrovias estavam cobrando um preço, referente à utilização de seu solo, subsolo e espaço aéreo, de concessionárias de serviços de telecomunicações, distribuição de eletricidade e combustíveis. Como poderia ser oneroso o direito de passagem sobre um bem de uso comum quando as concessionárias estão prestando serviço público? Seria legítima a cobrança?

Para compreender essa problemática, procurou-se estudar a concessão de serviço público de forma ampla, abrangendo diversos aspectos que permitam conhecer o instituto. Só então discorreu-se brevemente sobre a cobrança de preço pela utilização de bens públicos de uso comum.

A questão enfrentada relaciona-se também com o ressurgimento da concessão, na década de noventa, a partir da Constituição Federal de 1988 e do programa de desestatização do Estado. Embora seja tratada em larga escala pela doutrina, há pontos que suscitam controvérsias, uma vez que a legislação é recente (disciplinam a matéria as leis federais 8987/95 e 9074/95, 9277/96, 9295/96, entre outros diplomas).

Assim, para consecução dos objetivos propostos, o trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro cuidou-se do desenvolvimento histórico da concessão no Brasil, culminando no referido processo de desestatização. Segue-se o conceito de concessão de serviço público e a noção de função pública das concessionárias, na tentativa de apreender a base principiológica em que as concessões se aportam.

No segundo capítulo discorre-se sobre algumas características da concessão de serviço público e seu objeto – o serviço público - em consonância com o que prescrevem os diplomas federais e estaduais que a disciplinam. Apontam-se, também, novas perspectivas sobre o serviço público e quais as atividades que podem ser delegadas. Diferencia-se, ainda, a concessão de serviço público da concessão de obra pública.

A seguir, o capítulo terceiro dispõe sobre as concessionárias de serviço público que dependem da instalação de infra-estrutura sobre bens de uso comum para prestar seu serviço (concessionárias de energia elétrica, telecomunicações, entre outras que instalam dutos no

solo e subsolo). Trata-se da cobrança de preço, por parte de municípios e concessionárias de bens públicos, como rodovias e ferrovias, pela utilização de bens públicos de uso comum.

Questiona-se a possibilidade de ser exigido tal preço, já que a instalação das redes de distribuição visa prestar um serviço público. A análise partiu do estudo dos institutos adequados à utilização do bem público pela concessionária e da possibilidade de cobrança pelos municípios e concessionárias de bens públicos. Conclui-se que devem ser regulamentados os critérios para a utilização dos mesmos, de modo que seu acesso se dê de forma isonômica entre as concessionárias.

Para a elaboração desta monografia foram consultados diplomas legais federais e estaduais que disciplinam a matéria. A doutrina nacional foi amplamente consultada, complementando-se com observações pontuais da doutrina estrangeira.

O tema é instigante uma vez que remete ao novo contexto de prestação de serviços públicos e acaba por demonstrar como urge ao Estado, aos usuários, às próprias concessionárias e, mais recentemente, às agências reguladoras, assumirem de forma efetiva seus papéis, permitindo que a regulação dos serviços públicos resulte de um consenso.

1- CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

1.1 Histórico

1.1.1 Origens

A concessão de serviços públicos não é um instituto recente. Tem-se de notícia que na Idade Média já ocorria concessão de administração de feudos tendo por base um documento que estabelecia as obrigações do concessionário. No Estado absolutista francês registrou-se a ocorrência de contratos de gestão em que os concessionários eram fortemente dirigidos pelo poder público.¹

A partir do século XVIII, começaram a ser garantidos alguns direitos ao concessionário. Na França, desde o século XIX, a concessão existe obedecendo aos contornos atuais. Foi criada para realizar serviços que exigiam grandes investimentos, e que o poder público não poderia assumir, como as estradas de ferro e a eletricidade.²

O Brasil seguiu o modelo inglês e, como a Inglaterra, começou pela concessão de ferrovias, para mais tarde atingir a energia e a telefonia. Em 1835, o Governo Imperial concedeu uma série de regalias a quem construísse ferrovias entre Rio de Janeiro, Minas Gerais e São Paulo.³ Foi a forma encontrada pelo Império, e posteriormente pela República, para que o Brasil desenvolvesse uma boa infra-estrutura de prestação de serviços públicos. Contudo, até a década de 50 a concessão de serviços públicos ocorreu sem qualquer estudo ou estratégia para que o concessionário atingisse os fins a que se propôs.⁴

¹ MEDAUAR, Odete (org). *Concessão de Serviço Público*, p.12. Laubadère ressalta que: “*d'une part, on n'a pas tout de suite aperçu que la concession pouvait porter sur la seule exploitation d'un service; au XIX siècle on ne la concevait encore que sous la forme et l'appellation de la "concession de travail public" consistant dans la construction d'un ouvrage. A la fin du XIX siècle, avec le développement de chemins de fer, distributions du gaz et de l'électricité, la concession est plus facilement apparue comme pouvant porter à la fois sur la construction de l'ouvrage et son exploitation (service public)*”. In: *Traité de Droit Administratif*. T1, 13. ed., p. 780.

² Idem, *ibidem*, p.12.

³ Foi o Barão de Mauá o primeiro a construir uma ferrovia no Brasil, entre o Rio de Janeiro e Petrópolis. Mais tarde foi responsável pela concessão de iluminação pública. In: Oliveira, José Carlos De. *Concessão de Serviços Públicos*, p. 20.

⁴ Embora todas as Constituições previssessem a edição de lei sobre concessão de serviços públicos, tal lei nunca foi promulgada. A concessão foi prevista nos seguintes artigos: CF de 1934, art. 137, CF/46, no art. 152, a CF/67, art. 160 e a EC/69, art. 169. In: MEDAUAR, opus cit, p. 13. Apenas o Código de Águas, Decreto 24643/34, art. 43, previa a concessão das águas públicas para fins de utilidade pública.

No entanto, o baixo valor das tarifas, influenciado por interesses políticos, e a ausência de regras claras e uniformes impedindo uma prestação adequada aos usuários, conduziram à insatisfação de concessionárias e usuários. Além disso, quando os tribunais passaram a reconhecer ao concessionário o direito ao equilíbrio econômico-financeiro, certos riscos tiveram que ser assumidos pela Administração. Isto ocorreu devido à consagração da garantia de juros e da afirmação da teoria da imprevisão.

Deste modo, o Poder Concedente, desprovido de participação nos lucros, era chamado apenas para tomar parte no prejuízo. Esta situação obrigou o Estado a reavaliar as vantagens e a viabilidade da concessão de serviços públicos.

1.1.2 Estatização

A partir da década de 30, deu-se o declínio das concessões⁵, seguido de um processo de estatização. Este processo ocorreu também em virtude da instabilidade econômica em geral e das guerras mundiais.

Era o início do Estado intervencionista e voltado ao bem estar social. Foram estatizados os serviços anteriormente concedidos. A partir de então, o Estado passou a centralizar a prestação de serviços públicos a fim de promover investimentos, como no setor energético.⁶

Essa concentração dos serviços públicos pelo Estado levou à substituição da concessão pela descentralização, realizada através de empresas públicas e sociedades de economia mista. A intenção do Estado era alavancar o crescimento mais rápido possível e suprir a ausência de recursos na iniciativa privada.

A criação de empresas estatais obedeceu aos seguintes fatores: necessidade de crescimento econômico; questões políticas e estratégicas que levaram ao monopólio de alguns serviços considerados essenciais para a segurança do país (como o petróleo e as telecomunicações); descentralização através de empresas autônomas e flexíveis e produção de bens e serviços para os mais humildes.⁷

⁵ MEDAUAR, opus cit, p. 12

⁶ OLIVEIRA quantifica a ineficiência da gestão privada do serviço de energia elétrica : “Em 1962, depois de mais de 60 de absoluto controle privado, o sistema energético era de apenas 5.700 megawatts instalados, insuficientes para abastecer a arrancada de desenvolvimento industrial...” In: OLIVEIRA, opus cit, p.28.

⁷ OLIVEIRA, opus cit, p. 30.

No entanto, as empresas públicas passaram a ser utilizadas para segurar a inflação ou beneficiar setores da economia considerados estratégicos para o país.⁸ Assim, foram acumulando dívidas. De outro lado os serviços públicos prestados pela Administração Direta eram precários. DI PIETRO tece o seguinte quadro:

“supradimensão das estruturas administrativas e conseqüente aumento da burocracia; excessivas regulações que limitam e afetam as liberdades econômicas e sociais; a configuração de monopólios legais a favor do Estado e a participação estatal exclusiva ou majoritária no capital de empresas industriais ou comerciais”⁹.

Impossibilitado de reverter este quadro, o Estado busca no particular a solução para a adequada prestação dos serviços públicos.

1.1.3 Desestatização, privatização e concessão

Na década de 90, o Governo brasileiro iniciou o processo de desestatização com o fito de entregar ao particular atividades que este exerceria com maior eficiência. Esse processo foi autorizado pela lei nº 8031 de 12 de abril de 1990 (modificada pela lei nº 9491/97), que instituiu o Programa Nacional de Desestatização.

Devem ser realçados os objetivos do programa: reordenar a posição do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada as atividades indevidamente exploradas pelo setor público; reduzir a dívida pública; permitir à Administração concentrar seus esforços em setores estratégicos para a realização do bem comum.¹⁰

Há uma certa confusão doutrinária acerca das expressões desestatização, privatização e descentralização dos serviços públicos. A lei 9491/97 enquadra as concessões e permissões

⁸ BIONDI, Aloysio. O Brasil privatizado, 1999, p.9. Segundo ele as dívidas acumuladas pelas estatais se devem às medidas governamentais que impediam o aumento de tarifas e preços a fim de controlar a inflação. Nesse sentido, alerta que é falsa a idéia de que as empresas públicas são incompetentes. BIONDI traz outra versão sobre as motivações e o processo de privatização.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 21

¹⁰ A lei 9491/97 definiu o Programa Nacional de Desestatização nos seguintes moldes: “Art. 1º O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais :I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida; III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da

no programa de desestatização e indica o significado do termo.¹¹ Assim, a concessão de serviço público integra um contexto maior, que é a desestatização dos serviços prestados pelo Estado.

No entanto, o que a lei denomina desestatização, outros definem como privatização. Para José Carlos de OLIVEIRA, “*privatização pode ser entendida como o processo de desvinculação de atividades econômicas ou de serviços, que se encontram a cargo do Poder Público, passando-os para a iniciativa privada*”.¹² Sob este ponto de vista, não se trata apenas da transferência de empresas públicas para o domínio privado, mas um verdadeiro ponto de partida para o atendimento das propostas políticas.¹³

Gaspar Oriño ORTIZ percebe a privatização não como a venda de empresas públicas, mas como a devolução de atividades à iniciativa social.¹⁴ Para Roberto DROMI o termo é genérico e abarca não só a privatização em si mesmo, mas também outras ferramentas, como a concessão.¹⁵

O termo privatização pode ser entendido de forma mais ampla ou mais estrita. Como bem define DI PIETRO, trata-se e um “*conceito ou um processo em aberto, que pode assumir diferentes formas, todas amoldando-se ao objetivo de reduzir o tamanho do Estado e fortalecer a iniciativa privada e os modos privados de gestão dos serviços públicos*”.¹⁶ A

concessão de crédito; V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais.”

¹¹ “Art. 2º Poderão ser objeto de desestatização, nos termos desta lei : I - empresas, inclusive instituições financeiras, controladas direta ou indiretamente pela União, instituídas por lei ou ato do Poder Executivo; II - empresas criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram ao controle direto ou indireto da União; III - serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização; § 1º Considera-se desestatização:...b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade. Art. 4º As desestatizações serão executadas mediante as seguintes modalidades operacionais: VI - concessão, permissão ou autorização de serviços públicos.”

¹² OLIVEIRA ,opus cit, p. 37.

¹³ Para MARCOS J.T. DO ARMARAL (In: MEDAUAR, opus cit, pág , p. 20) o termo privatização “*possui um significado político que transcende seu original sentido técnico jurídico. Passou a englobar todo o processo de implementação do Estado. Por isso muitos o vem utilizando de modo genérico, indicando “desde a introdução de mecanismos de mercado na vida estatal, até a transferência de empresas estatais ao setor privado, quer através de sua alienação ou através de mecanismos clássicos do direito administrativo, como as concessões e permissões”*. Os termos são utilizados indistintamente pelos administrativistas. OLIVEIRA, (opus cit, p. 39): “*Descentralizar é reconhecer a liberdade e a iniciativa individual e social exigindo participação responsável*”. AMARAL: *a desestatização constituiria “um amplo movimento da sociedade contemporânea em direção a mais democracia e maior autonomia para decidir seu próprio destino”*; *desregulamentação: “a eliminação total ou parcial de regras relativas ao mercado e às atividades econômicas”*. Privatização, no seu entender é “*...transferência das empresas de propriedade do Estado e atividades por ele exercidas para o setor privado,...*”

¹⁴ ORTIZ, Gaspar Oriño. *Principios de Derecho Económico*, pág 550.

¹⁵ DROMI, Roberto e MENEN, Carlos. *Reforma del Estado*, p. 102.

¹⁶ DI PIETRO, opus cit, p. 12.

mesma autora defende que, como a concessão acompanha os ideais da privatização, deve ser considerada como uma modalidade de privatização em sentido amplo.

Segundo Lúcia V. FIGUEIREDO, concessão é apenas uma forma descentralizada de prestar serviço público. No mesmo sentido, José CRETLLA JR. a classifica como descentralização por colaboração.

O fato é que a redução do tamanho do Estado e a necessidade de investir em setores essenciais conduziu a novas discussões acerca da concessão. A tendência é que o Estado deixe de ser um prestador de serviços para tornar-se um Estado subsidiário.¹⁷ DI PIETRO enumera os princípios adotados pelo Estado subsidiário: primazia da iniciativa privada sobre a atividade estatal; abstenção do Estado no exercício de ações que o particular pode desenvolver por iniciativa e recursos próprios e parceria entre o público e o privado.¹⁸

José Alfredo BARACHO remete a questão da subsidiariedade ao pluralismo e à descentralização:

*“que a autoridade só faça o que é preciso para o bem comum, mas aquilo que os particulares não podem, não sabem ou não querem fazer por si mesmos. A necessidade da intervenção da autoridade se estabelece, pois, eventualmente, e cessa rapidamente assim que os particulares voltem a manifestar capacidade para resolver o problema sem ajuda alheia”.*¹⁹

Nesse cenário ressurgiu o interesse pelas concessões na década de 80 em outro contexto. Sua finalidade é a execução de serviços públicos sem ônus financeiro para a Administração, como no século XIX. No entanto, seu regime jurídico foi alterado significativamente, em especial pela consideração dada ao usuário do serviço público.

¹⁷ O art. 174 da CF/88 e o art. 29 da lei 8987/95 expressam os papéis assumidos pelo Estado. Diz o art. 174: “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.” O art. 29 elenca as obrigações do poder concedente.

¹⁸ DI PIETRO, opus cit, p. 29.

¹⁹ BARACHO, José A de Oliveira. *Do princípio da subsidiariedade*, p.37. Para o autor “a concretização do princípio está vinculada à enunciação das condições de ingerência estatal, fixando todos os limites diferentes, avaliados sob o critério do bem comum.” (p.85). “O Estado subsidiário coloca o bem comum antes da liberdade soberana do indivíduo”. (p.85) “Sua formulação jurídica evita os excessos das ingerências e as lacunas da não ingerência, abrindo possibilidade de invocação da lei, em caso de conflito.”(p.86) “O princípio da subsidiariedade responde, ele próprio, à necessidade de fazer coabitar a liberdade autônoma e uma ordem justa. Conclui o autor: “A democracia pode corresponder ao que se denomina Estado-providência, sendo que esse tipo de Estado é considerado o principal adversário da idéia de subsidiariedade.” A partir desta última afirmação pode-se questionar se a Constituição de 1988 atende realmente ao princípio da subsidiariedade já que instaurou, segundo Eros GRAU um Estado do bem-estar. (GRAU, Eros. Opus cit, p. 348).

A intenção do legislador, na atual reforma constitucional, é abrir os serviços públicos à iniciativa privada sem abandonar o interesse público.²⁰ Foi nesse ambiente de reforma que surgiu a primeira lei concessões, no Estado de São Paulo, de nº 7835/92. Três anos depois foi promulgada a lei federal nº 8987/95. A ela se seguiu a lei de Telecomunicações, nº 9472/97, e outros diplomas foram editados em seguida.

Eros GRAU enfatiza que a discussão sobre privatização deve partir da distinção entre as empresas públicas prestadoras de serviço público e aquelas que exercem atividade do setor privado. As que prestam serviços públicos, entende o autor, devem ser privatizadas para atuarem sob a forma de concessão.²¹

Quantos aos efeitos, a concessão de serviços públicos, concebida pelo art. 175 da CF/88, permite ao Estado investir seus recursos na fiscalização, papel reservado ao Estado subsidiário. Contudo, um Estado menor dependerá mais de particulares para satisfazer a necessidade pública. Por isso, Marçal JUSTEN FILHO afirma que a delegação de serviço público enfraquece o Estado e fortalece o particular. Justifica que apesar do controle sobre a delegação há grande margem de liberdade para suas escolhas e decisões. Isto é, poderes públicos são utilizados segundo os critérios de um particular. Além disso, o controle político exercido pela comunidade sobre os representantes eleitos não se estende aos delegatários de serviço público, pois estes não foram escolhidos de forma direta. Portanto, o controle público carece de efetividade uma vez que não há instrumentos efetivos de intervenção, fiscalização e substituição. Como grave consequência, a força econômica do delegatário oprime a ação de um Estado desaparelhado.²²

²⁰ Na esteira dessas modificações está a reforma do § 2º, art. 25 da CF/88 que substituiu a expressão “a empresa estatal, com exclusividade de distribuição”. A EC nº5 permitiu aos Estados explorar o gás diretamente ou sob regime de concessão.

²¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na CF/88*, 3º ed., p.298. A questão atinente as empresas públicas e sociedades de economia mista refere-se a sua atuação como concessionárias ou permissionárias de serviço público. Para Eros GRAU as empresas públicas são delegatárias de serviço público e não concessionárias uma vez que não seguem o regime contratual das concessionárias. A empresas públicas e sociedades de economia mista assumem a atividade devido a uma imposição legal, o que torna incabíveis questões como a caducidade, prorrogação e fiscalização do contrato de concessão. Também não há licitação e não têm direito ao equilíbrio econômico-financeiro, podendo estar sujeitas, inclusive, a um preço deficitário. Uma outra razão enunciada por Eros GRAU decorre do lucro a ser auferido pelo concessionário. Quando o próprio Estado presta serviço público, não visa a obtenção de lucro, mas a satisfação do interesse público. Adiante, no item 1.2.1 serão elencados outros posicionamentos sobre o assunto.

²² JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessão de serviços públicos*, p. 60.

Por outro lado, a concessão, quando bem fiscalizada, diminui o autoritarismo do Estado na medida em que a fiscalização do serviço concedido depende também dos usuários. Cria-se uma relação de colaboração entre os diversos entes da sociedade civil. Se por um lado é instituído o processo de desestatização e modernização do Estado Brasileiro, por outro a concessão, por si só, não garante a eficiência do serviço. Sem a devida fiscalização por parte do Estado e dos cidadãos e, sempre que possível, de concorrência, fica-se nas mãos do particular, que passa a decidir arbitrariamente os rumos do serviço público por ele prestado.

1.2 CONCEITO E DISTINÇÕES

1.2.1 Conceitos de concessão de serviço público

Na Constituição Federal a concessão de serviço público foi disciplinada pelo art. 21, XI e XII, art. 25, § 2º, art. 175 e 223. A lei nº 8987/95, que regula o regime de concessão e permissão dos serviços públicos estabelecidos pelo art. 175 da Constituição Federal, enuncia no seu art. 2º, II, que concessão de serviço público

“é a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

No inciso seguinte (art. 2º, III) é definida a concessão de serviço público precedida de obra pública:

“construção total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado mediante a exploração do serviço da obra por prazo determinado”.

Ainda, a lei de telecomunicações, de nº 9472/97 estipula, no parágrafo único do art. 83 que:

“concessão de serviço de telecomunicações é a delegação de sua prestação mediante contrato, por prazo determinado, no regime

público, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causar".

A definição da lei Paulista nº 7.835/92, art. 2º, III, aborda a remuneração do concessionário: concessão de serviço público é

"a delegação contratual, a empresa individual ou coletiva ou a consórcio de empresas, da prestação de serviço público, por sua conta e risco e por prazo certo, remunerada basicamente pela cobrança de tarifas dos usuários".

Note-se que a lei federal 8987/95, que regulamenta a matéria, não define o que seja concessão de obra pública, mas apenas concessão de serviço público precedido de obra pública.

Quanto à abrangência do termo, DI PIETRO sistematizou três formas de apreensão. Uma ampla, abrangendo qualquer forma de outorga de direitos ao particular, não muito aceita no direito brasileiro. Uma segunda, mais restrita, admite três modalidades de concessão: serviço público, obra pública e uso de bem público. Admite assim que a concessão é translativa se importar na transferência de direitos próprios do Estado, como na concessão de serviço público e obra pública. Já o uso do bem público é concessão constitutiva uma vez que o Estado delega poderes de menor monta em relação aos que possui. A terceira corrente admite apenas a concessão de serviço público.²³ A distinção entre serviço público e obra pública será abordada no item 2.2.

Para DI PIETRO concessão é *"o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público ou de obra pública, ou lhe cede o uso de bem público, para que explore por sua conta e risco, pelo prazo e condições regulamentares e contratuais"*.²⁴

Lúcia V. FIGUEIREDO, assim como Eros GRAU, ressalta que o concessionário só pode ser pessoa jurídica privada, que executa o serviço em seu nome. Para ela as concessionárias pessoas jurídicas de direito público são em verdade delegatárias de serviço público.²⁵ DI PIETRO também destaca a dificuldade em enquadrar-se juridicamente as

²³ DI PIETRO, opus cit, p. 265.

²⁴ Idem, ibidem, p. 266.

²⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, p. 82

empresas estatais concessionárias de serviços públicos. Isto porque as empresas públicas e sociedades de economia mista são criadas por lei ao passo que a concessão deve ser formalizada através de contrato.²⁶

José CRETELLA JR reitera que a concessão direciona-se à iniciativa privada: “*concessionária é a organização privada que recebe do Estado a missão de gerir serviços públicos, mediante contrato de direito público entre concedente e concessionário, submetendo-se à exploração daquelas atividades a um regime jurídico de direito público,...*”.²⁷ Ainda, indaga que, se a concessão é forma de descentralização, como o Estado irá descentralizar passando o serviço público para ele mesmo? Vai além ao afirmar que as concessionárias participam da Administração Indireta, já que gerenciam a coisa pública.

Celso Antônio B. de MELLO desdobra seu conceito da seguinte forma: “*concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço*”.²⁸

Isto é, o concedente se retira do encargo de prestar diretamente o serviço e transfere para o concessionário o título de prestador do serviço ao usuário. Deste modo, o concessionário se coloca entre o Estado e o usuário.

Celso Antônio B. de MELLO arrola severas críticas às definições da lei nº 8987/95. Alega que os elementos por ela delineados são requisitos de validade, como a exigência de licitação, mas não requisitos de existência. Além disso, a referida lei, na concessão não precedida de obra pública, omite que a remuneração do concessionário ocorre pela própria exploração do serviço.²⁹ Tal distinção é importante na medida em que diferencia a concessão do contrato administrativo de mera prestação de serviço, nos quais a própria Administração remunera o delegatário de serviço público. Ainda, Celso Antônio B. de MELLO denomina concessão de obra pública o que o art. 2º, III define como “*concessão de serviço público precedido de obra pública*”.

²⁶ DI PIETRO, opus cit, p. 267.

²⁷ CRETELLA JR., *Administração Indireta Brasileira*, p.343.

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p.500.

²⁹ *Idem, Ibidem*, p. 505.

Hely Lopes MEIRELLES adota a definição de Mário MASAGÃO: “concessão é a delegação contratual da execução do serviço, na forma autorizada e regulamentada pelo Executivo”.³⁰

Redundante é a definição trazida por José Carlos de OLIVEIRA: “As concessões de serviços públicos são modalidades de gestão, vinculadas à regulamentação e à fiscalização do concedente, cujo objetivo é atender ao interesse coletivo, pela atividade dos particulares, que fazendo as vezes de Estado, voltam-se para proporcionar serviços que gerem satisfação aos cidadãos e ao mesmo tempo obtenham a contraprestação pecuniária de seu investimento”.³¹ É evidente que os serviços públicos prestam-se à satisfação da coletividade, sendo desnecessária esta observação. Por outro lado, não esclarece de que modo será auferida a contraprestação pecuniária, apenas indica que será simultânea à prestação do serviço.

Optamos, portanto, pela definição de CELSO, por explicitar as características a serem discutidas no ponto 2.

Faz-se necessário também distinguir a concessão de serviço público de institutos afins como a concessão de uso de bem público, a permissão e a autorização.

1.2.2 Concessão de uso de bem público

A concessão de uso de bem público se dá quando a utilização do bem público enseja a satisfação dos interesses do próprio concessionário, e não da coletividade. Nesse caso é o beneficiário que aproveita o produto da exploração do bem. Celso Antônio B. de MELLO exemplifica a concessão de uso através do art. 5º, II e III da lei 9.074/95, que dispõe sobre a exploração de potenciais de energia elétrica.³² Hely Lopes MEIRELLES denomina o instituto de concessão de uso e o descreve como “ajuste administrativo pelo qual o Poder Público outorga a utilização exclusiva de um bem de seu domínio a um particular, para que o explore por sua conta e risco, segundo sua específica destinação”.³³

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p.345.

³¹ OLIVEIRA, *opus cit*, p.15.

³² MELLO, *opus cit*, p. 506

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*, p.345.

1.2.3 Permissão de serviço público

Como a concessão, é forma de delegação de serviço público e está prevista no art. 2º, IV, da lei 8987/96.³⁴ Segundo a doutrina majoritária, resulta de ato unilateral, discricionário e precário.³⁵ Logo, diferiria da concessão pela precariedade e por não possuir caráter contratual. No entanto, a Constituição, no art. 175 e a lei 8987/95, art. 40, conferem tratamento contratual à permissão, o que não afasta a precariedade e a revogabilidade, segundo a doutrina supracitada.

Por ser precária, a outorga da permissão não admite a fixação de prazo nem a obrigação de indenizar o permissionário. Todavia, na prática tem-se definido prazo para algumas permissões, o que desnatura o instituto e o confunde com a própria concessão. Além disso, com a Constituição de 1988 os particulares passaram a gozar de certos direitos e garantias que tornaram o instituto da permissão de difícil utilização. Isto é, a decisão de permitir ou retomar o serviço obedece ao princípio da legalidade.

Por isso Marçal JUSTEN FILHO, na contramão da doutrina nacional, entende que permissão é contrato, como dispõe o art. 40 da lei nº 8987/95. Isto porque decorre de licitação, não se trata de mera imposição estatal. Nesse aspecto é tão contratual quanto a concessão.³⁶ Quanto ao prazo, ressalta que a diferença entre a concessão e a permissão está nos efeitos da extinção da concessão ou permissão pela Administração a qualquer tempo. Na concessão é assegurada indenização ao passo que a permissão não confere este direito.

Juarez FREITAS assevera que a dicotomia entre concessão e permissão deve desaparecer na prática, deixando-se a precariedade para as hipóteses emergenciais ou instáveis: *“se quiser, trata-se de uma concessão que o legislador pretendeu menos estável, mas que, a rigor, para todos os efeitos identifica-se ao ajuste concessivo, inclusive no tocante a estabilidade”*.³⁷

³⁴ “Art. 2º, IV. Permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.”

³⁵ DI PIETRO, *opus cit*, p. 267; MEIRELLES, *opus cit*, p. 369 e MELLO, *opus cit*, p. 543.

³⁶ JUSTEN FILHO, *opus cit*, p. 85. Marçal também não concorda do termo “contrato de adesão” utilizado pelo art. 40. Trata-se de um instituto do direito comercial que não cabe no Direito Público. “A ideia de contrato de adesão se relaciona com a figura do consumidor, sujeito isolado que se vê cercado de ofertas empresariais as mais diversas, todas elas predeterminadas e não sujeitáveis a alteração em suas condições essenciais.” (p. 85)

³⁷ FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*, p. 42.

A permissão presta-se à execução de serviços transitórios.³⁸ Destina-se aos serviços em que, a revogação unilateral a qualquer tempo e sem indenização, não acarreta prejuízos graves ao permissionário. A permissão pode ser outorgada à pessoa física, ao passo que a concessão só pode ser outorgada a pessoa jurídica. Enquanto a concessão exige licitação na modalidade de concorrência, a lei silencia sobre a permissão. Outro diferencial entre a concessão e a permissão situa-se na possibilidade conferida aos concessionários de promover desapropriações, desde que exista autorização expressa, constante na lei ou contrato.³⁹

1.2.3 Autorização

As autorizações, por sua vez, são atividades que o “*Poder Público, por ato unilateral, precário e discricionário, consente na sua execução por particular para atender a interesses coletivos instáveis ou emergências provisórias*”.⁴⁰ Não exigem execução pela própria Administração, mas que dependem da autorização do Poder Público. Incluem-se as atividades econômicas com “*conteúdo econômico atenuado*”⁴¹, como a educação e a seguridade social (arts. 91, I e II da CF/88).

A autorização gera menos direitos e deveres tanto para o autorizado quanto para o Estado em relação à concessão e à permissão. Serviço público, via de regra, não comporta autorização. São apenas atividades que, pela sua importância para o interesse público sujeitam-se a maior controle por parte do Estado.

No entanto, o tratamento dado à autorização do serviço de telecomunicações, lei 9472/97, inovou a concepção de que os serviços públicos são prestados, total ou parcialmente, sob regime de Direito Público.⁴² Passou-se a contemplar a possibilidade de serviços públicos serem submetidos ao regime de Direito Privado, como se verá no ponto 3. O serviço de telecomunicações em regime privado é prestado através de autorização da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), conforme o art., 131 da lei de Telecomunicações.

³⁸ MEIRELLES elenca o transporte coletivo e, inclusive ressalta que as Administrações têm preferido a permissão neste caso, em detrimento da concessão e da autorização. In: *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 367.

³⁹ Tal possibilidade decorre do art. 3º do Decreto-lei 3365/41. In: MEDAUAR, *opus cit*, p. 16.

⁴⁰ MEIRELLES, *opus cit*, p. 366.

⁴¹ JUSTEN FILHO, *opus cit*, p. 96. Segundo o autor, o art. 21, XII, da CF/88 faz menção à autorização impropriamente pois delega serviço público sem licitação.

⁴² Trata-se do fenômeno da despublicização do direito público que, por outro lado, é acompanhada pela publicização do direito privado.

Compreendida a concessão em seu contexto legal e doutrinário, urge definir quais os princípios norteadores da função pública relacionada à prestação de serviços públicos.

1.3 FUNÇÃO PÚBLICA DAS CONCESSIONÁRIAS

1.3.1 Noção de função pública

A divergência de interesses entre o poder concedente e a concessionária pode gerar abusos por parte desta, a fim de obter maior vantagem econômica. As pretensões das concessionárias também podem colidir com as pretensões de outros entes federativos onde o serviço é prestado ou mesmo contrariar os interesses de outra concessionária e outros entes da Administração Indireta.

Isto ocorre porque, ao lado da obrigação de satisfazer o interesse coletivo, cada agente administrativo ou delegatário de serviço público possui pretensões voltadas ao seu próprio bem.

É certo que a prestação do serviço é prioritária e não pode ser prejudicada por interesses comerciais ou de enriquecimento alheios à função pública exercida por estes entes. Daí a importância de se diferenciar os interesses da Administração do interesse público e de se visualizar a função pública das concessionárias.

O serviço público prestado pelas concessionárias está atrelado aos direitos e garantias individuais e sociais. Nesse sentido, sua função pública busca conciliar as novas formas do atuar estatal, abordada anteriormente, com os valores já consagrados pela Constituição Federal de 1988. Abordando-se a concessão de serviço público a partir de sua função pública, afasta-se definitivamente a idéia equivocada de “serviço público privatizado”.

J. J. CANOTILHO ensina que a função “*é sempre uma relação de referência entre uma norma de competência e os fins desta mesma norma*”.⁴³ A função implica responsabilidade e, portanto, uma margem de discricionariedade ligada a obrigações legais. O exercício da função impõe procedimento, atribuição de tarefas e submissão a um controle.

Marçal JUSTEN FILHO traça a seguinte definição:

⁴³ CANOTILHO enumera os significados de “função” e afirma que no direito público os sentidos mais correntes são “atividade” e “poder do Estado”, CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito Constitucional*, p.691

*“Função consiste na atribuição a um sujeito do encargo de perseguir a satisfação de um certo interesse, que transcende sua órbita pessoal e egoística. Como contrapartida da atribuição desse encargo, o sujeito recebe um poder jurídico, cujo conteúdo e delimitação dependem das circunstâncias”.*⁴⁴

Celso Antônio B. de MELLO ensina que *“existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para cumpri-las”*.⁴⁵ Esses poderes são instrumentais e possibilitam ao sujeito investido da função cumprir seu dever. Por isso, Celso Antônio B. de MELLO denomina esses poderes de dever-poder, procurando demonstrar a subordinação do poder ao dever.

Marçal JUSTEN FILHO é um dos poucos doutrinadores que analisam a função pública. É válido transcrever seu raciocínio. Segundo ele, da função decorrem certos deveres, em dois níveis distintos:

*“Por um lado, o sujeito está obrigado a praticar todas as condutas necessárias e adequadas para atingir a satisfação do interesse transcendente. Por outro, está proibido de praticar qualquer conduta incompatível com ou desnecessária para a satisfação do interesse transcendente. Esses interesses jurídicos são impostos no interesse da comunidade em seu todo, o que inviabiliza a identificação de um direito subjetivo atribuído a indivíduo específico e indeterminado”.*⁴⁶

Continua:

*“a função produz situação ativa no sentido que, como o sujeito tem o dever de praticar as condutas necessárias e adequadas para atingir a satisfação do interesse transcendente, os demais integrantes da comunidade não podem se opor a tanto. Mais ainda, caracteriza-se a sujeição da conduta dos demais integrantes da comunidade às determinações emanadas do titular da função, relacionadas com a consecução do interesse transcendente”.*⁴⁷

Ainda:

“reconhecem-se como lícitas as condutas pessoais do titular da função, relacionadas com a satisfação de seus deveres jurídicos. Mas, além disso, são afirmadas como válidas determinações emanadas do

⁴⁴ JUSTEN FILHO, *opus cit*, p. 30.

⁴⁵ MELLO, *opus cit*, p. 31

⁴⁶ JUSTEN FILHO, *opus cit*, p.30

⁴⁷ *Idem, ibidem*, p.30.

*titular da função que repercutam sobre a conduta de terceiros, tornando-a obrigatória e (ou) proibida”.*⁴⁸

Outra característica da função, apontada por J. J. CANOTILHO e Marçal JUSTEN FILHO, é a discricionariedade. Usualmente é impossível ou inconveniente determinar exaustivamente tudo o que é facultado, proibido e obrigatório, no âmbito da função. Algumas vezes isto ocorre porque

*“... a estrutura do instituto da função é adequada à ausência de uma regulação antecipada exauriente da conduta do titular. Quando o Direito opta pela “função”, exercita também outra escolha, implicitamente. Trata-se de renunciar à seleção antecipada, precisa e exaustiva de todas as condutas a serem adotadas no futuro”.*⁴⁹

Logo, atribui-se ao sujeito o dever-poder de selecionar a conduta mais adequada à satisfação do interesse transcendente. A relevância da função deriva, portanto, da margem de liberdade de escolha que o Direito atribui a um sujeito quanto ao meio de atingir um fim.

Enquanto o direito subjetivo serve a fins egoísticos, a *“função é um poder instrumentalizado como meio de realizar interesses transcendentais e indisponíveis ao titular”*.⁵⁰ Num a vontade é exterior ao Direito, no outro é interna, pois os fins são pré-estabelecidos.

Todavia, entende LUCIA V. FIGUEIREDO que só exerce função administrativa, além do Estado diretamente, quem age em seu nome. Como as concessionárias atuam em nome próprio, não seriam detentoras de função pública.⁵¹ Tendo em vista o exposto anteriormente, não é a posição que adotamos.

Apesar de não serem representantes do Estado, as concessionárias são colaboradoras. HELY L. MEIRELLES, as enquadra na condição de agentes delegados do Estado. As funções delegadas têm origem e natureza públicas. Inclusive José CRETELLA JR. insere a concessão na Administração Indireta.⁵²

Apesar da esparsa legislação, algumas normas confirmam o exercício da função pública pelas concessionárias, como o dever de prestar o serviço adequado (art. 31 da lei n°

⁴⁸ *Idem, ibidem*, p.31

⁴⁹ *Idem, ibidem*, p.31

⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 32

⁵¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, p.33. Também Celso Antônio B. de MELLO entende que o concessionário presta o serviço em nome próprio. (*Curso de Direito Administrativo*, p. 499)

⁵² CRETELLA JR., José. *Administração Indireta Brasileira*, p. 343.

8987/95) a responsabilidade objetiva pelo dano (CF/88, art. 37, §6º), e a possibilidade de serem sujeito passivo no mandado de segurança, conforme o art.1º, §1º da lei 1.533/51.

Eximir as concessionárias do pleno exercício da função pública é conferir ao particular a possibilidade de gerir o serviço público com vistas ao lucro em detrimento da qualidade. Logo, entendemos que se, a prestação do serviço público não corresponder ao exercício de uma função pública, resta descaracterizado como tal.

A função pública é inspirada por dois princípios correlatos: o do interesse público e o da supremacia deste interesse.

1.3.2 Interesse público.

Dentro de determinado ordenamento jurídico, interesse público é aquele que a Constituição e a lei deram tratamento especial, sendo dever da Administração concretizá-los. A lei 9784/99, art. 2º, *caput*, o coloca como princípio obrigatório para a Administração Pública e o define como “*atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competência, salvo autorização em lei*”.

Para ESCOLA o interesse público

“no es mas que un querer mayoritario orientado a la obtención de valores pretendidos, esto es, una mayoría de intereses individuales coincidentes, que es interés porque se orienta al logro de un valor, provecho o utilidad resultante de aquello sobre lo que recae tal coincidencia mayoritaria, y que es público porque se asigna a toda la comunidad, como resultado de una mayoría coincidente”.⁵³

Em primeiro lugar, “interesse público”, “interesse do aparato administrativo” e “interesse particular do agente público” têm significados diversos. Celso Antônio B. de MELLO denomina, a partir da doutrina italiana, interesse primário, o da coletividade; e secundário, os interesses do Estado como pessoa de direito público.

Os interesses secundários só são atendíveis, ensina Celso Antônio B. de MELLO, quando coincidirem com os interesses primários. Deste modo, as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público devem servir sempre à satisfação do interesse coletivo, nunca para os interesses particulares ou do aparelho estatal. Os interesses da Administração “*não*

⁵³ ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, p. 240.

são atendíveis senão quando coincidirem com interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomáticamente os encarna e representa" .⁵⁴

Antônio C. C. do AMARAL explica que no contrato de concessão o interesse coletivo primário é o dos usuários; o interesse público secundário é o do poder concedente, e, por fim, o interesse da concessionária é privado.⁵⁵

Bem observa Marçal JUSTEN FILHO que *“a titularidade pelo Estado representa, quando muito, um indicio de ser público o interesse, mas esse indicio conduz, como não poderia deixar de ser, a uma pretensão relativa”*.⁵⁶ Portanto, é necessário distinguir e afastar, desde logo, o interesse privado do sujeito que exerce função pública.

Enfim, interesse público não deve ser confundido com interesse do aparato estatal. Nem sempre o que é conveniente para o Estado, como sujeito de direito, o é para a coletividade. Como garantia aos cidadãos do comprometimento estatal em atingir o bem comum, considera-se supremo o interesse público.

1.3.3 Supremacia do interesse público

O ordenamento jurídico colocou o interesse público em primeiro lugar. Assim, havendo conflito com outros interesses, prevalece o público. Este princípio significa a possibilidade da Administração, nos termos da lei, constituir terceiros em obrigações mediante atos unilaterais.

No entanto, *“a supremacia do interesse público não é, em si mesma, critério de solução dos conflitos de interesse”* pois não se presta para permitir a rejeição dos interesses individuais, mas sim *“pressupõe a existência e o respeito pelo Direito aos interesses privados, individuais e egoísticos”*.⁵⁷

É o interesse público que norteia a produção legislativa. Mas, na ausência de normas legais, o Estado não pode sacrificar o interesse alheio invocando o princípio da supremacia do interesse público.

⁵⁴ MELLO, *opus cit*, p. 33.

⁵⁵ AMARAL, Antônio Carlos Cintra de. *Concessão de serviço público*, p.69.

⁵⁶ JUSTEN FILHO, *opus cit*, p. 33.

⁵⁷ *Idem, Ibidem*, p. 34

Além disso, nenhuma lei do ordenamento jurídico do setor público pode ser interpretada em dissonância com este princípio. Mesmo a discricionariedade é conferida pelo legislador com vistas a satisfazer o interesse público.

Portanto, Marçal JUSTEN FILHO afirma que *“um dos mais graves atentados ao interesse público consiste no sacrifício prepotente, desnecessário ou desarrazoado de interesse privado”*.⁵⁸

Héctor ESCOLA expõe como se dá essa supremacia:

“el interés público, de tal manera, no es de entidad superior al interés privado, ni existe contraposición entre ambos: el interés público sólo es prevaleciente, con respecto al interés privado, tiene prioridad, por ser un interés mayoritario, que se confunde y asimila con el querer valorativo asignado a la comunidad”.⁵⁹

A este princípio se agrega, logicamente, o da indisponibilidade. O agente público não possui autonomia para cumprir ou não o interesse público. Ele deve cumpri-lo. No âmbito do Direito Público não se pode falar em autonomia da vontade, pois as *“decisões atribuíveis ao Estado devem ser objetivas: têm de fundar-se no Direito, retratar a perseguição de um interesse público e ser orientadas por rigoroso processo lógico”*.⁶⁰

O princípio da supremacia do interesse público é pressuposto de uma ordem social estável. Oswaldo Aranha de MELLO leciona que:

“e mesmo quando as situações jurídicas se formam acaso por acordo entre partes de posição hierárquica diferente, isto é, entre o Estado e outras entidades administrativas menores e os particulares, o regime jurídico a que se sujeitam é de caráter estatutário. Portanto, a autonomia de vontade só existe na formação do ato jurídico. Porém, os direitos e deveres relativos à situação jurídica dela resultante, a sua natureza e extensão são regulamentados por ato unilateral do Estado, jamais por disposição criadas pelas partes”.⁶¹

É a supremacia do interesse público que justifica a desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados. Por isso, a lei 9789/99, art. 2º, parágrafo único, XIII, afirma que se deve interpretar *“a norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige”*.

⁵⁸ *Idem*, p.35.

⁵⁹ ESCOLA, *opus cit*, p. 243.

⁶⁰ *Idem*, p. 36.

⁶¹ In: Celso Antonio Bandeira de Mello, *opus cit*, p. 31

1.3.4 Deveres legais do Poder Concedente e da concessionária

As obrigações do concessionário, como delegatário de serviço público, estão no art. 175, IV da Constituição Federal e no 6º e 31º da lei 8987/95. Cumpre a ele prestar o serviço adequado primando pela eficiência, continuidade, regularidade, atualidade, em regime de igualdade e cortesia para os usuários e modicidade de tarifas. Os encargos do poder concedente estão elencados no artigo 29 e refletem sua função de fiscalizador do serviço.

A atuação do Poder Concedente e da concessionária convergem para o mesmo ponto: a prestação adequada do serviço. Assim, se deve atentar que interesses secundários e privados que prejudiquem a satisfação do usuário não se façam passar por públicos e supremos.

2 CARACTERÍSTICAS E OBJETO DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

2.1 CARACTERÍSTICAS

As características infra-enumeradas visam compreender como a concessão de serviço público se insere no Direito Administrativo. Não se propõem a esgotar os diversos ângulos em que o objeto pode ser apreciado.

2.1.1 Da obrigatoriedade das leis nº 8987/95 e 9074/95

Pela leitura do art. 175 da CF/88 se depreende que o legislador não previu de quem seria a competência para regulamentar a concessão de serviços públicos. Segundo Marçal JUSTEN FILHO essa omissão acarreta a obrigatoriedade da lei federal que regulamentou a concessão.⁶²

De outra mão, assim como Celso Antônio B. de MELLO⁶³, defende que a autonomia dos Estados, Distrito Federal e Municípios implica, inafastavelmente, poder para organizar e disciplinar seus próprios serviços públicos. Isto é, a partir da observância da lei federal, é permitido aos Estados e Municípios se auto organizarem, de modo que a matéria e de competência concorrente da União, Estados e Municípios.

Marçal JUSTEN FILHO também fundamenta a obrigatoriedade da lei 8987/96 no fato de que concessão é modalidade de contrato administrativo e portanto cabe à União editar suas normas gerais. O fundamento encontra-se no art. 22, XXVII da Constituição, com a redação dada pela EC 19/98: compete privativamente à União legislar sobre

“normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais, da União, Estados e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedade de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.”

Logo, “... o regime jurídico das concessões e permissões consiste em um conjunto de normas e princípios cuja matriz é constitucional, mas é integrado por leis federais,....”.⁶⁴

⁶² JUSTEN FILHO, opus cit, .p.11

⁶³ MELLO, opus cit, p. 503.

⁶⁴ JUSTEN FILHO, opus cit, p. 14.

DI PIETRO defende que a conjugação do artigo 175 com o 22, XXVII da Constituição Federal leva ao entendimento de que a competência para legislar sobre concessão é da União, no que se refere às normas gerais. Aos Estados e Municípios cabem as normas suplementares, de acordo com o art. 24, §3º e o art. 30, II da CF/88.⁶⁵

Ocorre, que o parágrafo único do art. 1º da lei 8987/95 determina que:

“A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta lei , buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços”.

DI PIETRO alega que, apesar da maleabilidade conferida pelo dispositivo, não há critérios precisos que permitam diferenciar quais são as normas gerais. Já para Toshio MUKAI o parágrafo único do art. 1º da lei 8987/95, ao dispor que a União, os Estados e Municípios promoverão as revisões e adaptações necessárias para seguir suas prescrições, recai em inconstitucionalidade. Isto porque a lei aborda pontos específicos, avançando nas competências municipais sem que haja na Constituição tal previsão. A União teria extrapolado sua competência para elaborar normas gerais. Segundo o autor, a lei mencionada pelo art. 175 deve ser entendida como estadual, de acordo com o sistema federativo vigente.⁶⁶

Lúcia V. FIGUEIREDO afirma que a competência privativa, prevista pelo art. 22, XXVII da Constituição, é ampla e não admite suplementação. Para ela, normas gerais são normas de sobredireito que condicionam a legislação ordinária. Conclui que as leis 8987/95 e 9074/95, por serem normas gerais, impedem a promulgação de legislação estadual e municipal.⁶⁷

Uma das consequências da obrigatoriedade ou não das normas federais que regem a matéria é a exigência de autorização legislativa para a concessão. A questão é delicada uma vez que o Executivo não pode, por simples decisão, transferir a terceiros atividade considerada serviço público.

Essa decisão deve obedecer ao princípio da legalidade. Por isso, cumpre que a lei fundamente o ato administrativo da concessão.⁶⁸ Marçal JUSTEN FILHO compartilha posição semelhante. Para ele, a decisão de conceder ao particular a execução de um serviço público é um *“ato estatal”*, mais que um ato administrativo, e a ausência de autorização

⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 70

⁶⁶ MUKAI, Toshio. *Concessões e permissões de serviço público*, p. 34.

⁶⁷ FIGUEIREDO, *opus cit*, p. 81,82

⁶⁸ MELLO, *opus cit*, p. 510.

implica a nulidade da concessão.⁶⁹ A lei 8987/95 não menciona a necessidade de lei autorizadora. No entanto, o art. 2º da lei 9074/95 exige sua presença.⁷⁰

Quanto à interpretação do art 2º da lei nº 9074/95 há duas teses: uma defende que a Constituição no art. 175 não exige autorização, e portanto ela não é obrigatória; outra alega que a norma geral pode impor esta condição.

Para Marçal JUSTEN FILHO ambas as teses são improcedentes. Isto porque a interpretação do 175 é : a prestação de serviços públicos incumbe ao poder público, na forma da lei, direta ou indiretamente. Diretamente não há sentido falar em lei, já que a Constituição disciplina grande parte dos serviços públicos. Já na prestação indireta, há necessidade de lei, até por respeito ao Estado Democrático de Direito. BIELSA já ensinava que *“la concesión es un acto de derecho público, que empieza por la autorización legal”*.⁷¹

De outra parte, DI PIETRO afirma que é inconstitucional a exigência de autorização, pois se trata de ingerência de um poder sobre o outro, ferindo o princípio da separação de poderes. Segundo a autora, a Constituição elenca nos artigos 49, 51 e 52 os casos em que é exigida autorização do Legislativo Federal, e dentre elas não consta a autorização para a concessão. Além disso, quando o art. 2º da lei 9074/95 dispensa a autorização nos casos *“já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios”*, reconhece que a competência para decidir é de cada ente da federação.

Do mesmo modo, Hely Lopes MEIRELLES afirma que o art. 2º da lei 9074/95 não tem caráter de norma geral e portanto não se aplica aos Estados e Municípios. Cabe ao Poder Concedente dispor sobre as concessões de seus serviços públicos.⁷²

A par da questão da obrigatoriedade ou não do art. 2º da lei 9041/95, a autorização legislativa deveria ser adotada por todos os entes da federação, uma vez que o despojamento do serviço público por parte do Estado deve ser acompanhado o mais próximo possível pela sociedade e seus representantes legais.

⁶⁹ JUSTEN, FILHO, *opus cit*, p. 199.

⁷⁰ “Art. 2º. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da lei 8987/95”.

⁷¹ BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*, t.1, p. 615.

⁷² MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*, p.247.

2.1.2 Concessão como contrato de direito público

A natureza jurídica da concessão não é compreendida de forma unânime pelos doutrinadores. Pode-se enumerar as seguintes correntes: os que consideram a concessão ato unilateral do poder concedente; os que a entendem como contrato de direito público e, por fim, os que a definem como ato parcialmente unilateral e parcialmente contrato. Para os últimos, é contratual na fixação da equação econômico financeira e unilateral quanto à determinação das condições de serviço.

Embora se discuta a natureza contratual ou não dos contratos administrativos, é relevante a observação de Marçal JUSTEN FILHO:

*“há princípios e regras peculiares a contratos administrativos que não são aplicáveis às contratações privadas. E vice versa. Conhecendo-se as diferenças e especialidades dos contratos administrativos e aplicando-se as regras próprias a eles, será irrelevante afirmar ou negar sua natureza contratual”.*⁷³

Celso Antônio B. de MELLO adotou a teoria mista. Considera assim que a organização do serviço é decidida unilateralmente pelo Estado, mas através do contrato é garantida a equação econômico financeira. Em suma, concessão é contrato, mas possui um aspecto regulamentar, imutável unilateralmente e não contratual.

Nos contratos administrativos, como o contrato de concessão, a Administração, a partir da apuração de uma necessidade, define as condições sob as quais contratará. Os interessados enviam suas propostas e a Administração seleciona a mais vantajosa, segundo critérios objetivos. O contrato é imposto ao particular, cuja vontade se manifesta restritamente nos espaços abertos pelo Estado intencionalmente.

Assim, a Administração tem o poder unilateral de alterar algumas cláusulas contratuais, havendo portanto cláusulas mutáveis e imutáveis. Celso Antônio B. de MELLO rechaça esta classificação, pois segundo a lógica, as cláusulas imutáveis não fazem parte do contrato.⁷⁴

As cláusulas mutáveis disciplinam as condições de execução da prestação imposta ao particular. Já as cláusulas imutáveis referem-se à: definição quantitativa do objeto; definição

⁷³ JUSTEN FILHO, *opus cit*, p. 50

⁷⁴ MELLO, *opus cit*, p.33. Berçaitz, no entanto, defende que todas as cláusulas que integram a concessão de serviços públicos são contratuais, mas contratuais de direito público. In: *Teoria General de los contratos administrativos*, p. 641.

qualitativa do objeto; condições de execução da prestação; fiscalização da atividade do contratado, extinção do contrato.

Logo, cláusulas unilaterais ou regulamentares reforçam a idéia de que o concedente não abdica de seus poderes de executar o serviço. O art. 29 da lei 8987/95 enumera os encargos do poder concedente com vistas à plena execução do serviço público. Entre eles está a fiscalização, a intervenção, a alteração unilateral das cláusulas do contrato e o poder de extinguir a concessão antes de findo o prazo. O art. 18 determina o conteúdo do edital e o 23 estabelece o conteúdo do contrato.⁷⁵

Por outro lado, é imutável a relação entre encargos e vantagens previstas no contrato. Isto é, se seus encargos forem elevados, sua remuneração deve acompanhar a elevação. Assim, o que é realmente imutável é a equação econômico financeira do contrato administrativo.⁷⁶

DI PIETRO defende que a concessão é um contrato, pois ainda que algumas cláusulas sejam regulamentadas unilateralmente, só se aperfeiçoa com o assentimento da outra parte. Sem o acordo de vontades, nenhum efeito resulta do ato unilateral da Administração. Ademais, há obrigações e direitos recíprocos.

Inclusive, a autora citada afirma que a concessão é contrato tipicamente administrativo, sem paralelo no direito privado e inteiramente regido pelo direito público. A principal razão é que é firmado tendo em vista o interesse público sendo esta a diferença essencial entre o contrato administrativo e o privado. Hely Lopes MEIRELLES entende que o contrato de concessão “*é ajuste administrativo típico, bilateral, oneroso, comutativo e intuito personae*”.⁷⁷

Quando comenta sobre a unilateralidade dos contratos da Administração com o particular, Marçal JUSTEN FILHO afirma que: “*Como todo poder é de titularidade do povo, o exercício das competências públicas torna-se cada vez mais sujeito à negociação com a comunidade. Assiste-se um fenômeno muito particular, consistente na organização da sociedade civil*”.⁷⁸ A tendência é que o Estado, cada vez mais, respeite os direitos do

⁷⁵ Esta matéria tanto é de autonomia da Administração que ela define qual o objeto, podendo alterá-lo se lhe convier. Portanto a concessionária não pode apropriar-se de funções e bens não explicitados no contrato, já que este a vincula a não extrapolar seus limites. Somente a Administração pode, respeitando os institutos legais, decidir por uma ampliação do objeto da concessão.

⁷⁶ Idem, ibidem.

⁷⁷ MEIRELLES, *opus cit.*, p. 269

⁷⁸ JUSTEN FILHO, *opus cit.*, p.39.

contratante, colocando a relação em paridade e reservando as disposições unilaterais para os casos excepcionais. Há de se contar, no entanto, com as cláusulas unilaterais previstas pela lei, que visam preservar o serviço público.

Sua natureza contratual é confirmada pelo art. 4º da lei 8987/95, que estabelece que:

“a concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta lei, das normas pertinentes e do edital de licitação”.

É contrato peculiar que segue os ditames da lei 8789 e não escapa dos princípios da Administração Pública, em especial ao da legalidade. Portanto, são nulas as cláusulas do contrato de concessão que não seguirem as regras do direito público.

Rafael BIELSA já ensinava que *“lo que domina em el contrato de concesión es el derecho público”*.⁷⁹ DI PIETRO dispõe que:

“o poder concedente só transfere ao concessionário a execução do serviço, continuando titular do mesmo, o que lhe permite dele dispor de acordo com o interesse público; essa titularidade é que lhe permite alterar as cláusulas regulamentares ou rescindir o contrato por motivo de interesse público”.⁸⁰

Para Marçal JUSTEN FILHO *“... a concessão se exterioriza como manutenção do serviço público e permanência da titularidade estatal sobre ele”*.⁸¹ Também José CRETELLA JR. lembra que funções, serviços e poderes da Administração são a ela inerentes, não podendo, em hipótese alguma, transferir-se para pessoas de direito privado. O que se transfere é o exercício.⁸²

Por isso, Marçal JUSTEN FILHO afirma que *“serão consideradas existentes todas as cláusulas, ainda que omitidas no contrato, inerentes ao regime jurídico de direito público”*. Essa proeminência decorre do princípio da supremacia do interesse público.⁸³

Além disso, o contrato deverá respeitar o estipulado no edital (lei 8987/95, art. 18, VI), que é o limite da discricionariedade sobre as condições da concessão. No julgamento das propostas, a Administração pode complementar as cláusulas mais abertas. Deste modo, o contrato de concessão é subordinado à proposta, ao edital, à lei e à Constituição.

⁷⁹ BIELSA, *opus cit*, p. 616.

⁸⁰ DI PIETRO, Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 271

⁸¹ JUSTEN FILHO, *opus cit*, p.35.

⁸² CRETELLA JR. *Administração Indireta*, p. 346

⁸³ JUSTEN FILHO, *opus cit*, 115

2.1.3 Equilíbrio econômico financeiro

A concessão é norteadada por princípios distintos do serviço público prestado pelo próprio Estado, pois o concessionário possui uma garantia de lucro por meio da equação econômico financeira.

A lógica da concessão é vista de diferentes modos pelo Estado e pelo concessionário. Este almeja o lucro; aquele, a prestação do serviço. Assim, se o Poder Público pode dispor sobre as condições de prestação do serviço, deve também preservar a equação econômico financeira do contrato a fim de que não haja prejuízo para o concessionário.

Por isso, a equação econômico financeira constitui o verdadeiro elemento contratual da concessão. A propósito, a lei de Licitações, de nº 8666/93, que é subsidiariamente aplicada aos contratos de concessão, prevê o equilíbrio econômico financeiro nos artigos 57, §1º, 58, I, §§ 1º e 2º e 65, II, “d”. Esta condição é uma característica do contrato administrativo. A lei nº 8987/95 reforça o entendimento, tal como exposto a seguir.

Celso Antônio B. de MELLO adota a conceituação de Marcel WALINE, para quem a equação econômico financeira é:

*“... a relação que foi estabelecida pelas próprias partes contratantes no momento da conclusão do contrato, entre um conjunto de direitos do contratado e um conjunto de encargos deste, que pareceram equivalentes, donde o nome de equação; desde então esta equivalência não pode ser alterada”.*⁸⁴

Significa que o acréscimo de encargos ou alteração das condições de funcionamento do serviço devem ser correspondidos por compensações pecuniárias restauradoras do equilíbrio. As alterações unilaterais por parte do Estado não podem colocar em cheque a igualdade substancial, a proporcionalidade deve ser constante.

Esse equilíbrio não se refere ao lucro, mas a todas as condições que envolvem o adimplemento do contrato. Isto porque o resultado econômico para o particular não está inserido na equação econômico-financeira. A principal consequência da alteração desse equilíbrio é a recomposição de preços, que deverão ser equivalentes aos encargos e retribuições. Marçal JUSTEN FILHO esclarece que *“utiliza-se o vocábulo encargos e*

⁸⁴ MELLO, *opus cit.*, p. 500.

*retribuições para esclarecer que se tomam em conta todos os ângulos jurídicos das prestações impostas às partes”.*⁸⁵

No âmbito da Administração a cláusula econômico-financeira visa impedir que esta arque com desembolsos superiores aos necessários para a satisfação de seus fins. O contrato de concessão não visa à especulação, o que ofenderia o interesse público.

Bem por isso, a equação econômico-financeira não pode ser alterada, é intangível. Seu fundamento jurídico são os princípios da irretroatividade da lei, da isonomia e da indisponibilidade do interesse público.

Ressalta o art. 10 da lei 8987/95 que, sempre que forem atendidas as condições do contrato considera-se mantido seu equilíbrio. O dispositivo significa que a garantia do equilíbrio econômico financeiro orienta-se pelo teor do contrato, impedindo que o concessionário se exima da alegação de um equilíbrio desvinculado do previsto.

Além disso, *“o contratante privado não pode buscar qualquer proveito econômico adicional excedente do equilíbrio originário tratado – isto é, não previsto - que seja auferível em detrimento e às expensas da Administração”.*⁸⁶ Esses comportamentos acarretam falta contratual sancionável sempre que revelarem má fé. Os contratos administrativos são presididos pelo respeito às finalidades dos contratantes reiteradas no contrato. Daí a importância do equilíbrio econômico-financeiro.

2.1.3 Remuneração do concessionário e fontes alternativas de receita

A concessão se caracteriza pela remuneração do concessionário através da exploração do serviço concedido. Esta se faz, basicamente, através da cobranças de tarifas do usuário, que devem ser acessíveis à coletividade (lei nº 8987/95, art. 6, §1º)

Por isso, nada impede que existam fontes alternativas de receita, tendo em vista a modicidade das tarifas. Desde que estas fontes constem na aferição do equilíbrio econômico financeiro⁸⁷ e sejam indicadas no edital de licitação, conforme o art. 18, VI, da lei 8987/95.

⁸⁵ JUSTEN FILHO, *opus cit*, p.145.

⁸⁶ MELLO, *opus cit*, p. 468.

⁸⁷ Lei 8789/95, “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 vavorecer a modidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta lei . Parágrafo único. As fontes de receitas previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.”

Segundo Marçal JUSTEN FILHO, há obrigatoriedade da Administração utilizar receitas alternativas sempre que possível para reduzir o preço das tarifas, “quando a Administração assim não o fizer, o concessionário terá o dever de repassar ao Estado todas as receitas adicionais obtidas através do aproveitamento”.⁸⁸

No mesmo sentido Antônio C.C. do AMARAL leciona que “a tarifa deve refletir a composição: “custos mais lucro, mais amortização de investimentos, menos receitas alternativas, complementares ou acessórias ou de projetos associado”.⁸⁹

Deve existir um vínculo econômico entre o objeto da concessão e outras fontes de receita. Logo, se o concessionário desenvolver atividades autônomas em relação ao objeto da concessão o dispositivo não se aplica.

O objeto da concessão não é alterado; a ele agregam-se “aspectos marginais da atividade”⁹⁰ concedida capazes de gerar receita que não precisam resultar em utilidades ao usuário. Essas atividades serão relacionadas ao objeto da concessão quando seu desempenho ou depender da concessão ou for incrementado por ela. Este artigo permite incluir a exploração de bens públicos objeto da concessão, como a concessão de imóveis vizinhos para estabelecimentos comerciais e espaço para propaganda.

Essas receitas alternativas visam substituir e complementar as tarifas e não gerar um plus no lucro do concessionário. Mais que isso, essas “atividades são integradas ao projeto da concessão como instrumento de ampliação dos resultados do concessionário”.⁹¹ Tanto que o resultado insatisfatório da exploração dessas atividades pode caracterizar inadimplemento das obrigações do concessionário.

Se o concessionário vier a desenvolver posteriormente outras atividades não consideradas na equação econômico financeira, deve ser alterado o equilíbrio econômico do contrato, diminuindo-se o valor da tarifa.

Outra questão pertinente é a exclusividade de exploração dessas atividades conexas ao objeto da concessão. Só se pode falar em exclusividade quando a atividade complementar também se tratar de um serviço público. Se for atividade econômica em sentido estrito, não há essa possibilidade e o concessionário deverá sujeitar-se às regras do mercado.

⁸⁸ JUSTEN FILHO, *opus cit.*, p.159.

⁸⁹ AMARAL, *opus cit.*, p. 76.

⁹⁰ JUSTEN FILHO, *opus cit.*, p.159.

⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 162

Essa atuação não se transformará em serviço público apenas por ser desenvolvida em conjunto com outro serviço público. Evidente que deverá ser considerada a possibilidade de competição.

É difícil, no entanto, que as propostas já tragam definidas as expectativas das receitas adicionais. Até porque tornaria inviável a comparação entre elas. Nesse sentido, Marçal JUSTEN FILHO oferece duas alternativas: fixar uma estimativa de receita para as fontes adicionais ou não considerar as fontes adicionais constantes na proposta. A exploração posterior dessas fontes deverá se refletir na tarifa.⁹²

A diferença entre ambas proposições emerge na execução do contrato. Na primeira o particular passa a ter direito a receber o estimado pelas fontes adicionais, isto é se a percepção não cumprisse os requisitos estimados, a equação econômica financeira poderia ser revista. Na segunda opção as receitas adicionais que vierem a acontecer, terão reflexo na diminuição da tarifa.

2.2 OBJETO DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

2.2.1 Concessão de Serviço Público.

2.2.1.1 Considerações sobre o conceito de serviço público⁹³

As teorias do serviço público desenvolveram-se no primeiro terço do século, com a Escola do Serviço Público, liderada por Duguit, Jèzè e Laubadère. Através dela, o serviço público deixa de ser um poder estatal para tornar-se um serviço dos administrados: são públicos os serviços essenciais à sobrevivência da comunidade.

A definição clássica de serviço público, decorrente da Escola francesa, inclui três elementos: subjetivo (serviço prestado pelo Estado); objetivo ou material (satisfação das

⁹² JUSTEN FILHO, *opus cit*, p. 183.

⁹³ Ensina Celso A. B. de MELLO a função dos conceitos jurídicos: “*com efeito, o único objeto que o juiz, o advogado, o intérprete do sistema em geral procuram é o conjunto de regras que regula determinada situação ou hipótese. Segue daí que de nada lhes adianta qualquer conceito, categoria ou noção, por mais aliciante que seja, se não lhes fornecer a indicação dos princípios e regras pertinentes à solução de questões jurídicas. Eis porque um conceito jurídico é necessariamente um ponto terminal de regras, um termo relacionador de princípios de normas.*” In: *Curso de Direito Administrativo*, p.479.

necessidades coletivas) e o formal, referente ao regime de direito público em que era prestado.⁹⁴

Esse conceito era válido no Estado liberal, mas à medida que o Estado foi assumindo mais atividades, o sentido de serviço público alargou-se. Ao mesmo tempo em que serviços industriais eram assumidos pelo Estado, este delegava a particulares quando não dispunha de organização suficiente. Primeiro sob a forma de contrato de concessão, depois passou a criar empresas privadas para este fim. Começou-se a admitir que certas atividades de empresas particulares tinham o caráter de serviço público, seja pela sua própria natureza, seja pela repercussão que atingiam em virtude do âmbito de sua ação.

Nesse sentido, Eros GRAU ressalta que o critério do regime jurídico para diferenciar serviço público de atividade econômica é inconsistente. Segundo ele é equivocado conceituar serviço público como atividade prestada em regime de direito público. Tal idéia é tautológica, pois a atividade não se torna serviço público apenas por ser prestada em regime de direito público; ela já é, a priori, serviço público. Também não há um corpo normativo que permita identificar o regime de serviço público, em especial quando se trata de empresas públicas e sociedades de economia mista.⁹⁵

Ainda, Lucia V. FIGUEIREDO defende que conceituar serviço público pela pessoa que o presta é inútil, pois o serviço não deixará de ser público se for prestado por particular em regime de Direito Público ou parcialmente de direito público.⁹⁶

Logo, restou controvertida a noção de serviço público. Por isso, diz-se que entrou em crise o conceito, que já não pode ser apreendido pelos seus três elementos clássicos.⁹⁷ A discussão sobre o conceito de serviço público reaparece com a privatização. No âmbito europeu esta mudança foi provocada também pelo surgimento do Direito Comunitário.

A compreensão do que é serviço público passa, atualmente, pela distinção entre serviço público e atividade econômica. A própria Constituição de 1988 trata de separar um e

⁹⁴ Laubadère segue a fórmula: “*activité d'intérêt général exercée par une personne publique ou sous le contrôle d'une personne publique et suivant un régime dérogatoire au droit commun.*” In: *Droit Administratif*, T1, p.762.

⁹⁵ Eros GRAU distingue o momento estrutural e o funcional nessas entidades, que podem estar sujeitos a regimes diversos. *Opus cit*, p. 137 e 142

⁹⁶ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, p. 71

⁹⁷ Segundo Gaspar Oriño ORTIZ o serviço público foi um instrumento de progresso e socialização. No entanto, seu ciclo terminou pois não subsistem os pressupostos econômicos e sociais que o embasaram. Acrescenta que “*este é um trágico destino da Ciência do Direito Administrativo. Quando acreditávamos ter, finalmente, definido e configurado o conceito de serviço público, altera-se radicalmente o marco sócio político a que correspondia*” Isto porque, explica ORTIZ, a Administração se embasa em uma lógica material, oriunda da experiência histórica. In: *Principios de Derecho Económico*, p.551.

outro. No art. 173 indica o que é atividade econômica e quais entidades estatais nela se enquadram e no art. 175 define que os serviços públicos incumbem ao Poder Público.

Eros GRAU considera a atividade econômica um gênero, que pode ser repartido em atividade econômica em sentido estrito, prevista no art. 173, § 1º da CF/88, e serviço público.⁹⁸ A atividade econômica em sentido estrito prevê o lucro como sua diretriz, mas é demarcada pelos limites legais do Estado de Direito. Marçal JUSTEN FILHO a descreve como:

*“... as atividades relacionadas com a produção, circulação e prestação de bens econômicos e de utilidades economicamente avaliáveis, a partir da livre organização dos fatores de produção e da apropriação privada dos resultados. Não se incluem no conceito de atividade econômica em sentido estrito certas atividades que a Constituição qualificou como serviço público – mesmo que tais atividades tenham cunho “econômico” ou sejam potencialmente lucrativas”.*⁹⁹

Já os serviços que o Estado assume não possuem este objetivo. O serviço público, apesar de poder ser economicamente avaliado, está voltado para a realização do bem comum, razão pela qual é assumido pelo Estado. O leque de serviços públicos e atividade econômica varia, portanto, com a relação capital e trabalho em determinado momento histórico. Assim, o conceito de serviço público é aberto, de forma que *“cumpre preencher com os dados da realidade,...”*.¹⁰⁰

Nesse sentido, afirma Marçal Justen FILHO que *“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”*.¹⁰¹

O problema, como coloca Celso A. B. de MELLO é que a CF/88 não define o que é atividade econômica. Isso permite ao legislador ordinário qualificar certas atividades como serviços públicos. Todavia, essa liberdade de instituir serviços públicos é limitada *“pelas convicções predominantes na sociedade”*.¹⁰² Conclui que há serviços que não podem ser públicos e serviços que são obrigatoriamente públicos ou que podem ser públicos. Estes podem ser criados na margem legal deixada pelos dois primeiros, desde que não seja

⁹⁸ GRAU, Eros. *Opus cit*, p.131.

⁹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Opus cit*, p. 55

¹⁰⁰ GRAU, Eros. *Opus cit*, p. 136-7.

¹⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Opus cit*, p. 58.

¹⁰² MELLO, *opus cit*, p. 488.

afrontada a CF/88. Isto é, o critério da natureza da atividade também é inválido para caracterizar o serviço público. Embora não visem lucro, pode acontecer de serem atividades lucrativas, como os serviços de telecomunicações.

Entende Celso A. B. de MELLO que:

“serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo”.¹⁰³

A definição supracitada reúne os critérios formal, material e subjetivo.

Inquestionável é o fato do serviço público visar a realização de certos valores fundamentais assumidos pela nação. Não podem ser privatizados uma vez que estão vinculados à realização de valores fundamentais. Têm o dever de universalidade e igualdade no atendimento, continuidade e gratuidade ou modicidade. Destaque-se que são prestados em regime de monopólio uma vez que são indisponíveis. Na Constituição de 1988 o serviço público está ligado à dignidade da pessoa humana, direta ou indiretamente. Este é o interesse coletivo protegido.

Em alguns casos o próprio legislador constitucional aponta quais são os serviços públicos. É o caso do art. 21 da Constituição Federal de 1988 e de atividades econômicas em sentido estrito transformadas em serviço público por uma necessidade de segurança ou de interesse coletivo.¹⁰⁴ O legislador infraconstitucional é limitado pelos serviços públicos inerentes à Constituição e pelas atividades necessariamente privadas, que não podem ser transformadas em serviço público devido à vedação da Constituição. Entre estes dois extremos tem liberdade para criar serviço público, desde que respeitados os princípios constitucionais e o interesse público. No Brasil não foi deixado muito espaço para a instituição de serviços facultativos, pois a Constituição encarregou-se de destrinchar as atividades consideradas serviços públicos.

¹⁰³ MELLO, *opus cit*, p. 477.

¹⁰⁴ É o caso dos seguintes dispositivos: “art. 177. *Constituem monopólio da União:...*”; “art 21, XXIII – *explorar serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, ...*”

Gaspar Oriño ORTIZ prevê uma especificação das atividades obrigatórias e universais de modo que em cada setor essas obrigações constituirão o serviço público, e não a atividade como um todo (por exemplo, no setor elétrico, apenas a distribuição ou a comercialização da energia elétrica, e não toda a cadeia produtiva). Este novo serviço público

“desaparecen plenamente las bases del regimen jurídico que se referian a la publicatio da la actividad: la exclusividad, la necesidad de concesión, la temporalidad da concesión, ausencia de libertad de empresa, monopolio, tarificación y responsabilidad estatal en todo setor”.¹⁰⁵

A tendência é que serviço público deixe de ser caracterizado pela titularidade do Estado para aproximar-se de atividade regulamentada, tornando-se atividade privada de interesse geral.

2.1.2.2 Serviços públicos delegáveis

Embora o art. 175 determine que os serviços públicos poderão ser prestados pelo Estado diretamente ou sob regime de concessão, nem todo serviço pode ser delegado. Em primeiro lugar, só há concessão de serviço público quando o Estado considera o serviço em causa como privativo do Estado. Isto é, por ser público e privativo, é *“inamovivelmente sediado na esfera pública, razão porque não há transferência da titularidade para o particular”*.¹⁰⁶ O que se transfere para o concessionário é o exercício da atividade pública.

Cumpra distinguir os serviços privativos de serviços delegáveis. Os primeiros são aqueles cuja prestação é privativa do Estado, que pode desenvolvê-los ou delegá-los através da concessão ou permissão. Os serviços não privativos são aqueles que podem ser prestados pela iniciativa privada sob a forma de atividade econômica em sentido estrito, na classificação de Eros GRAU. A Constituição de 1988 cuida de dizer quais não são privativos, como a

¹⁰⁵ ORTIZ, Gaspar Oriño. *Opus cit*, p. 588. A noção de serviço regulamentado aproxima-se das *public utilities* americanas. Caio Tácito leciona que *“a concessão de serviço público, no estilo europeu – notadamente nos moldes do direito administrativo francês – não se reproduz na doutrina, ou na jurisprudência norte americanas”*. A idéia de que o Estado delega parte de sua competência a um particular não se identifica no direito norte-americano. Lá, em princípio, todo serviço é privado, toda atividade econômica entende-se livre. Há certos serviços, no entanto, que são essenciais ou necessários à vida coletiva, incidindo a sua execução sob o controle do Estado, em virtude dos privilégios e deveres especiais que envolve. *“São negócios públicos no sentido de que servem à coletividade.”* O teor deste serviço público é pragmático, varia conforme as exigências sociais. O termo *public utility* indica os negócios sujeitos a um intenso controle público. A exploração desses serviços depende de autorização do Estado. Esse ato geral um vínculo contratual sujeito às normas do poder público. In: RDA, vol 64, abr/jun 1961, O Equilíbrio financeiro na concessão de serviço público.

¹⁰⁶ MELLO, Celso A B. de. *Opus cit*, p. 588.

educação e a saúde, e quais são exclusivos do Estado, como os serviços enumerados pelo art. 21.

Todavia, nem todo serviço público privativo pode ser executado pelo particular através do regime de concessão. Falou-se que os serviços públicos são prestados em regime de monopólio. No entanto, há um monopólio natural, que são os serviços privativos do Estado, como a defesa externa, o Judiciário e o Legislativo. Em função da coação que o Poder Público exerce sobre o cidadão e por estarem ligados ao exercício da soberania, são indelegáveis. Em contraponto há o monopólio legal, que se refere à exploração de atividades econômicas pelos Estado.¹⁰⁷ Assim, são delegáveis todos os serviços para cuja efetivação seja dispensável o uso da força.

O Art. 21, XI e XII da CF/88 arrola os serviços que a União pode executar diretamente ou sob regime de concessão, autorização ou permissão: telecomunicações, instalações de energia elétrica, navegação aérea, transporte ferroviário e rodoviário, portos, silenciando sobre os demais. Segundo Marçal JUSTEN FILHO, o silêncio significa a exclusão de outros serviços.¹⁰⁸ O art. 223 da CF/88 estabeleceu que compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens. O art. 25, § 2º da CF/88 prevê a competência dos Estados para explorar diretamente ou sob o regime de concessão, os serviços de gás canalizado. O art. 30, V, estabeleceu a competência dos municípios para organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de caráter local.

A lei de Telecomunicações, de nº 9472/97, sobre a organização de serviços de telecomunicações, dispõe no seu art. 62 que os serviços de telecomunicações se dividem em: serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito. O primeiro é o serviço público propriamente dito, que pode ser prestado por concessão ou permissão.

É controvertida a concessão os serviços *uti universi*, usufruídos indiretamente pelo cidadão. Lembra DI PIETRO que a concessão de serviço público parte de um conceito mais restrito de serviço público, como “*atividade material prestada pelo estado ou seus representantes, para oferecimento de utilidade fruíveis diretamente pelo usuário*”.¹⁰⁹

¹⁰⁷ OLIVEIRA, José Carlos de. *Concessão de serviço público*, p. 34.

¹⁰⁸ JUSTEN FILHO, Marçal, *opus cit*, p. 63.

¹⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Z. *Parcerias na Administração Pública*, p. 45. *Defende a autora que, embora a lei 9074/95 fale, no art. 2, na limpeza pública como passível de concessão, tal atividade só pode ser terceirizada. Já Marçal JUSTEN FILHO, entende que a essencialidade e a compulsoriedade do serviço não*

De qualquer forma, só se pode falar em concessão de serviço público quando o serviço puder ser remunerado pelo usuário. Fala-se assim que os serviços que se prestam à concessão são os industriais e comerciais, passíveis de exploração econômica.

2.2.2 Concessão de obra pública

Há uma polêmica em relação ao art. 2º, III, da lei 8987/96¹¹⁰: trata-se de concessão de obra pública ou se refere exclusivamente ao serviço público precedido de obra? A discussão se dá porque o inciso I, ao abordar o poder concedente, fala apenas em concessão de serviço público.

Antes da lei 8987/95 serviço e obra eram conceitos claramente distintos. A conservação de rodovias, por exemplo, era reputada pela jurisprudência como obra. No entanto, a lei federal 8987/95 tratou as duas modalidades de concessão de forma indistinta. Neste aspecto a lei paulista, de nº 7835/92, é tecnicamente melhor:

“art. 2º, II: concessão de obra pública: a delegação contratual, a empresa individual ou coletiva ou consórcio de empresas, da construção, reforma, ampliação ou conservação e exploração pelo concessionário, por sua conta e risco e por prazo certo, de obra pública destinada ao uso do povo, remunerada basicamente pela cobrança de tarifas dos usuários”.

Também a lei federal 9472/95 prevê a possibilidade de exploração no regime de concessão de vias federais e não de serviços públicos afetos a rodovias federais.

A distinção entre obra e serviço está na lei 8666/93:

*“Art. 6º Para fins dessa lei, considera-se:
I Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;
II Serviço – toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais.”*

impede sua delegação. Assim, o serviço de limpeza pública pode ser delegado, e remunerado através de tarifa, apesar de compulsório. In: RDA nº 219, jan/mar 2000, p.276.

¹¹⁰ “Art. 2º, III - Concessão de serviço público precedida de execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, ..., de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado”.

Marçal JUSTEN FILHO entende que o inciso III, do art. 2º da lei 898795 é concessão de obra e que o concessionário passa a ser titular do direito de explorar economicamente um bem público. Celso A. B. de MELLO reforça que “*obra pública é a construção, reparação, edificação ou ampliação de um bem imóvel pertencente ou incorporado ao domínio público. Obra pública não é serviço público*”.¹¹¹ A obra é estática, o serviço é dinâmico. A fruição da obra, uma vez realizada, independe de uma prestação, salvo quando é apenas o suporte material para a prestação de um serviço público.

Para Floriano MARQUES¹¹², a concessão de bens públicos foi percebida pelo legislador constitucional no art. 21, XII, alíneas *b* e *f*, respectivamente, concessão de instalações de energia elétrica e de portos. O que diferencia a concessão de serviço da concessão de bem é a utilidade pública deferida ao particular. Quando se trata de atividade humana, é concessão de serviço público. Se a comodidade oferecida for o próprio bem público, fala-se em concessão de bem.

Portanto, considera a concessão de rodovias, por exemplo, como concessão de bem público, uma vez que a sua conservação é serviço de apoio. Justifica o dito com base na política tarifária do Estado de São Paulo que considera não as qualidades do serviço prestado, mas as características do bem concedido.

Segundo Floriano MARQUES, a moderna concepção de serviço público caminha na trilha de separar a titularidade dos bens necessários à atividade do direito de prestar o serviço:

“A apartação se tem feito assegurando a exploração industrial dos excedentes de redes, obrigando a interconexão entre redes de prestadores distintos ou ainda incentivando a implantação de redes por particulares não licenciados para prestar serviços.

*Tal tendência, forte em setores que têm passado por reformulações profundas (especialmente energia e telecomunicações), permite-nos cada vez mais acreditar que a doutrina e o direito positivo laboram em equívoco ao tratar, de forma indistinta ambas as espécies de concessão, sem levar em conta a peculiaridade da utilidade pública objeto principal da outorga concedida”.*¹¹³

¹¹¹ MELLO, Celso A B. de. *Opus cit.*, p. 482.

¹¹² MARQUES, Floriano A. *Nova Dimensão - Direito Administrativo: repertório de estudos doutrinários e jurisprudenciais*, vol I, São Paulo, NDJ, 1997, p. 19

¹¹³ *Idem, ibidem.*

A concessão de bem público, como toda cessão de direito de uso de bem, envolve a realização de atividades ancilares. Ao usuário importam as características e as condições do bem. A operação, conservação, os serviços de apoio servem de incrementos, de adjunção ao objeto principal.

Na concessão de bens públicos a prestação de serviços não tem relevância coletiva, por isso, conclui Floriano MARQUES:

“Faltam-lhes alguns dos requisitos essenciais que configuram a delegação de certa parcela de poderes públicos, com sua corte de prerrogativas e sujeições especiais, indispensável à gestão de serviço público e própria das concessões: delegação, essa, que coloca os concessionários de serviços públicos em uma posição especial em nosso direito, relativamente à responsabilidade civil por danos causados a terceiros, ao poder de promoção de desapropriações e de instituição de servidões administrativas, bem como ao exercício do poder de polícia necessários para a gestão dos serviços.” São “... meros auxiliares da gestão de serviços públicos”.¹¹⁴

Conclui Marçal JUSTEN FILHO: *“... aquilo que se configura como “obra”, em virtude de sua natureza extrajurídica, não pode ser transformado em “serviço” para fins jurídicos”*.¹¹⁵

Ressalte-se que no caso de concessão precedida de obra pública, após concluída a obra integra-se ao patrimônio público. O concessionário permanece na posse do bem, mas a propriedade é pública. Assim os bens públicos estão apenas sob a guarda do concessionário e sujeitam-se a regime jurídico próprio, excludente da alienação ou oneração. Portanto:

“não deve prevalecer o entendimento, calcado na lei 8987/95, de que este contrato não teria vida autônoma, sendo, tão somente, acessório do contrato de prestação do serviço público, no qual o real objetivo da Administração seria o serviço público, que dependeria, todavia, da obra pública para ser viabilizado”.¹¹⁶

Di PIETRO também assente na autonomia do contrato de obra pública. Ele tem por objeto a prestação de uma obra, sendo secundária a prestação de um serviço. Além disso, não é a Administração que remunera o concessionário, mas o próprio usuário, através de tarifa ou por contribuição de melhoria.¹¹⁷

¹¹⁴ *Idem, ibidem.*

¹¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Opus cit.*, p. 58

¹¹⁶ SOUTO, Marcos Juruena V. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*, p. 180.

¹¹⁷ Jackeline Durand expressa como a concessão para a construção da obra acabou permitindo a exploração de um serviço público: *“peu a peu l’habitude se prend de confier aux concessionnaires non seulement la*

Sintetiza Arnaldo WALD:

*“a construção de obras públicas é um instrumento de realização de projetos que, utilizando recursos privados, permite a construção de obras e o fornecimento de serviços de interesse da coletividade, mediante um processo de autofinanciamento. Assim, os concessionários, que realizaram a obra, recebem do público e, especialmente, dos usuários dos serviços o pagamento que lhes é devido, abrangendo a compensação do investimento feitos e o lucro decorrente de sua atuação e dos riscos assumidos. O fato de recair o ônus da obra e do serviço sobre os respectivos usuários, em vez de onerar toda a sociedade sob a forma de impostos, constitui, inclusive, um incontestável progresso na aplicação da justiça social e econômica”.*¹¹⁸

A concessão de obras públicas pode estar condicionada, também, aos institutos da concessão de uso e de direito real de uso, com o objetivo de auferir receitas auxiliares, como explicitado no item 2.1.4. A concessão de uso já foi mencionada no item 1.2.2. O direito real de uso, por sua vez, é o contrato pelo qual a Administração transfere o uso remunerado ou gratuito de terreno público a particular como direito real resolúvel¹¹⁹. Celso A. B. De MELLO acrescenta que nada obsta a concessão do uso do subsolo e do espaço aéreo, na medida em que este é um componente físico do próprio bem.¹²⁰

Ocorre que algumas concessionárias de obras públicas têm buscado receitas complementares permitindo que concessionárias de serviço público utilizem a título oneroso seu solo, subsolo ou espaço aéreo. A legalidade desta cobrança é um dos assuntos do item que segue.

construicção de l'ouvrage mais aussi son exploitation, ce qui conduit à une réflexion sur les liens entre concession de service public et concession de travaux publics afin de mieux identifier le régime juridique de cette dernière”. In : *Cours de Droit Administratif de Biens*, p. 467.

¹¹⁸ WALD, Arnaldo. *Novos aspectos da concessão de obra e seu financiamento*. RDA 197, jul/set 1994, p. 2

¹¹⁹ MELLO, Celso A. B. de. *Obra pública a custo zero*. In: RTDP, n. 32, 1999, p. 34.

¹²⁰ *Idem, ibidem*, p.36.

3 BENS PÚBLICOS DE USO COMUM NA CONCESSÃO

Sendo nosso propósito comentar alguns aspectos contemporâneos das concessões, cumpre-nos discutir uma das questões mais atuais sobre a matéria. Trata-se da cobrança pela utilização de bens públicos de uso comum para a prestação do serviço concedido. São serviços que dependem da instalação de dutos no subsolo e linhas de transmissão, como os serviços de telecomunicações e de distribuição de energia.¹²¹

Esta cobrança vem sendo realizada através de preço instituído pelos municípios, para o uso de seu solo e subsolo, e também por concessionárias de ferrovias e rodovias. A utilização dos bens públicos, para a instalação de equipamento de infra-estrutura voltados à prestação de serviços públicos, está condicionada a “contratos de licença de uso a título oneroso”, “contratos de licença para a realização de obras” e “permissão de uso”. No caso das concessionárias, elas próprias têm firmado o contrato referente a essa utilização e estabelecido o preço sem a participação do Poder Concedente. Não há qualquer regulamentação desta prática, sendo que os valores cobrados pelas concessionárias têm sido os mais diversos, sem quaisquer critérios.

Ressalte-se que, quando estes serviços eram prestados diretamente pelo Estado, não se cogitava em cobrança pelo uso do espaço público para a prestação de serviços públicos. Tal prática foi estimulada pela privatização de empresas públicas e conseqüente prestação de serviços públicos sob a forma de concessão.

Destarte serem inúmeras as facetas do problema, nos restringiremos aos aspectos já abordados anteriormente, quais sejam, o interesse público, as fontes de receitas alternativas e algumas noções de serviço público. Afinal, essa discussão decorre da privatização das empresas estatais e da recente alteração da disciplina de prestação dos serviços públicos.

3.1 DO USO ESPECIAL DOS BENS PÚBLICOS

3.1.1 Uso especial

¹²¹ A Resolução 001/1999, traz a seguinte definição: “Art. 3º, V- *Infra-estrutura*: são as servidões administrativas, dutos, condutos, postes e torres, de propriedade, utilizados ou controlados, direta ou indiretamente, pelos agentes que exploram os serviços públicos de energia elétrica, os serviços de telecomunicações de interesse coletivo e os serviços de transporte dutoviário de petróleo e seus derivados e gás natural, bem como cabos metálicos coaxiais e fibras ópticas não ativada.”

Entende-se que domínio público é o conjunto de bens de propriedade pública do Estado afetados ao uso público, direto ou indireto, dos habitantes, e submetidos a um regime jurídico especial de direito público e, portanto, exorbitante do direito privado. Essa propriedade do Estado não é semelhante nem equivalente à propriedade privada ou de direito civil, mas uma propriedade especial, pública, submetida a limitações singulares, derivadas do interesse público que lhes dá fundamento.

Héctor ESCOLA reforça a destinação da propriedade pública:

“a natureza jurídica do domínio público, dentro dessa concepção, é a de um domínio que está condicionado pelas especiais características do sujeito que é seu titular e pela circunstância de que está destinado a satisfazer necessidades, que são, de forma imediata ou mediata, de interesse público”.¹²²

Esse uso público, que supõe uma utilidade comum, não é senão uma manifestação do interesse público, em que cada um pode reconhecer e resgatar seu próprio interesse individual ou particular, conforme as observações elencadas no item 1.3.2. O interesse público influi, também, na determinação da modalidade de uso do domínio público, desde que o emprego de qualquer bem ou coisa do domínio público deve ser sempre compatível e corresponder ao fim que motivou sua afetação. Há duas modalidades de uso do bem público: uso comum ou especial.

O uso comum é aquele partilhado pelos indivíduos, de acordo com a destinação do bem, como a utilização de ruas para tráfego. Já o uso especial *“é todo aquele que, por um título individual, a Administração atribui a determinada pessoa para fruir de um bem público com exclusividade, nas condições convencionadas”*.¹²³ Esse uso especial é concedido mediante contrato ou outorga unilateral, na forma autorizada por lei ou regulamento da Administração e pode ser gratuito ou oneroso, por tempo certo ou indeterminado. Entre as formas de uso especial estão a autorização, a permissão de uso, e outros institutos de direito administrativo e direito civil. A utilização de bens públicos pelas concessionárias de serviço público enquadra-se, portanto, no uso especial de bens públicos.

3.1.2 Da utilização de bens públicos de uso comum em regime de concessão

¹²² ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, p. 202.

¹²³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal*, p. 229.

As concessionárias de serviço público, como já foi comentado, podem explorar fontes de receitas alternativas, desde que estas estejam previstas no edital de licitação (lei federal nº 8987/95, art. 18, IV) e constem no equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Tais fontes estão previstas no art. 11 com vistas a favorecer a modicidade das tarifas.

Seria possível prever no edital de licitação, como fonte de receita para a concessionária, a cobrança de remuneração pela ocupação das faixas de domínio por outras concessionárias de serviço público?

Para DI PIETRO a previsão no edital carece de fundamento jurídico porque contraria os princípios do interesse público, da razoabilidade, da legalidade e da modicidade das tarifas.¹²⁴ Por certo, é permitido ao Poder Público cobrar preço pela utilização de seus bens por particulares. Do mesmo modo, podem as concessionárias obter renda pela utilização das faixas de domínio das rodovias por parte de particulares. No entanto, alega DI PIETRO:

“Ocorre que, se essa utilização é feita por concessionária de serviço público, como condição mesma da prestação desse serviço, não se pode cogitar de remuneração como a que se cobra de um particular. As faixas de rodovia constituem bens de uso comum do povo; essa é sua destinação principal; mas essa destinação coexiste com outros usos de interesse coletivo, como ocorre com a canalização para passagem de água ou gás ou mesmo para instalação de equipamentos de energia elétrica ou telecomunicações, já que se trata de serviços públicos. O mesmo bem pode ser utilizado para muitos fins, desde que compatíveis com sua destinação principal”.¹²⁵

As concessionárias têm o dever-poder de usar o domínio público necessário à prestação do serviço, bem como de promover desapropriações e constituir servidões de áreas declaradas de utilidade pública pelo Poder Concedente. Este autoriza a servidão ou a desapropriação e a concessionária executa, conforme os arts. 30, IX, e 31, VI da lei 8987/95.

Seabra FAGUNDES ensina que *“a permissão dada a tais pessoas para promover a desapropriação não constitui mais do que uma extensão natural da atribuição de executar o serviço público concedido”*.¹²⁶

Se a utilização pelo concessionário recaísse sobre propriedade privada, poderia ser instituída servidão administrativa, sem ônus algum para o concessionário. Porém, quando se

¹²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Z. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*, p. 318 e segs.

¹²⁵ *Idem, ibidem*, p. 319

¹²⁶ FAGUNDES, Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*, p. 69.

trata de bem público a instituição de servidão administrativa não se faz necessária, precisamente porque a destinação pública é inerente à própria natureza do bem. É incoerente que em propriedade particular as concessionárias de serviço público estejam desobrigadas a pagar pela utilização do subsolo, ao passo que, quando utilizam bens públicos de uso comum, são oneradas.

Mesmo que esteja prevista no edital e no contrato, a exploração de tais bens deve ser regulada pelo Poder Concedente, a fim de evitar abusos por parte da concessionária. O concessionário apenas usa e goza da coisa enquanto durar o prazo da concessão. Marcos JURENA reforça o dito: *“aliás, em regra, o concessionário somente é proprietário das instalações e materiais próprios da concessão e não dos bens de domínio público que utilizou no serviço”*.¹²⁷

DI PIETRO ressalta que o uso privativo de um bem público de uso comum é firmado via contrato administrativo. Uma vez que tais bens estão fora do comércio, todas as relações jurídicas que sobre eles incidam são disciplinadas pelo direito público.¹²⁸ Ora, se são contratos de direito administrativo e portanto regidos pelo direito público, devem ser firmados entre o poder concedente e a concessionária que utilizará o bem público. Também Celso A.B. de MELLO afirma:

“Poder Público, em razão de suas funções, tem sempre disponibilidade sobre o serviço público e sobre a utilização de um bem público; inversamente, o particular jamais poderá tê-la, pois está envolvido na questão de um bem extra commercium. O contrato jamais seria via idônea para propiciar a um administrado senhoria, conquanto parcial, sobre um interesse público, seja no que respeita à forma de satisfazê-lo, seja no que atina ao prazo de duração de vínculo versando sobre ele”.¹²⁹

DI PIETRO e Hely Lopes MEIRELLES mantêm posicionamento semelhante. Para a primeira, *“os bens afetados à concessão têm natureza pública e estão submetidos a regime de direito público, como os bens de uso comum”*.¹³⁰ MEIRELLES defende que:

“pela concessão o poder concedente não transfere propriedade alguma ao concessionário, nem se despoja de qualquer direito ou prerrogativa pública. Delega apenas a prestação do serviço ou da

¹²⁷ SOUTO, Marcos Juruena V. *Desestatização, privatizações, concessões e terceirizações*, p. 207

¹²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito Administrativo*, p. 239.

¹²⁹ MELLO, Celso A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 443.

¹³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania. *Parcerias na Administração Pública*, p. 365.

*obra, nos limites e condições legais e contratuais, sempre sujeita a regulamentação e fiscalização do concedente”.*¹³¹

Isto é, o contrato de concessão, por si só, não autoriza as concessionárias a dispor do domínio público como se propriedade sua fosse. O uso deve contar com a anuência do Poder Concedente. Por isso, conclui DI PIETRO:

*“Cabe ao Poder Público conciliar as múltiplas formas de uso, compatibilizando-as com o fim principal a que o bem está afetado. O interesse público constitui a baliza que orienta suas decisões; outorgará e extinguirá, discricionariamente, os usos privativos, bem como imprimir-lhes-á maior ou menor precariedade,...”*¹³².

Todavia, há quem diga o contrário: as concessionárias podem extrair receitas sobre implantação de redes de suporte a serviços públicos e servidões de passagem, *“independente de se discutir se estas atividades são ou não relacionadas a serviço público”*.¹³³

A lei paulista nº 7835/92 dispõe:

*“Art. 32. O disposto nessa lei aplica-se à concessão de obra pública, atendidas suas peculiaridades e observados os seguintes preceitos:.....
II- além da tarifa, o concessionário de obra pública poderá ser remunerado, nos termos previstos no edital e no contrato, dentre outras fontes, pela renda proveniente de contribuições de melhoria instituídas pelo Poder Público, pela renda derivada da exploração direta ou indireta, de áreas de serviço, lazer, repouso, na faixa de domínio da obra pública ou em zona integrada ao patrimônio público por desapropriação extensiva ou qualquer outra forma, bem como pela receita decorrente de projetos associados.”*

Ressalte-se que, aparentemente, é a concessionária que despende pela utilização. Na prática esse ônus pode acabar transferido aos usuários, embutidos nas tarifas. Não parece razoável que, para diminuir as tarifas das concessionárias de rodovias e ferrovias, se aumentem as tarifas de outras concessionárias de serviço público. Tal idéia contraria a própria função pública destes entes.

3.1.3 Instituto adequado à utilização dos bens públicos pelas concessionárias

¹³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitações e Contratos Administrativos*, p. 270.

¹³² DI PIETRO, Maria Sylvania. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*, p. 320

¹³³ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Algumas notas sobre a concessão de rodovias*, In: Boletim de Direito Administrativo, nº 4, ano XVII, abr/2001, p. 248.

Outra questão que se afigura refere-se ao instrumento adequado para instituir o direito de passagem das concessionárias de serviço público. De modo geral, os doutrinadores referem-se sempre ao particular nas diversas formas de outorga para utilização dos bens públicos. Alguns mencionam a possibilidade de instalação de infra-estrutura para prestação de serviços públicos sobre estes bens. Neste caso, indicam a servidão administrativa, a permissão de uso e a cessão de uso.

3.1.3.1 Servidão Administrativa

A servidão administrativa pode ser definida como: “... o direito real de gozo, de natureza pública, instituído sobre imóvel de propriedade alheia, com base em lei, por entidade pública ou por seus delegados, em favor de um serviço público ou de um bem afetado a fim de utilidade pública”.¹³⁴ Segundo DI PIETRO as servidões administrativas podem gravar bens de domínio público e decorrem de lei ou de acordo, precedido de ato declaratório de utilidade pública, como as servidões de energia elétrica. Quando não houver acordo, são efetivadas por sentença judicial. Para Marcello CAETANO:

*“a servidão administrativa é um encargo imposto num prédio, mas em benefício ou proveito da utilidade pública de bens dominiais, que estes possam corresponder à noção de prédio quer não, como sucede com as estradas, as águas públicas, as linhas de transmissão e distribuição de energia,..., etc. Encargos que têm unicamente por objetivo permitir que a função de utilidade pública do domínio seja cumprida como deve ser. As servidões administrativas, sendo consequência da função de utilidade pública dos bens dominiais, podem onerar outros bens públicos ou coisas do patrimônio da entidade administradora do domínio. Os terrenos públicos situados na margem do mar ou à beira da rodovia ou da estrada de ferro, suportam os mesmos encargos dos terrenos particulares. São exemplos de servidões administrativas...., as faixas marginais das rodovias e das ferrovias, as das linhas telegráficas, telefônicas e de transmissão de energia, ...”*¹³⁵

¹³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*, p. 143.

¹³⁵ CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do Direito Administrativo*, p. 371-378.

Há, portanto, possibilidade de ser constituída servidão administrativa sobre coisas públicas, a despeito de não ser explicitada em nossa doutrina. Juarez FREITAS, por exemplo, trata apenas da hipótese de tombamento quando prevê a utilização de bens públicos por outros agentes administrativos: “... os bens públicos podem se tornar servientes de entidades estatais superiores, conquanto recomendável, sempre e sempre, optar-se pela simples cessão de uso...”.¹³⁶

Apesar de conceber uma definição de servidão aplicável aos bens públicos, DI PIETRO afirma que, quando o concessionário só necessita do bem como condição material da montagem de um serviço público, trata-se de concessão acessória e não mais de servidão. Cita a utilização de via pública ou espaço aéreo para instalação de postes.¹³⁷

A servidão decorrente de lei não gera direito à indenização. Cirne LIMA confirma: “a ausência de danos às coisas obscurece, não raro, a diminuição patrimonial, decorrente da limitação do direito”.¹³⁸

Quando decorre de contrato ou decisão judicial há dever de indenizar, uma vez que incide sobre imóveis determinados. A indenização será calculada conforme o prejuízo causado. Ocorre que indenização não é preço e não é aluguel do espaço utilizado. Caso o instituto adequado seja servidão, não há que se falar em preço. E indenização, apenas no caso de dano ou prejuízo.

Ainda, segundo Lúcia V. FIGUEIREDO, a implantação de infra-estrutura no subsolo é hipótese de servidão de passagem:

*“a servidão, tanto quanto a desapropriação, poderá ser feita por acordo entre as pessoas jurídicas de direito público homologado judicialmente. Se não houver possibilidade de acordo, deverá ser feito o processo de constituição de servidão, com a declaração de utilidade pública, a avaliação do ônus à municipalidade, e pedido de imissão provisória, feito o depósito inicial, e fixado posteriormente o quantum indenizatório”.*¹³⁹

O Código de Águas, Decreto nº 24463/34, estabelecia o procedimento para a instituição de servidões no seu art. 151, alínea c:

o concessionário pode “estabelecer servidões permanentes ou temporárias exigidas para as obras hidráulicas e para o transporte e distribuição de energia elétrica. Esse dispositivo foi regulamentado

¹³⁶ FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*, p. 110.

¹³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Curso de Direito Administrativo*, p. 549.

¹³⁸ Lima, Rui Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*, p. 198.

¹³⁹ FIGUEIREDO, Lucia V. *Telecomunicações e infra-estrutura*, In: *Boletim de Direito Administrativo*, p 424..

pelo Decreto 35851/54, que estabelece o seguinte processo: 1- expedição de decreto do Poder Executivo reconhecendo a conveniência da servidão e declarando de utilidade pública as áreas destinadas à passagem da linha de transmissão e de distribuição de energia elétrica (art. 2); 2- escritura pública em que o concessionário e os proprietários interessados estipulam, nos termos do mesmo decreto, a extensão e os limites dos ônus e os direitos e obrigações de ambas as partes (art. 4). Em caso de embaraço do proprietários, medidas judiciais serão adotadas visando ao reconhecimento da servidão.

Na mesmo sentido o Decreto nº 84398/80 dispunha:

“Art.1º A ocupação de faixas de domínio de rodovias, ferrovias e de terrenos de domínio público, e a travessia de hidrovias, rodovias, ferrovias, oleodutos e linhas de transmissão de energia elétrica de concessionários, por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica de concessionários de serviços públicos de energia elétrica, serão autorizadas pelo órgão público federal, estadual ou municipal ou entidade competente, sob cuja jurisdição estiver a área a ser ocupada ou atravessada”.

De acordo com Cesar Guimarães PEREIRA, ambos diplomas encontram-se revogados por força da Constituição de 1988 e das leis que regulam os serviços públicos de energia elétrica (leis nº 94427/96 e 9478/97). Assim, não podem ser invocados pelas concessionárias de serviços públicos para impedir a cobrança.¹⁴⁰

3.1.3.2 Permissão e cessão de uso

Podem as concessionárias utilizar os bens públicos de uso comum via permissão de uso. Esta é “o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta a utilização privativa de bem público, para fins de interesse público”.¹⁴¹

Para José CRETELLA JR. a permissão de uso, “de maneira alguma se classificaria entre as figuras contratuais, como, por exemplo, o arrendamento ou a locação, no âmbito do direito civil. Sua natureza inequívoca é de ato unilateral, solicitado pelo particular à

¹⁴⁰ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Cobrança municipal pela ocupação de áreas públicas para a prestação de serviços de infra-estrutura. In: Boletim de Direito Municipal, agosto/2000, p. 476.

¹⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Z. Direito Administrativo, p. 542.

Administração, que o outorga a título precário,¹⁴² Na permissão de uso prevalece o interesse privado do permissionário, mas precariamente.

Diogo de F. MOREIRA NETO assevera que a permissão de uso é instituto aplicado ao particular, já a cessão de uso é

“espécie unilateral de utilização de bem público, em caráter extraordinário e exclusivo, que uma entidade de direito público, titular do domínio, faz a outra pessoa administrativa, sujeita a condições fixadas pela cedente. Cabe, todavia, a cessão de uso, em favor de pessoas de direito privado, desde que mantenham vínculo de delegação de serviço público, como as concessionárias”.¹⁴³

3.1.3.3 Conclusões

Para Floriano MARQUES a permissão e a concessão de uso só são viáveis quando o bem for utilizado com exclusividade pela concessionária, excluindo os demais.

Havendo possibilidade de compartilhá-lo entre outros prestadores de serviço, o ideal seria contratos de adesão, pelo qual o ente público autoriza o uso de bem público, por prazo certo, a título oneroso e em caráter não privativo.¹⁴⁴

Assim, cada instituto pressupõe uma forma específica de utilização do bem público, conforme seja ela exclusiva ou compartilhada, através de contrato, lei ou ato unilateral. À primeira vista, como a finalidade do uso é a prestação de um serviço público, afigura-se mais correta a instituição de servidão administrativa, em analogia ao procedimento utilizado em propriedade privada. Todavia, sendo um particular o prestador de serviço público, pode-se questionar a legitimidade do instituto da servidão administrativa.

Cumpre mencionar a lei federal nº 6.766/79, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano:

“Art. 5º. O Poder Público competente poderá completamente exigir, em cada loteamento, a reserva de faixa non aedificandi destinada a equipamentos urbanos. Parágrafo único. Consideram-se urbanos os equipamentos públicos de abastecimentos de água, serviços de esgoto, energia elétrica, coletas de águas pluviais, rede telefônica e gás canalizado”.

¹⁴² CRETELLA JR., José. *Administração Indireta Brasileira*, p. 103

¹⁴³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, p. 258-259.

¹⁴⁴ MARQUES NETO, Floriano A. *Utilização de bens públicos para instalação de redes aplicadas à prestação de serviços de telecomunicações*. In: *Revista dos Tribunais*, vol 764, p. 109 A resolução 001/1999 dispõe sobre o compartilhamento de infra-estrutura entre os prestadores de serviço de energia elétrica; telecomunicações de interesse coletivo e transporte de combustíveis.

Isto é, o legislador declara que as faixas de domínio dirigem-se à prestação de serviço público. Nesse sentido, Eros GRAU¹⁴⁵ defende que as faixas de domínio, como bens públicos que são, podem instrumentalizar a prestação de outros serviços públicos. Trata-se de direito restritivo da concessionária que depende da instalação de dutos no subsolo para prestar o serviço.

Não havendo restrição de direitos ou prejuízo da concessionária ou município, continua, não há fundamento para a cobrança. Seja lembrado o *art. 2º, §1º, do Decreto 3.365/41*: “*A desapropriação do espaço aéreo ou do subsolo só se tornará necessária quando de sua utilização resultar prejuízo patrimonial do proprietário do solo*”.

Logo, na ocupação do subsolo dos bens de uso comum há um direito restritivo do prestador de serviço público que o permite cumprir seu dever-poder de prestar o serviço. O mesmo ocorre na instalação de postes para transmissão de energia elétrica. Sua instalação e manutenção são obrigações da concessionária de serviço público, sendo essencial para a prestação do serviço.

Segundo o autor, caso fosse admitida a cobrança para instalação dos postes ou utilização do subsolo pelas concessionárias, teria que se admitir que os postes ou dutos localizados em propriedades privadas pertenceriam aos seus proprietários. Isto porque, de acordo com o Código Civil, a propriedade do imóvel implica o espaço aéreo e o subsolo.

O problema se resolve, afirma Eros GRAU, através da restrição do uso da propriedade, ou seja, se tolera seu uso para determinados fins.

3.1.4 Serviços de telecomunicações e o uso de bens públicos

As novas regras acerca do serviço público implicam a divisão entre serviços de interesse coletivos, prestados em regime de direito público, e serviços prestados em regime de direito privado, ou autorizados.

Nos serviços de interesse coletivo o próprio contrato deveria definir as condições de prestação do serviço. No caso das telecomunicações, Lucia V. FIGUEIREDO afirma que somente as prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à

¹⁴⁵ GRAU, Eros. Concessionária de serviço público – bens públicos – direito de uso. In: RDA nº 218, out/dez 1999, p. 343-355.

utilização de dutos, condutos e servidões pertencentes ou controladas por prestadoras de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público.¹⁴⁶

Diz a lei de telecomunicações, de nº 9472/97:

“Art. 73 As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviço de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis”.

Como ainda não existe o regulamento previsto pelo art. 62 da lei de telecomunicações, ainda não foram definidos quais são os serviços de interesse restrito e de interesse coletivo. Para Floriano MARQUES, serviço de telecomunicações de interesse coletivo é todo aquele prestado a terceiros.¹⁴⁷

A princípio caberia à concessionária o ônus dessa instituição, conforme o art. 100 da lei 9472/97: *“poderá ser declarada a utilidade pública, para fins de desapropriação, ou instituição de servidão, de bens imóveis ou móveis, necessário à execução do serviço, cabendo à concessionária a implementação da medida e o pagamento da indenização e das demais despesas envolvidas”.*

No entanto, nada impede que o concedente assuma a indenização a fim de baixar o preço das tarifas ou de manter o equilíbrio econômico-financeiro. Os valores devem ser definidos levando em consideração a modicidade das tarifas, conforme os princípios consagrados pela EC 19/98 e pelo art. 6º, §1º da lei 8987/95.

Nas estradas de domínio da União, esta pode cobrar indenização das concessionárias de telecomunicações desde que este custo esteja previsto no edital ou na aferição das tarifas a serem cobradas do usuário. Nas estradas privatizadas, as concessionárias podem cobrar preço público, mas apenas no caso de serviços em regime de direito privado.¹⁴⁸

Segundo Marcos Juruena SOUTO o contrato pode permitir ao concessionário de obra pública, através de subsidiárias, explorar outras atividades não relacionadas à concessão (não se incluindo entre as receitas complementares), desde que não interfiram na qualidade do serviço. É o caso do distribuidor de gás que aproveita as instalações para passar os cabos de

¹⁴⁶ FIGUEIREDO, Lúcia V. *Telecomunicações e infra-estrutura*, p. 422.

¹⁴⁷ MARQUES NETO, Floriano. *Opus cit*, p. 107

¹⁴⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Telecomunicações e infra-estrutura*, p. 424.

televisão por assinatura. Destas receitas não se prestam contas, o que torna mais valorizada a outorga do Estado.¹⁴⁹

3.2 DA PERMISSÃO DE USO MUNICIPAL

Alguns municípios instituíram preço referente à permissão de uso de espaços públicos, como São Paulo, através do Decreto nº 38.139/99, e recentemente Curitiba no Decreto 325/00.¹⁵⁰

Não nos cabe analisar a cobrança efetuada através de taxa¹⁵¹, equiparando a instalação de infra-estrutura aos demais serviços prestados de forma individualizada nas vias públicas e calçadas.

Os municípios têm domínio sobre os bens públicos de uso comum situados no perímetro urbano, através da competência veiculada nos arts. 20, VIII e 182 da Constituição. Cabe-lhes disciplinar e policiar a utilização dos bens de uso comum sob sua titularidade através da concessão de licença. Assim, pode ser realizada cobrança de taxa pela fiscalização da obra já que o controle das construções urbanas é atribuição específica dos municípios, não só para assegurar o ordenamento da cidade em seu conjunto, como para certificar-se da segurança, da salubridade e da funcionalidade das edificações.

No entanto, a instituição de preço pela utilização do solo ou subsolo pressupõe a existência de uma contraprestação, inexistente na licença. Conforme Antônio Carlos Cintra do AMARAL, preço é *“a remuneração correspondente à contraprestação paga por uma das partes contratantes a outra (s) pelo cumprimento de obrigação de dar ou fazer, quer nos*

¹⁴⁹ SOUTO, Marcos Jurueña Villela. *Opus cit*, p.202.

¹⁵⁰ Decreto nº 38.139/99, *“Art. 1º Fica permitido, a título precário e oneroso, o uso das vias públicas, inclusive do espaço aéreo e do subsolo e de obras de arte de domínio municipal, para implantação, instalação e passagem de equipamentos urbanos destinados à prestação de serviços de infra-estrutura, por entidades de direito público e privado...”* O município de Curitiba, através do Decreto nº 327/00 aprovou o regulamento idêntico.

¹⁵¹ Embora não se esteja a tratar da cobrança através de taxa, cumpre destacar o julgado RMS12081 do Supremo Tribunal de Justiça. Esta Corte já definiu que é ilegal a cobrança, por parte dos municípios, de taxa pela utilização do solo urbano para instalação de postes que suportam as linhas aéreas de transmissão de energia elétrica. Relatora do RMS, a ministra Eliana Calmon afirmou que o TJ/SE se equivocou ao considerar a cobrança uma espécie de aluguel pelo uso do solo, situando-a no campo do direito administrativo. *“Ocorre que em vias públicas, bem comum do povo, não podem ser negociadas pela sua utilização, quando a mesma se dirige ao atendimento de um serviço de utilidade pública”*, afirmou. Em seu voto, a ministra Eliana Calmon afirmou que a cobrança imposta pela prefeitura não se enquadra nos conceitos de taxa nem de preço público.

contratos privados, quer nos contratos administrativos".¹⁵² Preços não configuram tributos, devendo ser fixados e alterados por decreto.¹⁵³

No caso da cobrança pela utilização de bens de uso comum não há que se falar em contraprestação entre a concessionária ou município que cobra e o prestador de serviço público obrigado a pagar o preço. Ainda que a utilização fosse indenizável, haveria um dever de indenizar e não uma obrigação de pagamento de preço.

Quanto à prestação de serviços por outros entes federativos no município, Hely faz menção ao serviço de energia elétrica, sem mencionar a existência de preço:

*"unicamente para as instalações de equipamentos e condutores elétricos que interfiram com outros serviços urbanos no Município, ou exijam obras na via pública, é que seus executores dependerão de prévia aquiescência da Prefeitura e acordo no molde de execução e restauração do que for destruído ou prejudicado pela obra"*¹⁵⁴.

Ademais, concessionárias, autarquias ou municípios que instaurem a cobrança não poderão impedir as obras necessárias à instalação de dutos para a prestação de serviço público, por força da autorização do Poder Concedente. Por isso, razoável é a posição da Lúcia V. FIGUEIREDO.

Para a autora, a implantação de infra-estrutura no subsolo municipal, assim como nos bens em posse de concessionárias, é hipótese de servidão de passagem. Defende que:

"... a servidão, tanto quanto a desapropriação poderá ser feita por acordo entre as pessoas jurídicas de direito público homologado judicialmente. Se não houver possibilidade de acordo, deverá ser feito o processo de constituição de servidão, com a declaração de utilidade pública, a avaliação dos ônus à municipalidade, e pedido de imissão provisória, feito o depósito inicial, e fixado posteriormente o quantum indenizatório".¹⁵⁵

O município não pode impedir a passagem, mas deve sempre expedir licença. *"Suas decisões, quando houver necessidade de alterações de traçados, etc., devem ser motivadas e sempre obedientes aos princípios da igualdade, razoabilidade e proporcionalidade, possibilitando amplamente a defesa do concessionário"*.¹⁵⁶

¹⁵² AMARAL, Antônio C.C. *Concessão de serviço público*, p. 36.

¹⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal*, p. 267.

¹⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Opus cit.*, p. 312

¹⁵⁵ FIGUEIREDO, Lúcia V. *Opus cit.*, p. 424.

¹⁵⁶ *Idem, ibidem*. p. 428.

Para Celso Ribeiro BASTOS¹⁵⁷ o preço cobrado pelos municípios através de permissão de uso é um tributo velado. Afirma que a cobrança pela utilização do espaço aéreo e do subsolo pelos municípios tem origem na lei de Responsabilidade Fiscal (lei Complementar nº 101/00). Preocupadas com o equilíbrio fiscal imposto pela referida lei, as municipalidades buscaram a criação de novas receitas.

No entanto, alega que os serviços públicos não podem ser onerados, independente de operarem por concessão. O serviço continua sendo público. Ademais, conforme o art. 153, §3º da CF/88, nenhum outro tributo pode incidir nas operações relativas à energia elétrica, telecomunicações e combustíveis. Assim, há impedimento legal para a cobrança, defende Celso R. BASTOS: *“se o município começar a cobrar em cima de serviços prestados em outras esferas federativas, vamos criar um novelo tributário que vai tornar a administração pública inviável”*.¹⁵⁸

Também Floriano MARQUES denota que a crise fiscal e a exiguidade de recursos para fazer frente aos recursos públicos conduz à obtenção de receitas não tributárias, explorando uma gama de potenciais econômicos outrora inexplorados.¹⁵⁹ Todavia, percebe a exploração econômica dos bens públicos sob outra perspectiva.

Alega que em nossa tradição de Estado patrimonialista,

“tal mais-valia é apropriada pelo agente privado mais hábil, ágil ou com quem o rei mais se afeiçoe. O potencial econômico criado pelo investimento público é apropriado por alguns poucos particulares a quem, discricionariamente, permite-se ou admite-se explorá-lo”.¹⁶⁰

“Porém, este potencial econômico (verdadeiro fundo de comércio gerado pelo investimento estatal) constitui também ele um bem público, ainda que inatingível. Esses poderosos mecanismos devem ser incrementados e difundidos, inclusive como forma de minorar a crise de financiamento do Estado”.¹⁶¹

Essa posição, porém não é unânime. Para Carlos AUGUSTO a gratuidade só existe para o uso comum. O uso especial pode ser oneroso porque se assegura uma vantagem que não é concedida aos demais. O mesmo autor afirma também que *“o uso dos bens públicos, em especial do solo urbano, por expressa disposição legal, pode ser gratuito ou oneroso, não*

¹⁵⁷ O jurista rechaçou a cobrança em nota pública. In: Estado de São Paulo, 24/04/2001.

¹⁵⁸ *Idem, ibidem*.

¹⁵⁹ MARQUES NETO, Floriano. *Algumas notas sobre a concessão de rodovias*, p.253.

¹⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 254.

¹⁶¹ *Idem, ibidem*, p. 255

havendo nenhum óbice para, mediante lei, ser fixada retribuição pela utilização uti singuli do respectivo bem”.¹⁶²

O município, em face de sua autonomia, pode fixar retribuição pelo uso do solo urbano destituído de natureza tributária. Em especial no caso de energia elétrica defende que *“a competência privativa da União para legislar sobre concessão do serviço público de energia elétrica não tem abrangência para interferir na autonomia municipal,...”*¹⁶³

Cesar Guimarães PEREIRA expõe que *“a instituição de permissão onerosa de uso de bem público, como instituto típico de direito administrativo e sem nenhum vínculo com a taxa, é amplamente admitida”*.¹⁶⁴ Ressalta, no entanto, que a cobrança deve ser feita por lei específica, evitando que se alegue impossibilidade de cobrança mediante ato do Poder Executivo.

Segundo Eros GRAU essa cobrança importa em uma *“privatização dos direitos restritivos de passagem, indispensáveis à prestação de serviços públicos pelo Estado”*¹⁶⁵.

Todavia, acreditamos que a regulamentação, como expôs Cesar G. PEREIRA, deve ser efetiva. Assim, a discussão sobre os parâmetros em que deve ser realizada essa cobrança é mais importante do que a cobrança em si.

A confusão se deve à ausência de regulação, seja por parte da Administração, seja por parte das agências reguladoras, ainda incipientes. Logo, se poderá falar em privatização desse direito na medida em que a Administração for omissa, permitindo a particulares e aos municípios estabelecerem os critérios de utilização dos bens públicos de uso comum sob sua administração.

3.3 PERSPECTIVAS A PARTIR DO DIREITO EUROPEU

Internacionalmente, os entes administrativos fixam valores unitários por metros utilizados e, observadas as condições técnicas, firmam com os interessados contratos de

¹⁶² AUGUSTO, Carlos. As empresas de energia elétrica e o uso do solo urbano, p. 30.

¹⁶³ *Idem, ibidem*, p. 33.

¹⁶⁴ PEREIRA, Cesar G. *Cobrança municipal pela ocupação de áreas públicas para a prestação de serviços públicos de infra-estrutura*. In: Boletim de Direito Municipal, p. agosto/2000, p. 475.

¹⁶⁵ GRAU, Eros. *Opus cit*, p. 355.

adesão para utilização de dutos, postes e subsolo.¹⁶⁶ Isto é, a cobrança de preço é encarada com naturalidade.

Na França, quando o concessionário utiliza bens públicos para prestar o serviço, é considerado um particular, isento de prerrogativas públicas. Ensina LAUBADÈRE que: *“lorsque le service public auquel est affectée la dépendance domaniale est un service public concédé, on se trouve en présence d’une utilisation par un particulier, ...”*.¹⁶⁷ O administrativista francês descreve como se dá a ocupação pelo concessionário:

“le domaine affecté à l’usage collectif du public peut être le siège d’occupation privatives, soit de la part de concessionnaires de services publics (rails de tramways, canalisations des services de distribution), soit de la part de simples particuliers... Tout le régime juridique de ces occupation est inspiré par deux idées. 1- Il s’agit d’une utilisation privative, ce que entraîne la nécessité d’une autorisation administrative e la perception d’une redevance pécuniaire. L’autorisation administrative peut du reste revêtir deux forme: lorsqu’elle résulte d’un acte administratif unilatéral, il y a “permission de voirie”; lorsqu’elle résulte d’un accord conventionnel conclu entre l’administration et l’occupant, il y a “concession de voirie”. 2 – Il s’agit d’une utilisation du domaine simplement compatible avec l’affectation de celui-ci; il en résulte que les pouvoirs de l’administration doivent être étendus et à l’inverse la situation de l’usager précaire”.¹⁶⁸

É interessante destacar que, na França, a S.N.C.F., concessionária das ferrovias,

“exerce tous les pouvoirs de gestion sur les biens immobiliers que lui sont remis ou qu’elle acquiert... (elle) peut notamment accorder ou refuser des autorisation d’occupation, consentir de baux, fixer e encaisser à son profit le montant des redevances, loyers et produits divers”.¹⁶⁹

Na Espanha, Gaspar Oriño ORTIZ esclarece que o acesso à rede de distribuição e a cobrança de preço são compatíveis:

“pues bien, hay que reconecer a los operadores el derecho de acceso a las redes que es el derecho de acceso al mercado. La efectividad de dicho acceso determinará la competencia real en la oferta de servicios. Por ello, la asignación de los derechos de acceso y sus condiciones han de quedar definidos con toda precisión la

¹⁶⁶ MARQUES NETO, Floriano A. Utilização de bens públicos para instalação de redes aplicadas à prestação de serviços de telecomunicações. In: Revista dos Tribunais, vol. 764, p. 98

¹⁶⁷ LAUBADÈRE, André de. Traité de Droit Administratif, T2, 10^o ed., Paris, 1994, p. 295.

¹⁶⁸ LAUBADÈRE, André de. Traité de Droit Administratif, T1, 10^o ed., 1994, p. 315.

¹⁶⁹ Deviller, Jacqueline Morand. Cours de Droit Administratif de Biens, p. 250

regulación. Se pueden dejar a la negociación bilateral algunos extremos (por ejemplo, fijación del peaje por pacto entre las partes), pero si el acuerdo no llega deben establecerse reglas claras y una decisión rápida y ejecutiva que obligue a todos”.

*“De ahí que un elemento clave del nuevo modelo de regulación para la competencia sea la aprobación del Estatuto jurídico de las redes, esto es, de las condiciones para ejercer el acceso en términos objetivos, no discriminatorios, con fijación de un canon por su uso y determinación exacta de las razones que pudieran justificar una denegación de acceso. Ello forma parte de la nueva regulación de las infraestructuras y de las redes sobre las que descansan los servicios competitivos...”*¹⁷⁰

O espectro em que ORTIZ trabalha é mais amplo, a União Européia. Por isso, já traz uma experiência mais rica e concreta de como devem ser regulados os serviços públicos no Estado subsidiário. Nesse sentido, a rede de transmissão e distribuição dos serviços, por ser a chave do mercado, deve ter uma gestão autônoma, não burocrática e empresarial.

O autor nota que há uma ruptura no conceito tradicional de direito de propriedade. Para o direito civil trata-se do direito de usar, fruir e dispor com exclusividade. Com a nova regulação dos serviços públicos a propriedade se separa do uso. Aparece um novo tipo de propriedade vinculada ao seu destino, e não à titularidade. Nesse contexto, ORTIZ defende que a fixação dos preços dos serviços é uma importantíssima decisão que *“es la asignación de um reparto justo de rentas entre consumidores y accionistas”*.¹⁷¹

Como salientou Gaspar Oriño ORTIZ, seria necessário um estatuto jurídico de infraestrutura, que disciplinasse o acesso às redes de distribuição. Outra questão que prescinde de definição é a da competência para regular a matéria. Nesse ponto, é preciso ponderar de quem é o interesse preponderante. Nas telecomunicações, cuja competência regulamentar é da União, cabe a ela reger de forma geral, cabendo aos municípios regular os reflexos que a política nacional implicará no âmbito da cidade.

Até o momento, dispõe-se apenas do Estatuto da Cidade, lei 10.257, que regulamentou os arts. 182 e 183 da CF/88, estabelecendo os princípios reitores do solo urbano. Destaque-se que no art. 4º, que elenca os instrumentos utilizados pelos municípios

¹⁷⁰ ORTIZ, Gaspar Oriño. *Principios de derecho público económico*, p. 566.

¹⁷¹ ORTIZ, Gaspar Oriño. *Opus cit*, p. 583.

para regular o solo urbano, não se encontram previstas taxas ou preço público referente à utilização dos bens de uso comum. No entanto, silencia quanto a uma possível remuneração de institutos jurídicos como a servidão.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto, encontra-se delineada a concessão de serviços públicos nos seguintes aspectos:

1- O instituto da concessão relaciona-se à necessidade de desenvolvimento de infraestrutura e incapacidade do Estado em atender satisfatoriamente a prestação de serviços públicos. Por isso mesmo a concessão, nos moldes em que foi prevista na CF/88, atende ao processo de **desestatização** instaurado na década de 90 visando instituir um **Estado subsidiário**. Este passa a ser **fiscalizador**, em conjunto com a **sociedade civil**, que é estimulada a participar do controle. Trata-se de uma alteração do papel do Estado, o que não implica a rejeição dos princípios consagrados na CF/88. Alerta-se que, na ausência de fiscalização eficiente, corre-se o risco da qualidade do serviço público a cargo do concessionário ser deixada em segundo plano em detrimento das vantagens econômicas auferidas por este.

2- Há concessão quando um **serviço público é delegado pelo seu titular à pessoa jurídica de direito privado, mediante licitação e formalização de contrato administrativo, para desempenhar atividade por sua conta e risco, por prazo determinado, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou fontes alternativas de receitas**. A concessão de serviço público não se confunde com a concessão de uso de bem público, que se volta ao interesse particular do concessionário e não da coletividade; difere também da autorização, que se destina a interesses coletivos temporários. Ainda, distingue-se da permissão, cuja duração é indeterminada. No entanto, o art. 40 da lei 8987 conferiu natureza contratual à permissão, aproximando e confundindo ambos institutos.

3- As concessionárias exercem **função pública**, de modo que os interesses da coletividade devem prevalecer sobre os interesses comerciais do concessionário. A função é um poder instrumentalizado, que se caracteriza pelo dever de satisfazer certas finalidades, estabelecidas, no caso das concessionárias, pelo art. 29 da lei federal 8987/95. É inspirada pelos **princípios do interesse público e da supremacia do interesse público**. A função pública reforça que o serviço público prestado pelas concessionárias está atrelado aos direitos

e garantias individuais e sociais e afasta definitivamente a idéia equivocada de “serviço público privatizado”.

4- Há divergências quanto à submissão da concessão de serviço público à lei 8987/95 e em especial à lei 9074/95, que exige **autorização legislativa** para que o serviço seja concedido. Isto porque o art. 175 da CF/88, que dispõe sobre a concessão, nada menciona sobre a exigência de autorização. Por outro lado, é consenso que sua **natureza jurídica** é a de **contrato administrativo** daí a presença da **equação econômico-financeira**. Esta estabelece um equilíbrio entre os encargos e retribuições dos contratantes, que deve ser mantido. O art. 10 da lei 8987/95 ressalta que, atendidas as condições do contrato, considera-se mantido o equilíbrio econômico financeiro. A remuneração do concessionário pode se dar através de **fontes alternativas de receita** que visam atender ao princípio da **modicidade das tarifas**. A dificuldade está em prevê-las com exatidão já na proposta dos licitantes.

5- O objeto da concessão, **serviço público**, não mais atende ao conceito tradicional. Sua apreensão depende não só dos critérios material, formal e subjetivo, mas também da análise do momento histórico. Parte-se então da distinção entre serviço público e **atividade econômica**, nos termos dos arts. 173 e 175 da CF/88. No Brasil, coube ao legislador constitucional definir o que é serviço público. Embora o art. 175 da CF/88 refira-se à concessão de serviço público de modo amplo, nem todos os serviços públicos são **delegáveis**. O legislador constitucional trata de enumerar quais serviços públicos podem ser concedidos. A **concessão de obra pública** não se confunde com a concessão de serviço público. A primeira cuida do próprio bem público delegado e a segunda, de uma atividade humana. A concessão de obra pública pode existir independente da prestação de serviço público até porque, após concluída, a obra se torna propriedade pública.

6- Há divergência na doutrina quanto à **legalidade da cobrança de preço** efetuada pelas concessionárias de obra pública sobre a instalação de infra-estrutura para a prestação de serviço público. Argumentam os autores que a finalidade dos bens de uso comum é atender ao interesse público e que a prestação do serviço público é um dever que não pode ser impedido. Se houvesse restrição de direitos ou prejuízo ao proprietário do bem para a instalação de redes de distribuição, haveria **indenização**, mas não cobrança de preço. Além disso, a exploração

dos bens de uso comum pela concessionária deve ser regulada pelo Poder Concedente, através de contrato administrativo. Pode ser instituída servidão, permissão ou cessão de uso para a utilização dos bens de uso comum pelas concessionárias de serviço público. Cada instituto pressupõe uma forma específica, conforme seja o uso exclusivo ou compartilhado, através de contrato ou lei. Trata-se, no entender de Eros GRAU, de um **direito restritivo** das concessionárias de serviço público sobre os bens de uso comum.

7- A cobrança de preço efetuada pelos municípios pela utilização de bens de uso comum pelas concessionárias de serviço público é controvertida, uma vez que não há contraprestação da prefeitura. Alega-se que se trata de uma **privatização dos direitos restritivos de passagem**, indispensáveis à prestação de serviços públicos pelo Estado, e que se caracteriza por ser um **tributo velado**. Para outros, o espaço público é um potencial que deve ser explorado a fim de minorar a **crise de financiamento** do Estado.

8- Na França o concessionário é considerado agente privado e o uso remunerado é a regra. Defende-se que o acesso às redes seja não discriminatório e previsto em regulamento, já que dele depende a prestação dos serviços.

9- Devem ser estabelecidos pela lei os critérios de utilização dos bens públicos por concessionárias de serviços públicos, bem como os parâmetros de uma possível cobrança. A discussão se deve à **ausência de regulação** e de uma indefinição da própria Administração sobre seus deveres no sentido de viabilizar a prestação do serviço de forma eficiente e acessível. Nesse novo cenário de prestação de serviços públicos, não pode o Estado omitir-se do controle do serviço concedido, seja para coibir abusos da concessionária seja para evitar que esta seja onerada desnecessariamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Antônio Carlos Cintra. **Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- AMARAL FILHO, Marcos João Teixeira do. **Privatização no Estado Contemporâneo**. São Paulo: Ícone Editora, 1996.
- AUGUSTO, Carlos. **As empresas de energia elétrica e o uso do solo urbano**. Revista Literária de Direito, março/abril 2000.
- _____. **Legislação brasileira sobre as garantias para as concessões**. Revista de Direito Administrativo, n. 214, out/dez 1998.
- BARACHO, José A de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BERÇAIZ, Miguel Ángel. **Teoría General de los Contratos Administrativos**. 2. ed., Buenos Aires: Depalma, 1980.
- BIELSA, Rafael. **Derecho Administrativo**. T.1, 4. ed., Buenos Aires: El Ateneo, 1947.
- BIONDI, Aloyisio. **O Brasil privatizado. Um balanço do desmonte do Estado**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 1999.
- BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão de Serviço Público**. 2. ed., São Paulo: Juruá, 1999.
- CAETANO, Marcello. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.
- CANOTILHO, J.J. GOMES. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991.
- CRETELLA JR., José. **Administração Indireta Brasileira**. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- _____. **Bens Públicos**. 2. ed., São Paulo: Livraria Universitária de Direito, 1975.
- CUÉLLAR, lei la. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.
- DALLARI, Adilson Abreu. **Uso do subsolo urbano para instalação de redes de telecomunicações**. Novos rumos da autonomia municipal, s.l., s. ed., p 16-30.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1999.
- _____. **Direito Administrativo**. 12. ed., São Paulo: Atlas, 2000.

_____ et al. **Temas Polêmicos sobre licitações e contratos**. 4. ed., São Paulo, 2000.

DROMI, José Roberto. **Reforma Del Estado y Privatizaciones**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Trad. Gilson Cesar Cardoso de Souza, 14. ed., Editora Perspectiva, São Paulo, 1998.

ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989.

FAGUNDES SEABRA. **Da desapropriação no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1942.

FIGUEIREDO, Lucia Valle Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Telecomunicações e infra-estrutura: arts. 73 e 74 da lei 9472/97**. Boletim de Direito Administrativo, nº6, ano XVII, jun/2001.

FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Concessão de serviço público – bens públicos- direito de uso**. Revista de Direito Administrativo nº 218, out/dez, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética: 1997.

_____. **Comentários á lei de Licitações e contratos administrativos**. 5. ed, São Paulo: Dialética, 1998.

LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do Trabalho Científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2001.

LAUBADÈRE, André de. **Traité des Contracts Administratifs**. T.1 e T2., Paris: LGDJ, 1994.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 5. ed., São Paulo: RT, 1982.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo Marques. **Algumas notas sobre a concessão de rodovias**. Boletim de Direito Administrativo, nº4, ano XVII, abr/2001.

_____. **Utilização de bens públicos para instalação de redes aplicadas à prestação de serviços de telecomunicações.** Revista dos Tribunais, vol 764, 1988.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução.** São Paulo: RT, 1992.

_____. **Direito Administrativo Moderno.** 4. ed., São Paulo: RT, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Direito Municipal Brasileiro.** 9. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Licitação e Contrato Administrativo.** 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Obra pública a custo zero.** Revista Trimestral de Direito Público, n. 3/32, 1993.

MOREIRA NETO, Diogo de F. **Curso de Direito Administrativo.** 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MUKAI, Toshio. **Concessões e Permissões de Serviço Público: Comentários à lei nº 8987/95.** São Paulo: Saraiva, 1995.

OLIVEIRA, José Carlos de. **Concessões e permissões de serviços Públicos.** Bauru: Edusp, 1996.

ORTIZ, Gaspar Oriño. **Princípios de dechecho público económico.** Buenos Aires: Depalma, 1999.

PEREIRA, César A. Guimarães. **Cobrança municipal pela ocupação de áreas públicas para a prestação de serviço público de infra-estrutura.** Boletim de Direito Municipal, agosto/2000.

SALLES, José Carlos de Moraes. **A Desapropriação à luz da doutrina e da Jurisprudência.** 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Gestão Alternativa de Serviços Públicos.** Revista de Direito Administrativo, n. 219, jan/março 2000.

_____. **Desestatização, privatizações, concessões e terceirizações.** 3º ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari (org). **Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Malheiros, 2000.

TÁCITO, Caio. **O equilíbrio financeiro na concessão de direito público.** Revista de Direito Administrativo, 64:1, Jul/set 1961.

WALD, Arnaldo et al. **Novos aspectos da concessão de obras e seu financiamento.** Revista de Direito Administrativo n. 197/ 1-9, jul set 94.