

CONCESSÕES SOB A TUTELA DA LEI N. 8.987, DE 13.2.95¹

JOSÉ AUGUSTO DELGADO*

Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Prof. de Direito Público (Administrativo e Processo Civil) e Sócio Honorário da Academia Brasileira de Direito Tributário

1. – NATUREZA JURÍDICA DA CONCESSÃO

A doutrina tem se dividido em cinco teorias a respeito da natureza jurídica da concessão, conforme informa José Cretella Júnior em estudo sistematizado sobre a matéria (Curso de Direito Administrativo, 10ª ed. Forense, pg. 359). A primeira a entende como sendo um contrato de direito administrativo; a segunda a visualiza como um ato administrativo unilateral; a terceira defende ser ela a expressão de dois atos jurídicos unilaterais; a quarta sustenta ser a sua concepção típico contrato de direito privado; por fim, a quinta a imagina como um contrato de direito misto.

A corrente predominante, na era contemporânea, é a de que a concessão é um contrato de direito administrativo. Essa é a opinião dos mais conceituados administrativos brasileiros e estrangeiros, conforme está anotado a seguir.

Mário Masagão,² em doutrinação exposta no ano de 1933, conforme informa Hely Lopes Meirelles, que o apoiou e o considerou pioneiro, entre nós da tese contratualista, acostou-se ao lado daqueles que entendiam ser a concessão "uma delegação contratual ou legal da

¹ Texto básico da Palestra proferida no Painel sobre Concessões e Permissões do Serviço Público, onde participaram, também, os Profs, Pedro Paulo de Almeida Dutra, Toshio Mukai e Maria Sylvia Zanella di Pietro, no 2o Seminário de Direito Administrativo, realizado nos dias 28 de maio a 2 de junho de 1995, no Rio Othon Palace, Rio de Janeiro, RJ, promoção da Editora NDJ Ltda.

² Mário Masagão, in "Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público, São Paulo, 1993, pg, 101.

execução do serviço, na forma autorizada e regulamentada pelo Executivo.”³

Esse posicionamento vem sendo defendido pelos administrativas contemporâneos. Lúcia Valle de Figueiredo⁴, de modo enfático, afirma ser a concessão uma forma descentralizada da prestação de serviço público que se cristaliza através de "um contrato administrativo por meio do qual o Poder Público transfere o exercício de determinados serviços ao concedente, pessoa jurídica privada, para que os execute em seu nome, por sua conta e risco. "

Marcelo Caetano, após estabelecer as diferenças existentes entre contrato de direito público e contrato administrativo, segue igual entendimento. Para esse autor português,

chama-se contrato de concessão de serviço público ao acordo pelo qual uma pessoa coletiva de direito público transfere para outra pessoa, durante o prazo estipulado, o seu poder de estabelecer e explorar determinado serviço público, para ser exercido por conta e risco do concessionário mas sempre no interesse público.⁵

Eduardo Garcia de Enterría e Tomás Ramón Fernández revelam , em seu Curso de Direito Administrativo, a aceitação, no direito legislado espanhol, da tese de que a concessão é um contrato administrativo. Fazendo referências diretas aos arts. 62, 63 e 66 da Lei de Contratos do Estado, de 8 de abril de 1965, modificada pela Lei de 17 de março de 1973, explica:

A sumária e convencional unificação do chamado contrato de gestão de serviço é uma simples expressão dos conteúdos comuns de toda gestão indireta, a qual, por sua vez, se faz abstraindo as peculiaridades da grande figura

³ Hely Lopes Meirelles. in "Direito Administrativo Brasileiro", pg. 337,19ª edição, obra atualizado por Eurico de Andrade Azevedo. Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Malheiros Editores, São Paulo.

⁴ Lúcia Valle Figueiredo, in ""Curso de Direito Administrativo", 2ª. ed., pg. 65, Malheiros Editora, 1995.

⁵ Marcello Caetano, in "Manual de Direito Administrativo", Voll. pgs 583/584, 10a. Edição. Livraria Almedia. Coimbra, 1980.

contratual que dominou e segue dominando essa forma de gestão, a concessão. A concessão dos serviços públicos foi uma das figuras chaves da Administração tradicional, porque partindo do prejuízo liberal contra a capacidade mercantil e industrial da Administração, vinha a resolver o problema da gestão de serviços públicos cuja exploração requeria uma técnica empresarial, interpondo, para dita gestão, uma empresa privada.⁶

José Cretella Júnior defende, com profundo vigor, a natureza contratual da concessão. Afirma, a respeito, que:

A natureza contratual do acordo entre o Estado e o concessionário, o conteúdo público dessa relação de direito, o interesse público predominante em todas as fases da execução do serviço são, segundo parece, os traços característicos desta modalidade de exploração dos serviços públicos, pelo que concluimos com Cavalcanti e Masagão que a natureza jurídica da concessão de serviço público é bem definida: a de um contrato de direito público, oneroso, sinalagmático, perfeito, comutativo, realizado intuitu personae e do tipo dos contratos de adesão.⁷

Maria Sylvia Zanella Di Pietro doutrina que

Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário.⁸

Ivan Barbosa Rigolin expressa idêntico entendimento. Segundo o referido Prof. de Direito Administrativo, "Concessão de serviço público é um contrato administrativo, válido pelo prazo estipulado na conformidade da lei vigente ao tempo da celebração" pelo que "Lei nova, que modifique condições da lei anterior, não atinge os contratos já regularmente celebrados, na condição de atos jurídicos perfeitos"⁹

⁶ Eduardo Garcia de Enterría e Tomas Ramón Fernández, in "Curso de Direito Administrativo", trad de Arnaldo Setti, Edil Rev dos Tribunais, 1091, pg. 641.

⁷ José Cretella Júnior, in Curso de Direito Administrativo. Forense. 10ª ed, pg 363.

⁸ Maria Sylvia Zanella di Pietro. in "Direito Administrativo", Editora Atlas, 5ª Ed., pg. 243.

⁹ Ivan Barbosa Rigolin, in "Concessão de Serviço Público - Contrato - Prazo de Duração - Inalterabilidade", parecer publicado no Boletim de Licitações e Contratos - Janeiro/95, pgs. 13/16, NDJ Editora Ltda.. São Paulo.

Carlos Pinto Coelho Mota tem o mesmo entendimento, quando afirma:

A concessão sempre foi, tradicionalmente, antecedida de licitação. Por via de um contrato administrativo, a concessão viabiliza a delegação da execução de algum serviço, de exploração remunerada de obra ou serviço, ou ainda a cessão de uso de um bem a terceiros.¹⁰

Além dos autores já referidos , outros defendem a natureza contratual da concessão, a demonstrar a ampla posição majoritária dessa corrente. Destaco, finalmente, a definição elaborada a respeito por Juarez Freitas, a qual se destaca entre as demais pela composição nuclear de todos os elementos presentes no referido negócio jurídico:

A concessão em pauta ode ser definida como delegação da prestação de serviço público – encetada pela entidade estatal (União, Estados, Distrito Federal ou Município) em cuja competência se encontre o aludido serviço –, por meio de contrato administrativo, bilateral e oneroso, precedido de licitação nas modalidades concorrência ou leilão, a pessoa jurídica ou a consórcio de empresas capazes de assumi-lo, por prazo determinado e por sua conta e risco, em harmonia com as exigências dos princípios regentes da Administração Pública, inclusive o da economicidade.¹¹

Como visto, em nossos dias, os administrativistas consideram, por acentuada maioria , a concessão como sendo um típico contrato de direito público.

É de se registrar que a teoria do ato unilateral, desenvolvida, inicialmente, por autores alemães, produziu repercussão entre nós, a registrar a posição assumida por Sérgio de Andréa Ferreira, expressa do modo seguinte:

¹⁰ Carlos Pinto Coelho Motta, Pof. Adjunto de Dir Administrativo da Univ. Católica de Minas Gerais, in "Contrato de Permissão - Legalidade - Rescisão Unilateral Precedida de Ampla Defesa". Boletim de Direito Administrativo . NDJ Editora Ltda. Março/93, pg. 173, S. Paulo

¹¹ Juarez Freitas, Doutor em Direito e Prof da Univ Católica do RS, in "Estudos de Direito Administrativo", Malheiros Editores, 1995, pg. 39.

A concessão de serviços públicos compreende, pois, um ato de delegação de execução do serviço, e que caracteriza, em parte, como ato-condição, o que coloca o concessionário em uma situação jurídica regulamentar ou estatutária, cujo conteúdo está nas normas legais e regulamentares que disciplinam o serviço concedido: e parcialmente, como ato subjetivo, criador de direitos adquiridos para o concessionário, inclusive quanto à sua própria condição e ao objeto da delegação. O ato de delegação pode ser unilateral e, neste caso, a formação do vínculo, que é, sempre bilateral, pressupõe a aceitação do concessionário; outrossim, a porção subjetiva tem conteúdo previsto na Constituição, a qual, em seu art. 167 (Const anterior¹²), assegura ao delegado da execução do serviço direitos públicos subjetivos, como o direito ao equilíbrio econômico-financeiro da concessão e à revisão das tarifas.

Não obstante essa posição de Sérgio de Andréa Ferreira, sustentada no exercício pelo Estado do jus imperii e no fato de que as cláusulas da concessão não são discutidas livremente pelas partes, admite o eminente Professor a natureza contratual da concessão. Confira-se, no particular, a sua doutrinação, na mesma obra e página, após afirmar que a concessão compreende um ato de delegação de execução de serviço público que pode ser unilateral:

A delegação pode, todavia, constar de instrumento de contrato, caracterizando-se em tal hipótese, como ato-união(ato-condição bilateral). O contrato terá o caráter que lhe é próprio, de ato subjetivo, sendo um contrato administrativo.¹³

Noticia J. Cretella Júnior¹⁴ que alguns autores, sem condições de sustentar ser a concessão um ato unilateral puro, tentaram idealizar a sua natureza jurídica como sendo de dois atos jurídicos unilaterais, diversos em suas características e independentes em seus efeitos: um formado pela declaração de vontade do particular; o outro pela declaração de vontade do Estado.

¹² O art. 167 referido pelo autor é da Constituição de 1967, emendada em 1969

¹³ Sérgio de Andréa Ferreira, *Direito Administrativo Didático*, 3ª Ed, Forense, pg. 240.

¹⁴ José Cretella Júnior, in *Curso de Direito Administrativo*, 10ª ed., 1989. Forense, pgs. 360 a 362

A força da natureza da concessão ser um contrato administrativo não concedeu espaço para que a referida teoria progredisse.

Na obra acima citada de J. Cretella Júnior, pg. 361, há, ainda, referências sintetizadas aos pensamentos de Rui Barbosa, Viveiros de Castro, Antão de Souza Morais e Manuel Inácio Carvalho de Mendonça, que sustentaram, no passado, a natureza contratual privada da concessão, influenciados pela idéia de que "o contrato é figura típica do direito privado e não querendo admiti-lo de modo algum no campo do direito público...."¹⁵

Por fim, autores como Gascón y Marín, Meucci, Orlando e, entre nós, o professor Cardozo de Melo Neto, como anotado por J. Cretella Júnior¹⁶, criaram uma teoria formada por um hibridismo jurídico para explicar a natureza jurídica da concessão e a denominaram de "contrato de direito misto". Conforme informa Cretella Júnior, por ausência de qualquer base jurídica, a referida teoria não encontrou ressonância no ambiente jurídico.

A retrospectiva acabada de ser feita sobre a natureza jurídica da concessão de serviço público está a demonstrar a diversidade de entendimento sobre a matéria, tudo contribuindo para dificultar a interpretação das regras legais e ajustadas pelas partes que a regem.

A discussão assinalada não deixou de ser percebida pelo legislador contemporâneo. Este, consciente das dificuldades que tais indecisões poderiam trazer para a compreensão do instituto da concessão de serviço público, estabeleceu, de modo imperativo, na legislação que aprovou a respeito do seu regime que ela estabelecer-se-á sob a forma de contrato. Com tal determinação, evitou, de modo absoluto, a discussão doutrinária existente sobre a sua natureza jurídica e criou uma maior

¹⁵ Idem. pg 361

¹⁶ Idem pg. 362

segurança jurídica para as partes no tocante aos seus direitos e obrigações.

2. – A NATUREZA JURÍDICA CONTRATUAL DA CONCESSÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 175, impôs, de modo claro, a forma contratual para reger o regime de concessão de serviço público. Não só está expressa tal determinação no corpo do inciso I, do art. 175, como se depreende das mensagens contidas no caput da regra positiva e dos demais incisos que tratam da matéria, como se verifica a seguir:

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato¹⁷ e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.

A disposição contratual encontrava-se, também, na Constituição anterior (Carta de 1967 com a EC n. 1/69), conforme revelado no art. 167 e parágrafos:

¹⁷ O itálico não é do original.

"Art. 167. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:

I – obrigação de manter serviço adequado;

II – tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato¹⁸; e

III – fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato¹⁹ anterior.

A Constituição de 1946 adotou, também, a teoria contratual para reger o relacionamento da concessão do serviço público. Confira-se:

Art. 151. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais.

Parágrafo único: Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, afim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam atender a necessidade de melhoramentos e expansão desses serviços. Aplicar-se-á a lei às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato²⁰.

Em obediência à postura da Carta Magna, a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, ao ditar, em seu art. 1º, expressamente, que as concessões de serviços públicos serão regidas por cláusulas contratuais, mostrou-se fiel à concepção da maioria dos doutrinadores sobre o assunto e à Constituição Federal:

Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta

¹⁸ Idem.

¹⁹ Idem.

²⁰ Idem.

Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.²¹

Reafirmando a tese contratual acatada pela nossa legislação, a Lei n. 8.987, de 13.2.95, em vários dos seus dispositivos, exige a formação do negócio concessional e a firmação das cláusulas que o rege, por meio de contrato, conforme pode ser verificado abaixo:

"Art. 4º A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato,²² que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação."

"Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato."

"Art 9º (caput). A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.²³

"Art. 9º, § 2º. Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio-financeiro."

"Art. 9º, § 4º Em havendo alteração unilateral do contrato²⁴ que afeie o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração."

"Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato²⁵, considera-se mantido seu equilíbrio econômico financeiro."

²¹ Idem.

²² Idem.

²³ Idem.

²⁴ Idem.

²⁵ Idem.

“Art. 11, Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato²⁶”

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos²⁷ e conterà, especialmente.

I – omissis;

II – omissis;

III – os prazos para recebimento das propostas, julgamento da licitação e assinatura do contrato²⁸;

IV a XIII – omissis;

XIV – nos casos de concessão, a minuta do respectivo contrato²⁹, que conterà as cláusulas essenciais referidas no art. 23 desta Lei, quando aplicáveis;

XV a XVI – omissis.

Art. 19. Quando permitida, na licitação, a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I a IV – omissis.

§1º. O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato³⁰, a constituição e registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso 1 deste artigo.

§2º. A empresa líder do consórcio é a responsável perante o poder concedente pelo cumprimento do contrato³¹ de concessão, sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas.

²⁶ Idem.

²⁷ Idem.

²⁸ Idem.

²⁹ Idem.

³⁰ Idem.

³¹ Idem.

Art. 20. E facultado ao poder concedente, desde que previsto no edital, no interesse do serviço a ser concedido, determinar que o licitante vencedor, no caso do consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato³².

A força da aceitação da tese contratual em nosso ordenamento jurídico se tornou tão inquestionável que, além das referências acima feitas no corpo da Lei específica que cuida do regime de concessão de serviço público, em seu corpo há todo um capítulo, o VI, destinado a especificar o conteúdo do contrato de concessão. Nele, por força dos arts. 23 a 28, deverão conter, além das cláusulas essenciais especificadas nos incisos I a XV, bem como, nos incisos I a II, do parágrafo único, tudo do art. 23, as expressivas de responsabilidades postas nos arts. 24 a 28, tais como:

a) – a responsabilidade pela concessionária por "todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização pelo órgão concedente exclua ou atenua essa responsabilidade" (art. 25);

b) – a possibilidade da concessionária "contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço público, bem como a implementação de profetas associados", assumindo, porém, a total responsabilidade pela execução de tais serviços e pelos danos que ele produzir, além de exigir que tais contratos com terceiros "reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente (arts. 25, §§ 1º e 2º);

c) – a que admite a subconcessão, seguindo-se, porém, em termos de responsabilidade, os termos previstos no contrato de concessão e expressamente autorizada pelo poder concedente (art. 26);

³² Idem.

d) – a obrigação da subconcessão ser sempre precedida de concorrência e a regra de que "o subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da concessão (art 26, § 2º);

e) – a determinação de caducar a concessão se houver transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente (art. 27);

f) – a possibilidade da concessionária oferecer, ao firmar qualquer contrato de financiamento, "em garantia os direitos emergentes da concessão, até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço(art.28). "

Na Lei 9.074, de 7 de julho de 1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências, há rigorosa homenagem do legislador à teoria contratual, por impor, em tom categórico e imperativo, no art. 4º, que

As concessões, permissões e autorizações de exploração de serviços e instalações de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos de água serão contratadas³³, prorrogadas ou outorgadas nos termos desta e da Lei n. 8.987, de 1995, e das demais.

A seguir, em vários outros dispositivos, faz referência expressa à necessidade de contrato para a concessão dos serviços de energia elétrica, com a adoção de cláusulas específicas que implantem segurança no referido negócio jurídico tanto para o poder concedente como para a concessionária, a exemplificar o conteúdo do art. 25 e de seu § 1º, do teor seguinte:

Art. 25. As prorrogações de prazo, de que trata esta Lei, somente terão eficácia com a assinatura de contratos³⁴ de

³³ Idem.

³⁴ Idem.

concessão que contenham cláusula de renúncia a eventuais direitos preexistentes que contrariem a Lei n. 8.987, de 1995.

§ 1º Os contratos³⁵ de concessão e permissão conterão, além do estabelecido na legislação em vigor, cláusulas relativas a requisitos mínimos de desempenho técnico do concessionário ou permissionário, bem assim, sua aferição pela fiscalização através de índices apropriados.

Diante do quadro doutrinário e legal exposto, não há possibilidade, no momento atual, de se opor qualquer argumento contra a natureza jurídica contratual do contrato de concessão de serviço público.

A solidificação desse entendimento se torna importante na medida em que os relacionamentos jurídicos firmados entre as partes receberão interpretação adequada aos princípios que regem a formação, execução e extinção dos contratos administrativos, não obstante, por se tratar de negócio específico firmado pelo Poder Público com o particular, não se afastar a finalidade buscada pela transação, que é atingir o reclamado pelo interesse público.

3. – Estrutura Constitucional Contemporânea da Concessão de Serviço Público no Direito Legislado.

A concessão de serviço público é uma entidade de Direito Administrativo que se apresenta prestigiada, em várias oportunidades, no texto da LEI MAIOR.

Esse fato, por si só, está a demonstrar a importância que o legislador constituinte emprestou a forma do Poder Público se relacionar com os particulares no que se refere à execução de determinados serviços públicos. Provoca, por outro lado, uma interpretação a respeito da sua eficácia vinculada ao mesmo patamar adotado quando se debruça sobre o entendimento de qualquer norma constitucional, especialmente, no que

³⁵ Idem.

tange aos efeitos provocadores de existência, validade, eficácia e efetividade.

A primeira referência existente na Carta Magna sobre concessão de serviço público está nos incisos XI, XII e XXIII, letra "b", do art. 21, quando se define a competência administrativa da União. Registro o teor:

"Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens;

b) os serviços de instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

XXIII – explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional;

b) sob regime de concessão ou permissão, é autorizada a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos medicinais, agrícolas, industriais e atividades análogas;

c) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;

A redação acima registrada está de acordo com a Emenda Constitucional n. 8, de 15 de agosto de 1995, que alterou o inciso XI e a alínea "a" do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal, além de inserir vedação à adoção de medida provisória para regulamentar o disposto no inciso referido XI do art. 21.

No regime anterior, antes da aprovação da EC n. 8, conforme conteúdo do inciso XI e da alínea "a", do art. 21, da CF, a referida atividade era controlada pela União, que podia explorá-la diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal. O monopólio abrangia os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados, além de todos os serviços públicos de telecomunicações.

A EC n. 8, de 15 de agosto de 1995, resultou de uma proposta do governo. A intenção era a de quebrar a reserva de mercado das empresas estatais de telecomunicações, no que foi alcançada. Não havia, na mencionada proposta, qualquer tipo de restrição à origem do capital

das empresas concessionárias e não remetia à legislação ordinária a regulamentação do setor.

Vigora, hoje, por força da EC n. 8, as seguintes regras:

a) compete à União explorar de modo direto, nos termos da lei ordinária, os serviços de telecomunicações;

b) a União pode explorar tais serviços, por meio de gestão, dando-os mediante autorização, concessão ou permissão a qualquer empresa, nos termos previstos pela lei;

c) a lei ordinária a ser expedida disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

d) o disposto no inciso XI do art. 21 com a redação dada pela EC n. 8, de 15 de agosto de 1995, não pode ser regulamentado por medida provisória.

No Capítulo III da Constituição, voltado para regular a organização dos Estados Federados, está o art. 25, onde, mais uma vez, há uma referência relativa à concessão assim registrada:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

§ 2º Cabe aos Estados explorar diretamente

ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

O texto legal supra está registrado de acordo com a Emenda Constitucional n. 5, de 15 de agosto de 1995 (DOU de 16.08.95).

Antes da EC n. 5, de 15 de agosto de 1995, os Estados detinham o monopólio dos serviços locais de gás canalizado, podendo atuar diretamente ou passar o direito de exploração da atividade a empresas estatais, mediante concessão.

O Governo, em sua proposta de alteração do texto constitucional, pretendia que os Estados pudessem explorar diretamente ou autorizar a qualquer empresa a concessão para exploração dos serviços locais de gás canalizado, lhes concedendo, também, autorização para facultar às atuais empresas concessionárias o direito de concluir o contrato.

A proposta do Governo foi acatada, em parte.

Extrai-se da EC n. 5 que:

a) aos Estados continuam cabendo o direito de explorar diretamente os serviços locais de gás canalizado, de acordo com o que for disposto em lei ordinária;

b) se o Estado optar por não explorar diretamente tais serviços, poderá transferi-los a qualquer empresa (antes só podia concedê-los a empresa estatal), ficando, porém, subordinado aos ditames da lei ordinária a ser expedida;

c) a exclusividade de distribuição do gás canalizado pelo Estado vai depender do que for disposto na lei ordinária;

d) medida provisória não poderá ser expedida para regulamentar o dispositivo constitucional supra mencionado.

Aos Municípios não é negada competência administrativa para "organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte

coletivo, que tem caráter essencial", conforme está disciplinado no art. 30, V, da CF.

O art. 49, XII, da CF, estabelece ser da competência exclusiva do Congresso Nacional "apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão."

A regra constitucional citada permite o controle externo do Congresso Nacional sobre o exercício da competência da União em conceder a exploração dos serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens (art. 21, XII, já referido).

A respeito, há, ainda, no texto da Constituição, Capítulo V, da Comunicação Social, imperativos constitucionais que não de ser seguidos pelo Poder Executivo ao outorgar ou a renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

O art. 223 e seus parágrafos, da CF, estatuem que:

Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementariedade dos sistemas privado, público e estatal.

§ 1º O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do art. 64, §§ 2º e 4º, a contar do recebimento da mensagem.

§ 2º A não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal.

§ 3º O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, na forma dos parágrafos anteriores.

§ 4º O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.

§ 5º O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão.

A outorga ou renovação de concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, a ser exercida pelo Poder Executivo, submete-se, primeiramente, a todos os princípios gerais e específicos que regem a Administração Pública, além de ficar vinculado a um rígido controle externo do Congresso Nacional. Este, ao ser outorgada ou renovada qualquer concessão, permissão ou autorização para o setor, deverá ser imediatamente comunicado para que, no prazo do art. 64, §§ 2º e 4º, da CF, aprecie o ato em toda a sua extensão, isto é, analisando se a sua estrutura está compatível com todos os princípios e regras a ele aplicáveis.

O Congresso Nacional, ao examinar o ato de renovação da concessão ou permissão, se encontra no mesmo vícios que indiquem a sua não-renovação, só poderá tomar essa decisão pela aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal. Observe-se que o "quorum" não é de dois quintos dos congressistas presentes. Exige-se que o número de votos pela não-concessão seja o de dois quintos da totalidade dos parlamentares que compõem o Congresso Nacional.

Não é dado ao Poder Executivo qualquer competência para cancelar o ato de concessão ou de permissão, antes de vencido o prazo. Essa ocorrência extintiva do contrato só poderá ocorrer por via de decisão judicial, mediante provocação da parte interessada, que, no caso, tanto pode ser o Poder Executivo ou o particular.

O Constituinte de 1988, ao fixar os princípios gerais da atividade econômica, traçou regras rígidas para o Poder Público quando tiver de exercê-las. Impôs, em qualquer atividade administrativa estatal, a obrigação de serem seguidos os princípios postos no art. 37, da CF (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e outros), e cuidou, de modo fechado, da incumbência da União, dos Estados, dos Municípios, bem como de suas Autarquias prestarem serviços públicos. Tais pessoas

jurídicas de direito público têm, na forma da lei, a obrigação administrativa de prestar serviços públicos, podendo fazê-los de forma direta. É-lhes também permitido adotar o regime de concessão ou permissão a qualquer empresa de direito privado, neste caso sempre através de licitação, conforme imperatividade do art. 175, tudo com obediência às normas ordinárias que serão fixadas e que disporão, obrigatoriamente, sobre:

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

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifaria;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.³⁶

4. – ESTRUTURA DA CONCESSÃO E DA PERMISSÃO NA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA.

A Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (DOU de 14.2.95) pode ser considerado, em nosso ordenamento jurídico, o primeiro diploma consolidado sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal.

Esta Lei é composta de 47 artigos, desdobrados nos capítulos seguintes:

Capítulo I – Das Disposições Preliminares.

O referido capítulo, composto por cinco artigos, dispõe sobre:

³⁶ Constituição Federal, parágrafo único, incisos I a IV, do art. 175.

a) – a obrigatoriedade do Poder Público, em se tratando de concessão ou de permissão de serviços públicos ser absolutamente fiel ao princípio da legalidade e das cláusulas contratuais;

b) – a necessidade da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promoverem a revisão e a adaptação necessárias de sua legislação, de modo que as normas a vigorarem se adaptem às prescrições da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

c) – o conceito de poder concedente, de serviço público em regime de concessão; de concessão de serviço público precedido da execução de obra pública e de permissão de serviço público;

d) – o regime de fiscalização da execução dos serviços concedidos e permitidos a ser exercida pelo poder concedente com a cooperação dos usuários;

e) – a exigência da via contratual, antecedida de licitação, para a sua formalização;

f) – a necessidade do Poder Público concedente publicar, previamente, o inteiro teor do ato justificador da outorga da concessão ou da permissão, expondo, de modo claro e objetivo, a conveniência para a Administração Pública da delegação procedida, bem como caracterizando seu objeto, área e prazo.

O Capítulo II da Lei em análise é formado, apenas, por um artigo, o 6º. Todo ele, "caput" e seus três parágrafos, é dedicado a definir e limitar o que seja serviço adequado. Estabelece, como princípio fundamental, de que serviço adequado é aquele que atenda à plena necessidade dos usuários, em cada situação específica e exigida pela Lei, e que seja exercitado em condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade das tarifas.

No referido capítulo está, ainda, detalhado o que, para termos legais, deve se entender por atualidade em serviço público. É a execução de tal serviço público de acordo com as técnicas mais modernas, a partir não só da utilização de equipamentos avançados, como, também, o tocante a sua execução em relação aos danos causados ao meio ambiente.

O Capítulo III formado, apenas, pelo art. 7º e seis incisos, especifica os direitos e obrigações dos usuários. Além de estabelecer o cumprimento, no particular, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código do Consumidor), aponta como direitos e obrigações dos usuários, a ensejar responsabilidades civis, administrativas e penais, os seguintes:

a) – o do usuário receber serviço adequado, este já delimitado pela conceituação expressa no art. 6º da mesma Lei; o de ser bem informado sobre a prestação do serviço público, a fim de lhe ser possível defender os seus interesses individuais ou coletivos; o de obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha, cumprindo as regras baixadas a respeito pelo poder concedente;

b) – o do usuário se obrigar a levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenha conhecimento, referentes ao serviço prestado; a comunicar os atos ilícitos praticados pela empresa concessionária na prestação do serviço e que lhes chegaram ao seu conhecimento; a contribuir, de acordo com as suas possibilidades, para a permanência das boas condições dos bens públicos que são usados para a prestação dos serviços.

Quatro artigos (9º, 10º, 11º e 13º) formam o Capítulo IV que se dedica a estabelecer regras para a política tarifária a ser aplicada no serviço público concedido. Os artigos 8º e 12 foram vetados.

A filosofia colhida pelo legislador foi a de estrita obediência, primeiramente, ao preço da tarifa apresentado pela proposta vencedora da licitação.

Adotou, outrossim, a impossibilidade de ser praticado qualquer ato discricionário no tocante ao processo de revisão das tarifas. Tal só pode acontecer de acordo com as regras previstas na Lei, no editai e no contrato, além de não se aplicar, com efeito retroativo, qualquer legislação específica anterior.

Não obstante a revisão das tarifas ser submetida ao princípio da legalidade, não descuidou-se a Lei de garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, estabelecendo, para tanto, que:

a) – se algum tributo ou encargos legais, após a apresentação da proposta na licitação, chegar a ser criado, alterado ou extinto, desde que comprovado o seu impacto no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, tanto para mais como para menos, implicará na revisão da tarifa;

b) – o equilíbrio econômico-financeiro deverá, também, ser respeitado, quando ocorrer alteração unilateral do contrato que afete tal condição.

Um outro princípio rege a política tarifária. É o de que as tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos dos serviços prestados.

A Lei n. 8.987, de 13.2.95, dedica todo o Capítulo V ao problema da Licitação.

O exame dos artigos que o compõe (arts. 14 a 22) revela a exigência, em tal etapa da concessão, do Poder Público concedente e da empresa privada concedida obedecerem aos seguintes princípios e regras:

a) – não pode haver concessão, quer de serviço público, quer precedida ou não da execução de obra pública, sem que, previamente, seja oferecida aos interessados, por meio do processo licitatório;

b) – não se permite, em consequência, dispensa ou inexigibilidade de licitação, tratando-se de concessão;

c) – o procedimento licitatório deverá obedecer às regras da Lei 8.666, específica para licitação, além das estipuladas no corpo do capítulo em exame;

d) – os princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório são reafirmados como obrigatórios no art. 14, sem que fiquem afastados o cumprimento de outros princípios aplicados à expedição dos atos administrativos, da licitação e dos contratos;

e) – o julgamento da licitação referente à concessão obedecerá, em ordem hierárquica, aos critérios de, em ordem hierárquica, menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; o da maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga de concessão; ou o da combinação de ambos os critérios referidos anteriormente;

f) – as propostas manifestamente inexeqüíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação não serão aceitas, desde que a recusa se apresente motivada e comprovada;

g) – a empresa brasileira, em igualdade de condições com qualquer empresa estrangeira, terá prioridade;

h) – o caráter de exclusividade a determinada empresa dos serviços públicos concedidos ou permitidos não será admitido, salvo exceções plenamente justificadas e tornadas públicas, em consideração aos aspectos técnicos e econômicos dos mesmos;

i) – o edital de licitação deverá conter cláusulas gerais exigidas pela Lei n. 8.666 e específicas, com redação clara, objetiva e minuciosa, conforme exposto no art. 18, a saber:

I – o objeto, metas e prazo da concessão;

II – a descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço;

III – os prazos para recebimento das propostas, julgamento da licitação e assinatura do contrato;

IV – prazo, local e horário em que serão fornecidos, aos interessados, os dados, estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas;

V – os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal;

VI – as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados;

VII – os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço;

VIII – os critérios de reajuste e revisão da tarifa;

IX – os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta;

X – a indicação dos bens reversíveis;

XI – as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior;

XII – a expressa indicação do responsável pelo ônus das desapropriações necessárias à execução do serviço ou da obra pública, ou para a instituição de servidão administrativa;

XIII – as condições de liderança da empresa responsável, na hipótese em que for permitida a participação de empresas em consórcio;

XIV – nos casos de concessão, a minuta do respectivo contrato, que conterà as cláusulas essenciais referidas no art. 23 desta Lei, quando aplicáveis;

XV – nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização; e

XVI – nos casos de permissão, os termos do contrato de adesão a ser firmado.

j) – as empresas poderão explorar o serviço concedido em forma de consórcio, obedecendo, contudo, às regras especificadas nos arts. 19 e 20;

I) – a obrigação do vencedor da licitação ressarcir ao poder concedente, os dispêndios com os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, o que deverá ser especificado, de modo detalhado, no edital.

O contrato de concessão conterà, obrigatoriamente, cláusulas essenciais, além de outras. Dessa preocupação cuida o Capítulo VI, dispondo, em seus artigos 23 a 28, regras específicas a serem cumpridas na formação e execução do contrato.

As cláusulas obrigatórias impõem responsabilidades tanto para o Poder Público concedente como para a empresa particular concedida. Há quinze cláusulas essenciais a serem fixadas, com regras bem claras, precisas e sem margem de qualquer interpretação que resulte em benefícios extra-legais.

No cumprimento da exigência legal, as cláusulas essenciais no contrato de concessão deverão definir o seu objeto, a expansão da área

de atuação, o prazo certo da duração do ajuste, o detalhamento do modo, da forma e das condições de prestação do serviço.

Há obrigação, também, da definição de cláusula que especifique os critérios, os indicadores, as fórmulas e os parâmetros que contribuirão para a boa qualidade do serviço, a fim de que o controle de fiscalização sobre o mesmo possa ser exercido com eficácia.

A estipulação do preço do serviço e os critérios e procedimentos adotados para o reajuste e a revisão das tarifas devem ficar ajustadas pelas partes, obedecendo-se os limites estabelecidos no edital de licitação e com vistas a garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

São, do mesmo modo essenciais ao contrato, as cláusulas relativas:

- a) aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações (art 23, V);
- b) aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço(art. 23, VI);
- c) à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la (art. 23, VII) ;
- d) às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação (art. 23, VIU);
- e) aos casos de extinção da concessão (art. 23, IX);
- f) aos bens reversíveis (art. 23, X);

- g) aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso (art. 23, XI);
- h) às condições para prorrogação do contrato (art. 23, XII);
- i) à obrigatoriedade, forma e periodicidade de prestação de contas de concessionária ao poder concedente (art. 23. XIII);
- j) à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária (art. 23, XIV); e
- l) ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais (art. 23, XV).

A Lei ao exigir a adoção de tais cláusulas no contrato de concessão, considerando-as essenciais para a sua formação, revelou a natureza do referido negócio jurídico, onde se constata a necessidade do Poder Público, em função do seu poder regulamentar, ditar para o concessionário a maneira pela qual o serviço deva ser prestado ao usuário. Para tanto, necessário se faz que a organização e o funcionamento do serviço delegado, mesmo passando a ser executado por um particular, não percam as suas características de generalidade, essencialidade, de continuidade, de modicidade, de relevância, de ser prestado de forma igual para todos os usuários e de ter por fim a satisfação de uma necessidade coletiva.

Assegura-se, por outro lado, com a adoção de tais cláusulas essenciais a impossibilidade de modificações unilaterais por parte do poder público do que foi ajustado, além de se assegurar de modo transparente a remuneração do concessionário e o equilíbrio financeiro do contrato.

Identifica-se, portanto, no rol das cláusulas essenciais aquelas que podem ser chamadas de regulamentares³⁷ (as decorrentes do exercício da competência do Poder Público em organizar e gerir o serviço público) e as eminentemente contratuais. Aquelas podem, desde que exija o interesse público, ser modificadas, unilateralmente, no curso da execução do contrato. Essas não.

No Capítulo VI, todo dedicado a regular o contrato de concessão, conforme já afirmado, merecem destaque, ainda, os aspectos seguintes:

a) – se o contrato for relativo à concessão de serviço público precedido da execução de obra pública, além das cláusulas essenciais exigidas, na formação do ajuste, pelo art. 23 e seus incisos, há de constar, ainda, cláusulas que estipulem "os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão" e exijam "garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão";

b) – a especificação, no corpo do art. 25, de que é da concessionária a responsabilidade "por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade", o que implica na aplicação da teoria objetiva da culpa sobre tais fatos;

c) – a possibilidade da concessionária contratar com terceiros, desde que fique anotado no contrato, aspectos relativos à execução do serviço e que tenham cunho acessório ou complementar (não se trata de subconcessão total), sendo que, em tais relacionamentos, deverá ser aplicado o puro regime de direito privado, sem qualquer vinculação de relação jurídica entre o terceiro contratante e o poder concedente;

³⁷ Expressão cunhada por Cretella Júnior, em varias de suas obras, citando Rivero. Droit Administratif. 7ª ed., 1975, pág. 447, e Vedel, Droit administratif, 5ª ed., 1973, pág. 836.

d) – a admissão de haver subconcessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente e precedida de concorrência pública, guardando fidelidade aos termos do edital de licitação;

e) – o estabelecimento da pena de caducidade da concessão, no caso de ser feita transferência da concessão ou do controle societário da concessionária, sem prévia anuência do poder concedente (art. 27);

f) – a forma das concessionárias oferecerem garantia, no caso de contratos de financiamento, desde que não ultrapassem limites que não comprometam "a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço" (art. 28).

Cuidou, ainda, a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de regular os encargos do poder concedente (arts. 29 e 30) e da concessionária (art. 31).

O regramento a respeito tem a finalidade de zelar pelo real cumprimento dos objetivos da concessão, traçando, de forma rígida, comportamentos a serem adotados por ambos os contratantes a fim de que o serviço público concedido seja prestado de modo a alcançar os interesses da coletividade. Os encargos especificados decorrem das cláusulas regulamentares e das cláusulas contratuais propriamente ditas e acatadas. O não cumprimento de qualquer um dos encargos postos nos artigos 29 a 31 gera responsabilidades por quem se desviou do preceito legal, refletindo, de modo especial, também, na extinção da concessão.

Permite, ainda, a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, em seus artigos 32 a 34, que o poder concedente intervenha na concessão, desde que o faça de modo motivado e com a finalidade primordial de "assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes "(art. 32).

A intervenção se faz, inicialmente, por ato unilateral do poder concedente, através de Decreto. Obriga-se, contudo, o poder concedente, no prazo máximo e improrrogável de 30 (trinta) dias, a instaurar procedimento administrativo, o qual deverá ser concluído no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, prazo esse, também, improrrogável, para apurar todos os fatos motivadores da intervenção e fixação de responsabilidades. O devido processo legal deverá ser obedecido no desenvolver do referido procedimento administrativo, pelo que a defesa deve ser ampla, o contraditório não pode ser restringido, a publicidade há de ser prestigiada e a objetividade deverá informar a decisão a ser prolatada.

Se o decreto de intervenção tiver ferido qualquer um dos pressupostos legais e regulamentares, será declarada a nulidade do referido ato, com o conseqüente efeito de gerar responsabilidades indenizatórias pelos prejuízos causados.

O mesmo fenômeno de nulidade da intervenção poderá ocorrer se o procedimento administrativo instaurado para apurar as suas causas desobedecer a qualquer princípio do devido processo legal (ampla defesa, contraditório, apuração objetiva das provas, motivação da decisão, publicidade e impessoalidade).

A extinção da concessão está regulada nos artigos 35 a 39 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

Os motivos que a determinam são seis:

I – advento do termo contratual;

II – encampação;

III – caducidade;

IV – rescisão;

V – anulação; e

VI – falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.³⁸

O término do prazo contratual, além de ser causa da extinção da concessão, determina, por si só, o retorno ao poder concedente de todos os bens reversíveis, de todos os direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato, bem como, a sua assunção, de imediato, do serviço, sem se deixar de proceder aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários para o bem cumprimento do encerramento do negócio jurídico.

A encampação está definida no art. 37, segundo o qual é a "retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização" na forma do art. 36, isto é, com o pagamento ao concessionário "das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizado ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido".

Segue-se a mesma regra disposta para o caso de extinção da concessão por advento do termo contratual.

A caducidade tem lugar quando devidamente comprovada a inexecução total ou parcial do contrato. O atuar do poder concedente, em tal situação, é vinculado e exige motivação.

O art. 38 considera causas determinantes da caducidade:

- a) a prestação inadequada do serviço;
- b) o descumprimento de cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares relativas à concessão pela concessionária:

³⁸ Incisos I a VI do art. 35.

c) a paralisação, sem justo motivo, do serviço público pela concessionária;

d) a demonstração inequívoca de que a concessionária perdeu as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequação do serviço;

e) o não cumprimento pela concessionária das penalidades que lhe forem impostas por infrações ao contrato, às normas legais e regulamentares vinculadas à concessão, no devido prazo; e

f) se a concessionária for condenada em sentença transitada em julgado por sonegação de tributos, inclusive contribuições sociais.

A caducidade, para ser declarada, deverá ser antecedida de procedimento administrativo, com respeito ao devido processo legal, onde os fatos causadores da sua decretação devem ficar nitidamente apurados.

Enquanto a encampação exige lei autorizativa específica para ser causa de extinção do contrato, a caducidade é reconhecida por decreto, após apurado o fator determinante em procedimento administrativo regular.

4. – ASPECTOS GERAIS DA LEGISLAÇÃO SOBRE CONCESSÃO.

O serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens não são regulados pela Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1985. Discute-se, no momento, anteprojeto a respeito, tomando-se por base a Portaria n. 223, de 1º de setembro de 1995, expedida pelo Exmo. Sr. Ministro de Estado das Comunicações.

As normas específicas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos compõem a Lei n. 9.074, de 7.7.95(Dou de 8.8.95).

A referida lei discrimina os serviços e obras públicas da competência da União que serão prestados em regime de concessão ou, quando for o caso , de permissão.

O art. 2º veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a execução de obras e de serviços públicos por meio de concessão e permissão, sem lei que lhes autorize e lhe fixe os termos. Dispensa, apenas, os serviços públicos relativos aos casos de saneamento básico e limpeza urbana e os autorizados pela Constituição Federal, Constituições Estaduais e Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios.

Os serviços de energia elétrica recebem regulamentação particularizada na Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995. Os arts. 4º a 25 cuidam do estabelecimento de regras determinantes, apenas, para o setor de exploração de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos de água.

As formas de concessão, permissão e autorização são permitidas, desde que sejam observados, além dos princípios e regras fixadas pela Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os ditames da Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995. Há, ainda, determinações voltadas ao produtor independente de energia elétrica e para as opções de compra de energia elétrica que poderão fazer os consumidores.

As prorrogações das concessões atuais relativas ao setor energético estão reguladas na Seção V, da Lei n. 9.074/95, artigos 19 a 25, com a finalidade de ser garantida a qualidade do atendimento aos consumidores a custos adequados.

A Lei em apreço, no Capítulo III, permite, com exceção dos serviços públicos de telecomunicações, que a União reestruture os serviços concedidos, promovendo cisões, fusões, incorporações ou

transformações societárias dos concessionários de serviços públicos, sob seu controle direto ou indireto.

Observo, finalmente, que não se pode negar o avanço hoje presente em nosso ordenamento jurídico sobre o regulamento da concessão de serviço público, a desafiar estudos aprofundados da doutrina e da jurisprudência sobre as mensagens positivadas postas à disposição do Poder Público, das empresas concessionárias e dos usuários.

E oportuno, concluindo os superficiais estudos que apresento sobre o tema, ao meu pensar, compartilhar com o pensamento de Juarez Freitas no sentido de que:

Em face da mudança substancial no regime de concessões e permissões de serviços públicos, com as devidas e impostergáveis cautelas e retificações, existe a chance concreta de dar início a um processo de restauração – sem aderir a simplificações da denominada 'reengenharia' – do Estado brasileiro como um todo, o qual, no entanto, não deve, em nenhum momento, abdicar de sua força, senão que cuidar de canalizá-la concentradamente para o cumprimento dos supremos desideratos constitucionais de fiscalização, incentivo e planejamento da ação social em função do interesse público.³⁹

³⁹ Juarez Freitas, in "Estudos de Direito Administrativa", pg. 48. Editora Malheiros. 1995.